

Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeinstitutionen

Gutachten

zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)

erstattet von

Jörg Künzli
Laura Bertoni
Noel Stucki

Bern, 12. Juli 2024

AUTORIN UND AUTOREN

Jörg Künzli

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und LL.M, Ordinarius für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern

Laura Bertoni

MLaw, Rechtsanwältin, Wissenschaftliche Assistentin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

Noel Stucki

MLaw, Wissenschaftlicher Assistent am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern

INHALTSVERZEICHNIS

AUTORIN UND AUTOREN.....	2
INHALTSVERZEICHNIS.....	III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
ZUSAMMENFASSUNG	1
Unterbringung in geschlossenen Institutionen.....	3
Bewegungseinschränkende Massnahmen	3
Rechtsschutz	4
Aufsicht.....	5
I. EINLEITUNG.....	6
1. Gutachtensfrage	6
2. Facts and Figures	6
3. Aufbau.....	8
4. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	9
4.1. Urteilsunfähigkeit.....	9
4.2. Demenz.....	10
4.3. Abgrenzung zur fürsorglichen Unterbringung	10
4.4. Geschlossene Einrichtungen und bewegungseinschränkende Massnahmen	10
4.5. Alters- und Pflegeeinrichtungen	11
II. DER MENSCHENRECHTLICHE RAHMEN	12
1. Das System der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).....	12
1.1. Überblick	12
1.2. Insbesondere zum Freiheitsentzug nach Art. 5 EMRK	13
1.3. Kodifikation der EMRK-Praxis in einem Zusatzvertrag?	14
2. Ein Paradigmenwechsel? – Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen	15
2.1. Menschen mit Demenz und der persönliche Schutzbereich der BRK	16

2.2. Ausgangspunkt: Das menschenrechtliche Modell von Behinderung	16
2.3. Inhaltliche Vorgaben der BRK.....	18
a) Überblick	18
b) Art. 12 BRK (Anerkennung vor dem Recht)	18
c) Art. 14 BRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit).....	20
3. Ein Konflikt zwischen den Vorgaben der BRK und der EMRK?	22
III. DIE LANDESRECHTLICHEN GRUNDLAGEN	24
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	24
2. Bundesrechtliche Vorgaben	24
3. Kantonale Vorgaben	25
IV. UNTERBRINGUNG IN GESCHLOSSENEN INSTITUTIONEN.....	26
1. Geschlossene Institutionen	26
2. Bundesrechtliche Regelung: Betreuungsvertrag nach Art. 382 ZGB.....	28
3. Weitergehende kantonale Vorgaben.....	30
4. Vorgaben zum Rechtsschutz.....	30
5. Praxis	31
6. Kompatibilität mit dem Vorgaben der BRK?	33
7. Kompatibilität mit den Vorgaben der EMRK: Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung?	34
7.1. Einführung.....	34
7.2. Vorliegen der objektiven Kriterien eines Freiheitsentzugs?	35
7.3. Vorliegen der subjektiven Kriterien eines Freiheitsentzugs?	37
7.4. Zurechnung des Freiheitsentzugs zum Staat?.....	39
7.5. Haftgrund und Verfahrensfolgen	40
7.6. Zwischenfazit	40
8. Exkurs: Kompatibilität mit strafrechtlichen Vorgaben.....	40
9. Fazit.....	42
V. EINSCHRÄNKUNGEN DER BEWEGUNGSFREIHEIT MITTELS MECHANISCHER, RÄUMLICHER UND PSYCHOLOGISCHER MASSNAHMEN	45

1. Bewegungseinschränkende Massnahmen.....	45
2. Bundesrechtliche Vorgaben	46
2.1. Voraussetzungen für die Anordnung bewegungseinschränkender Massnahmen nach Art. 383 ZGB	46
2.2. Protokollierung und Information nach Art. 384 ZGB	48
2.3. Rechtsbehelf an die Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 385 ZGB	48
3. Weitergehende kantonale Vorgaben.....	49
3.1. Anordnung, Durchführung und Dauer der bewegungseinschränkenden Massnahmen	50
3.2. Protokollierung und Information	52
3.3. Rechtsbehelf	53
4. Praxis	54
5. Kompatibilität mit übergeordneten Vorgaben.....	56
6. Kompatibilität mit strafrechtlichen Vorgaben	58
7. Fazit.....	58
 VI. EINSCHRÄNKUNGEN DER BEWEGUNGSFREIHEIT MITTELS MEDIZINISCHER MASSNAHMEN	 61
1. Der Einsatz von Neuroleptika in Pflegeeinrichtungen	61
2. Bundesrechtliche Vorgaben	62
3. Die Weitergeltung kantonaler Normen nach Erlass des neuen Erwachsenenschutzrechts	63
4. Rechtsschutz.....	64
5. Praxis	64
6. Kompatibilität mit übergeordneten Vorgaben.....	65
7. Kompatibilität mit strafrechtlichen Vorgaben	65
8. Fazit.....	66
 VII. EXKURS: DIE REGELUNG DES HEIMAUFENTHALTS IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	 67
1. Das österreichische Heimaufenthaltsgesetz.....	67
2. Die Genehmigungspflicht der zivilrechtlichen Unterbringung im deutschen Recht.....	67

VIII. RECHTSSCHUTZ.....	69
1. Schutz durch die Persönlichkeitsrechte (Art. 386 ZGB)	69
2. Schutz durch die Patientinnen und Patientenrechte.....	70
3. Schutz durch spezifische kantonale Normen	70
4. Fazit.....	71
IX. AUFSICHT.....	73
1. Bundesrechtliche Vorgaben	73
2. Kantonale Umsetzung der Aufsicht	74
3. Kompatibilität mit übergeordneten Vorgaben.....	78
4. Fazit und Handlungsempfehlungen	79
5. Exkurs Aufsichts- und Beschwerdekommisionen	80
LITERATURVERZEICHNIS	86
MATERIALIENVERZEICHNIS	89
VERZEICHNIS KANTONALER RECHTSGRUNDLAGEN.....	93
BESUCHTE INSTITUTIONEN UND GEFÜHRTE GESPRÄCHE	96

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen vom 10.12.1948
AG	(Kanton) Aargau
AI	(Kanton) Appenzell Innerhoden
AR	(Kanton) Appenzell Ausserhoden
Art.	Artikel
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBI	Bundesblatt
BE	(Kanton) Bern
beM	bewegungseinschränkende Massnahme(n)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, Fassung vom 22.12.2023 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Biomedizinkonvention	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vom 04.04.1997, SR 0.810.2
BL	(Kanton) Basel-Landschaft
BRK	Übereinkommen der UNO über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006, SR 0.109
BRK-Ausschuss	UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen
BS	(Kanton) Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, SR 101
CO	Concluding Observations / Abschliessende Bemerkungen
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment / Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung
CRPD	Committee on the Rights of Persons with Disabilities / BRK-Ausschuss
Draft Additional Protocol 2018	Committee on Bioethics (DH-BIO), Draft Additional Protocol concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment, 04.06.2018, DH-BIO/INF (2018)7

Draft Additional Protocol 2022	Committee on Bioethics (DH-BIO), Draft Additional Protocol to the Convention on human rights and biomedicine concerning the protection of human rights and dignity of persons with regard to involuntary placement and involuntary treatment within mental health care services, vom 25.01.2022, Doc. CM(2022)14-add1
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950, SR 0.101
EMRK / ZP 4	Protokoll Nr. 4 vom 16.09.1963 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, durch das gewisse Rechte und Freiheiten gewährleistet werden, die nicht bereits in der Konvention oder im ersten Zusatzprotokoll enthalten sind, SEV Nr. 046.
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
feM	freiheitseinschränkende Massnahmen
FR	(Kanton) Freiburg
FU	Fürsorgerische Unterbringung
GC	General Comment / Allgemeine Bemerkung
GE	(Kanton) Genf
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Fassung vom 19.12.2022
GL	(Kanton) Glarus
HeimAufG	Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz), Fassung vom 18.04.2024 (Österreich)
HRC	Human Rights Committee / Menschenrechtsausschuss
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
JU	(Kanton) Jura
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
lit.	litera
LU	(Kanton) Luzern
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.	Note(n)
NE	(Kanton) Neuenburg
NKVF	Nationale Kommission zur Verhütung von Folter

NW	(Kanton) Nidwalden
OW	(Kanton) Obwalden
resp.	respektive
Rn.	Randnote(n)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite(n)
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SEV	Sammlung der Europäischen Verträge
SG	(Kanton) St. Gallen
SH	(Kanton) Schaffhausen
SO	(Kanton) Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0
SZ	(Kanton) Schwyz
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
UN/UNO	United Nations/United Nations Organization
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.1
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.2
TG	(Kanton) Thurgau
TI	(Kanton) Tessin
v.	versus
VD	(Kanton) Waadt
vgl.	vergleiche
VS	(Kanton) Wallis
z.B.	zum Beispiel
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	(Kanton) Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907, SR 210
Ziff.	Ziffer(n)
ZH	(Kanton) Zürich

ZUSAMMENFASSUNG

Mehrere Zehntausend Menschen mit Demenz leben in der Schweiz stationär in spezialisierten Pflegeinstitutionen oder -abteilungen, die sie meist nicht nach freiem Gutdünken verlassen können. Angesichts der Alterung der Gesellschaft dürfte diese Zahl künftig noch erheblich ansteigen. Wenn auch aus völlig anderen Motiven – nämlich primär zur Verhinderung einer Eigengefährdung – leben damit stationär betreute Menschen mit Demenz oft in einer Situation, die sich hinsichtlich der damit verbundenen Einschränkung der Bewegungsfreiheit, sehr wohl mit einem Freiheitsentzug in einer Haftinstitution vergleichen lässt. Im Unterschied zu einem straf- oder zivilrechtlichen Freiheitsentzug wird der Aufenthalt in einer geschlossenen Alterseinrichtung – auch wenn er gegen den erkennbaren Willen eines demenzkranken Menschen erfolgt – hingegen nur selten behördlich, geschweige denn gerichtlich angeordnet, sondern er basiert in aller Regel auf einem Vertrag zwischen den Angehörigen der meist urteilsunfähigen demenzkranken Person und einer oft privaten Alterseinrichtung.

Hinzu kommt, dass urteilsunfähige Menschen mit Demenz oft innerhalb eines solchen geschlossenen Settings zusätzlichen bewegungseinschränkenden Massnahmen unterliegen. Insbesondere mit der Motivation der Sturzprävention werden – wie vom ZGB grundsätzlich erlaubt – in verschiedenen Institutionen dazu regelmässig physische Mittel, wie z.B. Bettgitter oder Rollstuhlgurte, eingesetzt. Teilweise werden zu diesem Zweck auch Medikamente eingesetzt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Menschen mit Demenz aufgrund ihrer kognitiven und meist auch körperlichen Beeinträchtigungen ihre Rechte oft nicht selbständig wahrnehmen können. Aus diesen Faktoren ergibt sich, dass Bewohnerinnen und Bewohner geschlossener Demenzstationen zu einer der wohl vulnerabelsten Bevölkerungsgruppen zählen.

Vor diesem Hintergrund soll die vorliegende Studie prüfen, welche menschenrechtlichen Vorgaben Bewohnerinnen und Bewohner in geschlossenen Pflegeinstitutionen in welcher Weise schützen und welche Normen des Bundes- und des kantonalen Rechts in diesem Rahmen einschlägig sind. Darauf aufbauend soll geklärt werden, welchen normativen Anforderungen der Aufenthalt in einer solchen Institution zu genügen hat. Ein besonderes Augenmerk ist dabei Fragen des Rechtsschutzes und der staatlichen Aufsicht zu widmen.

Diese Gutachtensfragen werden wie folgt geprüft: Eine Darstellung des völkerrechtlichen Rahmens bildet den Einstieg in die Darstellung der diesen Themenbereich regulierenden Vorgaben, gefolgt von einer ersten Übersicht über die anwendbaren Rechtsvorschriften des Bundes- und namentlich auch des kantonalen Rechts. Basierend auf dieser Präsentation des normativen Ist-Zustandes folgen detaillierte Ausführungen zu den zwei inhaltlichen Hauptfragen: Einerseits diejenige nach der Zulässigkeit der Unterbringung von Menschen mit Demenz in einem geschlossenen Setting an sich resp. die dafür notwendigen Voraussetzungen und andererseits diejenige nach der Rechtmässigkeit der weiteren Einschränkungen der Bewegungsfreiheit innerhalb einer solchen Einrichtung durch mechanische, räumliche und psychologische oder medizinische bewegungseinschränkende Massnahmen. Anlässlich dieser Evaluation wird geprüft werden, ob die landesrechtlichen Vorgaben und soweit möglich auch die Praxis in der Schweiz den übergeordneten Vorgaben entsprechen oder ob allenfalls Handlungsbedarf in nor-

mativer und/oder faktischer Hinsicht besteht. Danach beschäftigt sich vorliegende Studie mit dem Rechtsschutz, der urteilsunfähigen Erwachsenen in Pflegeeinrichtungen und der behördlichen Aufsicht. Die entsprechenden bundesrechtlichen Vorgaben sowie erwähnenswerte kantonale Umsetzungen werden detailliert beschrieben und bewertet.

Menschenrechtliche Vorgaben zur Gutachtensthematik finden sich nicht nur in den allgemeinen Menschenrechtskonventionen, wie etwa der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und ähnlichen Instrumenten, sondern Menschen mit Demenz werden auch durch das UNO-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) geschützt. Während die «klassischen» menschenrechtlichen Vorgaben die Unterbringung von Menschen mit Demenz in geschlossenen Institutionen bei Beachtung gewisser Vorgaben erlauben, lehnt die BRK nicht nur eine unfreiwillige Unterbringung ab, sondern priorisiert die Autonomie von Menschen mit Behinderungen. Folglich lehnt dieser Vertrag nicht nur das schweizerische Verständnis der Urteilsunfähigkeit und damit jegliche Modelle stellvertretender Entscheidungsfindung ab, sondern das Überwachungsorgan dieses Vertrags erachtet auch, selbst bei Vorliegen einer Eigen- oder Fremdgefährdung, die unfreiwillige Unterbringung von Menschen aufgrund ihrer Behinderung generell als vertragswidrig. Zudem steht es der institutionalisierten Unterbringung von Menschen mit Behinderung infolge der damit verbundenen Segregation zumindest kritisch gegenüber. Das Gutachten handhabt diese widersprüchlichen menschenrechtlichen Vorgaben wie folgt: Der Massstab der EMRK ist Resultat einer langjährigen Gerichtspraxis in Individualbeschwerdeverfahren, welche unmittelbar verpflichtende Vorgaben aus diesem Vertrag konkretisiert. Die Erkenntnisse der BRK in diesem Bereich fliessen demgegenüber aus dem Staatenberichtsverfahren. Sie sind an die Staaten gerichtete Handlungsempfehlungen resp. -aufforderungen und somit anders als Urteile eher policy-orientiert und beschränken sich nicht auf die Festlegung unmittelbar zu erfüllender Verpflichtungen, sondern sie legen auch progressiv zu erfüllende Gehalte der BRK fest. Für die Feststellung der unmittelbar geltenden und kurzfristig umzusetzenden menschenrechtlichen Verpflichtungen orientiert sich die Studie daher an der EMRK, wobei bereits bei der Auslegung dieses Vertrags dem Grundanliegen der BRK, der Selbstbestimmung von Personen mit Behinderungen, weitestmöglich Nachachtung zu verschaffen ist. Die weiterführenden Gehalte der BRK – die teilweise grundlegende Veränderung der Dogmatik des Personenrechts und des Erwachsenenschutzrechtes verlangen – werden im Sinne einer Langfristsperspektive berücksichtigt.

Die Grundlagen der landesrechtlichen Regelung des Aufenthalts urteilsunfähiger Personen in Pflegeeinrichtungen, der dort angeordneten bewegungseinschränkenden Massnahmen sowie des damit verbundenen Rechtsschutzes regelt in kursorischer Weise das ZGB, das auch eine Pflicht der Kantone statuiert, solche Institutionen zu beaufsichtigen. Ein Überblick über die einschlägige kantonale Rechtslage ergibt ein sehr uneinheitliches Bild: Während die meisten Kantone ihre diesbezügliche Regelungskompetenz kaum ausgeschöpft haben, kennen insbesondere welsche Kantone teilweise detaillierte Vorgaben zur Thematik.

UNTERBRINGUNG IN GESCHLOSSENEN INSTITUTIONEN

Eine ohne Vorliegen einer aktuellen oder vorgängig erteilten Einverständniserklärung der betroffenen Person angeordnete Unterbringung in einer Institution für Menschen mit Demenz, die nicht jederzeit oder während bestimmten Zeiträumen aus freien Stücken verlassen werden kann, ist als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK zu qualifizieren. Das Einverständnis der betroffenen Person kann dabei – wie auch die Botschaft zur entsprechenden ZGB-Norm bestätigt – nicht durch dasjenige von Angehörigen oder einer Beistandin oder eines Beistandes ersetzt werden. Der Aufenthalt ohne Vorliegen eines Einverständnisses der betroffenen Person, ist folglich im Rahmen einer FU behördlich oder ärztlich anzuordnen. Sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer FU nicht gegeben, muss eine Pflegeinstitution davon absehen, einen Menschen mit Demenz basierend auf einem Vertrag mit Angehörigen in einem geschlossenen Setting unterzubringen. Liegt hingegen ein aktuelles oder vorgängig erteiltes Einverständnis der betroffenen Person zur Aufnahme oder Verlegung in eine Demenzabteilung vor, kann die Unterbringung rein vertraglich vereinbart werden. Ein schriftlicher Vertrag entweder zwischen der Bewohnerin, dem Bewohner oder einer anderen vertretungsbefugten Person und der Pflegeinstitution ist indes unabhängig vom Vorliegen einer FU abzuschliessen. Die inhaltlichen Vorgaben für Betreuungsverträge sind idealerweise normativ zu verankern.

Menschenrechtliche Vorgaben und insb. das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie der in der BRK verbriefte Grundsatz der Vermeidung einer segregierenden Unterbringung sind auch bei der Auswahl der Modalitäten, mit welchen einer Weglaufgefahr entgegengewirkt werden soll, zu berücksichtigen. Diesen Vorgaben entsprechen Demenzabteilungen am besten, welche ihren Bewohnenden je nach individueller Risikoabschätzung durch geschultes Pflegepersonal und allenfalls mit Hilfe einer GPS-Ortung oder anderer elektronischer Überwachungssysteme das Verlassen der Institution oder eines Perimeters erlauben. Abschlusssicherungen mittels Zahlencodes oder «versteckter» Türen tragen diesen Anliegen zumindest teilweise Rechnung. Allerdings ist damit u.E. nicht vollständig sichergestellt, dass die (fehlende) Fähigkeit zur Überwindung dieser Sicherungen mit der Eigen- oder Fremdgefährdung korreliert. Positiv zu würdigen ist auch die Einräumung der Möglichkeit, gemischt genutzte Räumlichkeiten zu besuchen oder die Ermöglichung von begleiteten Spaziergängen oder Ausflügen ausserhalb des Perimeters der Institution. Infolge der damit verbundenen Segregation von Menschen mit Demenz, tragen vollständig geschlossene Institution diesen Anliegen weniger gut Rechnung. In langfristiger Hinsicht sind basierend auf den Vorgaben der BRK Unterbringungsmodalitäten anzustreben, die auf eine Segregation von Menschen mit Demenz verzichten und durch wohnortnahe Unterstützungs- und Betreuungsmassnahmen sowie eine entsprechende Umgebungsgestaltung auf geschlossene Institutionen verzichten.

BEWEGUNGSEINSCHRÄNKENDE MASSNAHMEN

Sind beM, wie namentlich etwa lange Zimmereinschlüsse oder lange andauernde Fixierungen, infolge ihrer Auswirkungen auf die betroffenen Menschen mit Demenz als Freiheitsentzug zu klassifizieren, dürfen sie nicht ohne behördliche Anordnung angewendet werden; überschreiten sie in ihrer Auswirkung gar die Schwelle des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, was etwa bei pflegerischer Vernachlässigung während

einer beM der Fall sein kann, sind sie absolut untersagt. Bereits gestützt auf Bundesrecht ist es ferner unzulässig, aus wirtschaftlichen Motiven, disziplinarischen Gründen, zur Erleichterung pflegerischer Abläufe oder wenn das Verhalten einer betroffenen Person das Gemeinschaftsleben nur moderat tangiert, zu solchen Massnahmen zu greifen.

Der Einsatz gewisser beM – gemäss Stimmen der Pflegepraxis etwa Zewi-Decken oder Bettgitter – scheint mit Gefahren verbunden zu sein, die erheblicher sind oder sein können als das gesundheitliche Risiko, dessen Eintritt mit ihrem Einsatz verhindert werden soll. Der Einsatz weiterer beM, die eine Immobilisierung verursachen, kann zumindest bei längerfristiger Anwendung erhebliche Gefahren implizieren (Thrombosen) oder das angestrebte Ziel vereiteln (z.B. Erhöhung der Sturzgefahr durch Muskelschwund). Der Einsatz solcher beM ist folglich überhaupt nicht oder zumindest bei längerfristigem Einsatz nicht geeignet, Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden und damit nicht verhältnismässig. Von ihrer Anwendung ist folglich generell oder zumindest bei längerer Einsatzdauer abzusehen. Der Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt weiter, das beM nur zum Einsatz gelangen, wenn weniger invasive Massnahmen die Gefahr nicht beseitigen können. Auch grundsätzlich zulässige beM dürfen daher nur als ultima ratio, nur in Einzelfällen und möglichst kurzzeitig zum Einsatz gelangen, wenn sich weniger einschneidende Massnahmen in der Vergangenheit als nicht effizient zur Vermeidung einer Eigen- oder Fremdgefährdung erwiesen haben. Schliesslich verlangt der letzte Aspekt der Verhältnismässigkeit, der Grundsatz der Zumutbarkeit, dass vor dem Einsatz einer beM eine Güterabwägung zwischen dem avisierten Einsatzziel und den Auswirkungen auf die betroffene Person vorgenommen wird. Dabei verlangen namentlich die Vorgaben der BRK, dass der Sicherheit (etwa der Sturzprävention) nicht ohne spezifische Begründung (z.B. Unfälle mit Verletzungsfolge in der Vergangenheit, Vorliegen spezifischer gesundheitlicher Prädispositionen) Vorrang vor der persönlichen Autonomie eingeräumt werden darf. Diese Grundlagen sind zur Sicherstellung ihrer Anwendung in der Praxis regulatorisch (im kantonalen Recht, kantonalen Standards etc.) festzuhalten. Die bereits bestehende Rechtslage im Kanton Wallis hat in dieser Hinsicht u.E. Vorbildcharakter.

