

# Verwahrung aus Fürsorge : Bemerkungen zu BGE 138 III 592 - Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung wegen Fremdgefährdung

Autor(en): **Rütsche, Bernhard**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie = Revue suisse de criminologie = Rivista svizzera di criminologia = Swiss Journal of Criminology**

Band (Jahr): **12 (2013)**

Heft 1

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1050759>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

## Verwahrung aus Fürsorge

### Bemerkungen zu BGE 138 III 593 – Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung wegen Fremdgefährdung

#### Zusammenfassung

Das Bundesgericht stand im Entscheid BGE 138 III 593 vor der Frage, was nach dem Wegfall einer jugendstrafrechtlichen Massnahme mit einem rückfallgefährdeten Straftäter geschehen soll. Das Gericht entschied die Fremdgefährdung reiche aus, um gegen eine psychisch kranke Person eine fürsorgerische Freiheitsentziehung (heute: fürsorgerische Unterbringung) anzuordnen. Der nachfolgende Artikel fasst das Urteil noch einmal kurz zusammen und analysiert anschliessend, welche Alternativen dem Gericht zur Verfügung gestanden hätten und welche Konsequenzen das Urteil haben kann.

**Schlüsselwörter:** Fürsorgerische Freiheitsentziehung, fürsorgerische Unterbringung, Fremdgefährdung, Rückfallgefahr, jugendstrafrechtliche Massnahme.

#### Résumé

Dans l'arrêt ATF 138 III 593 le tribunal fédéral était obligé de décider ce qui devait se passer avec un délinquant en danger de récidive à la fin des mesures du droit pénal des mineurs. Le tribunal a décidé que le danger pour autrui en soi suffisait pour prononcer une privation de liberté à des fins d'assistance (aujourd'hui: placement à des fins d'assistance) contre une personne atteinte d'une maladie mentale. L'article suivant donne un court résumé de l'arrêt et analyse ensuite les alternatives possibles qui étaient à disposition du tribunal ainsi que les conséquences possibles de ce jugement.

**Mots-clés:** privation de liberté à des fins d'assistance, placement à des fins d'assistance, danger pour autrui, danger de récidive, mesures du droit pénal des mineurs.

#### Summary

In the case BGE 138 III 593 the Swiss Federal Supreme Court had to decide about an offender in danger of recidivism who had completed his measures in accordance with the Swiss juvenile criminal code. The Court decided that his posing a danger to others was in itself sufficient reason to pronounce a care-related hospitalization against a mentally ill person. The following article gives a short summary of the case and subsequently analyzes which alternatives the court had at hand and what could be the possible consequences of the decision. **Keywords:** care-related hospitalization, danger to others, danger of recidivism, measures of the Swiss juvenile criminal code.

Das Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i. S. X. gegen Bezirksamt A. (Kanton Aargau) vom 5. September 2012 (BGE 138 III 593) hat in einem treffenden Kommentar bereits die ihm gebührende juristische Kritik erfahren<sup>1</sup> und ist von der Zeitschrift *plädoyer* zum Fehlurteil des Jahres auserkoren worden<sup>2</sup>. Das Bundesgericht stand in diesem Urteil vor der Frage, was nach dem Wegfall einer jugendstrafrechtlichen Massnahme mit einem akut rückfallgefährdeten Straftäter geschehen soll. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Fremdgefährdung als solche ausreiche, um gegen eine psychisch kranke Person eine fürsorgerische Freiheitsentziehung (heute: fürsorgerische Unterbringung) anzuordnen. Denn: «Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig»<sup>3</sup>. Damit entfremdete das höchste Gericht das Institut der fürsorgerischen Freiheitsentziehung seines Zweckes und schuf im Ergebnis eine als Fürsorge verbräunte Verwahrung. Die nachfolgenden Anmerkungen beleuchten nach einer kurzen Rekapitulation von Sachverhalt und Erwägungen die Tragweite der richterlichen Umdeutung von Fremdgefährdung in Selbstgefährdung und fragen nach den rechtlichen Konsequenzen des Urteils.