Sollen beM weiterhin zum Einsatz gelangen, ist es u.E. zur Vermeidung von Fehlanwendungen und Missbräuchen zentral, die Anordnungscompetenz und das dabei zu beachtende Verfahren abstrakt festzulegen. Die im Kanton Wallis vorgesehene Lösung, der Anordnung durch eine Ärztin oder Arzt oder eine verantwortliche Fachperson, an welche die Kompetenz delegiert wurde, erscheint u.E. sinnvoll. Für eine effektive Aufsicht über die Anwendung dieser Zwangsmittel und damit für die Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflichten ist schliesslich eine sachgerechte Protokollierung dieser Massnahmen zentral. Auch in diesem Bereich haben u.E. die Vorgaben des Kantons Wallis Vorbildcharakter.

RECHTSSCHUTZ

Verbesserungsmöglichkeiten des bisherigen Rechtsschutzes gegenüber bewegungseinschränkenden Massnahmen – wie etwa die Schaffung neuer Beschwerdemöglichkeiten – sind bei Menschen mit Demenz enge Grenzen gesetzt. Zudem dürfte auch die Bereitschaft von Angehörigen, mit einem Rechtsmittel gegen eine Institution vorzugehen, die ihre demenzkranken Verwandten betreut, ausgesprochen gering sein; muss doch befürchtet

werden, dass ein solches Vorgehen das Vertrauensverhältnis zerrüttet und allenfalls direkt nachteilige Folgen für die betreute Person haben kann. Soll daher der Rechtsschutz in diesem Bereich nachhaltig verbessert werden, ist es u.E. angesichts dieser strukturellen Defizite notwendig, diesen grundsätzlich zu überdenken. Dabei bietet sich ein Blick auf das österreichische Modell an, das sich als praxistauglich erwiesen hat und das auch dem Grundanliegen der BRK Rechnung trägt, den Willen von Menschen mit Demenz möglichst zu berücksichtigen. Die Etablierung einer professionellen Vertretung der Bewohnerinnen und Bewohner, welche zwingend über alle diesbezüglichen Massnahmen zu informieren ist und welche jederzeitigen Zutritt zu den geschlossenen Institutionen hat, hätte u.E. tatsächlich das Potenzial, den Rechtsschutz einen grossen Schritt weiterzubringen.

AUFSICHT

Wegen der besonderen Vulnerabilität der Bewohnerinnen und Bewohner von Pflegeinstitutionen für Menschen mit Demenz gewinnt die staatliche Aufsicht über solche Einrichtungen eine fundamentale Bedeutung für die Verhinderung von Missbräuchen und damit von Verletzungen der Menschenrechte. Angesichts der grossen Anzahl von Pflegeeinrichtungen, welche Menschen mit Demenz beherbergen, und der grossen und wohl künftig noch zunehmenden Anzahl ihrer Bewohnerinnen und Bewohner kann die NKVF die geforderte Effektivität der Kontrolle alleine nicht ansatzweise gewährleisten. Zentral für die Umsetzung dieses Anliegens verbleibt daher die kantonale Heimaufsicht.

In diesem Bereich zeigen sich aber bereits auf einer normativen Ebene grosse Unterschiede zwischen den Kantonen: Während insbesondere die Rechtsgrundlage des Kantons Waadt den menschenrechtlichen Vorgaben wohl mustergültig entspricht, genügen kantonale Regelungen, welche ohne inhaltliche Vorgaben zu stipulieren, einzig ein Aufsichtsorgan benennen, diesen Vorgaben wohl kaum. Diese Defizite scheinen sich in der Praxis noch zu akzentuieren: So sollen gemäss einheitlicher Darstellung unserer Gesprächspartnerinnen und -partner verschiedene Kantone faktisch auf Vor-Ort-Kontrollen verzichten, während andere die Kontrolle auf Fragen der Hygiene oder der Beachtung des geforderten Personalschlüssels zu beschränken scheinen und damit besonders menschenrechtssensiblen Bereiche wie etwa die beM von jeglicher staatlichen Kontrolle ausgeklammert bleiben.

I. EINLEITUNG

1. GUTACHTENSFRAGE

Die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (nachfolgend: NKVF) hat den Erstautor mit der Erstellung eines Gutachtens zum Thema «Unterbringung von urteilsunfähigen Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeinstitutionen» beauftragt. Das Gutachten soll folgende Rechtsfragen klären:

1. Ist die Unterbringung von aufgrund einer Demenzerkrankung urteilsunfähigen Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeeinrichtungen (im Folgenden Unterbringung) als Freiheitsentzug oder als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren und was sind die rechtlichen Folgen dieser Einstufung?
2. Welche rechtlichen Vorgaben statuieren das einschlägige kantonale und eidgenössische Recht und existieren allenfalls ausländische Rechtsnormen (im Sinne von good practices) zu dieser Unterbringung?
3. Unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen steht eine solche Unterbringung in der Schweiz im Einklang mit verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben?
4. Bieten die bestehenden Rechtsmittel resp. der Rechtsschutz i.w.S. im Zeitpunkt der Aufnahme und während des Aufenthaltes einen ausreichenden Schutz für die so untergebrachten Personen oder sind als Kompensation weitere Strukturen zu errichten (z.B. anwaltschaftliche Instrumente)?

2. FACTS AND FIGURES

Ende 2022 lebten gemäss amtlichen Angaben in schweizweit 1'485 Alters- und Pflegeheimen mit insgesamt knapp über 100'000 Plätzen etwas über 91'000 Menschen, die Langzeitpflege bedürfen¹. Die Bewohnerinnen und Bewohner (zu zwei Dritteln Frauen) leben dabei im Durchschnitt 841 Tage oder etwas mehr als zwei Jahre in diesen Institutionen.² Erwähnenswert erscheint, dass mittlerweile knapp ein Drittel aller Personen, die in solchen Einrichtungen leben, älter als 90 Jahre sind.³

Über die Anzahl von Menschen mit Demenz generell und über Menschen mit Demenz in Pflegeeinrichtungen im Besonderen liegen in der Schweiz keine aktuellen Studien vor.⁴ Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) schätzt indes, dass 2023 in der Schweiz ca. 153'000 an Demenz erkrankte Menschen lebten.⁵ Zudem starben gemäss Todesfallstatistik im vergangenen Jahrzehnt jährlich zwischen 10'000 und 13'400 Personen an einer amtlich registrierten Demenzerkrankung.⁶ Weiter wurden 2019 über 30'000 Menschen mit Demenz in Spitälern – oft in

¹ Bundesamt für Statistik (besucht am 21.03.2024).

² A.a.O.

³ A.a.O.

⁴ Büro Bass, Prävalenzschätzungen zu Demenzerkrankungen in der Schweiz.

⁵ BAG Zahlen und Fakten zu Demenz.

⁶ A.a.O.

der Alterspsychiatrie – betreut.⁷ Vor diesem Hintergrund scheint klar – und dies wird auch in Gespräch mit Pflegefachpersonen stets betont –, dass heute Personen mit demenziellen Erkrankungen einen ganz erheblichen Teil der Population von Alterspflegeeinrichtungen ausmachen. Auch wenn berücksichtigt wird, dass viele Menschen mit Demenz vor allem im Anfangsstadium der Krankheit ambulant betreut werden, dürfte damit erstellt sein, dass eine hohe fünfstellige Anzahl von Menschen, die von dieser Krankheit betroffen sind – und dies oft in fortgeschrittenem Stadium –, in Pflegeeinrichtungen leben.

Dieser Befund wird weiter durch die Tatsache erhärtet, dass mittlerweile alle Kantone mit Ausnahme des Kantons Wallis – und 16 Kantone gar in allen Regionen – über Pflegeheime mit spezialisierten Abteilungen für Menschen mit Demenz verfügen. In 12 Kantonen finden sich mindestens eine, aber oft auch mehrere spezialisierte Einrichtungen, die einzig Menschen mit Demenz betreuen.⁸

Wie viele an Demenz erkrankte Bewohnerinnen und Bewohner von Alterspflegeeinrichtungen wiederum in diesen spezialisierten Einrichtungen oder in gesonderten Abteilungen leben und/oder welche Anzahl in «allgemeinen» Abteilungen betreut wird, wird ebenfalls statistisch nicht erhoben. Der Befund der weiten Verbreitung der erwähnten demenzspezifischen Angebote in der Alterspflege legt indes nahe, dass eine grosse Mehrheit aller stationär betreuten demenzkranken Menschen – und damit wohl mehrere Zehntausend Menschen in Abteilungen und Institutionen leben, die sich auf die Betreuung von Menschen mit demenziellen Erkrankungen spezialisiert haben. Dieses Faktum ist deswegen auch rechtlich von Belang, weil diese spezialisierten Einrichtungen meist geschützt und damit in irgendeiner Form geschlossen geführt werden. Namentlich werden ihre Bewohnerinnen und Bewohner mittels geschlossener oder durch einen Code gesicherte Eingangstüren oder Liftzugänge, mittels umzäunter Gärten und Aussenanlagen oder mittels Einsatzes von GPS-Trackern daran gehindert, die Institution unbegleitet oder ohne Einverständnis des Betreuungspersonals zu verlassen.⁹ Wenn auch aus völlig anderer Motivation – nämlich zur Verhinderung einer Eigengefährdung – leben damit stationär betreute Menschen mit Demenz oft in einer Situation, die sich hinsichtlich der damit verbundenen Einschränkung der Bewegungsfreiheit, sehr wohl mit einem Freiheitsentzug in einer Haftinstitution vergleichen lässt. Die Anzahl der im Alterspflegebereich von diesen Massnahmen betroffenen Personen dürfte diejenige der inhaftierten Personen indes um ein Vielfaches übertreffen.¹⁰ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass im Unterschied zu Letztgenanntem der Aufenthalt in einer geschlossenen Alterseinrichtung – auch wenn er gegen den erkennbaren Willen eines demenzkranken Menschen erfolgt – nur selten behördlich, geschweige denn gerichtlich angeordnet wird¹¹, sondern in aller Regel basierend auf einem Vertrag zwischen den Angehörigen der meist urteilsunfähigen demenzkranken Person und einer oft privaten Alterseinrichtung erfolgt.

⁷ A.a.O.

⁸ Ecoplan, S. 25 ff. und 53.

⁹ Dazu detaillierter hinten IV. 1.

¹⁰ Stand Januar 2023 waren in der Schweiz 6445 Personen inhaftiert.

¹¹ Siehe dazu detailliert hinten IV. 2.

Hinzu kommt, dass urteilsunfähige Menschen mit Demenz oft auch innerhalb eines solchen geschlossenen Settings zusätzlichen bewegungseinschränkenden Massnahmen unterliegen.¹² Insbesondere mit der Motivation der Sturzprävention werden – wie vom ZGB grundsätzlich erlaubt – in verschiedenen Institutionen dazu regelmässig physische Mittel, wie z.B. Bettgitter, Klingelmatten oder Rollstuhlurte, eingesetzt¹³. Teilweise werden zu diesem Zweck auch Medikamente verwendet. Vereinzelt wird zu diesen Massnahmen resp. zu GPS-basierten Überwachungssystemen schliesslich auch in offenen Settings gegriffen, um den Bewegungsradius einzelner Bewohnerinnen und Bewohner gezielt zu reduzieren.

Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass insbesondere in geschlossenen Institutionen lebende demenzkranke Menschen aufgrund ihrer kognitiven und meist auch körperlichen Beeinträchtigungen zu einer der wohl vulnerabelsten Bevölkerungsgruppen zählen. Diese Einstufung wird besonders deutlich beim Zugang zum Recht. Dieser kann infolge der Erkrankung und der Beschränkung der Bewegungsfreiheit in aller Regel nicht selbständig erfolgen. Umso zentraler erscheint daher neben dem Bestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten das Vorhandensein einer effektiven behördlichen Aufsicht.

3. AUFBAU

Vor diesem Hintergrund prüft vorliegende Studie die Gutachtensfragen wie folgt: Eine Darstellung des völkerrechtlichen Rahmens bildet den Einstieg in die Darstellung der diesen Themenbereich regulierenden Vorgaben (Ziff. II). Im Zentrum dieser Analyse stehen dabei die einschlägigen Verpflichtungen der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK). Eine erste Übersicht über die anwendbaren Rechtsvorschriften des Bundes- und namentlich auch des kantonalen Rechts bilden den Inhalt des nächsten Abschnitts (Ziff. III). Basierend auf dieser Präsentation des normativen Ist-Zustandes folgen detaillierte Ausführungen zu den zwei inhaltlichen Hauptfragen: Einerseits diejenige nach der Zulässigkeit der Unterbringung von Menschen mit Demenz in einem geschlossenen Setting an sich resp. die dafür notwendigen Voraussetzungen (Ziff. IV) und andererseits diejenige nach der Rechtmässigkeit der weiteren Einschränkungen der Bewegungsfreiheit innerhalb einer solchen Einrichtung durch mechanische, räumliche und psychologische oder durch medizinische bewegungseinschränkende Massnahmen (beM) (Ziff. V und VI).¹⁴ Anlässlich dieser Evaluation soll geprüft werden, ob die landesrechtlichen Vorgaben und soweit möglich auch die Praxis in der Schweiz den übergeordneten Vorgaben entsprechen oder ob allenfalls Handlungsbedarf in normativer und/oder faktischer Hinsicht besteht. Nach diesen materiellrechtlichen Fragestellungen und einem kurzen Exkurs zur entsprechenden Rechtslage in Österreich und Deutschland (Ziff. VII) beschäftigt sich vorliegende Studie mit dem Rechtsschutz, der urteilsunfähigen Erwachsenen in Pflegeeinrichtungen zur Verfügung steht (Ziff. VIII). Da indes der Zugang zum Recht für diese Personen oft schwierig oder unmöglich ist, gewinnt das Instru-

¹² Dazu ausführlich hinten V.

¹³ Dazu ausführlich hinten V. 1.

¹⁴ Nicht untersucht wird in dieser Studie die Kompatibilität der übrigen Lebensumstände in einer geschlossenen Institution mit rechtlichen Vorgaben. Dazu zählen etwa die Unterbringung (Einer- oder Mehrbettzimmer), die Beschäftigungsmöglichkeiten, die Gesundheitsversorgung und die Ernährung.

ment der behördlichen Aufsicht entsprechend an praktischer Bedeutung. Die entsprechenden bundesrechtlichen Vorgaben sowie erwähnenswerte kantonale Umsetzungen werden daher detailliert beschrieben und bewertet (Ziff. IX).

4. ABGRENZUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES

Die vorliegende Studie beschäftigt sich gemäss ihrem Titel mit der Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeinstitutionen. Im Folgende soll kurz definiert werden, wie diese Begriffe in dieser Studie verwendet werden.

4.1. URTEILSUNFÄHIGKEIT

Eine Unterbringung in geschlossenen Abteilungen ist nur bei Urteilsunfähigkeit der Bewohnenden zulässig. Die Urteilsunfähigkeit bestimmt sich nach den Kriterien von Art. 16 ZGB (e contrario) und aus der sich dazu entwickelten Lehre und Rechtsprechung.¹⁵ Urteilsunfähig ist jede Person, der wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB e contrario). Vernunftgemässes Handeln setzt einerseits voraus, dass man über die Fähigkeit verfügt den Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einzusehen und abwägen zu können (intellektuelles Element).¹⁶ Andererseits muss die Fähigkeit bestehen, gemäss der Einsicht nach freiem Willen handeln zu können (Willensmoment).¹⁷ Nur wenn beide dieser Voraussetzungen fehlen, kann von Urteilsunfähigkeit der Person ausgegangen werden.¹⁸ Allerdings kann eine Person nicht als in jeder Situation urteilsfähig oder urteilsunfähig angesehen werden. Es muss für jede rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung der Person einzeln beurteilt werden, ob diese für das entsprechende Geschäft im Zeitpunkt der Vornahme urteilsfähig oder urteilsunfähig ist.¹⁹ Grundsätzlich ist von Urteilsfähigkeit auszugehen und die Urteilsunfähigkeit muss beweisen, wer sie behauptet. Wenn jedoch aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung objektive Zweifel an der Urteilsfähigkeit der Person bestehen, kann es, insbesondere in Zusammenhang mit hochbetagten Personen, Kindern und bei bestimmten Geisteskrankheiten, zu einer Beweislastumkehr kommen.²⁰ Bei Personen mit Demenzerkrankungen in fortgeschrittenem Stadium wird dies regelmässig der Fall sein.²¹ Es darf jedoch nie allein von einer Diagnose, wie einer Demenzerkrankung, auf umfassende Urteilsunfähigkeit geschlossen werden, sondern diese gilt es sorgfältig und in Bezug auf jede in Frage stehende Handlung abzuklären.²² Somit ist es ungenau von urteilsunfähigen Personen zu sprechen, da nicht die Person als solches und in

¹⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 7.

¹⁶ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16 N. 3.

¹⁷ A.a.O.

¹⁸ A.a.O. N. 5.

¹⁹ A.a.O. N. 34.

²⁰ Vgl. BGE 124 III 5, E. 1b S. 8.

²¹ SCARDINO-MEIER, S. 8.

²² SAMW-Demenz, S. 12.; BGE 124 III 5, E. 1 S. 8.

jedem Fall urteilsunfähig ist. Die Bezeichnung wird aber auch vom Gesetzgeber in dieser Weise verwendet (vgl. Art. 383 ff ZGB) und daher auch in dieser Studie übernommen.

4.2. DEMENZ

Von einer Demenz wird gesprochen, wenn Gedächtnisstörungen und mindestens eine weitere Störung wie eine Sprachstörung (Aphasie), eine Bewegungsstörung (Apraxie), eine Erkennungsstörung (Agnosie) oder eingeschränkte Planungs- und Handlungsfähigkeit (Störung der Exekutivfunktionen) auftreten.²³ Demenz ist als Oberbegriff für diverse Krankheiten, welche die genannten Folgen mit sich bringen, zu verstehen.²⁴ Die häufigste Form von Demenz ist die Alzheimer-Demenz.²⁵ Dadurch, dass sich das Durchschnittsalter der Bevölkerung stetig erhöht, nehmen auch Demenzerkrankungen laufend zu.²⁶ Es ist zu erwarten, dass sich die Zahl der demenzkranken Personen bis in das Jahr 2050 verdreifachen wird.²⁷

4.3. ABGRENZUNG ZUR FÜRSORGERISCHEN UNTERBRINGUNG

Werden urteilsunfähige demenzkranke Personen in Pflegeeinrichtungen untergebracht, so bestimmt sich deren rechtlicher Schutz massgeblich danach, ob dies im Rahmen einer FU geschieht oder ob es sich um eine informelle Einweisung der Betroffenen bspw. durch Angehörige handelt. Wenn sich diese Personen einer Unterbringung erkennbar widersetzen, muss jeweils eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet werden.²⁸ In solchen Fällen unterliegt die Unterbringung den ausführlichen bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 426 ff. ZGB und es kann unmittelbar gerichtlich gegen die Unterbringung vorgegangen werden.²⁹ Zeigt eine urteilsunfähige demenzkranke Person aber keinen sichtbaren entgegenstehenden Willen, kann sie gemäss ZGB und gemäss gängiger Praxis informell und ohne Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung in einer geschlossenen Abteilung einer Alters- oder Pflegeeinrichtung untergebracht werden, sofern eine vertretungsberechtigte Person die Einwilligung erteilt.³⁰ Diese informelle Unterbringung ohne Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung steht im Fokus vorliegender Untersuchung.

4.4. GESCHLOSSENE EINRICHTUNGEN UND BEWEGUNGSEINSCHRÄNKENDE MASSNAHMEN

Für das Gutachten werden zwei grundsätzliche Situationen von Bedeutung sein: Einerseits die Unterbringung der betroffenen Personen in einer geschlossenen Pflegeeinrichtung bzw. in einer geschlossenen Abteilung einer

²³ Nationale Demenzstrategie 2014-2017, S. 18.

²⁴ A.a.O.

²⁵ BAG Demenz (besucht am 26.01.2024).

²⁶ SCARDINO-MEIER, S. 2.

²⁷ Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050 (besucht am 18.01.2024).

²⁸ BBl 2006 7015. Siehe dazu auch hinten S. 28 f.

²⁹ Art. 450 Abs. 1 ZGB.

³⁰ Vgl. BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N. 5.

Pflegeeinrichtungen als Massnahme, die bezweckt, die betroffenen Personen am Verlassen eines bestimmten Perimeters zu hindern.³¹

Andererseits beschäftigt sich vorliegende Arbeit auch mit individuellen Massnahmen, den sogenannten bewegungseinschränkenden Massnahmen (beM), die bei entsprechendem Schutzbedürfnis individuell gegenüber einzelnen Personen während ihres Aufenthalts in einem offenen Setting oder auch als zusätzliche Massnahme in geschlossenen Abteilungen resp. Institutionen angeordnet werden. Dabei ist zwischen räumlichen, mechanischen oder psychologischen beM und medizinischen beM zu unterscheiden.³²

4.5. ALTERS- UND PFLEGEEINRICHTUNGEN

Vorliegende Studie beschäftigt sich einzig mit der Rechtsstellung demenzkranker Personen in Alters- und Pflegeeinrichtungen. Es soll an diese Stelle indes nicht versucht werden, diese Institutionen abschliessend zu definieren. Wichtig für die hier relevanten Zwecke ist einzig die damit verbundene Beschränkungen des geprüften Themenfelds. Die Bezeichnung macht in dieser Hinsicht namentlich deutlich, dass eine Darstellung der Rechtsstellung demenzkranker Patientinnen und Patienten in der Alterspsychiatrie und in somatischen Akutspitälern nicht Gegenstand der folgenden Abklärungen ist. Dies gilt ebenso für demenzerkrankte Menschen, welche ausserhalb einer Institution in ihrem häuslichen Umfeld gepflegt werden. Irrelevant ist es demgegenüber für die vorliegende Untersuchungen, ob die geschlossenen Institutionen resp. Abteilungen als Alters- und Pflegeheim oder einzig als Pflegeheim bezeichnet werden. Schliesslich soll hier grundsätzlich auch nicht nach der Trägerschaft einer solchen Institution unterschieden werden. Diese kann öffentlich oder privat sowie gewinnorientiert oder nicht gewinnorientiert sein. In der Schweiz ist zudem zu beachten, dass die Planung, Bewilligung und Aufsicht von Alters- und Pflegeeinrichtungen in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt.