#### 1. Das Urteil

X. hatte mit 17 Jahren eine Prostituierte vergewaltigt und ermordet. Er wurde vom Jugendgericht zu einem Freiheitsentzug von vier Jahren verurteilt und zwecks Therapie seiner psychischen Störung in einer geschlossenen Anstalt untergebracht. Mit Vollendung des 22. Altersjahres wäre er entlassen worden, da er die Freiheitsstrafe verbüsst hatte und jugendstrafrechtliche Massnahmen auf diesen Zeitpunkt von Gesetzes wegen enden<sup>4</sup>. Rechtzeitig vor der Entlassung verfügte indessen das zuständige Bezirksamt gegen X. eine für-

<sup>1</sup> Meyer Löhner, 2012, 20 ff. Zustimmend dagegen Häberli/Meier, 2012, 513.

<sup>2</sup> *Plädoyer* 1/2013, 82.

<sup>3</sup> BGE 138 III 593, E. 5.2, S. 597, in Zitierung von Schnyder/Murer, 1984, N 95 zu aArt. 369 ZGB (Bestimmung betreffend die Entmündigung – nicht die fürsorgerische Freiheitsentziehung!).

<sup>4</sup> Art. 19 Abs. 2 JStG (Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz); SR 311.1).

sorgerische Freiheitsentziehung gestützt auf aArt. 397a ZGB<sup>5</sup> und ordnete seine Überweisung vom Massnahmenzentrum für junge Erwachsene in den Sicherheitstrakt der Jugendvollzugsanstalt Lenzburg sowie die dortige Zurückbehaltung auf unbestimmte Zeit an. Die Anstaltsleitung wurde angewiesen, den Betroffenen seiner psychischen Beeinträchtigung entsprechend zu behandeln und die im Massnahmenzentrum begonnene Psychotherapie weiterzuführen. Die dagegen erhobenen Beschwerden an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau und das Bundesgericht wurden vollumfänglich abgewiesen.

Das Bundesgericht stellte zunächst in tatsächlicher Hinsicht fest, dass X. an einer psychischen Erkrankung leide, nämlich an sexuellem Sadismus sowie an einer Persönlichkeitsstörung vom antisozialen Typus. Damit sei das von aArt. 397a Abs. 1 ZGB verlangte Erfordernis des *Schwächezustandes* (in casu: Geisteskrankheit) erfüllt<sup>6</sup>. Weiter erachtete es das Bundesgericht als erwiesen, dass ein *erhebliches Rückfallrisiko* bestehe, wenn X. entlassen würde<sup>7</sup>. Unmittelbar daran anschliessend folgt die entscheidende Passage in der Urteilsbegründung: «Tatsächlich ergibt sich aus dem Fremdgefährdungspotenzial eines Geisteskranken fast zwangsläufig ein Beistands- und Fürsorgebedürfnis: Wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig (...). Dieser Auffassung ist jedenfalls im vorliegenden Fall zuzustimmen, indem vom Beschwerdeführer nach wie vor eine schwere Gefahr für Leib und Leben Dritter ausgeht. Nichts anderes ergibt sich grundsätzlich aus nArt. 426 ZGB, der ab dem 1. Januar 2013 die Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung umschreibt. Auch diese Bestimmung kennt den Einweisungsgrund der Fremdgefährdung nicht. Dennoch darf der Schutz Dritter in die Beurteilung einbezogen werden, zumal es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag gehört, eine kranke bzw. verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen (...). Insoweit ist die Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht bundesrechtswidrig, der Beschwerdeführer sei zur Reduktion des erheblichen Rückfallrisikos in einer geeigneten Institution zu behandeln. Da ausgewiesenermassen weiterhin eine vom Beschwerdeführer ausgehende hohe Gefahr für eine Straftat gegen Leib und Leben besteht, ist es nicht in seinem Interesse, ihn ohne psy-

chiatrische Behandlung seinem Schicksal zu überlassen. Insoweit ist demnach ein *Fürsorgebedarf* in Form der Behandlung der Geisteskrankheit gegeben.»<sup>8</sup>