³¹ Siehe dazu detailliert hinten IV.

³² Siehe dazu detailliert hinten V.

II. DER MENSCHENRECHTLICHE RAHMEN

Dieser Abschnitt bietet einen Überblick über die menschenrechtlichen Vorgaben, die im Bereich der Unterbringung urteilsunfähiger Erwachsener in Pflegeeinrichtungen und für beM relevant sind. Der Fokus liegt dabei auf dem menschenrechtlichen Schutz der Bewegungsfreiheit und der Selbstbestimmung. Auf regionaler Ebene garantiert primär³³ die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) die relevanten Rechte (Ziff. 1), während auf universeller Ebene ein spezifischerer Vertrag, das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK), für vorliegende Fragestellung im Vordergrund steht (Ziff. 2). In einem letzten Abschnitt wird aufgezeigt, ob und in welchem Ausmass diese internationalen Vorgaben inhaltlich kongruent sind und wie mit allfälligen Widersprüchen umzugehen ist (Ziff. 3).

1. DAS SYSTEM DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION (EMRK)

1.1. ÜBERBLICK

Bewegungseinschränkende Massnahmen, wie etwa Fixierungen, aber auch der Einschluss in einem Gebäude resp. Stockwerk – können eine Vielzahl von Garantien der EMRK tangieren. So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verschiedentlich festgehalten, dass etwa Fixierungen, werden diese nicht als ultima ratio zur Verhinderung einer Eigen- oder Fremdgefährdung angewendet, eine unmenschliche oder eine erniedrigende Behandlung darstellen und damit Art. 3 EMRK verletzen können. Ebenso stellen solche Massnahmen oder etwa der Einschluss auf einem Gelände einen Eingriff in das Privat- und Familienleben von Art. 8 EMRK dar, indem sie etwa die selbständige Verwirklichung des sozialen und des Familienlebens erschweren bis verunmöglichen. Beruhen solche Einschränkungen nicht auf einer klaren gesetzlichen Grundlage, verfolgen sie kein öffentliches Interesse oder sind sie nicht verhältnismässig verletzen sie diese Garantie.

Von besonderer Relevanz für vorliegendes Gutachten ist zudem die Frage, wie die EMRK Bewegungseinschränkungen als solche einordnet. Für die Klärung dieser Frage ist der Umstand wesentlich, dass dieser Vertrag – wie auch die BV³⁴ – zwischen zwei Formen der Bewegungseinschränkung unterscheidet: der Freiheitsbeschränkung und dem Freiheitsentzug. Beide Arten stellen eine Einschränkung des Rechts auf Bewegungsfreiheit dar. Die mildere Einschränkungsform der Bewegungsfreiheit fällt zwar in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK; die Schweiz hat diesen Vertrag indes nicht ratifiziert. Folglich wird dieses Recht in der Schweiz einzig durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützt. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind gestützt auf diese Norm bei Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses in verhältnismässiger Manier möglich. Wesentlich strenger sind die Vorgaben bei Vorliegen eines eigentlichen Freiheitsentzugs im Sinne von Art. 5 EMRK. Diese werden im folgenden Abschnitt näher umrissen.

³³ Auf die inhaltlich oft ähnlichen oder gar identischen Garantien des UNO-Pakts II wird in diesem Abschnitt nur eingegangen, falls sie weitergehen als die Vorgaben der EMRK. Diese Vorgehensweise wird auch für die Grundrechte der BV gewählt.

³⁴ Siehe Art. 10 Abs. 2 BV (Bewegungsfreiheit) resp. Art. 31 BV (Freiheitsentzug).

1.2. INSBESONDERE ZUM FREIHEITSENTZUG NACH ART. 5 EMRK

Gemäss Praxis des EGMR definiert sich ein Freiheitsentzug generell durch drei Elemente:

- *In objektiver Hinsicht* verlangt ein Freiheitsentzug die Unterbringung einer Person an einem räumlich begrenzten Ort für eine nicht unerhebliche Dauer.³⁵ Wann ein solcher Eingriff einen Freiheitsentzug und wann eine blossе Freiheitsbeschränkung darstellt kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern ist eine graduelle Entscheidung, die von verschiedenen Faktoren des Einzelfalls abhängt.
- Kein Freiheitsentzug liegt vor, wenn die betroffene Person einer solchen Unterbringung zustimmt. Als *subjektives Element* ist daher das Fehlen einer rechtsgültigen Zustimmung der betroffenen Person zur Festhaltung vonnöten. Insbesondere darf aus dem Fehlen von Widerstand einer handlungsunfähigen Person gegen eine solche Unterbringung nicht geschlossen werden, dass kein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK vorliegt.³⁶
- Drittens muss die Freiheitsentziehung *dem Staat zugerechnet* werden können, wobei dessen positive Handlungspflicht, vor Eingriffen durch Private zu schützen, ausreichend ist.³⁷

Ein besonderer Schutz gilt sodann für besonders vulnerable Personen, wie etwa Kinder oder Menschen, die in Gesundheitseinrichtungen untergebracht sind.³⁸ Dies ergibt sich bereits durch die gesteigerte Abhängigkeit dieser Personen gegenüber dem Gesundheitspersonal. Bei urteilsunfähigen Menschen muss dies noch stärker berücksichtigt werden, da sie sich selbstständig kaum oder nicht mehr gegen allfällige Rechtswidrigkeiten zur Wehr setzen können.

Sind diese drei Vorgaben erfüllt, stellt eine unfreiwillige Unterbringung einer Person einen Freiheitsentzug oder Haft im Sinne der EMRK dar und hat verschiedene Konsequenzen in materieller und formeller Hinsicht:

Zunächst enthält Art. 5 EMRK einen abschliessenden Katalog zulässiger Haftgründe. Für dieses Gutachten relevant ist namentlich Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK, welcher in der Sprache der 1950er Jahre einen rechtmässigen *Freiheitsentzug* rechtfertigt, wenn damit das Ziel verfolgt wird, «eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern». Die betroffenen Personen (hier «psychisch Kranke») müssen sich dabei selbst oder die Allgemeinheit gefährden und diese Gefahr darf nicht anders abgewendet werden können.³⁹ Auch wenn die nationalen Behörden bei der ärztlichen Würdigung und Feststellung dieser Bestimmung einen grossen Ermessensspielraum haben, darf sie keinesfalls so ausgelegt werden, dass eine Unterbringung einer Person schon nur deshalb zulässig wäre, weil ihr Verhalten von einer bestimmten gesellschaftlichen Norm abweicht.⁴⁰ Der EGMR hat die Grundsätze für den rechtmässigen

³⁵ Vgl. auch HK EMRK-HARRENDORF/KÖNIG/VOIG, Art. 5, N. 9.

³⁶ EGMR, H.L. v. The United Kingdom, Nr. 45508/99, Urteil vom 05.10.2004, Ziff. 90.

³⁷ EGMR, Storck v. Germany, Nr. 61603/00, Urteil vom 16.06.2005, Ziff. 74, 89.

³⁸ In Bezug auf psychiatrische Einrichtungen weist der Gerichtshof auch auf die Tatsache hin, dass die betroffenen Personen dort meist ohne richterliche Anordnung untergebracht sind. Siehe dazu EGMR, Storck v. Germany, Nr. 61603/00, Urteil vom 16.06.2005, Ziff. 103.

³⁹ EMRK-KARPENSTEIN, Art. 5, N. 62.

⁴⁰ EGMR, Winterwerp v. the Netherlands, Nr. 6301/73, Urteil vom 24.10.1979, Ziff. 37 m.w.H. Zum Ermessensspielraum siehe Inseher v. Germany, Nr. 10211/12 und 27505/14, Urteil vom 04.12.2018, Ziff. 128.

Freiheitsentzug nach Abs. 1 lit. e in den sog. Winterwerp-Kriterien festgehalten.⁴¹ Ausser in Notfällen, darf die Freiheit nur entzogen werden, wenn die Urteilsunfähigkeit durch ein aktuelles ärztliches Gutachten verlässlich festgestellt wurde.⁴² Dieses sollte zudem vor der Unterbringung vorliegen. In Dringlichkeitsfällen kann es ausreichend sein, wenn es unmittelbar danach eingeholt wird.⁴³ Weiter muss die Beeinträchtigung eine gewisse Schwere erreichen, damit sich ein Freiheitsentzug rechtfertigen lässt. Schliesslich ist die Rechtmässigkeit eines fortgesetzten Freiheitsentzugs abhängig davon, ob die Urteilsunfähigkeit anhält und generell nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall weniger einschneidende Massnahmen nicht erfolgreich waren.⁴⁴ Als mildere Massnahmen zur unfreiwilligen Unterbringung sind bspw. die Einsetzung einer Beistandschaft oder die externe Betreuung zu Hause denkbar.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bedeutet die Qualifikation einer nicht konsensualen Unterbringung als Freiheitsentzug, dass die betroffene Person innerhalb möglichst kurzer Frist über die Gründe für den Freiheitsentzug informiert wird und ihr zudem die Möglichkeit eingeräumt wird, den Freiheitsentzug unmittelbar vor einem Gericht überprüfen zu lassen.⁴⁵

1.3. KODIFIKATION DER EMRK-PRAXIS IN EINEM ZUSATZVERTRAG?

Der Ausschuss für Bioethik des Europarates (DH-BIO) publizierte 2018 einen überarbeiteten Entwurf eines Zusatzvertrags⁴⁶ zur Biomedizinkonvention⁴⁷. Diese Konvention kodifiziert Grundsätze, welche bei medizinischen Interventionen einzuhalten sind. Der Begriff «Intervention» wird weit ausgelegt und umfasst alle medizinischen Handlungen, insbesondere Eingriffe, die zum Zweck der Prävention, Diagnose, Behandlung, Rehabilitation oder Forschung vorgenommen werden.⁴⁸ So enthält es etwa den Grundsatz der informierten Zustimmung zu medizinischen Interventionen (Art. 5) sowie Regelungen zum Schutz von urteilsunfähigen Menschen (Art. 6) und Menschen mit einer psychischen Störung (Art. 7). Nach Art. 6 Abs. 3 der Konvention sind zudem urteilsunfähige Menschen am Zustimmungsprozess zu beteiligen und dürfen nicht gänzlich von Entscheidungen ausgeschlossen werden.⁴⁹

Darauf aufbauend soll sich der genannte Zusatzvertrag spezifisch mit der unfreiwilligen Unterbringung und Medikation von Personen mit psychischen Krankheiten beschäftigen. Er soll dabei namentlich den Schutz von Personen mit psychosozialen und intellektuellen Behinderungen im Hinblick auf unfreiwillige Unterbringung und Behandlung stärken und die entsprechenden Standards des EGMR festschreiben. Ziel des Entwurfs ist es daher,

⁴¹ Siehe dazu EGMR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Nr. 6301/73, Urteil vom 24.10.1979, Ziff. 39.

⁴² EGMR, *Kadusic v. Switzerland*, Nr. 43977/13, Urteil vom 09.01.2018, Ziff. 44 und 55. Ein eineinhalb Jahre altes Gutachten ist gemäss EGMR nicht aktuell genug, um den Anforderungen zu genügen. Siehe EGMR, *Herz v. Germany*, Nr. 44672/98, Urteil vom 12.06.2003.

⁴³ HK EMRK-HARRENDORF/KÖNIG/VOIG, Art. 5, N. 52.

⁴⁴ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, Nr. 36760/06, Urteil vom 17.01.2012, Ziff. 145; EGMR, *Witold Litwa v. Poland*, Nr. 26629/95, Urteil vom 04.04.2000, Ziff. 78; EGMR, *Herczegfalvy v. Austria*, Nr. 10533/83, Urteil vom 24.09.1992, Ziff. 63.

⁴⁵ Art. 5 Abs. 2 – 5 EMRK.

⁴⁶ Siehe Draft Additional Protocol 2018.

⁴⁷ Die Schweiz ratifizierte diesen Vertrag im Jahr 2008.

⁴⁸ Siehe dazu Explanatory Report, Ziff. 34 und 46.

⁴⁹ Explanatory Report, Ziff. 42 ff.

unfreiwillige Massnahmen möglichst zu verhindern, indem Alternativen gefördert und die Verfahrensrechte und der Rechtsschutz der betroffenen Personen sichergestellt werden.⁵⁰

Nach heftiger inhaltlicher Kritik an diesem Entwurf seitens Expertinnen und Experten der UNO⁵¹ wurde 2022 eine neue, leicht modifizierter Entwurfsvariante vorgelegt.⁵² Diesem erwuchs indes erneut Kritik seitens der genannten Kreise.⁵³ Wohl aus diesem Grund wurde er bis heute vom Ministerkomitee des Europarats noch nicht definitiv verabschiedet.⁵⁴ Obwohl dieser Vertrag (noch) nicht in Kraft steht und daher keine rechtliche Bindung erzeugt, sind seine materiellen Ausführungen als Versuch einer Kodifikation der Praxis des EGMR in dieser Materie doch für diese Studie von erheblicher Bedeutung.

Der örtliche Geltungsbereich des geplanten Zusatzvertrags erstreckt sich nicht nur auf psychiatrische Spitäler, sondern auf alle Institutionen, in welchen Personen aufgrund ihrer psychischen Erkrankung unfreiwillig leben⁵⁵ und damit potenziell auch auf Institutionen für Menschen mit Demenz. Als unfreiwillig gilt dabei jede Unterkunft oder Behandlung «[...] without that person's free and informed consent or against that person's will.»⁵⁶ Bevor zu solchen Massnahmen gegriffen wird, müssen alle Massnahmen geprüft werden, die nicht unfreiwillig in diesem Sinne sind⁵⁷ und die unfreiwilligen Massnahmen haben strikten Verhältnismässigkeitserwägungen zu genügen.⁵⁸ Weiter betont dieses Instrument, unfreiwillige Massnahmen dürften nur bei erheblicher Eigengefährdung und bei klar fehlender Fähigkeit über die Massnahme selber zu entscheiden oder bei klarer Fremdgefährdung angeordnet werden und wenn mit freiwilligen Massnahmen diesen Gefahren nicht wirksam begegnet werden kann.⁵⁹ In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestimmt dieser Vertragsentwurf, dass – ausser in Notfällen – unfreiwillige Unterbringungen und Medikationen einzig von einem Gericht oder einer anderen Behörde angeordnet werden dürfen⁶⁰ und Fixierungen oder die Festhaltung in einem Raum oder ähnliche Massnahmen stets der Zustimmung eines Arztes oder einer Ärztin bedürfen.⁶¹

2. EIN PARADIGMENWECHSEL? – DAS ÜBEREINKOMMEN ÜBER DIE RECHTE VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN

Das im Jahr 2006 verabschiedete Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) bezweckt, die in den universellen Menschenrechtsübereinkommen⁶² festgelegten Rechte für die Situation von

⁵⁰ Draft Additional Protocol 2018, Ziff. 47 ff.

⁵¹ Siehe Joint communication.

⁵² Siehe Draft Additional Protocol 2022. Während der Titel damit auf die gerügte Bezeichnung «persons with mental disorder» neu verzichtet, macht Art. 2 Abs. 1 deutlich, dass diese Änderungen etwas Fassadär war. Er lautet nämlich wie in der Vorgängerversion: «The provisions of this Protocol shall apply to involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental disorder».

⁵³ Siehe dazu hinten II. 3.

⁵⁴ Das Ministerkomitee beauftragte vielmehr das Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health mit weiteren Abklärung in diesem und einer Berichterstattung bis Ende 2024; siehe <https://www.coe.int/en/web/bioethics/protection-with-regard-to-involuntary-measures#%7B%2252965645%22%3A%7B%7D%7D> (besucht am 21.03.2024).

⁵⁵ Draft explanatory report, Ziff. 29.

⁵⁶ Art. 2 Ziff. 4 Draft Additional Protocol 2022. Der Kommentar betont, dass die zweite Variante Anwendung finde, wenn die betroffene Person nicht fähig sei, ihren Konsens zu manifestieren. Siehe dazu Draft explanatory report, Ziff. 38.

⁵⁷ Art. 3 Draft Additional Protocol 2022.

⁵⁸ Art. 6 Draft Additional Protocol 2022.

⁵⁹ Art. 6 Draft Additional Protocol 2022.

⁶⁰ Art. 12 f. Draft Additional Protocol 2022.

⁶¹ Art. 17 Draft Additional Protocol 2022.

⁶² Namentlich die Rechte des UNO-Pakts I und diejenigen des UNO-Pakts II.

Menschen mit Behinderungen⁶³ zu konkretisieren. Mit diesem Abkommen sollen daher nicht primär neue Rechte geschaffen werden, sondern sein Ziel ist es, für Menschen mit Behinderungen den Genuss der universalen Menschenrechte in gleicher Weise («on an equal basis with others») zu ermöglichen.⁶⁴ Die Schweiz hat die BRK 2014 ratifiziert; bis heute aber nicht das Zusatzprotokoll zu diesem Vertrag, welches die Möglichkeit für von einer Vertragsverletzung betroffene Personen schafft, nach Durchlaufen des nationalen Instanzenzuges vor dem Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderung eine Individualbeschwerde einzureichen.

2.1. MENSCHEN MIT DEMENZ UND DER PERSÖNLICHE SCHUTZBEREICH DER BRK

Fallen (urteilsunfähige) Menschen mit Demenz in den Schutzbereich der BRK resp. gilt Demenz als Behinderung im Sinne der BRK? Ausgangspunkt für die Klärung dieser Frage ist Art. 1 Abs. 2 BRK, wonach zu den Menschen mit Behinderung «Menschen [zählen], die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können». Damit verwendet die BRK bewusst eine offene und nicht abschliessende Umschreibung des Ausdrucks «Behinderung».⁶⁵ Demenz, als langfristiges gerontopsychiatrisches Krankheitsbild, führt zu langfristigen kognitiven und oft auch zu körperlichen Beeinträchtigungen und in Kombination mit Alltagsumgebung, Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen zu einer Behinderung im Sinne der BRK.⁶⁶ Diese Einstufung wird durch Menschenrechtsorgane,⁶⁷ die Weltgesundheitsorganisation⁶⁸ und auch durch die fachspezifischen NGOs⁶⁹ geteilt. Gegenmeinungen finden sich soweit ersichtlich keine. Das vorliegende Gutachten geht folglich davon aus, dass die Vorgaben der BRK für die Beurteilung der Rechte von Menschen mit Demenz einschlägig sind.

2.2. AUSGANGSPUNKT: DAS MENSCHENRECHTLICHE MODELL VON BEHINDERUNG

Um die Vorgaben der BRK umfassender zu verstehen, insbesondere hinsichtlich ihrer Auslegung durch das Vertragsüberwachungsorgan, den UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK-Ausschuss), sind im Folgenden einige grundsätzliche Aspekte zu erläutern. Der BRK-Ausschuss geht von einem menschenrechtlichen Modell von Behinderung aus, welches das medizinische und soziale Modell ablöst bzw.

⁶³ Die Bezeichnung «Menschen mit Behinderungen» kann sprachlich kritisiert werden, da durch das Wort «mit» die veraltete und vom medizinischen Modell herrührende Betrachtung von Behinderung als «dem Individuum angehörig» zum Ausdruck kommt. Vorgeschlagen wird eine Bezeichnung wie bspw. «behinderte/beeinträchtigte Menschen», da dadurch der Einfluss gesellschaftlicher Barrieren beim gleichberechtigten Zugang zu den Menschenrechten deutlicher gemacht wird und somit dem menschenrechtlichen Modell von Behinderung besser entspricht. Anlehnend an den Wortlaut der deutschen Fassung der BRK wird für das vorliegende Gutachten die Bezeichnung «Menschen mit Behinderungen» verwendet.

⁶⁴ Präambel lit. e BRK; Vgl. BRK Kommentar-NAGUIB, Art. 1, N. 1; CRPD Commentary-DELLA FINA, S. 92 ff.

⁶⁵ CRPD Commentary-DELLA FINA, S. 97.

⁶⁶ Siehe auch CRPD Report of the Special Rapporteur, Ziff. 21, 57, 62. Das CRPD betont stets auch die Rechte älterer Menschen mit Behinderungen, siehe z.B. CRPD, CO Georgia, UN Doc. CRPD/C/GEO/CO/1, 24.03.2023, Ziff. 11 ff.

⁶⁷ Siehe CRPD Report of the Special Rapporteur.

⁶⁸ WHO, Draft global action plan on the public health response to dementia, UN Doc. A70/28, 03.04.2017, Ziff. 7.

⁶⁹ Siehe etwa Brief for Alzheimer associations, S. 1.

erweitert.⁷⁰ Das (veraltete) medizinische Modell versteht eine Behinderung als Beeinträchtigung, welche medizinisch behandelt, geheilt oder behoben werden muss. So wird eine Behinderung als Abweichung vom «normalen» Gesundheitszustand betrachtet. Gemäss Lehre rühren aus dieser Sichtweise die zwei Prämissen, dass Menschen mit Behinderungen Schutz und Fürsorge brauchen und Behinderungen Grund für den Entzug der Handlungsfähigkeit («legal capacity») sein kann. Erstere Annahme kann zur Legitimierung von segregierenden Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen führen und Letztere zu Gesetzen, welche teils umfassende Beistandschaften vorsehen.⁷¹ Das soziale Modell von Behinderung löst den Blick vom Individuum und versteht Behinderung als soziales Konstrukt. So liegt der Schwerpunkt hier auf der Gesellschaft und die Ausgrenzung aus dieser wird als Folge von Barrieren und Diskriminierung betrachtet. Gemäss sozialem Modell wird zwischen «Beeinträchtigung» und «Behinderung» unterschieden. Die «Beeinträchtigung» bezieht sich auf einen Zustand des Körpers oder der Psyche und die «Behinderung» auf das Ergebnis der Art und Weise, wie Umwelt und Gesellschaft auf diese Beeinträchtigung reagieren.⁷² Das menschenrechtliche Modell der BRK ist schlussendlich eine Weiterentwicklung des sozialen Modells. So unterscheidet es sich vom sozialen Modell u.a. dadurch, dass Menschen mit Behinderungen die Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht abgesprochen werden darf und die Tatsache berücksichtigt wird, dass Menschen mit Behinderungen aufgrund ihrer Beeinträchtigung u.a. mit Schmerzen oder einer Verschlechterung der Lebensqualität konfrontiert sein können, und dies bei entsprechenden Reformen berücksichtigt wird.⁷³

Für die rechtliche Situation urteilsunfähiger Erwachsener in der Schweiz ist dies relevant, weil die Auslegung der BRK durch deren Ausschuss auch in den hier relevanten Bereichen teils weitführende Veränderungen fordern kann. Gemäss diesem reichen die BRK-Vorgaben über den Schutz vor sozialer Isolation, körperlicher Gewalt und Zugang zu Unterstützung, Gesundheit, Pflege und Justiz hinaus. Sie betreffen ebenso die umfassende Mitbestimmung und Autonomie und manifestieren eine grundsätzlich ablehnende Haltung gegenüber der Unterbringung von Menschen mit Behinderungen in Institutionen und eine strikte Ablehnung jeglicher unfreiwilligen Unterbringung einer Person aufgrund einer Behinderung.⁷⁴

⁷⁰ CRPD Commentary-DELLA FINA, S. 98.

⁷¹ CRPD Commentary-DEGENER, S. 42.

⁷² A.a.O.

⁷³ Nach DEGENER unterscheiden sich die beiden Modelle durch insgesamt sechs Aspekte. Nebst den bereits erwähnten, geht das menschenrechtliche Modell weiter als klassische Nichtdiskriminierungsrechte und umfasst nebst den bürgerlichen und politischen Rechten auch die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte. Weiter bietet das menschenrechtliche Modell identitätspolitischen Raum für Minderheiten und kulturelle Identifikation. So u.a. für die Intersektionalität von Behinderung, Alter, Geschlecht, Herkunft, Religion, etc. Abschliessend bietet das menschenrechtliche Modell einen Leitfaden für nichtdiskriminierende präventive Gesundheitspolitik und für eine inklusive Entwicklungspolitik. Siehe dazu CRPD Commentary-DEGENER, S. 42 ff.

⁷⁴ Siehe dazu gleich anschliessend.

2.3. INHALTLICHE VORGABEN DER BRK

a) Überblick

Kern der Konvention bilden der Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot. So stellen sämtliche verbrieften Rechte eine Verbindung zu diesen her.⁷⁵ Im Bereich der Unterbringung urteilsunfähiger Erwachsener und der Anwendung von beM in Pflegeeinrichtungen verankern nebst Art. 14 BRK (Freiheit und Sicherheit der Person) auch Art. 15 BRK (Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe), Art. 16 BRK (Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch) und Art. 17 BRK (Schutz der Unversehrtheit der Person)⁷⁶ relevante Aspekte der persönlichen Freiheit.⁷⁷ Für dieses Gutachten ist zudem die Verbindung zu Art. 12 BRK notwendig, welcher die umfassende Anerkennung der Rechts- und Handlungsfähigkeit («legal capacity») aller durch die BRK geschützten Personen garantieren soll.⁷⁸ Dies ist insofern von Relevanz, da das Recht, frei und eigenständig über den Aufenthalt und die Betreuung zu entscheiden, schlussendlich die Rechts- und Handlungsfähigkeit und somit auch die Selbstbestimmung betrifft.⁷⁹ So sehen sich Menschen mit fortgeschrittener Demenz und bei fehlender Urteilsfähigkeit meist mit Beistandschaften und somit mit verschiedenen Formen stellvertretender Entscheidungsfindung («substitute decision-making») konfrontiert. Werden urteilsunfähige Erwachsene in geschlossenen Abteilungen von Pflegeeinrichtungen untergebracht oder beM angewendet, können im Einzelfall all diese und weitere Rechte der BRK berührt werden. Im Folgend wird indes der Fokus auf die für dieses Gutachten zentralen Vorgaben von Art. 12 und Art. 14 BRK gelegt.

b) Art. 12 BRK (Anerkennung vor dem Recht)

Art. 12 BRK regelt die umfassende Anerkennung von Menschen mit Behinderungen vor dem Recht und gilt als Grundprinzip der BRK, da es eine wesentliche Voraussetzung für den Genuss anderer Menschenrechte ist.⁸⁰ So etwa in Bezug auf das Recht auf informierte Zustimmung («informed consent») zu Pflege und Behandlung, welches für die körperliche und geistige Unversehrtheit unerlässlich ist.⁸¹ In Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot soll Art. 12 BRK insbesondere Menschen schützen, die aufgrund einer Beeinträchtigung keine rechtlich wirksamen Erklärungen abgeben können und folglich im Bezug zu Menschen ohne Behinderung ungleich behandelt werden.⁸² Der BRK-Ausschuss vertritt die Meinung, dass Formen stellvertretender Entscheidungen («substitute decision-making») nicht mit der BRK vereinbar sind⁸³ und durch unter-

⁷⁵ Siehe dazu Art. 5 BRK.

⁷⁶ Im Unterschied zu Art. 14, bezieht sich Art. 17 BRK auf (zwangsweise) medizinische Behandlungen. NAGUIB U. A., UNO-Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK), Art. 14, N. 4, S. 390.

⁷⁷ BRK Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 4.

⁷⁸ Zur Interpretation des CRPD von Art. 12 BRK siehe CRPD GC No. 1.

⁷⁹ BRK Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 4.

⁸⁰ Vgl. CRPD Commentary-KEYS, S. 266. Unter ähnlichem Titel und Inhalt findet man das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht auch in Art. 6 f. AEMR und in Art. 26 UNO-Pakt II. Letzterer führt allerdings Menschen mit Behinderungen nicht auf, was durch die BRK korrigiert werden soll. Siehe dazu BRK Kommentar-ROSCH, Art. 12 N. 1 und 5.

⁸¹ CRPD Commentary-KEYS, S. 266.

⁸² BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 12 N. 1.

⁸³ CRPD GC No. 1, Ziff. 29.

stützte Entscheidungsfindung («supported decision-making») ersetzt werden müssen.⁸⁴ Die unterstützende Entscheidungsfindung orientiert sich am Prinzip der Selbstbestimmung. Wenn immer möglich sind dabei der Wille und die Wünsche einer Person – und ausdrücklich auch urteilunfähiger Personen – zu ermitteln («best interpretation of will and preferences»). In der Lehre wird teilweise moniert, durch ein Verbot der stellvertretenden Entscheidungsfindung würden Menschen mit intellektuellen und psychosozialen Behinderungen letztlich sich selbst überlassen. Es sei daher fraglich, ob dies der BRK entspreche und mit der Menschenwürde in Einklang gebracht werden könne.⁸⁵ Art. 12 Abs. 3 BRK fordert allerdings, dass Menschen mit Behinderungen entsprechende Unterstützungsmassnahmen zur Verfügung gestellt werden. Der BRK-Ausschuss legt den Begriff der Unterstützung weit aus und fordert, dass jegliche «support arrangements», unabhängig von ihrer Art und Intensität, stets den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person respektieren.⁸⁶ Dies entspreche auch dem in Art. 5 Abs. 3 BRK enthaltenen Grundsatz, dass angemessene Vorkehrungen («reasonable accommodation») bspw. in Form von Assistenzpersonen getroffen werden.⁸⁷ Der BRK-Ausschuss erwähnt als wichtige Unterstützung auch verschiedene Formen der frühzeitigen Willensäusserung.⁸⁸ Zu denken ist hier an Vorsorgeaufträge oder an Patientenverfügungen. Erst wenn trotz all dieser Bemühungen eine Feststellung des Willens und der Wünsche einer Person nicht möglich ist, darf eine Entscheidung schliesslich basierend auf der besten Auslegung des Willens und der Wünsche getroffen werden. Eine Entscheidung nach dem objektivierten Best-Interest-Standard widerspricht gemäss BRK-Ausschuss allerdings der Konvention.⁸⁹

Diese Haltung machte der Ausschuss auch gegenüber der Schweiz deutlich, indem er die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit kritisierte, einer Person die Handlungsfähigkeit zu entziehen und diese unter Beistandschaft zu stellen und eine Revision der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben forderte.⁹⁰ Der BRK-Ausschuss hält die Schweiz damit an, einen Paradigmenwechsel vorzunehmen; spricht die gemäss seiner Sichtweise noch paternalistisch geprägte Dogmatik des Erwachsenenschutzrechts, welches durch die gesetzlichen Vorgaben zur Beistandschaft⁹¹ charakterisiert ist und damit Formen der stellvertretenden Entscheidungsfindung vorsieht und Einschränkungen der Handlungsfähigkeit erlaubt, fundamental zu revidieren.

Von spezifischerer Relevanz für dieses Gutachten ist Art. 12 BRK aber im Zusammenspiel mit Art. 14 (Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit) und Art. 25 BRK (Gesundheit). So kritisiert etwa die Sonderberichterstatterin der UNO über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, dass oft bereits eine Demenzdiagnose an sich als Rechtfertigung ausreiche, um den Betroffenen die Ausübung verschiedener Rechte zu verweigern.⁹² Der BRK-Ausschuss wiederum erachtet die Einschränkung oder Verweigerung der Handlungsfähigkeit und die Unterbrin-

⁸⁴ CRPD CO Switzerland, Ziff. 25 f. Siehe ausführlich BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 12 N. 55 ff.

⁸⁵ BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 37, S. 401.

⁸⁶ CRPD GC No. 1, Ziff. 17.

⁸⁷ Vgl. CRPD Commentary-KEYS, S. 265 f.

⁸⁸ CRPD GC No. 1, Ziff. 17.

⁸⁹ CRPD GC No. 1, Ziff. 21; Vgl. auch BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 12 N. 55 und 58 ff.

⁹⁰ CRPD CO Switzerland, Ziff. 25: «The Committee notes with concern: (a) The lack of recognition of the right of persons with disabilities to equality before the law, including the existence of laws denying or restricting the legal capacity of persons with disabilities and placing them under guardianship; (...)».

⁹¹ Allen voran die umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB.

⁹² Siehe dazu CRPD Report of the Special Rapporteur, Ziff. 29.

gung einer Person in Einrichtungen gegen ihren Willen, oder ohne ihre Zustimmung bzw. einzig mit der Zustimmung einer Beistandschaft («substitute decision-maker») als Verstoß gegen Art. 12 und Art. 14 BRK. Sie stelle einen willkürlichen Freiheitsentzug dar und sei zu unterlassen.⁹³ Auch im Gesundheitsbereich, so der BRK-Ausschuss, müssten die Vertragsstaaten sicherstellen, dass alle Angehörigen der Gesundheitsberufe vor jeder Behandlung die freie und informierte Zustimmung von Menschen mit Behinderungen einholen. Gemäss diesem Organ sind somit auch im Gesundheitsbereich keine stellvertretenden Entscheidungen mit den Vorgaben der Konvention vereinbar. Stattdessen müsse das Gesundheitspersonal sicherstellen, dass Menschen mit Behinderungen direkt einbezogen werden und dass allfällige Assistenz- und Hilfspersonen die Entscheidung von Menschen mit Behinderungen nicht in unzulässiger Weise beeinflussen.⁹⁴

c) Art. 14 BRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit)

Zentral für dieses Gutachten ist das Recht auf Bewegungsfreiheit gemäss Art. 14 BRK. Es schützt u.a. die körperliche Bewegungsfreiheit und die Entscheidungsfreiheit über den eigenen Aufenthalt und die Fortbewegung.⁹⁵ Auch Art. 14 BRK begründet keine neuen Rechte, welche nicht bereits in anderen menschenrechtlichen Abkommen vorhanden sind.⁹⁶ Unter Freiheitsentzug versteht daher auch die BRK eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit auf einem eng begrenzten Raum für eine gewisse Dauer, welche dem Staat zurechenbar ist.⁹⁷ Und ebenso wie in anderen menschenrechtlichen Verträgen verlangen auch die Vorgaben der BRK das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage, dass der Freiheitsentzug im Einzelfall nach dem innerstaatlich vorgeschriebenen Verfahren angeordnet wird sowie dass er willkürfrei und verhältnismässig ist. Ferner ist wie in anderen menschenrechtlichen Verträgen die Anwendbarkeit von Art. 14 BRK nicht auf Haftstrafen beschränkt. So sind Menschen mit Behinderungen in der Realität auch oftmals auf Grundlage des Zivilrechts gegen oder ohne ihren Willen in besonderen Institutionen oder Settings untergebracht.⁹⁸ Nebst der Unterbringung an sich, fallen unter Freiheitsentzug im Sinne der BRK aber auch verschiedene Formen beM wie etwa Einsperren, Überwachung oder Androhung von Sanktionen. Auch ein kurzes Festhalten in Form einer Fixierung kann ausreichend sein, um eine Freiheitsentziehung zu begründen.⁹⁹

Wie bereits anlässlich der Darstellung von Art. 12 BRK erwähnt,¹⁰⁰ soll Art. 14 BRK im Kern verhindern, dass Menschen mit Behinderungen aufgrund ihrer Behinderung ohne oder gegen ihren Willen in Institutionen untergebracht werden.¹⁰¹ So legt Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK explizit fest, dass «das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt».¹⁰² Falls sich Menschen mit Behinderungen gegen allfällige Eingriffe

⁹³ CRPD GC No. 1, Ziff. 40.

⁹⁴ CRPD GC No. 1, Ziff. 41.

⁹⁵ Im Vergleich dazu fokussiert sich Art. 17 BRK (Schutz der Unversehrtheit der Person) auf zwangsweise medizinische Behandlungen. Siehe dazu BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 4, S. 390.

⁹⁶ Die inhaltliche Nähe zu Art. 9 UNO-Pakt II zeigt sich auch aus den Vorarbeiten zu Art 14 BRK. Siehe dazu BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14 N. 3 und 23 f.

⁹⁷ So auch Art. 5 EMRK; Vgl. dazu vorne II. 1.2.

⁹⁸ Vgl. BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 25.

⁹⁹ So bspw. bei einer Fixierung während einer Untersuchung. Siehe dazu BRK Praxis-TRENK-HINTERBERGER, Art. 14 BRK, N. 4.

¹⁰⁰ Siehe vorne II. 2.3b.

¹⁰¹ GA Guidelines 14 CRPD, S. 16 f., Ziff. 6; Siehe auch BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 2.

¹⁰² Analog HRC GC Nr. 35, Ziff. 19.

nicht wehren bzw. die Massnahme hinnehmen, stellt dies keinen Grundrechtsverzicht dar.¹⁰³ Das Verbot eines Freiheitsentzugs aufgrund einer Behinderung gilt ausnahmslos, d.h. auch bei Vorliegen einer klaren Fremd- oder Eigengefährdung.¹⁰⁴ Dies macht folgende Stellungnahme mehrerer unabhängiger UNO-Expertinnen und Experten deutlich:

«[P]revalent mental health laws nowadays justify detention on the grounds of actual or perceived mental impairment, or based on potential dangerousness to themselves or others. While the criteria purport to be objective and reasonable, in practice they have the effect of targeting persons with disabilities, in particular persons with psychosocial and persons with intellectual disabilities who are commonly considered as being dangerous and in need of treatment or care. Hence, such measures are discriminatory and in contradiction of the prohibition of deprivation of liberty on the grounds of disability, and the right to liberty on an equal basis with others prescribed by Article 14 (...). States have an obligation to replace the use of coercive psychiatry with support in decision making on health-related matters and alternative service models that are respectful of the will and preferences of the person (...).»¹⁰⁵

Art. 14 BRK verbietet den Freiheitsentzug von Menschen mit Behinderung allerdings nicht gänzlich. So hält Abs. 1 lit. b einzig fest, unter welchen Voraussetzungen eine Freiheitsentziehung stets unzulässig ist. Nebst der alleinigen Anknüpfung an eine Behinderung ist dies der Fall, wenn die Freiheitsentziehung willkürlich erfolgt. Um eine willkürliche Freiheitsentziehung handelt es sich, wenn sie gesetzlich nicht geregelt ist, im konkreten Fall auf offensichtlich unzutreffenden Umständen beruht oder in einem unangemessenen Zweck-Mittel-Verhältnis steht. In Abs. 2 werden sodann Schutzrechte festgehalten, sofern einem Menschen mit Behinderung die Freiheit entzogen wird und garantiert, dass die Menschenrechte *gleichberechtigt* zur Geltung kommen.¹⁰⁶

Der BRK-Ausschuss steht überdies der Institutionalisierung von Menschen mit Behinderungen generell kritisch gegenüber.¹⁰⁷ Anknüpfend an Art. 19 BRK (unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft) bezeichnet er in seinen Leitlinien zur Deinstitutionalisierung «gesicherte Demenzstationen» und «Demenzdörfer» als Formen der unerwünschten Institutionalisierung, «in denen Menschen zu Zwecken wie Beobachtung, Pflege oder Behandlung und/oder Sicherheitsverwahrung die Freiheit entzogen werden kann».¹⁰⁸ Eine solche Institutionalisierung von Menschen mit Behinderungen sei eine diskriminierende Praxis nach Art. 5 BRK und stelle eine faktische Verweigerung der rechtlichen Handlungsfähigkeit nach Art. 12 BRK dar. Solche Formen der Unterbringung demenzkranker Personen seien als Freiheitsentzug aufgrund einer Behinderung und damit als Verletzung von Art. 14 BRK einzustufen.¹⁰⁹ Ferner gelangt der BRK-Ausschuss zu Schluss, dass Zwangsbehandlungen, Isolationen und verschiedene Methoden der Fixation in medizinischen Einrichtungen, einschliesslich physischer,

¹⁰³ BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 20.

¹⁰⁴ Dies Lehre teilt diese Sichtweise nicht uneingeschränkt. So BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14, N. 31 ff. m.w.N.

¹⁰⁵ Joint communication. Ähnlich auch der BRK-Ausschuss in GA Guidelines 14 CRPD, S. 18, Ziff. 13.

¹⁰⁶ BRK-Kommentar-ROSCH, Art. 14 N. 11.

¹⁰⁷ Unter Institutionalisierung versteht der BRK-Ausschuss die Internierung von Menschen mit Behinderungen, «die allein auf der Behinderung oder auf der Behinderung in Verbindung mit anderen Gründen wie «Pflege» oder «Behandlung» beruht». Siehe dazu CRPD deinstitutionalization, Ziff. 11, 15.

¹⁰⁸ CRPD deinstitutionalization, Ziff. 15, 52.

¹⁰⁹ CRPD deinstitutionalization, Ziff. 6. Auch der UN-Menschenrechtsausschuss steht dem Freiheitsentzug von Menschen mit intellektuellen und psychosozialen Beeinträchtigungen kritisch entgegen. So weist er darauf hin, dass jede Freiheitsentziehung, wie bspw. in Form der unfreiwilligen Einweisung in eine Gesundheitsinstitution, schädlich für die betroffene Person sein kann. Stattdessen seien gemeinde-nahe oder alternative Betreuungsformen anzuwenden, welche weniger restriktiv sind; HRC GC Nr. 35, Ziff. 19.

chemischer und mechanischer Einschränkungen der Bewegungsfreiheit eine Verletzung von Art. 15 BRK (Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe) darstelle.¹¹⁰

In seinen abschliessenden Bemerkungen zum Staatenbericht der Schweiz hat der Ausschuss diese Meinung bestätigt und die Schweiz zur Revision der entsprechenden Gesetze aufgefordert.¹¹¹ Es ist daher davon auszugehen, dass nach Auffassung des BRK-Ausschusses die gesetzliche Regelung zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit nach Art. 383 ZGB und die entsprechende Praxis nicht mit der BRK vereinbar ist. Trotz dieser klaren Aussagen des BRK-Ausschusses teilt die (schweizerische) Doktrin diese Sichtweise nicht einhellig. So wird etwa teils die Meinung vertreten, dass das Vorliegen zusätzlicher Haftvoraussetzungen ausreiche, damit die Einschränkung nicht einzig aufgrund der Behinderung erfolge und eine Freiheitsentziehung damit den Vorgaben von Art. 14 BRK entspreche. Dies könne bspw. durch den Schutz vor Selbstgefährdung durchaus vorliegen. Sofern also ein Freiheitsentzug nicht ausschliesslich mit dem Vorliegen einer Behinderung begründet werde, sondern wenn dieser im Zusammenhang mit einer Behinderung stehe, dürften die Vorgaben der BRK eingehalten werden.¹¹² Dieser Sichtweise tritt aber der BRK-Ausschuss explizit entgegen, wenn er etwa ausführt, Art. 14 BRK «prohibits the deprivation of liberty on the basis of actual or perceived impairment even if additional factors or criteria are also used to justify the deprivation of liberty»¹¹³. Folglich wird in Übereinstimmung mit anderen Stimmen der Doktrin¹¹⁴ für vorliegendes Gutachten davon ausgegangen, dass gemäss der Auslegung der BRK durch den Ausschuss jegliche längerfristige Unterbringung von Menschen mit Demenz in einer gesicherten Institution gegen, ohne oder basierend einzig auf dem Willen einer Vertretungsperson als Verletzung der BRK zu qualifizieren ist, dies auch wenn eine Eigen- oder Fremdgefährdung vorliegt, die aus der Demenzerkrankung resultiert.

3. EIN KONFLIKT ZWISCHEN DEN VORGABEN DER BRK UND DER EMRK?

Die Ausführungen in den vorherigen zwei Abschnitten illustrieren die unterschiedliche Beurteilung einer Massnahme, die gegen oder ohne den Willen einer Person mit einer intellektuellen und psychosozialen Beeinträchtigung vorgenommen wird, durch die regionalen resp. universellen Menschenrechtssysteme: Kann gemäss den Vorgaben der EMRK sowohl ein Entzug der Handlungsfähigkeit und damit eine stellvertretende Entscheidungsfindung wie auch eine ohne Konsens der betroffene Person erfolgte Unterbringung oder beM unter Beachtung klarer Voraussetzungen grundsätzlich EMRK-konform erfolgen, scheint ein solches Vorgehen unter Beachtung der Vorgaben der BRK ausgeschlossen.