## 2. Bemerkungen

### 2.1. Fürsorgerische vs. polizeiliche Freiheitsentziehung

Es war ein bedeutender *rechtsstaatlicher Fortschritt*, als der Bundesgesetzgeber 1978 das Institut der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Zivilgesetzbuch verankerte. Mit dieser Revision schuf der Gesetzgeber eine abschliessende, den grundrechtlichen Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention genügende Regelung<sup>9</sup>. Der bis anhin bestehende Wildwuchs kantonaler Bestimmungen zur sogenannten «administrativen Versorgung» wurde zum Schutz der persönlichen Freiheit durch einheitliches Bundesrecht abgelöst und gleichzeitig eingeeht. Die vormalig geltenden kantonalen Gesetze machten die administrative Versorgung noch von bestimmtem asozialem Verhalten, wie Trunkenheit oder Arbeits-scheu, sowie von schädlichen Auswirkungen auf die Gesellschaft abhängig. Solche lagen namentlich vor, wenn eine Person sich selbst, Dritte oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdete oder der öffentlichen Fürsorge zur Last fiel. Vereinzelt genügte für eine Massnahme bereits eine finanzielle Notlage, die Gefährdung des Unterhaltes der Familie oder die Erregung öffentlichen Ärgernisses<sup>10</sup>.

Vor diesem Hintergrund war es dem Bundesgesetzgeber ein wichtiges Anliegen, die fürsorgerische Freiheitsentziehung gezielt auf den Schutz geschwächter Personen, die nicht mehr hinreichend für sich selber sorgen können, auszurichten. Entsprechend hielt die Botschaft fest: «Wo keine persönliche Fürsorge erforderlich ist, ist Artikel 397a nicht anwendbar.»<sup>11</sup> Im Einklang mit aArt. 397a Abs. 2 ZGB

5 Nach geltendem Recht (inhaltlich unverändert) Art. 426 ZGB (fürsorgerische Unterbringung).

6 BGE 138 III 593, E. 4.2, S. 596 f.

7 BGE 138 III 593, E. 5.1, S. 597.

8 BGE 138 III 593, E. 5.2, S. 597 f. (Hervorhebung durch den Autor).

9 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17. August 1977, BBl 1977 III 2.

10 BBl 1977 III 9.

11 BBl 1977 II 27.

sei bei der Beurteilung des *Fürsorgebedürfnisses* zwar auch auf die der Umgebung, insbesondere den Angehörigen und Hausgenossen zumutbare Belastung Rücksicht zu nehmen. Der Sinn dieser Rücksichtnahme auf Drittbetroffene bestehe jedoch darin, die Hilfsbereitschaft unter Ehegatten, Angehörigen, Hausgenossen und Nachbarn als unentbehrliche Grundlage der Gemeinschaft nicht zu ihrem eigenen Schaden zu überfordern. Dabei sei die der Umgebung zumutbare Belastung dem Gebot der Verhältnismässigkeit untergeordnet und verdiene nur Rücksicht, wenn für den Betroffenen keine andere angemessene Lösung im Rahmen der freiwilligen Sozialhilfe gefunden werden könne<sup>12</sup>.

Historisch gesehen war es demzufolge eine der zentralen Errungenschaften von aArt. 397a ZGB, die den alten administrativen Versorgungstatbeständen des kantonalen Rechts zugrunde liegende Vermischung von Selbstgefährdung und Fremdgefährdung zu überwinden<sup>13</sup>. Die neu konzipierte fürsorgerische Freiheitsentziehung sollte kranke und suchtabhängige Personen vor Selbstgefährdung in ihrer Integrität schützen, wenn dem sozialen Umfeld eine Betreuung wegen Überforderung oder auch Aggressivität des Betroffenen unzumutbar war. Polizeiliche Gründe im Sinne des Schutzes Dritter bzw. der Allgemeinheit gegen Fremdgefährdungen wurden damit klar ausgeschlossen. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung sollte gerade kein Institut des Polizeirechts sein. Dies gehörte von Anfang an zur *ratio* von aArt. 397a ZGB, woran auch das Bundesgericht bis vor kurzem noch – rund drei Jahre vor BGE 138 III 593 – festhielt<sup>14</sup>. Auch im Zusammenhang mit dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen revidierten Erwachsenen-

schutzrecht sollte an dieser Zwecksetzung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung selbstverständlich nichts geändert werden<sup>15</sup>.