Damit stellen sich für vorliegende Studie zwei Fragen: Liegt damit ein tatsächlicher Konflikt zwischen diesen beiden Normsystemen vor und falls ja, wie ist dieser aufzulösen? Auf den ersten Blick scheint die Antwort einfach, kennt doch die EMRK in ihrem Art. 53 eine sog. Günstigkeitsklausel, wonach dieser Vertrag einer Anwen-

¹¹⁰ GA Guidelines 14 CRPD, S. 18, Ziff. 12.

¹¹¹ CRPD CO Switzerland, Ziff. 30.

¹¹² BRK-Kommentar-ROSCHE, Art. 14, N. 30 ff. und 48.

¹¹³ GA Guidelines 14 CRPD, S. 18, Ziff. 7. Siehe dazu auch vorne II. 2.3c.

¹¹⁴ CRPD Oxford Commentary-PERLIN AND SZELI, S. 409 ff.

dung weiterreichender menschenrechtlicher Vorgaben nicht im Wege steht. Folglich bestünde kein Normwiderspruch zwischen europäischen und universellen Vorgaben. Diesem vermeintlich einfachen Schluss steht indes das Verhalten relevanter menschenrechtlicher Organe entgegen: So kritisierte der BRK-Ausschuss seit 2018 nicht nur wie oben erwähnt¹¹⁵ den Inhalt und die Wortwahl eines geplanten Zusatzprotokolls zur Biomedizinkonvention zur Thematik Unterbringung und Massnahmen gegenüber urteilsunfähigen Personen, sondern er kritisiert auch gezielt Mitgliedstaaten des Europarates, welche gemäss seiner Auffassung eine zu unkritische Position gegenüber diesem Vertragsentwurf einnehmen. Der Schweiz wird etwa konkret vorgeworfen, dass sie sich zu wenig intensiv gegen die Schaffung dieses Vertrages wehre.¹¹⁶ Trotz diesen Einwänden scheint der Europarat indes an seinem Projekt festzuhalten und auch die Praxis des EGMR zur relevanten Fragestellung scheint die Kritik des BRK-Ausschusses am europäischen Modell zu einem korrekten Umgang mit Personen mit intellektuellen und psychosozialen Beeinträchtigungen nicht aufzunehmen.¹¹⁷ M.a.W., die jeweiligen Vertragsüberwachungsorgane beharren je auf ihrer Rechtsauslegung.

Wie soll sich vorliegende Studie in dieser Auseinandersetzung positionieren resp. was sind die geltenden völkerrechtlichen Massstäbe zur Beurteilung der schweizerischen Rechtslage und Praxis? Der Massstab der EMRK ist Resultat einer langjährigen Gerichtspraxis in Individualbeschwerdeverfahren, welche unmittelbar verpflichtende Vorgaben aus diesem Vertrag konkretisiert, die individuell eingefordert werden können. Die Erkenntnisse der BRK in diesem Bereich fliessen demgegenüber entweder unmittelbar (*concluding observations*) oder mittelbar (*general comments*) aus dem Staatenberichtsverfahren. Sie sind daher an die Staaten gerichtete Handlungsempfehlungen resp. -aufforderungen und somit anders als Urteile eher policy-orientiert. Sie halten daher nicht ausschliesslich unmittelbar zu erfüllende Verpflichtungen, sondern auch progressiv zu erfüllende Gehalte der BRK fest. Dies bedeutet, dass sich vorliegendes Gutachten für die Feststellung der unmittelbar geltenden und kurzfristig umzusetzenden menschenrechtlichen Verpflichtungen tendenziell an der EMRK orientiert, wobei bereits bei der Auslegung dieses Vertrags das Grundanliegen der BRK, der Selbstbestimmung von Personen mit Behinderungen Nachachtung zu verschaffen, weitest möglich zu berücksichtigen ist. Die weiterführenden Gehalte der BRK – die teilweise grundlegende Veränderung der Dogmatik des Erwachsenenschutzrechtes verlangen – werden demgegenüber im Sinne einer Langfristperspektive berücksichtigt

¹¹⁵ Siehe vorne II. 1.3.

¹¹⁶ CRPD CO Switzerland, Ziff. 29: «The Committee notes with concern: [...] The lack of a clear position opposing the draft additional protocol to the Convention [...]».

¹¹⁷ Siehe dazu EGMR Research Report.

III. DIE LANDESRECHTLICHEN GRUNDLAGEN

1. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN

Auch die Bundesverfassung (BV) enthält Garantien, welche durch die informelle Einweisung in eine Pflegeeinrichtung und die dort allenfalls angeordneten mechanischen, räumlichen, psychologischen und medizinischen beM betroffen sein könnten und die weitgehend denjenigen der EMRK entsprechen. So schützt Art. 31 BV vor willkürlichem Freiheitsentzug. Die Freiheit darf allen Personen nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen und auf die vom Gesetz vorgesehene Weise entzogen werden.¹¹⁸ Sofern die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wurde, haben die betroffenen Personen auch gemäss der BV das Recht, jederzeit an ein Gericht zu gelangen.¹¹⁹ Weiter schützt Art. 10 Abs. 2 BV die persönliche Freiheit, worunter die körperliche und geistige Unversehrtheit und die Bewegungsfreiheit fallen. Analog den internationalen Vorgaben schützt Art. 10 Abs. 2 BV grundsätzlich das Recht, sich an einen Ort zu begeben und sich von diesem zu entfernen.¹²⁰ Bewegungseinschränkende Massnahmen schränken notwendigerweise die Bewegungsfreiheit ein. Der Teilgehalt der körperlichen Unversehrtheit ist potenziell durch die zwangsweise Abgabe von Medikamenten betroffen. Eine Einschränkung des Grundrechts auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV muss den Erfordernissen aus Art. 36 BV genügen.¹²¹ Sie muss sich auf eine gesetzliche Grundlage einer ausreichenden Normstufe und mit genügender Normdichte stützen, im öffentlichen Interesse liegen oder dem Grundrechtsschutz Dritter dienen und verhältnismässig sein.¹²²

2. BUNDESRECHTLICHE VORGABEN

Auf Bundesebene wurden im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts¹²³ mit den Art. 382 bis 387 ZGB spezifische Vorgaben zum Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen geschaffen, die nicht fürsorgerisch untergebracht sind.¹²⁴ Ihr Anwendungsbereich ist zwar nicht auf wegen einer Demenzerkrankung urteilsunfähige Personen beschränkt, diese Menschen bilden aber die überwiegende Mehrheit der in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen untergebrachten urteilsunfähigen Personen.¹²⁵ Diese Vorschriften gelten im Sinne von Mindestanforderungen für die gesamte Schweiz, wobei die Kantone weitergehende Regeln statuieren können.¹²⁶ Ein schriftlicher Betreuungsvertrag nach Art. 382 ZGB soll bereits im Zeitpunkt der Aufnahme in eine Wohn- oder

¹¹⁸ Art. 31 Abs. 1 BV.

¹¹⁹ Art. 31 Abs. 4 BV.

¹²⁰ Vgl. BGE 88 I 260, E. 3: «freie Bewegung im Raum»; Siehe auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 BV, N. 62.

¹²¹ Gutachten Altersdemenz, S. 28.

¹²² A.a.O. Daneben enthalten weitere Bestimmungen der Bundesverfassungen Vorgaben, welche für Personen in Pflegeeinrichtungen relevant sein können. Insbesondere aus den Normen zur Menschenwürde (Art. 7 BV), zum Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV), sowie zum Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV) lassen sich Rechte ableiten, welche unter dem Begriff Patientinnen- bzw. Patientenrechte zusammengefasst werden und dem allgemeinen Schutz von in Behandlung stehenden Personen dienen. Betreffend Rechtsschutz beim Freiheitsentzug ist nebst Art. 31 Abs. 4 BV auch Art. 29a BV allgemein zu berücksichtigen, welcher die Rechtsweggarantie enthält. So hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Während einem Verfahren garantiert Art. 29 BV zudem das rechtliche Gehör.

¹²³ In Kraft getreten am 01.01.2013.

¹²⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, Vor Art. 382 – 387, N. 1.

¹²⁵ A. a. O.; Dazu auch vorne I. 2.

¹²⁶ BSK ZGB I-KÖBRICH, Vor Art. 382 – 387, N. 8.

Pflegeeinrichtung Schutz bieten. Diese Bestimmung ist die einzige normative Grundlage im ZGB, die den Eintritt in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung reguliert. Weiter legen diese Normen des Erwachsenenschutzrechts materielle Voraussetzungen und formelle Vorgaben für die Anordnung von beM fest und schaffen einen Rechtsbehelf gegen beM (Art. 383 bis Art. 385 ZGB). Art 386 ZGB bekräftigt die Wichtigkeit des Persönlichkeitsschutzes urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen und hebt einige relevante Aspekte explizit hervor. Schliesslich haben die Kantone diejenigen Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in welchen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht zu unterstellen (Art. 387 ZGB).

3. KANTONALE VORGABEN

Auf kantonaler Ebene sind keine über das Bundesrecht hinausgehende Normen zu finden, welche sich ausschliesslich dem Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen widmen. Allerdings finden sich zahlreiche Bestimmungen, welche grundsätzlich das Wohlergehen von Personen in Pflegeeinrichtungen und in anderen Gesundheitsinstitutionen sicherstellen sollen und damit auch diese Personengruppe schützen. Etliche Kantone regeln etwa den Inhalt der Betreuungsverträge genauer, wobei die Bestimmungen jeweils auch auf urteilsfähige Personen anwendbar sind, welche den Betreuungsvertrag selbst abschliessen. Auch kennen viele Kantone Vorgaben zu beM und anderen Zwangsmassnahmen, welche über das Bundesrecht hinausgehen. Da die Regelung der Aufsicht über Gesundheitsinstitutionen und Gesundheitsfachpersonen Sache der Kantone ist, finden sich auf kantonaler Ebene teilweise sehr detailreiche Vorschriften zu diesen Themen. Die meisten Kantone normieren zudem kantonal die Patientinnen- bzw. Patientenrechte, wobei diese in den allermeisten Fällen nicht nur hospitalisierten Personen zukommen, sondern allen Personen, welche sich in Gesundheitsinstitutionen befinden.¹²⁷ Die Wahrung dieser Rechte wird in gewissen Kantonen von spezialisierten Aufsichtskommissionen überwacht, an welche sich betroffenen Personen bzw. ihre Vertretung im Falle einer Verletzung dieser Vorgaben wenden kann. Einige andere Kantone sehen für diesen Fall die Möglichkeit vor, besondere Ombuds- oder Mediationsstellen anzurufen, oder es kann eine beschwerdefähige Verfügung angefordert werden.¹²⁸ Die besonderen, über das Bundesrecht hinausgehenden, kantonalen Vorgaben, werden jeweils bei den spezifischen Problemfeldern näher ausgeführt.

¹²⁷ Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. 15 f.

¹²⁸ Vgl. hinten VIII. 3.

IV. UNTERBRINGUNG IN GESCHLOSSENEN INSTITUTIONEN

1. GESCHLOSSENE INSTITUTIONEN

Dieses Gutachten beschäftigt sich mit der Unterbringung urteilunfähiger Personen in geschlossenen Institutionen. Wann eine Pflegeeinrichtung oder eine Abteilung einer Pflegeeinrichtung als geschlossen (bzw. geschützt¹²⁹) und wann als offen angesehen wird, ist in normativer Weise nirgends definiert. In der schweizerischen Heimlandschaft wird denn auch meist nicht zwischen offenen und geschlossenen Institutionen unterschieden, sondern Einrichtungen werden danach kategorisiert, ob sie auf demenzkranke Personen spezialisiert sind, bzw. über entsprechende Abteilungen verfügen oder nicht. Die spezialisierten Einrichtungen bzw. Abteilungen verfügen indes regelmässig über Mechanismen, welche der Flucht- oder – in diesem Zusammenhang vielleicht adäquater – der Weglaufgefahr der Bewohnerinnen und Bewohner entgegenwirken sollen.¹³⁰ Werden dabei übergreifende Bewegungseinschränkungen eingesetzt, welche potentiell oder tatsächlich alle Bewohnerinnen und Bewohner daran hindern sollen, bestimmte Perimeter, wie die Abteilung, das Gebäude, den Aussenbereich oder einen bestimmten Bereich um die Institution herum, zu verlassen, handelt es sich im Verständnis dieses Gutachtens um geschlossene Institutionen bzw. Abteilungen.

Solche Institutionen oder Abteilungen verwenden dazu in erster Linie abgeschlossene Eingangstüren, Liftzugänge oder Zauntore, welche die Bewohnerinnen und Bewohner daran hindern, einen bestimmten Perimeter nach eigenem Gutdünken und ohne Einverständnis des Personals zu verlassen. Gelegentlich kommen zu diesem Zweck auch Türen, Liftzugänge oder Zauntore zum Einsatz, welche sich per Codes öffnen lassen und nur von denjenigen Bewohnerinnen und Bewohnern benutzt werden können, die (noch) fähig sind, sich diese Codes zu merken. Auch wenn die Türen, Liftzugänge oder Zauntore bewusst möglichst unkenntlich gemacht werden, etwa wenn diese durch Wandteppiche, Wandtapeten oder ähnliches verdeckt werden, ist von einem geschlossenen Setting auszugehen. Gleiches gilt, wenn alle Bewohnerinnen und Bewohner mit einem GPS-Tracker ausgestattet werden und ihnen nur das selbstständige Fortbewegen in einem vorbestimmten Radius erlaubt wird.

Insbesondere die letztgenannte Variante eines geschlossenen Settings unterscheidet sich hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität in die Bewegungsfreiheit aber stark von den vorgenannten. So kann es einen grossen Unterschied machen, ob bereits die Abteilung nicht selbstständig verlassen werden kann, oder ob man sich frei in bestimmten Gebieten ausserhalb der Institution oder in öffentlich frei zugänglichen Bereichen der Institution (z.B. eine öffentliche Cafeteria) aufhalten kann, bevor ein GPS-Tracker Alarm schlägt. Weiter ist für die Beurteilung der Eingriffsintensität entscheidend, ob Personen ausschliesslich in den geschlossenen Bereichen verweilen oder ob sie bei Bedarf die geschlossenen Räumlichkeiten oder die Institution verlassen dürfen. Dabei ist wiederum zu unterscheiden, ob die Personen dabei von Betreuungspersonal begleitet werden oder ob sich gewisse Bewohnerinnen und Bewohner alleine aus den geschlossenen Bereichen herausbewegen dürfen. Bei all diesen Modalitäten kann

¹²⁹ SENEVITA Konzept, S. 7.

¹³⁰ Vgl. Pflegeheimkonzeption AG, S. 30.

es schwierig zu beurteilen sein, welche Konzepte stärker in die Bewegungsfreiheit der Bewohnerinnen und Bewohner eingreifen. So kann bspw. die Umzäunung einer Institution zunächst als stärkere Einschränkung wahrgenommen werden. Allenfalls kann jedoch durch den Zaun ermöglicht werden, dass sich die Bewohnerinnen und Bewohner alleine und frei in einem grösseren Aussenbereich bewegen können, während sie bei einer unumzäunten Anlage begleitet werden müssen. Demnach variiert die Intensität des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit durch geschlossene Institutionen oder Abteilungen stark, was sich auf die Definition als Freiheitsentzug oder Freiheitsbeschränkung auswirkt.¹³¹

Zu berücksichtigen gilt es weiter, dass längst nicht alle demenzkranken Personen in im oben umschriebenen Sinn geschlossenen Einrichtungen oder Abteilungen untergebracht sind. Allerdings heisst dies nicht zwingend, dass die Bewegungsfreiheit dieser in offenen Settings untergebrachten Personen weniger stark eingeschränkt wird. So liegt es auf der Hand, dass individuell angeordnete beM, wie Rollstuhlgerate, Bettgitter usw. in Einzelfällen mindestens genauso einschränkend wirken können, wie abgeschlossene Türen usw.¹³²

Da wie erwähnt nicht reguliert ist, wie sich eine geschlossene Institution bzw. Abteilung definiert, geschieht es der Praxis regelmässig, dass sich gemäss der hier vertretenen Ansicht geschlossen geführte Einrichtungen, selbst als offen definieren. Da die Eingriffsintensität in die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen innerhalb von geschlossenen Settings stark variiert und im Vergleich zu offenen Settings auch minderschwierig sein kann, ist eine trennscharfe Abgrenzung aber ohnehin weitgehend theoretischer Natur.

Wie grenzt sich die Unterbringung in einem geschlossenen Setting von beM ab? Rein rechtlich ist es u.E. durchaus möglich, die Unterbringung einer urteilsunfähigen Person in einer geschlossenen Einrichtung resp. Abteilung jeweils als beM im Sinne von Art. 383 ZGB zu verstehen und individuell anzuordnen, ist doch in dieser Bestimmung explizit von einer Beschränkung der Bewegungsfreiheit die Rede. In der Praxis scheint indes – u.E. auch vertretbar – diese Sichtweise nicht geteilt zu werden.¹³³ So beruht der Aufenthalt in einer bestimmten Institution in einem geschlossenen Setting – wie oben erläutert – entweder auf einem Vertrag oder er basiert auf einer FU. Er wird damit nicht individuell angeordnet und evaluiert, sondern gilt grundsätzlich¹³⁴ für alle Bewohnerinnen und Bewohner einer bestimmten Institution resp. Abteilung, die sich damit an dieser bestimmten Örtlichkeit aufzuhalten haben. In dieser Hinsicht unterscheidet sich diese allgemeine Unterbringungsform von den innerhalb eines solchen allgemeinen Settings auf individueller Basis zusätzlich angeordneten beM.¹³⁵ Es trifft indes zu, dass die Unterscheidung nicht immer trennscharf ist.

¹³¹ Siehe dazu detailliert hinten Ziff. 7.

¹³² Regelmässig kommt auch vor, dass gegenüber Personen in einer geschlossenen Einrichtung oder Abteilung zusätzlich individuelle beM angeordnet werden. Siehe dazu detailliert hinten V.

¹³³ Auch im deutschen Recht wird eine Trennung zwischen der – institutionsbezogenen – freiheitsentziehenden Unterbringung und der – personenbezogenen – freiheitsentziehenden Massnahme gemacht. Siehe dazu § 1831 BGB.

¹³⁴ Wie oben erwähnt (S. 26) besteht aber in einzelnen Pflegeeinrichtungen die Möglichkeit, dass auch hier einzelfallgerechte Modifikationen getroffen werden, indem etwa dazu (noch) fähige Bewohnende die Institution selbstständig verlassen dürfen.

¹³⁵ Diese Unterscheidung macht etwa auch das Additional Protocol 2022 in Art. 2 Abs. 1, wo zwischen «involuntary placement» und «involuntary treatment» unterschieden wird.

2. BUNDESRECHTLICHE REGELUNG: BETREUUNGSVERTRAG NACH ART. 382 ZGB

Keine behördliche Entscheidung ist gemäss den Vorgaben des ZGB notwendig, um eine urteilsunfähige Person in einer geschlossenen Pflegeinstitution unterzubringen: Soll eine urteilsunfähige Person für längere Zeit in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut werden, muss gemäss Art. 382 Abs. 1 ZGB nämlich einzig ein schriftlicher Betreuungsvertrag zwischen der Institution und der unterzubringenden Person resp. deren Vertretung abgeschlossen werden. Dieser muss festhalten, welche Leistungen und welches Entgelt geschuldet sind. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Person in einer offenen oder einer geschlossenen Einrichtung bzw. Abteilung untergebracht wird. Im Vernehmlassungsverfahren wurde teilweise kritisiert, dass die Bestimmung nicht auch auf urteils- und damit handlungsfähige Personen anwendbar ist.¹³⁶ Der Gesetzgeber hat sich aber in Einklang mit dem Grundsatz, dass die Selbstbestimmung demenzkranker Personen soweit möglich gewahrt werden soll¹³⁷, dagegen entschieden, urteils- und handlungsfähige Personen in den Anwendungsbereich einzuschliessen.¹³⁸ Die Bestimmung soll gemäss KÖBRICH dem Schutz der betroffenen Person dienen. Daher seien bei der Feststellung der Urteilsunfähigkeit keine hohen Anforderungen an das Beweismass zu stellen.¹³⁹ Das Glaubhaftmachen, z.B. mit einem Arztzeugnis, genüge.¹⁴⁰

Die Anforderungen an den Inhalt des schriftlichen Vertrags sind rudimentär gehalten.¹⁴¹ So muss etwa nicht umschrieben werden, welche Leistungen die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen im Einzelnen zu erbringen haben.¹⁴² Geregelt werden sollten nach herrschender Lehre mindestens Unterkunft und Verpflegung, Nutzung von Mobiliar, wesentliche Haushaltsdienstleistungen, Nutzung von Gemeinschaftsräumen, Aktivitäten und Unterhaltungsprogramm, wesentliche Beschäftigungstherapien und agogische Angebote.¹⁴³ Medizinische Leistungen sind vom Betreuungsvertrag hingegen nicht erfasst.¹⁴⁴ Wenn es sich um eine Pflegeeinrichtung handelt, so verpflichtet sich diese jedoch in der Regel, eine geriatrische Pflege anzubieten.¹⁴⁵ Zeichnet sich bereits im Zeitpunkt des Eintritts in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung ab, dass beM nötig werden könnten, empfiehlt es sich gemäss der Lehre, diese bereits schriftlich im Vertrag zu erwähnen.¹⁴⁶ Allerdings entbindet dies die Institution nicht davon, sich bei einer tatsächlichen Anordnung einer beM an Art. 383 ff ZGB zu halten.¹⁴⁷

Der Betreuungsvertrag ist durch die gemäss Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Person abzuschliessen (Art. 382 Abs. 3 ZGB), wobei die Wünsche der betroffenen Person soweit wie möglich berücksichtigt werden müssen (Art. 382 Abs. 2 ZGB). Ist keine nach Art. 382 Abs. 3 i.V.m. Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Person vorhan-

¹³⁶ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 4.

¹³⁷ Vgl. Art. 388 Abs. 2 ZGB und SAMW-Demenz, S. 9.

¹³⁸ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 4.

¹³⁹ A.a.O. N. 10.

¹⁴⁰ A.a.O.

¹⁴¹ Zur Voraussetzung der Schriftlichkeit vgl. BEN-ATTIA, S. 168 f.

¹⁴² A.a.O. N. 20.

¹⁴³ KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, Art. 382, N. 2; FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 382, N. 4.

¹⁴⁴ BBI 2006 7038.

¹⁴⁵ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 382, N. 5.

¹⁴⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 382, N. 6; KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, Art. 382, N. 2.

¹⁴⁷ A.a.O.

den, oder keine, welche die Vertretung übernehmen möchte, muss eine Beistandschaft errichtet werden.¹⁴⁸ Betreffend Vertretungsmacht ist zwischen dem höchstpersönlichen Entscheid des Heimeintritts an sich und dem Abschluss des Betreuungsvertrags zu unterscheiden. Ist eine Person in beiden Belangen urteilsfähig, kommt Art. 382 ZGB nicht zur Anwendung.¹⁴⁹ Kann eine Person betreffend den Eintritt in die Einrichtung oder die geschlossene Abteilung an sich noch als urteilsfähig angesehen werden und stimmt sie diesem zu¹⁵⁰, kommt Art. 382 Abs. 3 ZGB nur zur Anwendung, wenn bezüglich Abschluss des Vertrags Urteilsunfähigkeit vorliegt.¹⁵¹

Ist eine Person sowohl betreffend Entscheid des Heimeintritts als auch betreffend Vertragsschluss urteilsunfähig, verdient die Situation besondere Betrachtung.¹⁵² Unumstritten ist, dass bei Widerstand gegen den Heimeintritt durch die betroffene Person eine FU angeordnet werden muss.¹⁵³ So ist der Botschaft des Bundesrats explizit zu entnehmen, dass die Vertretungsregelung aus Art. 382 Abs. 3 ZGB der vertretungsberechtigten Person nicht die Befugnis gibt, «die urteilsunfähige Person gegen ihren Willen oder Widerstand in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung unterzubringen.»¹⁵⁴ Damit umfasst die Vertretungsregelung von Art. 382 Abs. 3 ZGB nur die freiwillige Unterbringung der Person in einer Pflegeeinrichtung.¹⁵⁵ Das Gesagte muss u.E. auch gelten, wenn eine Person erst im Verlauf des Aufenthalts von einer offenen auf eine geschlossene Abteilung verlegt wird. In der privatrechtlichen Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, welche Anforderungen an den Widerstand bzw. die Freiwilligkeit zu stellen sind.¹⁵⁶ Ein Teil der Doktrin sieht den dem Vertragsschluss vorgelagerten Entscheid des Eintritts in das Pflegeheim bei indifferentem Verhalten der betroffenen Person als von der Vertretungsnorm in Art. 382 Abs. 3 ZGB gedeckt und es müsse keine FU angeordnet werden.¹⁵⁷ Andere Stimmen vertreten dagegen die Ansicht, dass der höchstpersönliche Entscheid des Heimeintritts nicht von einer Vertretung vorgenommen werden könne.¹⁵⁸ Wenn die Person betreffend Entscheid des Eintritts in ein Heim urteilsunfähig sei, müsse folglich immer eine FU angeordnet werden.¹⁵⁹ Wie hinten aufgezeigt wird,¹⁶⁰ entspricht diese zweite Sichtweise auch den Vorgaben der EMRK. Ein Teil der Lehre verlangt weiter, dass zumindest im Zweifelsfall eine FU angeordnet werden müsse, wenn organisatorische, bauliche oder andere Massnahmen die Bewegungsfreiheit der Bewohnenden innerhalb der Institution einschränken.¹⁶¹

¹⁴⁸ BBI 2006 7039, NUSPLIGER, S. 91.

¹⁴⁹ BEN-ATTIA, S. 174.

¹⁵⁰ Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 382 N. 61, wo u.E. zutreffend geschildert wird, dass das Einverständnis der Person nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu eruieren ist, wobei von mangelndem Widerstand nicht zwingend auf Zustimmung geschlossen werden darf.

¹⁵¹ A.a.O. S. 174 f.

¹⁵² A.a.O. S. 175.

¹⁵³ BBI 2006 7015; BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 47.

¹⁵⁴ BBI 2006 7039; BEN-ATTIA, S. 171.

¹⁵⁵ BEN-ATTIA, S. 183.

¹⁵⁶ A.a.O. S. 186.

¹⁵⁷ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 48; FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 382, N. 18; NUSPLIGER, S. 106; siehe auch BEN-ATTIA, S. 176 und 185 f. m.w.N.

¹⁵⁸ ZK ZGB-BOENTE, Art. 382 N. 61.

¹⁵⁹ BEN-ATTIA, S. 186.

¹⁶⁰ Siehe hinten Ziff. 7.5 f.

¹⁶¹ BERNHART, S. 167; BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N. 36; FamKomm-GUILLOD, Art. 426, N. 16.

3. WEITERGEHENDE KANTONALE VORGABEN

Die Kantone Genf¹⁶², Waadt¹⁶³ und Jura¹⁶⁴ schreiben die Verwendung einheitlicher Musterverträge beim Eintritt in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung vor. Freiburg¹⁶⁵, Neuenburg¹⁶⁶ und Waadt¹⁶⁷ regeln, worüber die zukünftigen Bewohnerinnen und Bewohner, bzw. deren Vertretung vor Abschluss des Betreuungsvertrages aufzuklären sind.¹⁶⁸ So müssen alle Personen bei Eintritt in eine Gesundheitsinstitution eine schriftliche Information betreffend ihre Rechte und Pflichten und über die Bedingungen ihres Aufenthalts bekommen. Im Kanton Bern ist schliesslich vorgeschrieben, dass im Betreuungsvertrag ein Hinweis auf eine externe für Beanstandungen zuständige Stelle aufgenommen wird.¹⁶⁹

4. VORGABEN ZUM RECHTSSCHUTZ

Werden demenzkranke Personen informell, also ohne Anordnung einer FU, in Pflegeeinrichtungen untergebracht oder auf eine geschlossene Abteilung einer Pflegeeinrichtung verlegt, bestehen keine spezifischen Rechtsschutzmöglichkeiten, da es an einem behördlichen Einweisungsentscheid fehlt.¹⁷⁰ Allerdings hat die Pflegeinstitution die Pflicht, die KESB beizuziehen, «Wenn die vertretungsberechtigte Person mit dem Wunsch nach Platzierung nicht im besten Interesse des Patienten zu handeln scheint».¹⁷¹

Viele Kantone kennen aber Ombuds- oder Mediationsstellen, an welche sich Betroffene in allen Fällen von Konflikten in der Betreuungssituation wenden können.¹⁷² Sofern der Institution selbst ein Fehlverhalten vorgeworfen wird, wie bspw. die falsche Annahme einer Demenzerkrankung und ggf. der Urteilsunfähigkeit, ist eine Meldung an die kantonale Aufsicht möglich. Allerdings haben die Betroffenen keinen Anspruch auf Behandlung ihres Anliegen.¹⁷³ In einigen Kantonen existieren aber spezialisierte Aufsichts- bzw. Beschwerdekommisionen, bei deren Anrufung man Trägerin oder Träger weitergehender Rechte wird als dies bei aufsichtsrechtlichen Anzeigen der Fall ist.¹⁷⁴ Letztlich ist auch das formlose Melden der eigenen Hilfsbedürftigkeit bei der KESB nach Art. 443 Abs. 1 ZGB denkbar.¹⁷⁵ Dies kann etwa in Fällen zielführend sein, in denen die Angehörigen nicht im besten Interesse der betroffenen Person handeln.

Bestand eine FU vor dem Eintritt oder wird ein solcher anlässlich des Eintritts in eine geschlossene Institution resp. Abteilung angeordnet, wie dies bei ablehnender oder neutraler Haltung der betroffenen Person eigentlich

¹⁶² Art. 8 Bst. c Loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées vom 04.12.2009 (LGEPA; RSG J 7 20) GE und Art. 5 Abs. 2 Règlement d'application de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées vom 16.03.2010 (RGEPA ; RSG J 20.01) GE.

¹⁶³ Art. 4e Loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public vom 05.12.1978 (LPFES ; RSV 810.01) VD.

¹⁶⁴ Art. 40 Loi sur l'organisation gérontologique vom 16.06.2010 (RSJU 810.41) JU.

¹⁶⁵ Art. 47 Abs. 2 Gesundheitsgesetz vom 16.11.1999 (GesG; BDLF 821.0.1) FR.

¹⁶⁶ Art. 24 Loi de santé vom 06.02.1995 (LS; LDCN 800.1) NE.

¹⁶⁷ Art. 21 Abs. 2 Loi sur la santé publique vom 29.05.1985 (LSP; RSV 800.01) VD.

¹⁶⁸ Vgl. FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 382, N. 10.

¹⁶⁹ Art. 54 Abs. 2 Bst. e Verordnung über die Sozialen Leistungsangebote vom 24.11.2021 (SLV; BSG 860.21) BE.

¹⁷⁰ Gutachten Altersdemenz, S. 32.

¹⁷¹ SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 29.

¹⁷² Siehe dazu detailliert hinten VIII. 3.

¹⁷³ Vgl. bspw. für den Kanton Bern Art. 101 Abs. 1 und 2 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23.05.1989 (VRPG; BSG 155.21).

¹⁷⁴ Siehe dazu detailliert hinten IX. 5.

¹⁷⁵ Jede Person ist befugt, eine Meldung an die KESB zu machen, wenn eine andere Person oder sie selber hilfsbedürftig erscheint (BSK ZGB I-MARANTA, Art. 443, N. 7).

immer der Fall sein müsste, bestimmen sich die Rechtsschutzmöglichkeiten gemäss Art. 439 ZGB. Namentlich kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person gegen jede Anordnung oder Verlängerung einer FU nach Art. 439 ZGB schriftlich ein Gericht anrufen.

5. PRAXIS

Soweit ersichtlich existieren in der Schweiz keine empirischen Studien zu den praktischen Modalitäten der Aufnahme von Personen in geschlossen geführten Institutionen oder geschlossene Abteilungen von Pflegeeinrichtungen. So kann an dieser Stelle weder Auskunft über den konkreten Inhalt der Betreuungsverträge in einzelnen Institutionen gegeben, noch die Frage beantwortet werden, ob und wie die Urteilsfähigkeit der betroffenen Personen im Vorfeld einer solchen Aufnahme abgeklärt wird. Ebenfalls muss die für vorliegende Studie hoch relevante Frage offenbleiben, wie mit künftigen Bewohnerinnen und Bewohner umgegangen wird, welche ihre Ablehnung gegen ihre Einweisung manifestieren und aus welchem Verhalten bei urteilsunfähigen Personen überhaupt auf das Vorliegen eines solchen Widerstandes geschlossen wird. Ebenso bleibt schliesslich unklar, ob die Verlegung von Personen von offenen in geschlossene Abteilungen / Institutionen eine «Einbahnstrasse» darstellt oder ob gegenteilige Verlegungen – etwa nach erfolgreicher medikamentöser Einstellung – möglich bleiben. Wenig überraschend vor dem Hintergrund des sehr informellen, ohne Involvierung staatlicher Stellen stattfindenden Aufnahmeprozesses gemäss Art. 382 ZGB können auch aus der Rechtsprechung kaum Rückschlüsse auf eine entsprechende Praxis in den Institutionen gezogen werden; existiert doch zu dieser Bestimmung soweit ersichtlich keine Praxis.

Teilweise bestehen auf kantonaler Ebene oder auf Ebene der Pflegeeinrichtungen aber Konzepte oder Reglemente, welche die Kriterien zur Aufnahme in eine geschlossene Abteilung beim Eintritt in die Institution oder im Rahmen einer Verlegung festhalten. So legt z.B. die Pflegeheimkonzeption des Kantons Aargau fest, dass für die Aufnahme, bzw. die Verlegung auf eine für demenzkranke Menschen spezialisierte Abteilung eine ärztlich gestellte Diagnose einer Demenzerkrankung vorhanden sein muss; Eintritts- und Verlegungskriterien schriftlich formuliert werden müssen und periodisch überprüft werden muss, ob die Voraussetzungen für den Aufenthalt in der spezialisierten Abteilung noch gegeben sind.¹⁷⁶ Gemäss den Demenzkonzepten der privaten Anbieterin von Pflegedienstleistungen Senevita wird nach einer individuellen Bedürfnisabklärung in Zusammenarbeit mit der Hausärztin oder dem Hausarzt, einer psychiatrischen Klinik, dem Spital, der Spitex oder einer anderen Langzeitpflegeinstitution oder auf Grund der Situationsbeschreibung durch die Angehörigen über die Aufnahme in einen geschützten (geschlossenen) Wohnbereich entschieden. Es werden Menschen mit diagnostizierten Demenzerkrankungen im fortgeschrittenen Stadium aufgenommen, Menschen mit Symptomen eines dementiellen Krankheitsverlaufs anderer Ursache und Menschen mit verhaltensbezogenen und psychologischen Symptomen die durch die Pflege, Betreuung und Begleitung innerhalb eines geschützten Umfeldes vermindert werden können.¹⁷⁷ Die ebenso private Pflegedienstleisterin Tertianum fordert eine medizinisch diagnostizierte Erkrankung aus dem Formenkreis der Demenz, deren Auswirkungen ein spezialisiertes und geschütztes Umfeld sinnvoll machen, eine

¹⁷⁶ Pflegeheimkonzeption AG, S. 31.

¹⁷⁷ SENEVITA Konzept, S. 7.

Besichtigung der Institution durch die betroffene Person oder mindestens eine angehörige Bezugsperson oder die gesetzliche Vertretung und ein schriftliches Einverständnis der potentiellen zukünftigen Bewohnerin oder Bewohners, der Angehörigen bzw. Bezugsperson oder der gesetzlichen Vertretung.¹⁷⁸

Wie viele Institutionen solche oder ähnliche Konzepte kennen und in welchem Umfang diese Konzepte befolgt werden, kann nicht abschliessend beantwortet werden. Diese Kenntnisdefizite vermögen auch die Berichte der NKVF nicht vollständig aufzufüllen. Den Berichten lässt sich jedenfalls entnehmen, dass längst nicht alle Pflegeinstitutionen spezifische Konzepte kennen, welche die Aufnahme in eine geschlossene Abteilung oder die Verlegung auf eine solche regeln.¹⁷⁹ Einige Pflegeinstitutionen verlangen indes eine ausgewiesene Diagnose einer Demenzerkrankung als medizinisches Kriterium und teils zusätzlich oder alternativ das Vorhandensein pflegerische Kriterien, wie die der Mobilität (Gefahr des Weglaufens), Kommunikation (lautes Rufen und Konflikte) oder der Selbstgefährdung, Überforderung oder Desorientierung.¹⁸⁰ Andere Pflegeinstitutionen setzen einen ärztlichen Entscheid oder eine Beurteilung voraus, welche teils auch das Einverständnis der Angehörigen, der Bezugsperson, der gesetzlichen Vertretung oder der betroffenen Person miteinbezieht.¹⁸¹ Im Seniorenzentrum Cadonau in Chur wird für den Transfer von einer offenen in die geschlossene Abteilung eine zustimmende psychiatrische Einschätzung verlangt, welche die vertretungsberechtigte Person miteinbezieht.¹⁸² In anderen Einrichtungen war es allerdings für die NKVF nicht nachvollziehbar, wie die Unterbringung bzw. Verlegung auf eine geschlossene Abteilung geregelt ist.¹⁸³ Zudem entdeckte die Kommission eine Person auf einer geschlossenen Demenzabteilung, welche offenbar nicht an einer demenziellen Erkrankung litt.¹⁸⁴ Angesichts der sehr rudimentären Rechtslage zur Einweisung oder Verlegung auf geschlossene Abteilungen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich dabei nicht um einen Einzelfall handelt.

Gesprächspartnerinnen und -partner in den von uns besuchten geschlossen geführten Pflegeeinrichtungen¹⁸⁵ erachten aber das Risiko, dass Personen basierend auf einem Vertrag zwischen einer Pflegeinstitution und ihren Angehörigen verfrüht und ohne klar vorliegende Eigen- oder Fremdgefährdung in eine geschlossene Institution aufgenommen werden wenig überraschend als kaum existent. So wird übereinstimmend vorgebracht, dass Eintritte in geschlossene Pflegeeinrichtungen eher zu spät als zu früh erfolgten. Die Angehörigen, meist die Ehepartnerin oder der Ehepartner oder die Nachkommen, würden die von Demenz betroffenen Person oft sehr lange und teilweise unter für alle Betroffenen prekären Umständen Zuhause betreuen, bevor sich eine Verlegung in eine solche Einrichtung als unumgänglich erweise. Die Gefahr unsachgemässer Pflege und Betreuung sei beim Verbleib Zuhause daher weitaus höher als in den Pflegeinstitutionen. Grund für dieses Verhalten seien meist Loyalität und Pflichtgefühl gegenüber dem Angehörigen, teilweise lägen dem aber auch monetäre Motive zu Grunde.

¹⁷⁸ TERTIANUM Demenz Konzept, S. 5.

¹⁷⁹ Erwähnt seien allerdings NKVF Schreiben Cadonau, S. 2; NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 3; NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. 2 f.

¹⁸⁰ NKVF Schreiben Cadonau, S. 2; NKVF Schreiben Mülimatt, S. 3; NKVF Schreiben Vessy, S.3; NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. 2 f.

¹⁸¹ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 4; NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum, S. 2; NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 3.

¹⁸² NKVF Schreiben Cadonau, S. 2.

¹⁸³ NKVF Schreiben Mülimatt, S. 3.

¹⁸⁴ A.a.O.

¹⁸⁵ Siehe dazu die Liste in Anhang S. 94.

Die demenzkranken Personen kämen folglich meist erst nach einem Akutereignis in eine Pflegeeinrichtung, wobei sie oftmals direkt aus einer psychiatrischen Einrichtung oder einem Spital überbracht würden, wo sie notfallmässig erstversorgt worden seien. Bei Personen, welche aus Psychiatrien kämen, bestehe in der Regel bereits eine FU, welcher allenfalls verlängert werde, falls die Person Neigung zeige, die Pflegeeinrichtung zu verlassen. Auch bei Personen, die ohne FU in die Pflegeeinrichtung kämen, werde eine FU angeordnet, wenn Widerstand gegen die Einweisung in die Pflegeeinrichtung bestehe. Dies vor allem aus einem praktischen Grund: Die Polizei helfe nämlich nur bei Vorliegen einer FU, Personen zu suchen und zurückzubringen, welche ausserplanmässig die Institution verlassen hätten. Zusammengefasst seien daher keine weiteren Hürden oder Formalien für den Eintritt in eine geschlossene Pflegeeinrichtung nötig. Wenn Personen aus psychiatrischen Einrichtungen überführt würden, sei die Urteilsfähigkeit dort bereits abgeklärt und bescheinigt worden. Ansonsten verlange man den Beleg der Urteilsunfähigkeit mittels Zeugnisses einer Ärztin oder eines Arztes.

6. KOMPATIBILITÄT MIT DEM VORGABEN DER BRK?

Mit der Ablehnung der binären Unterscheidung zwischen handlungsfähigen und handlungsunfähigen Personen und dem damit strukturell verknüpften System der stellvertretenden Entscheidungskompetenz von Angehörigen urteilsunfähiger Personen oder einer Beiständin, eines Beistandes stellt die BRK resp. die Praxis des BRK-Ausschusses die Menschenrechtskompatibilität der fundamentalen Grundlagen des Schweizer Erwachsenenschutzrechts in Frage¹⁸⁶ und verlangt daher auch eine Revision der entsprechenden Gesetzesgrundlagen.¹⁸⁷ Wird weiter die Skepsis des Ausschusses gegenüber der institutionalisierten Unterbringung von Personen mit Behinderungen an sich und die Ablehnung einer unfreiwilligen Unterbringung von Personen mit psychischen Erkrankungen selbst bei Vorliegen einer Eigen- oder Fremdgefährdung¹⁸⁸ im Besonderen berücksichtigt, erscheint der Befund offensichtlich: Das System der Unterbringung von demenzkranken Personen in geschlossenen Institutionen basierend auf den Vorgaben von Art. 382 ff. ZGB hält nicht oder allenfalls nur bei klarem, aktuellen Einverständnis der in einer solchen Einrichtungen lebenden Personen den Vorgaben der BRK stand. Anzustreben wären gemäss diesem völkerrechtlichen Vertrag vielmehr möglichst offene, individuell auf den Willen und die Wünsche der betroffenen Person abgestimmte Wohn- und Pflegesituationen, in welchen die Bewohnenden durch adäquate barrierefreie Umgebungsgestaltung und ggf. mit Hilfe persönlicher Assistenzpersonen ein möglichst selbstbestimmtes Leben führen können.

Vor dem Hintergrund dieser diametralen Unterschiede zwischen dem Grundkonzept der BRK und demjenigen des schweizerischen Erwachsenenschutzrechts wäre es ein Leichtes, die Vorgaben der BRK entweder als praxisferne Utopie abzutun oder umgekehrt eine sofortige radikale Änderung des Umgangs mit urteilsunfähigen Menschen mit Demenz in der Schweiz resp. der diesem zugrundeliegenden rechtlichen Grundlagen zu fordern. Beide dieser Vorgehensweise werden dem Charakter der Vorgabe der BRK, die rechtlich zwar klar bindend sind,

¹⁸⁶ Siehe dazu detailliert vorne II. 2.3b.

¹⁸⁷ CRPD CO Switzerland, Ziff. 25 f.