Weshalb aber ist es so wichtig, eine Freiheitsentziehung wegen Selbstgefährdung in einem Schwächezustand von einer Inhaftierung wegen Fremdgefährdung zu unterscheiden? – Ob ein Mensch für Dritte eine Gefahr darstellt, lässt sich nicht mit hinreichender Zuverlässigkeit feststellen, solange sich diese Gefahr nicht *tatsächlich manifestiert* hat. Aus rechtsstaatlicher Sicht muss davon ausgegangen werden, dass abnormes Verhalten, liederlicher Lebenswandel, Verwahrlosung, Sucht oder Geisteskrankheit als solche nicht genügen, um einen Menschen als gemeingefährlich einzustufen. Ansonsten besteht – wie die Geschichte hinlänglich gezeigt hat – die reale Gefahr, dass staatliche Behörden nicht-konformen, der Allgemeinheit zur Last fallenden Subjekten «kriminelle Natur» zuschreiben und sie deshalb wegsperren. Das geltende Recht verlangt daher konsequent eine Manifestation der Gefährlichkeit als Voraussetzung für einen Freiheitsentzug wegen Fremdgefährdung, sei dies im Polizeirecht (Polizeigewahrsam wegen *unmittelbarer* Gefährdung anderer), sei dies im Strafrecht (Verwahrung aufgrund einer *Anlassstat*). Im Interesse der Begrenzung staatlicher Macht dürfen somit Gefährlichkeitsprognosen nur auf dem Boden bereits realisierter Gefährlichkeit gemacht werden, nicht aber allein wegen bestimmter physischer oder psychischer Eigenschaften einer Person.

## 2.2. Hatte das Bundesgericht eine Alternative?

Eine historische sowie am Zweck von aArt. 397a ZGB (bzw. Art. 426 ZGB) orientierte Auslegung bestätigt somit, was bereits der Wortlaut sagt: Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind bei der Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (bzw. Unterbringung) zu berücksichtigen, können diese aber niemals allein begründen. Indem das Bundesgericht in BGE 138 III 593 die Fremdgefährdung von X. in eine Selbstgefährdung umdeutete und sie als Grund für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nahm, entschied es folglich *contra legem*. Allerdings ist zu bedenken, dass sich in casu die Gefährlichkeit der betroffenen Person bereits in aller Deutlichkeit manifestiert hatte, handelte es sich doch um einen verurteilten Vergewaltiger

<sup>12</sup> BBl 1977 II 27.

<sup>13</sup> Bundesrat Furgler betonte denn auch in der parlamentarischen Beratung die «deutliche Abgrenzung» der fürsorgerischen Freiheitsentziehung zu polizeilichen, strafrechtlichen und gesundheitspolizeilichen Freiheitsentzügen (AB N 1978 754).

<sup>14</sup> Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B\_786/2008 vom 12. Mai 2009, E. 2.2: «Da somit wegen Fremdgefährdung allein eine FFE nicht angeordnet werden darf, ist das Institut von vornherein nicht geeignet, die Bevölkerung vor gefährlichen Geisteskranken zu sichern.» Vgl. auch die prägnante Aussage von Heiniger, 2011, 176 Fn. 837: «Eine «Verwahrung auf zivilrechtlichem Wege» gibt es nicht.»

<sup>15</sup> Die vom Bundesgericht in BGE 138 III 593, E. 5.2, S. 597 zitierte Passage aus der Botschaft zum neuen Erwachsenenschutzrecht belegt keineswegs das Gegenteil. So hält die Botschaft klar fest, dass die fürsorgerische Unterbringung «dem Schutz der betroffenen Person und nicht der Umgebung» dient; der Schutz Dritter dürfe zwar «in die Beurteilung einbezogen» werden, könne «allerdings für sich allein nicht ausschlaggebend sein» (BBl 2006 7062 f.).

und Mörder. Bei erwachsenen Tätern wird in solchen Fällen eine Verwahrung ausgesprochen, während dies im Jugendstrafrecht (über das 22. Altersjahr hinaus) *de lege lata* nicht vorgesehen ist<sup>16</sup>. Das Bundesgericht und seine Vorinstanzen standen also vor einem schwierigen Dilemma: Auf der einen Seite bestand zum Schutz der Allgemeinheit vor einem gefährlichen Straftäter ein ausgewiesener Bedarf nach einer Verwahrung, auf der anderen Seite fehlten dafür die gesetzlichen Grundlagen. In dieser Situation entschied sich das Gericht, auf den Tatbestand der fürsorgerischen Freiheitsentziehung zurückzugreifen und diesen in einen Verwahrungstatbestand umzufunktionieren. Hätte es eine Alternative gehabt?