¹⁸⁸ Dazu vorne II. 2.3c.; CRPD, CO Switzerland, Ziff. 29(a).

aber oft progressiv zu erfüllen sind, nicht gerecht. Wie bereits vorne erwähnt,¹⁸⁹ ist weiter dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Ausführungen des BRK-Ausschusses zur Thematik nicht im Rahmen einer Beurteilung von Individualbeschwerden, sondern als abschliessende Bemerkungen im Staatenberichtsverfahren ergingen und sich daher sowohl an rechtsanwende wie rechtsetzende Organe im Sinne einer Politikempfehlung richten. Folglich ist ein differenzierter Ansatz gefragt:

Dem Ziel eines möglichst selbstbestimmten Lebens aller Personen mit einer kognitiven Beeinträchtigung ist als Richtschnur bei allen Entscheidungen über die Unterkunft, Beziehungsgestaltung und Lebensführung und bei der Auslegung der einschlägigen Rechtsnormen erhebliches Gewicht beizumessen. Die BRK verlangt daher Bemühungen, um Abweichungen von diesem Grundsatz graduell zu reduzieren oder gar zu verhindern. Konkret bedeutet dies etwa, dass die Unterbringung von Personen in einer geschlossenen Einrichtung nur vor den BRK-Garantien standhält, wenn sich aktuell keine andere Möglichkeit bietet, einer Eigen- oder Fremdgefährdung zu begegnen. Anzustreben sind aber gemäss BRK längerfristig klar gemeindenahе Unterstützungsdienste zu Hause oder in Einrichtungen, welche eine unabhängige Lebensführung ermöglichen, die Einbeziehung in die Gemeinschaft fördern und schlussendlich die Bewegungsfreiheit weder durch geschlossene Institutionen noch durch bauliche, organisatorische oder individuelle Barrieren einschränken.¹⁹⁰ Zwischenzeitlich ist dafür zu sorgen, dass sich Menschen mit Demenz mittels in genügender Anzahl vorhandenem geschultem Personal möglichst gefahrlos auch ausserhalb einer Institution bewegen können. In kurzfristiger Hinsicht sind etwa Modalitäten wie dem GPS-Tracking von Bewohnerinnen und Bewohner oder der Ermöglichung begleiteter Spaziergänge und damit einer zumindest begrenzten Teilhabe am gesamtgesellschaftlichen Leben klar Vorrang vor dem Modell klassisch geschlossener Institutionen zu geben, wo sich das gesamte Leben – allenfalls abgesehen von Ausflügen mit Angehörigen – ausnahmslos innerhalb eines abgeschlossenen Perimeters abspielt. Aus dem gleichen Grund sind einzelfallgerechteren Lösungen – wie etwa der Verwendung von mit Zahlencodes gesicherten oder optisch «unsichtbar» gemachten Türen – Vorrang vor generellen Einschränkungen – wie etwa verschlossenen Türen – einzuräumen.

7. KOMPATIBILITÄT MIT DEN VORGABEN DER EMRK: FREIHEITSENTZUG ODER FREIHEITSBESCHRÄNKUNG?

7.1. EINFÜHRUNG

Die Beurteilung der EMRK-Konformität der Unterbringung demenzkranker Menschen in einem geschlossenen Setting bemisst sich ganz wesentlich danach, ob diese Unterbringung an sich als Freiheitsentzug oder als Freiheitsbeschränkung einzustufen ist. Daher soll an dieser Stelle primär untersucht werden, welcher Eingriffsform die Unterbringung in einem geschlossenen Setting zuzuordnen ist.

Die Begriffe Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug beschreiben, wie oben erwähnt, beide eine Einschränkung des Rechts auf Bewegungsfreiheit. Die Unterscheidung zwischen den zwei Begriffen erfolgt aufgrund der

¹⁸⁹ Siehe II. 3.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 19 BRK.

Intensität dieser Einschränkung. Je nach Grad der Schwere des Eingriffs in die Bewegungsfreiheit liegt eine Freiheitsbeschränkung oder ein Freiheitsentzug vor. Im Folgenden soll basierend auf den durch die Rechtspraxis entwickelten Kriterien geklärt werden, ob die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung der Demenzzpflege als Freiheitsentzug einzustufen ist. Ausgehend von der Definition des Begriffs Freiheitsentzug als «Massnahmen der staatlichen Gewalt, durch die jemand gegen seinen Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten wird»¹⁹¹ sind dabei ein objektives Element – das Festhalten an einem bestimmten Ort für eine bestimmte Zeit¹⁹² –, ein subjektives – das Festhalten gegen den Willen einer Person¹⁹³ – und schliesslich die Verantwortung des Staates für dieses Festhalten¹⁹⁴ zu untersuchen.

Die Unterscheidung zwischen Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug ist dabei gradueller Natur. Freiheitsbeschränkung und Freiheitsentzug unterscheiden sich nämlich einzig hinsichtlich der Intensität des Eingriffs, nicht aber hinsichtlich ihres abstrakten Charakters oder ihrer Rechtsnatur.¹⁹⁵ Die Intensität der jeweiligen konkreten Massnahme ist dabei in einer Gesamtwürdigung der konkreten Lage zu prüfen.¹⁹⁶

7.2. VORLIEGEN DER OBJEKTIVEN KRITERIEN EINES FREIHEITSENTZUGS?

Gemäss Rechtsprechung des EGMR sind zur Beurteilung des Vorliegens der objektiven Kriterien eines Freiheitsentzugs die Art, Dauer, Wirkung und Modalitäten der Massnahme zu berücksichtigen.¹⁹⁷ In welchem Verfahren und unter welcher Bezeichnung die Freiheit entzogen wird, ist hingegen nicht von Belang.¹⁹⁸ Insbesondere ist nicht erforderlich, dass ein Freiheitsentzug, um als solcher qualifiziert zu werden, etwa in Form einer expliziten Haftanordnung erfolgt.¹⁹⁹ Der Begriff Freiheitsentzug ist demnach weit zu verstehen, sodass nicht nur straf- und administrativrechtliche Haftformen, sondern auch eine Vielzahl weiterer freiheitsbeschränkender Massnahmen, welche eine gewisse Intensitätsschwelle überschreiten, darunter fallen können.²⁰⁰

Die Qualifikation einer Bewegungseinschränkung als Freiheitsentzug ist oft infolge ihrer vergleichsweise kurzen *Dauer* strittig.²⁰¹ Insofern kann es bereits aus diesem Grund etwa unklar sein, ob eine individuell angeordnete beM, wie etwa eine Fixierung für die Dauer einiger Stunden, bereits für sich genommen als Freiheitsentzug einzustufen ist.²⁰² Geht es hingegen wie hier um den Aufenthalt in einer geschlossenen oder geschützten Demenzzeinrichtung an sich, stellt sich diese Frage nicht, dauert doch der Aufenthalt einer Person in einer Pflegeeinrich-

¹⁹¹ FROWEIN/PEUKERT, Art. 5, N 10; siehe auch GRABENWARTER/PABEL, § 21, Rz. 8; BAUMANN, S. 513.

¹⁹² Siehe dazu anschliessend Ziff. 7.2.

¹⁹³ Siehe dazu hinten Ziff. 7.3.

¹⁹⁴ Siehe hinten Ziff. 7.4.

¹⁹⁵ BAUMANN, S. 532; EGMR, *Guzzardi v. Italy*, Nr. 7367/76, Urteil vom 06.11.1980, Ziff. 93; *Khlaifia and others vs. Italy*, Nr. 16483/12, Urteil vom 15.12.2016, Ziff. 64.

¹⁹⁶ EGMR, *Epplé v. Germany*, Nr. 77909/01, Urteil vom 15.12.2005, Ziff. 42 ff.

¹⁹⁷ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, Nr. 7367/76, Urteil vom 06.11.1980, Ziff. 92; Vgl. auch BGE 136 I 87, E. 6.5.3; VEST, N 8 zu Art. 31 BV.

¹⁹⁸ BAUMANN, S. 513; vgl. FROWEIN/PEUKERT, Art. 5, N 10.

¹⁹⁹ Vgl. HRC, *Yklymova v. Turkmenistan*, 1460/2006 (2009), paras. 7.2–7.3 (de facto house arrest); *Kurbanova v. Tajikistan*, 1096/2002 (2003), para. 7.2 (detention prior to arrest warrant).

²⁰⁰ KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 1305; Vgl. auch HRC, GC No. 35 (2014), Ziff. 5.

²⁰¹ Siehe dazu die Belegstellen hinten Anm. 353.

²⁰² Dazu hinten V. 5.

tung durchschnittlich etwas länger als zwei Jahre.²⁰³ Dieses Kriterium ist daher spätestens bei einer Aufenthaltsdauer von einigen Wochen zweifellos erfüllt.

Zweites entscheidendes Kriterium für das Vorliegen eines Freiheitsentzugs ist die Festhaltung an einer bestimmten *Örtlichkeit*. Je kleiner dieser Festhalteperimeter ist, desto eher liegt Freiheitsentzug vor. So hat es der EGMR etwa infolge der Grösse des Gebietes und der dort vorhandenen Infrastruktur nach ausführlichen Erörterungen abgelehnt, den erzwungenen Aufenthalt in der italienischen Enklave Campione d'Italia als Freiheitsentzug anzuerkennen²⁰⁴. Umgekehrt beurteilte er den ebenso unfreiwilligen Aufenthalt auf einer italienischen Mittelmeerinsel.²⁰⁵ Diese Beispiele zeigen, dass der Einschluss innerhalb eines vergleichsweise kleinen Gebietes, erst recht, wenn es überdies nicht allgemein zugänglich ist, zweifelsohne als «abgeschlossene» Örtlichkeit im Sinne von Art. 5 EMRK einzustufen ist. Dies gilt für Justizvollzugsanstalten unabhängig von der Grösse des umschlossenen Areals wie für Pflegeeinrichtungen unabhängig davon, wie gross ein frei zugänglicher, aber gegen aussen abgeschlossener Aussenbereich ist.

Es könnte zu diesem Kriterium sich einzig die Frage stellen, ob allenfalls die Art der Sicherung eines bestimmten Perimeters eine rechtserhebliche Rolle spielen kann. So ist etwa offensichtlich, dass die mechanische «Ausbruchssicherung» im Bereich von Institutionen der Demenzzpflege einen weit weniger martialischen Eindruck vermittelt als solche in geschlossenen Haftanstalten. Dieser Umstand kann indes nicht von Relevanz sein; vielmehr ist entscheidend, dass diese Absicherungen die auch regelmässig in ihren körperlichen Fähigkeiten eingeschränkten Personen in geschlossenen Pflegeeinrichtungen effektiv davon abhält, einen umschlossenen Perimeter zu verlassen. Dass dieser Befund richtig ist, zeigt sich auch etwa am Beispiel offen geführter Haftanstalten, die auf jegliche mechanisch-technische Ausbruchssicherung verzichten. Trotzdem gilt eine Haft in einer so geführten Justizvollzugsanstalt zweifelsohne als Freiheitsentzug. Entscheidend ist somit einzig, dass Bewohnerinnen und Bewohner entweder ein umrissenes Gebiet nicht verlassen können oder dass sie mit Konsequenzen rechnen müssen, wenn sie ein bestimmtes Gelände verlassen. Wie ist aber die Situation zu beurteilen, wenn sich die Bewohnerinnen und Bewohner gesichert mittels GPS-Tracking auch in einem bestimmten Perimeter ausserhalb der Institution frei bewegen können und so zumindest partiell frei am allgemeinen Gemeinschafts- resp. Sozialleben teilnehmen können? Eine solche Sicherungsmodalität ist sicherlich vergleichsweise weniger einschneidend und auch unter Berücksichtigung der BRK, die eine Segregation von Menschen mit Behinderung vermeiden will, gegenüber einem klassisch geschlossenen Setting vorzuziehen. Der EGMR macht indes in einem Grundsatzurteil²⁰⁶ deutlich, dass Freiheitsentzug selbst dann vorliegen kann, wenn eine Institution offen und ohne technische Überwachungsmittel geführt wird, aber derart abgelegen liegt, dass eine Fahrt in die nächste Stadt – und damit eine Teilhabe an einem städtischen gesellschaftlichen Leben – für Bewohnerinnen und Bewohner kaum möglich erscheint.

²⁰³ Siehe dazu vorne I. 2.

²⁰⁴ EGMR, *Nada v. Switzerland*, Nr. 10593/08, Urteil vom 12.09.2012.

²⁰⁵ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, Nr. 7367/76, Urteil vom 06.11.1980.

²⁰⁶ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, Nr. 36760/06, Urteil vom 17.01.2012.

Damit erscheint klar, dass nicht nur das Kriterium der Dauer, sondern auch dasjenige der abgeschlossenen Örtlichkeit zweifellos regelmässig erfüllt sein wird. Damit ist es an dieser Stelle unnötig den Umfang der Bewegungsfreiheit innerhalb einer geschlossenen Institution und die dort herrschenden Lebensumstände als Zusatzkriterien zu berücksichtigen, da dies nur bei Zweifelsfällen angezeigt erscheint.

7.3. VORLIEGEN DER SUBJEKTIVEN KRITERIEN EINES FREIHEITSENTZUGS?

Stimmt eine Person in rechtsgültiger Weise einer Festhaltung resp. der Unterbringung in einem räumlich abgeschlossenen Bereich zu, liegt zweifellos kein Freiheitsentzug i.S.v. Art. 5 EMRK vor. Als *subjektives Element* ist daher das Fehlen einer rechtsgültigen Zustimmung der betroffenen Person zur Festhaltung vonnöten. Gemäss Rechtsprechung des EGMR darf indes aus dem Fehlen aktiven Widerstands einer handlungsunfähigen Person gegen eine solche Unterbringung nicht geschlossen werden, dass kein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK vorliegt.²⁰⁷ Selbst die Tatsache, dass eine Person den Freiheitsentzug kaum wahrnimmt, darf folglich nicht bedeuten, dass sie den Schutz durch Art. 5 EMRK verliert.²⁰⁸ Umgekehrt ist die Haltung auch einer handlungsunfähigen Person gegenüber der Unterbringung nicht irrelevant: Leistet sie Widerstand gegen die Unterbringung, kann dieses Verhalten für eine Qualifikation einer Situation als Freiheitsentzug sprechen. Dies gilt insbesondere, wenn eine handlungsfähige Person in der Lage ist, ihre Situation zu begreifen.²⁰⁹ Zusammengefasst muss daher die Unterbringung gegen oder ohne den rechtsgültigen Willen erfolgt sein, um in den Anwendungsbereich von Art. 5 EMRK zu fallen.

Keine Rolle kann in subjektiver Hinsicht ferner das Motiv der Freiheitseinschränkung spielen. Namentlich kann es nicht angehen, dass die zwangsweise Unterbringung einer Person wegen des Motivs des Eigenschutzes resp. zum Schutz ihrer eigenen Interessen nicht mehr als Freiheitsentziehung qualifiziert werden kann.²¹⁰ Denn andernfalls wäre in der Schweiz die bereits im ZGB vorgesehene Qualifikation einer FU als Freiheitsentzug unzutreffend, die regelmässig zum Schutz der betroffenen Person angeordnet wird.²¹¹ In diese Richtung weist auch bereits die Existenz des Haftgrundes der psychischen Krankheit in Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK an sich. In seiner neueren Praxis bestätigt denn auch der EGMR – etwa in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2016²¹² – ausdrücklich, dass weder die Qualifikation der Festhaltung einer Person im nationalen Recht noch das Motiv der Festhaltung zum Zwecke des Eigenschutzes der Einstufung dieser Massnahme als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK entgegenstünden.²¹³

²⁰⁷ EGMR, H.L. v. The United Kingdom, Nr. 45508/99, Urteil vom 05.10.2004, Ziff. 90.

²⁰⁸ Siehe dazu EGMR, H.M. v. Switzerland, Nr. 39187/98, Urteil vom 26.02.2002, Ziff. 46.

²⁰⁹ EGMR, Stanev v. Bulgaria, Nr. 36760/06, Urteil vom 17.01.2012, Ziff. 130.

²¹⁰ So aber eine frühere Rechtsprechung des EGMR: H.M. v. Switzerland, Nr. 39187/98, Urteil vom 26.02.2002, Ziff. 48. Siehe für eine Kritik an dieser – soweit ersichtlich – einmaligen Einstufung des Gerichts – Schürmann BSK BV, Art. 31, Ziff. 11. Zu berücksichtigen gilt es bei diesem Urteil weiter, dass die Beschwerdeführerin nicht in einer geschlossenen Abteilung einer Pflegeinstitution untergebracht wurde; a.a.O., Ziff. 45.

²¹¹ Siehe Art. 426 f. ZGB.

²¹² EGMR, Grosse Kammer, Khlaifia and Others v. Italy, Nr. 16483/12, Urteil vom 15.12.2016.

²¹³ A.a.O., Ziff. 71: «[T]he Court finds that the classification of the applicants' confinement in domestic law cannot alter the nature of the constraining measures imposed on them (...). Moreover, the applicability of Article 5 of the Convention cannot be excluded by the fact,

Ebenso irrelevant für diese Qualifikation ist schliesslich der in der bundesrätlichen Botschaft²¹⁴ und in der privatrechtlichen Literatur teilweise vorgebrachte Grund, von der Anordnung einer FU und damit der Anerkennung eines Aufenthalts in einer geschlossenen Institution als Freiheitsentzug sei abzugehen, um die Belastung für die betroffene Person und insbesondere die Angehörigen nicht unnötig zu erhöhen.²¹⁵ Eine Berücksichtigung dieser subjektiven Elemente findet in der EGMR-Praxis keine Grundlage.

Was bedeutet dieses so verstandene subjektive Element für die Unterbringung demenzkranker Personen in der Schweiz. Klar kein Freiheitsentzug kann u.E. vorliegen, wenn eine demenzkranke, aber bezüglich der Beurteilung ihrer Wohnsituation (noch) urteilsfähige Person einer Unterbringung in einer geschlossenen Institution/Abteilung zustimmt. Diese Zustimmung erstreckt sich gemäss der hier vertretenen Auffassung zeitlich auch auf die Phase der Urteilsunfähigkeit. Der gleiche Befund muss gelten, wenn eine (noch) urteilsfähige Person freiwillig in eine offen geführte Institution eintritt im Wissen darum, dass sie bei medizinischer und pflegerischer Notwendigkeit auf eine geschlossene Abteilung verlegt werden kann oder wenn sie freiwillig in eine mit Zahlencodes oder mit «versteckten» Ausgängen gesicherte Abteilung eintritt im Wissen darum, dass sie diese nicht mehr verlassen kann, wenn sie nicht mehr fähig ist, sich den Zahlencode resp. die Lage der Ausgänge zu merken. Ähnlich ist die Situation zu beurteilen, wenn eine Person einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, in welchem sie der beauftragten Person ausdrückliche Weisungen betreffend Eintritt in eine geschlossene Pflegeeinrichtung oder die geschlossene Abteilung einer Pflegeeinrichtung erteilt hat oder wohl auch, falls – etwa anlässlich einer Demenzdiagnose und in Kenntnis der Pflegelandschaft – der Auftrag auf Unterbringung in einer situationsadäquaten Institution lautet. In einem solchen Vorsorgeauftrag können eine oder mehrere Personen bestimmt werden, welche im Falle der eigenen Urteilsunfähigkeit die Vermögenssorge, die Personensorge und die Rechtsvertretung übernehmen.²¹⁶ Dabei können der beauftragten Person gemäss Art. 360 Abs. 2 ZGB Weisungen für die Erfüllung der Aufgabe(n) erteilt werden. Da die Unterbringung in einer geschlossenen Institution in all diesen Konstellationen letztlich auf einem (allenfalls vorzeitig abgegebenen) sog. «informed consent» beruht, liegt nicht nur kein Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK vor, sondern eine solche Unterbringung dürfte zumindest auch nicht in einem direkten Konflikt mit den Vorgaben der BRK stehen, da dieser Vertrag nur die unfreiwillige Unterbringung untersagt, hier aber die Autonomie der betroffenen Person zumindest weitestgehend gewahrt bleibt. Der Erlass einer FU erübrigt sich daher.

Klar als Freiheitsentzug einzustufen ist demgegenüber – wie indirekt auch in der bundesrätlichen Botschaft und der privatrechtlichen Literatur bestätigt²¹⁷ – eine Unterbringung in einer geschlossenen Pflegeinstitution gegen

relied on by the Government, that the authorities' aim had been to assist the applicants and ensure their safety (...). Even measures intended for protection or taken in the interest of the person concerned may be regarded as a deprivation of liberty».

²¹⁴ BBl 2006 7062.

²¹⁵ So auch SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 29: «Erfolgt die Platzierung von Patienten mit Demenz über eine FU, kann dies für den betroffenen Patienten und die Angehörigen sehr belastend sein. So muss im Einzelfall kritisch geprüft werden, ob die Platzierung über eine FU erfolgen sollte oder ob stattdessen ein Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 ZGB abgeschlossen werden kann. Auch wenn es sich nicht um eine FU im formellen Sinn handelt, muss eine Platzierung notwendig, da medizinisch indiziert, proportional zur Schwere der Gefährdung und immer die am wenigsten belastende Alternative sein».

²¹⁶ BSK ZGB I-JUNGO, Art. 360 N 41.

²¹⁷ Siehe dazu oben Ziff. 2. Die Botschaft und die genannten Stimmen der Doktrin verlangen in einer solchen Konstellation die Anordnung einer FU, was nur bei Bestehen eines Freiheitsentzugs notwendig ist.

den Willen der betroffenen Person. Dabei braucht es sich keinesfalls um körperlichen oder klar manifestierten Widerstand zu handeln. Vielmehr gilt es die physische und kognitive Verfassung der Betroffenen zu berücksichtigen, weshalb jeder Hinweis, der auf den Willen schliessen lässt, nicht in der betreffenden Institution zu wohnen, als Widerstand einzustufen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Person regelmässig den Wunsch äussert, «nach Hausen zu gehen» oder ihr oder sein Gepäck zusammensucht. Ebenso unter diesen weiten Widerstandsbegriff zu subsumieren, sind etwa Verlautbarungen, die auf Resignation hinsichtlich des aktuellen Aufenthaltsorts schliessen lassen, wie etwa «jetzt kann man das halt nicht mehr ändern» etc. Diese Auslegung ist in Übereinstimmung mit der Praxis des EGMR, wonach aus dem Fehlen aktiven Widerstands nicht auf Zustimmung zu einer Unterbringung in einer bestimmten Institution geschlossen werden darf.²¹⁸ Wird diese Aussage zu Ende gedacht und überdies versucht, Art. 5 EMRK systematisch, d.h. unter Beizug der BRK auszulegen, muss dies letztlich bedeuten, dass auch bei fehlendem ersichtlichen Widerstand, das subjektive Element erfüllt ist und folglich einzig bei aktuellem oder vorzeitig abgegebenem Konsens zur Unterbringung von einer Qualifikation der Unterbringung in einem geschlossenen Setting als Freiheitsentzug abzusehen ist.