Einen bedenkenswerten Ansatz verfolgte die Vorinstanz. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau stützte sich auf Art. 19 Abs. 3 JStG, der Folgendes bestimmt: «Ist der Wegfall einer Schutzmassnahme für den Betroffenen selber oder für die Sicherheit Dritter mit schwer wiegenden Nachteilen verbunden und kann diesen nicht auf andere Weise begegnet werden, so beantragt die Vollzugsbehörde rechtzeitig die Anordnung geeigneter vormundschaftlicher Massnahmen.» Das Verwaltungsgericht las diese Bestimmung nicht als blossen Verweis auf das Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrecht, sondern als Norm, die eigene materielle Voraussetzungen für die Fortsetzung von Massnahmen gegenüber Jugendstraftätern über das 22. Altersjahr hinaus vorsieht<sup>17</sup>. Während die ordentliche fürsorgerische Freiheitsentziehung ihre gesetzliche Grundlage alleine im Zivilrecht habe und eine persönliche Fürsorgebedürftigkeit voraussetze, könne die *Freiheitsentziehung in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 JStG* im Falle eines Schwächezustands auch dann angeordnet werden, wenn die Gefährdung Dritter als so hoch erscheine, dass man es nicht verantworten könne, jemanden in Freiheit zu lassen<sup>18</sup>. Mit diesem Konstrukt, das sich auf den Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 JStG abstützen kann, hätte sich eine *generelle* Entgrenzung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung vermeiden lassen. Das Bundesgericht hat sich indessen nicht dazu geäussert.

Als weitere Alternative hätte die *polizeiliche Generalklausel* nach Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV in Betracht gezogen werden können. Diese kann in Fällen «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» eine fehlende

gesetzliche Grundlage ersetzen und selbst schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen, wenn und soweit es fundamentale Rechtsgüter des Staates oder Privater gegen schwere und zeitlich unmittelbar drohende Gefahren zu schützen gilt<sup>19</sup>. In einem neueren – noch vor dem vorliegenden BGE 138 III 593 gefällten – Urteil hielt das Bundesgericht in einer Praxisänderung fest, dass der Anwendungsbereich der polizeilichen Generalklausel nicht zwingend auf «echte und unvorhersehbare Notfälle» beschränkt sei und unter Umständen selbst dann angerufen werden könne, wenn typische und erkennbare Gefährdungslagen trotz Kenntnis der Problematik nicht normiert wurden<sup>20</sup>. Die polizeiliche Generalklausel bezwecke den Schutz fundamentaler Rechtsgüter, wenn eine sie bedrohende konkrete, schwerwiegende und unmittelbare Gefahr wegen der Dauer des politischen Prozesses nicht auf dem Weg der ordentlichen Gesetzgebung wirksam bekämpft werden könne. Das Erfordernis der Unvorhersehbarkeit bilde im Rahmen der Interessenabwägung nur ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Es sei nicht als Anwendungsvoraussetzung zu verstehen, die es – losgelöst von der Art und der Dringlichkeit der Gefahr – ausschliesse, die polizeiliche Generalklausel überhaupt anzurufen<sup>21</sup>.

In casu hätte das Bundesgericht die Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel zumindest überprüfen können. Eine Anwendung der polizeilichen Generalklausel hätte sich umso mehr angeboten, als die Politik das Problem, dass jugendstrafrechtliche Massnahmen mit Vollendung des 22. Altersjahrs enden, erkannt und Vorstösse für eine Verlängerung der Höchstdauer der Massnahmen überwiesen hat<sup>22</sup>. Mit Blick auf das absehbare Inkrafttre-

16 Die Problematik der Beendigung der Massnahmen mit dem Erreichen des 22. Lebensjahres ist in Praxis und Lehre erkannt (vgl. Jositsch/Murer, 2009, 1097 f.). Im Nationalrat wurden zwei Vorstösse eingereicht, mit denen die maximale Altersobergrenze für Schutzmassnahmen im Jugendstrafrecht in gewissen Fällen auf 25 Jahre erhöht werden soll (Motion 07.3847 vom 20.12.2007 sowie Motion 08.3797 vom 11.12.2008, Annahme im Nationalrat am 3.6.2009, im Ständerat am 23.9.2010).

17 Vgl. auch Holderegger, 2009, 455.

18 Vgl. Meyer Löhner, 2012, 21.

19 Statt vieler BGE 126 I 112, E. 4b, S. 118.

20 BGE 137 II 431, E. 3.3.1, S. 444 f. betreffend Zulässigkeit der Herausgabe von Bankkundendaten der UBS an die amerikanischen Behörden durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA); vgl. bereits Urteil 2C\_166/2009 vom 30. November 2009, ZBl 111/2010 469 ff., E. 2.3.2.1.

21 BGE 137 II 431, E. 3.3.1, S. 445.

22 Vgl. Fn. 16.

ten dieser Teilrevision des Jugendstrafrechts hätte die polizeiliche Generalklausel nur für eine begrenzte Zeit strapaziert werden müssen. Das Bundesgericht hätte infolgedessen durchaus Alternativen gehabt, um dem vorliegenden Dilemma zu begegnen. Die Zweckentfremdung des Instituts der fürsorgerischen Freiheitsentziehung wäre nicht nötig gewesen.

### 2.3. Tragweite des Urteils

Auch wenn das vorliegende Urteil eine gewichtige, in die Irre führende dogmatische Kursänderung vornimmt, werden dessen praktische Auswirkungen – so ist jedenfalls zu hoffen – kaum dramatisch sein. Zunächst hat das Bundesgericht selber bemerkt, dass der Auffassung, wonach sich aus dem Fremdgefährdungspotenzial eines Geisteskranken fast zwangsläufig ein Beistands- und Fürsorgebedürfnis ergibt, «jedenfalls im vorliegenden Fall zuzustimmen» sei. Man kann diese Passage dahingehend lesen, dass das Bundesgericht einer Verallgemeinerung und Übertragung seines Entscheids auf andere Fallkonstellationen ein Stück weit vorbeugen wollte. In der Tat wäre eine solche Verallgemeinerung nicht haltbar, und sie würde aller Voraussicht nach auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht toleriert, falls eine entsprechende Streitigkeit bis nach Strassburg getragen würde. Denn es ist mit Art. 5 EMRK schlicht nicht vereinbar, wenn eine Person *contra legem* inhaftiert wird, weil sie aufgrund ihres Schwächezustandes eine Gefahr für die Allgemein-

heit darstellt. Aus diesen Gründen ist eher zu erwarten, dass sich BGE 138 III 593 als höchst-richterlicher Ausrutscher erweisen wird, geschehen aus vermeintlicher Not in einem schwierigen Einzelfall.

### Bibliographie

- Häberli T., Meier P., Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2012), *ZKE*, 2012, 486–517.
- Heiniger M., *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB*, Stämpfli Verlag, Bern, 2011.
- Holderegger N., *Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich*, Schulthess Verlag, Zürich, 2009.
- Jositsch D., Murer A., Erfahrungen mit dem neuen Jugendstrafrecht, *AJP*, 2009, 1095.
- Meyer Löhner B., «Im Ergebnis eine rein polizeilich motivierte Fürsorge», *plädoyer*, 6/2012, 20–22.
- Schnyder B., Murer E., *Berner Kommentar*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II/3/1, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, 3. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 1984.

**Prof. Dr. iur. Bernhard Rütsche**  
*Ordinarius für Öffentliches Recht*  
*und Rechtsphilosophie*  
 Universität Luzern  
 Rechtswissenschaftliche Fakultät  
 Frohburgstrasse 3, PF 4466  
 CH-6002 Luzern  
 bernhard.ruetsche@unilu.ch