7.4. ZURECHNUNG DES FREIHEITSENTZUGS ZUM STAAT?

Pflegeinstitutionen in der Schweiz weisen unterschiedliche Rechtsformen auf: Eine Gesamtübersicht des BAG weist etwa Aktiengesellschaften, GmbHs, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen, öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentlich anerkannte Kirchen, öffentliche Unternehmen oder gar die kommunale Verwaltung als Träger aus. Viele dieser Trägerschaften betreiben nur ein einziges Heim, es existieren in der Schweiz aber auch grosse Pflegeunternehmen.²¹⁹ Bereits die verschiedenen hier aufgeführten Rechtsformen zeigen nicht nur, dass Institutionen gewinn- oder nicht gewinnorientiert sein können, sondern sie belegen auch, dass sich die öffentliche Hand teilweise direkt, teilweise indirekt durch ihr Mitwirken an privatrechtlichen Gesellschaften und teilweise überhaupt nicht an der Trägerschaft und Führung solcher Institutionen beteiligt. Hat diese höchst unterschiedliche Beteiligung des Staates einen Einfluss auf die Zurechenbarkeit des Freiheitsentzugs zum Staat? Diese Frage kann u.E. in aller Kürze verneint werden: So genügt gemäss dem EGMR für eine Zurechnung eines Freiheitsentzugs zum Staat, dass dieser einer Handlungspflicht unterliegt, vor privatem Freiheitsentzug zu schützen.²²⁰ Diese Pflicht lässt sich in der Schweiz nicht nur aus strafrechtlichen Vorgaben²²¹ ableiten, sondern sie ergibt sich auch direkt aus der staatlichen Aufsichtspflicht über alle Pflegeinstitutionen, welche urteilsunfähige Bewohnerinnen und Bewohner aufnehmen.²²²

²¹⁸ Siehe dazu oben Ziff. 7.3.

²¹⁹ Siehe für eine Gesamtübersicht BAG, Statistiken zu Pflegeheimen, Kennzahlen der Schweizer Pflegeheime 2022, 1/2024; https://somed.bagapps.ch/data/download/2022_Kennzahlen_aller_de.pdf?v=1705566464 (besucht am 7.4.2024).

²²⁰ EGMR, Storck v. Germany, Nr. 61603/00, Urteil vom 16.06.2005, Ziff. 74, 89.

²²¹ Siehe hinten Ziff. 8.

²²² Dazu detailliert hinten IX.

7.5. HAFTGRUND UND VERFAHRENSFOLGEN

Liegt damit bei fehlender Zustimmung der betroffenen Person zur Unterbringung in einer geschlossenen Pflegeinstitution ein Freiheitsentzug vor, hat dies folgende Rechtsfolgen: Infolge des Numerus clausus der Haftgründe von Art. 5 Abs. 1 EMRK kann die Aufnahme in einer geschlossenen Institution einzig basierend auf dem Haftgrund von lit. e erfolgen, das heisst aufgrund einer «psychischen Krankheit». Deren Vorliegen und die Notwendigkeit, dass eine Person infolge Eigen- oder Fremdgefährdung in einer geschlossenen Institution untergebracht werden muss ist dabei von einem Gericht oder einer anderen Behörde, welche allein diese Haft anordnen kann, zu überprüfen. Ohne aktuelles oder vorgängig erteiltes Einverständnis der betroffenen Person ist daher eine Unterbringung in einem geschlossenen Setting nur mittels Entscheidung einer zuständigen Behörde möglich; namentlich kann ein Vertrag zwischen einer Institution und Angehörigen oder einer amtlichen Beistandsperson eine behördliche Haftanordnung nie ersetzen. Damit wird schliesslich auch dem Verzicht auf stellvertretende Entscheidungsfindung, einem zentralen Postulat der BRK, zumindest teilweise Rechnung getragen.

7.6. ZWISCHENFAZIT

Ein gegen oder ohne den Willen der betroffenen Person angeordneter Aufenthalt in einer Institution der Demenzzpflege ist als Freiheitsentzug einzustufen, wenn die Person die Institution nicht jederzeit ohne Einverständnis einer anderen Person verlassen kann oder verlassen könnte.²²³ Einzig eine Entscheidung einer dazu ermächtigten Behörde kann damit bei Vorliegen einer psychischen Erkrankung und einer Eigen- oder Fremdgefährdung einen solchen Aufenthalt anordnen. In der Schweiz ist dazu eine FU auszusprechen. Dadurch wird gewährleistet, dass eine unabhängige Drittperson ohne allfällige Eigeninteressen, Einblick in die Situation erhält und diese beurteilen kann. Liegt hingegen ein aktuelles oder vorgängig erteiltes Einverständnis der demenzkranken Person hinsichtlich der Unterbringung in einer solchen Institution vor, genügt als Basis auch ein Vertrag zwischen der Institution und bei diesbezüglicher Urteilsfähigkeit der Bewohnerin oder des Bewohners und andernfalls einer Angehörigen resp. einer Beistandin oder einem Beistand.

8. EXKURS: KOMPATIBILITÄT MIT STRAFRECHTLICHEN VORGABEN

Da eine Unterbringung in einem geschlossenen Setting einer Pflegeeinrichtung wie eben erläutert allenfalls als Freiheitsentzug qualifiziert werden kann, stellt sich die Frage, ob damit auch strafrechtliche Normen tangiert sein könnten. Zu denken ist an die in Art. 183 Abs. 1 des StGB²²⁴ geregelte Freiheitsberaubung: «Wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht, (...), wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»

²²³ So beurteilt auch das CPT den Aufenthalt in Pflegeinstitutionen ohne rechtsgültigen Konsens explizit als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK; siehe CPT Factsheet Social Care Establishments, Ziff. 2. Dieses Organ führt dazu weiter aus: «The situation of (...) those residents of social care institutions who are formally regarded as voluntary, but in practice are not free to leave the institution, is of particular concern to the CPT. The persons concerned are often subjected to involuntary treatment and/or means of restraint without being protected by the legal safeguards applicable to residents who are formally involuntary» (a.a.O.).

²²⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (StGB; SR 311.0).

In der strafrechtlichen Doktrin ist umstritten, ob die Fähigkeit, sich einen Willen betreffend den eigenen Aufenthaltsort bilden zu können, eine Tatbestandsvoraussetzung der Freiheitsberaubung darstellt.²²⁵ Teilweise wird vertreten, dass Urteilsunfähige, Widerstandsunfähige oder Kinder unter 16 Jahren keine tauglichen Tatobjekte sein können, da diese beim Tatbestand der Entführung gemäss Art. 183 Abs.2 StGB explizit genannt würden, woraus sich im Umkehrschluss ergebe, dass eine Freiheitsberaubung an diesen Personen nicht begangen werden könne.²²⁶ Die herrschende Lehre fordert, dass das Opfer zumindest grundsätzlich fähig sein müsse, sich einen Willen betreffend den eigenen Aufenthaltsort bilden zu können.²²⁷ Geschützt sei die Fortbewegungsfreiheit, also die Möglichkeit, sich nach eigener Wahl vom einen Ort an einen anderen zu begeben.²²⁸ Wenn keine Entscheidung betreffend Aufenthaltsort getroffen werden könne, könne die Fortbewegungsfreiheit auch nicht eingeschränkt werden und eine Freiheitsberaubung sei ausgeschlossen. Eine Mindermeinung sieht die Einschränkung auf Opfer, welche die Willensbildungsfähigkeit besitzen, als ungerechtfertigt.²²⁹ Das Bundesgericht hat sich bisher zu dieser Frage noch nicht geäußert.²³⁰ Die Freiheitsberaubung muss aber in jedem Fall *unrechtmässig* sein.²³¹ Dies ist sie, wenn die Täterschaft nicht berechtigt ist, die Immobilisierung der betroffenen Person zu bewirken.²³²

Je nach Schweregrad einer Demenzerkrankung kann die Fähigkeit, sich einen Willen betreffend den eignen Aufenthaltsort zu bilden, intakt sein, eingeschränkt sein oder ganz fehlen. Beim Eintritt einer demenzkranken Person in eine geschlossene Pflegeeinrichtung, bzw. der Verlegung der Person auf eine geschlossene Abteilung, liegt sicher dann keine Freiheitsberaubung vor, wenn die Person die Fähigkeit besitzt, sich einen Willen über ihren Aufenthaltsort zu bilden und dem geschlossenen Setting zustimmt. Hat eine Person hingegen die Fähigkeit zur Willensbildung betreffend Aufenthaltsort und lehnt sie den Eintritt in die geschlossene Institution oder die Verlegung auf die geschlossene Abteilung ab, so darf die Einweisung nur im Rahmen einer FU erfolgen.²³³ Andernfalls kann bei Erfüllung aller Straftatbestandselemente eine unrechtmässige Freiheitsberaubung vorliegen.

Fehlt der Person die Fähigkeit, sich einen Willen betreffend ihren Aufenthaltsort zu bilden, so ist, wie erwähnt, nach herrschender Lehre keine Freiheitsberaubung möglich. Folgt man hingegen der Mindermeinung, ist zu prüfen, ob die potenzielle Freiheitsberaubung unrechtmässig erfolgt. U. E. sollte, wie oben ausgeführt, basierend auf den Vorgaben der EMRK, bei Personen, welche beim Eintritt in eine Pflegeeinrichtung weder Ablehnung noch Zustimmung zeigen, eine FU angeordnet werden.²³⁴ Nach der privatrechtlichen Lehre erstreckt sich jedoch die Vertretungsmacht von Angehörigen einer urteilsunfähigen Person, die keinen Widerstand gegen den Eintritt in eine Pflegeeinrichtung zeigt, nicht nur auf den Abschluss des Betreuungsvertrags, sondern auch auf die Ent-

²²⁵ BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 5; OFK StGB-DONATSCH, Art. 183, N. 2.

²²⁶ Anderer Auffassung: BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 14.

²²⁷ Vgl. z. B. OFK StGB-DONATSCH, Art. 183, N. 2.

²²⁸ A.a.O. N. 1.

²²⁹ BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 14.

²³⁰ A.a.O. N. 16.

²³¹ A.a.O. N. 21.

²³² A.a.O.

²³³ BBI 2006 7015.

²³⁴ Siehe oben Ziff. 7.3.

scheidung zum Eintritt an sich.²³⁵ Gleiches gilt für eine Beiständin oder einen Beistand, welche oder welcher dem Eintritt in eine Pflegeeinrichtung oder in eine geschlossene Abteilung zustimmt.²³⁶ Angehörige oder Beiständigen und Beistände dürfen demnach gemäss dieser Sichtweise anstelle der betroffenen Person in die Einweisung in eine geschlossene Pflegeeinrichtung oder eine geschlossene Abteilung einwilligen, wenn die urteilsunfähige Person keinen Willen zum Eintritt manifestiert. Wird dieser Ansicht gefolgt, kann damit nicht von einer Unrechtmässigkeit der Freiheitsberaubung im strafrechtlichen Sinne ausgegangen, obwohl u.E. die Einweisung per FU erfolgen sollte. Wird die Fortbewegungsfreiheit rechtmässig eingeschränkt, sind Organe und Mitarbeitende von geschlossenen Abteilungen von Pflegeeinrichtungen als Täterinnen oder Täter einer Freiheitsberaubung ausgeschlossen.²³⁷

9. FAZIT

Eine gegen oder ohne Vorliegen einer aktuellen oder vorgängig erteilten Einverständniserklärung der betroffenen Person angeordnete Unterbringung einer Person in einer Institution für Menschen mit Demenz, die sie nicht jederzeit oder während bestimmten Zeiträumen aus freien Stücken verlassen kann könnte, ist als Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 EMRK zu qualifizieren. Das Einverständnis der betroffenen Person kann dabei nicht durch dasjenige von Angehörigen oder einer Beiständin resp. eines Beistandes ersetzt werden. Der Aufenthalt ist folglich im Rahmen einer FU behördlich oder ärztlich anzuordnen.

Anlässlich der Anordnung ist kumulativ die Urteilsunfähigkeit, das Vorliegen einer Demenzerkrankung und das Bestehen einer Eigen- oder Fremdgefährdung ärztlich abzuklären und zu dokumentieren sowie zu überprüfen, ob diesen Gefahren mit milderer Mitteln begegnet werden kann. Sind die genannten Voraussetzungen nicht erfüllt oder sind mildere Massnahmen zur Gefahrenabwehr ersichtlich, darf keine FU angeordnet werden.

Kann keine FU ausgesprochen werden, muss eine Pflegeinstitution davon absehen, einen Menschen mit Demenz basierend auf einem Vertrag mit Angehörigen in einem geschlossenen Setting unterzubringen, sollen keine menschenrechtlichen Vorgaben missachtet und nicht das Risiko eingegangen werden, allenfalls strafrechtlichen Vorgaben zu verletzen.

Liegt hingegen ein aktuelles oder vorgängig erteiltes Einverständnis der betroffenen Person zur Aufnahme oder Verlegung in eine Demenzabteilung vor, kann die Unterbringung auch rein vertraglich und damit ohne Involvement einer Behörde geregelt werden, da es sich diesfalls nicht um einen Freiheitsentzug handelt und folglich die Anordnung einer FU rechtlich nicht geboten ist. Auch in dieser Konstellation sind aber das Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit und einer Demenzerkrankung sowie die Eigen- und Fremdgefährdung zu überprüfen und zu dokumentieren.

Unabhängig vom Vorliegen des Einverständnisses der betroffenen Person und unabhängig vom Vorliegen einer FU ist es u. E. angebracht, einen schriftlichen Vertrag entweder zwischen der Bewohnerin, dem Bewohner oder

²³⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382, N. 48.

²³⁶ Vgl. A.a.O. N. 46b.

²³⁷ BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 21.

einer anderen vertretungsbefugten Person und der Pflegeinstitution abzuschliessen.²³⁸ Dieser ist bei einer Verlegung von einer offenen auf eine geschlossene Abteilung entsprechend anzupassen, um die nötige Transparenz zu gewährleisten.²³⁹

U.E. sollte dieser Vertrag – wie teilweise bereits in kantonalen Grundlagen vorgesehen – aus menschenrechtlicher Warte zusätzlich mindestens folgende Punkte regeln resp. beinhalten: Information der Bewohnerin oder des Bewohners und der vertretungsbefugten Person über die jeweiligen Rechte und Pflichten und die Bedingungen des Aufenthalts.²⁴⁰ Konkretisiert werden sollten dabei insbesondere die Regelungen zum Verlassen der Institution, die möglichen beM, die Voraussetzungen derer Anwendung und die entsprechenden Rechtsbehelfe oder Ombudsstellen, die in diesem Zusammenhang angerufen werden können, sowie der Einsatz von Medikamenten zur Ruhigstellung der Bewohnerinnen und Bewohner. Die notwendigen inhaltlichen Vorgaben für Betreuungsverträge sind idealerweise rechtsatzmässig zu verankern. Musterverträge oder zu schaffende Standards etwa der NKVF, kantonaler Aufsichtsbehörden oder der Heimverbände können u.E. bei Fehlen gesetzlicher Vorgaben als valabler vorläufiger Ersatz dienen.

Die Unterbringung in einer geschlossenen Demenzabteilung ist nur zulässig, soweit dies zur Verhinderung einer ärztlich festgestellten Eigen- oder Fremdgefährdung zwingend notwendig ist. Zudem soll gemäss BRK einer Segregation von Menschen mit Demenz möglichst verhindert werden. Damit sind auch die Modalitäten, mit welchen einer Weglaufgefahr entgegengewirkt werden soll, von rechtlicher Relevanz. Dazu ist es von zentraler Wichtigkeit, eine Güterabwägung zwischen dem Anliegen der persönlichen und öffentlichen Sicherheit und demjenigen der persönlichen Autonomie und Freiheit der Bewohnerinnen und Bewohner vorzunehmen. Ein alleiniger Fokus auf die Sicherheit wird diesem auch rechtlich geforderten Anliegen nicht gerecht.

Diesen Verhältnismässigkeitserwägungen entsprechen u.E. Demenzabteilungen am besten, welche ihren Bewohnenden je nach individueller Risikoabschätzung durch geschultes Pflegepersonal und allenfalls mit Hilfe einer GPS-Ortung oder anderer elektronischer Überwachungssysteme das Verlassen der Institution oder eines Perimeters erlauben. Abschlusssicherungen mittels Zahlencodes oder «versteckter» Türen tragen diesen Anliegen zumindest teilweise Rechnung. Allerdings ist damit u.E. nicht vollständig sichergestellt, dass die (fehlende) Fähigkeit zur Überwindung dieser Sicherungen mit der Eigen- oder Fremdgefährdung korreliert. Positiv zu würdigen ist auch die Einräumung der Möglichkeit, gemischt genutzte Räumlichkeiten zu besuchen, wie etwa eine Cafeteria, die auch einer weiteren Öffentlichkeit zugänglich ist oder die Ermöglichung von begleiteten Spaziergängen oder Ausflügen ausserhalb des Perimeters der Institution. Infolge der damit verbundenen Segregation von Menschen mit Demenz, tragen vollständig geschlossene Institution, auch bei grosszügiger Gestaltung der Aussenräume und einer grosszügigen Bewegungsfreiheit im Innern, diesen Anliegen weniger gut Rechnung.

²³⁸ Dies insbesondere, weil die Rahmenbedingungen des Heimaufenthalts, wie die geschuldeten Leistungen, das Entgelt usw. durch die FU nicht geregelt werden, so dass sich eine entsprechende Festlegung in einem Vertrag anbietet; a.M. BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 382 N. 3a.

²³⁹ Vgl. CURAVIVA BE, Musterkonzept freiheitsbeschränkende Massnahmen.

²⁴⁰ Siehe etwa Art. 47 Abs. 2 GesG FR, Art. 24 LS NE oder Art. 21 Abs. 2 LSP VD.

Schliesslich verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass Einschränkungen der allgemeinen Bewegungsfreiheit regelmässig auf ihre Notwendigkeit hin überprüft werden, und daher auch eine Rückverlegung in eine offene Abteilung – etwa nach einer medikamentösen Behandlung - eine mögliche Option bleibt.

In langfristiger Hinsicht sind basierend auf den Vorgaben der BRK Unterbringungsmodalitäten anzustreben, die auf eine Segregation von Menschen mit Demenz verzichten und durch wohnortnahe Unterstützungs- und Betreuungsmassnahmen sowie eine entsprechende Umgebungsgestaltung auf geschlossene Institutionen verzichten.

V. EINSCHRÄNKUNGEN DER BEWEGUNGSFREIHEIT MITTELS MECHANISCHER, RÄUMLICHER UND PSYCHOLOGISCHER MASSNAHMEN

1. BEWEGUNGSEINSCHRÄNKENDE MASSNAHMEN

In Pflegeinstitutionen werden verschiedene Massnahmen angewendet, um eine Person im Einzelfall daran zu hindern, sich frei zu bewegen und/oder freien Zugang zum eigenen Körper zu haben. Diese werden – wenn auch in unterschiedlicher Häufigkeit – in offenen, wie auch in geschlossenen Settings angewendet und können in räumliche, mechanische oder psychologische beM eingeteilt werden. Die Gründe für deren Anwendung bestehen meist darin, das Sturzrisiko zu verringern und damit verbundene Verletzungen zu vermeiden. Des Weiteren werden beM angewendet, um vor Selbstgefährdung (Weglaufen oder Selbstverletzung) zu schützen oder sie dienen dem Schutz von therapeutischen Massnahmen (Verbände, Infusionen, Sonden, Katheter). Auch im Umgang mit Personen mit herausfordernden Verhaltensweisen (Aggression, Belästigung, Lärm), finden beM teilweise Anwendung.²⁴¹

Zu den räumlichen Massnahmen können sämtliche personenbezogenen beM gezählt werden, die ein geschlossenes oder isoliertes Milieu schaffen. So etwa das Abschiessen von Türen oder Räumen. Zu den mechanischen oder physischen beM zählen sämtliche Massnahmen, welche direkt oder nahe am Körper der betroffenen Person angewendet werden. So etwa Bettgitter, sofern diese die betroffene Person daran hindern, selbstständig das Bett zu verlassen. Dazu gehören auch Fixierungen des Körpers, welche nicht selbstständig gelöst werden können, wie bspw. Sicherheitsgurte im (Roll-)Stuhl oder Bett, Sicherheitswesten, Spezialdecken («Zewi-Decken»), Fixationen der Hand- oder Fussgelenke oder blockierende Sitzgelegenheiten, von welchen sich die Betroffenen nicht oder nur mit grosser Mühe befreien können. So bspw. ein Rollstuhl mit fixierten Bremsen oder mit angebrachtem Steckbrett, tiefe oder weiche Sitzgelegenheiten oder gekippte Stühle oder Sessel sowie Bodenbetten. Zuletzt können Verbote, Druck, Zwang oder andere Formen der Einflussnahme, unter den psychologischen beM zusammengefasst werden. So wird dadurch beim Individuum der Eindruck vermittelt, dass eine freie Bewegung nicht möglich bzw. mit negativen Konsequenzen verbunden ist.²⁴² Weder klar zu den räumlichen noch zu den psychologischen beM gehören Bewegungsmelder und andere Formen von Überwachungssystemen. So schränken diese die Bewegungsfreiheit a priori weder objektiv noch subjektiv direkt ein, können aber im Einzelfall dennoch dazu führen, dass eine Person stets wieder an einen bestimmten Ort (zurück-)gebracht wird und folglich in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird.²⁴³

Werden diese Mittel aber einzig deswegen eingesetzt, um das Pflegepersonal zu informieren, dass eine Person Unterstützung beim Aufstehen oder Gehen benötigt, zählen sie u.E. nicht zu den beM, da sie die Bewegungsfreiheit nicht einschränken, sondern im Gegenteil eine Fortbewegung teilweise erst ermöglichen. Zu diesen Mitteln,

²⁴¹ Vgl. CURAVIVA, Bewegungseinschränkende Massnahmen, 2024; ERMILER/SCHMITT-MANNHART, S. 13.

²⁴² BSK ZGB I-AEBI-MÜLLER, Art. 383, N. 9.

²⁴³ Vgl. BSK ZGB I-AEBI-MÜLLER, Art. 383, N. 11.

die je nach ihrem Einsatzzweck beM sein können, zählen etwa Klingelmatten als Bett- oder Stuhlvorlage, Lichtschranken, Funkortung, GPS-Tracker oder sonstige elektronische Überwachung.²⁴⁴

Auch wenn alle beM die Bewegungsfreiheit einschränken können, gilt es die einzelnen Massnahmen hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität differenziert zu betrachten. Sie unterscheiden sich in ihrer Art sowie in ihrer zeitlichen und räumlichen Wirkung wesentlich voneinander. Körpernahe mechanische Massnahmen wirken sich invasiver auf die betroffene Person aus als Überwachungssysteme, welche die Bewegungsfreiheit nicht zwingend einschränken. Bei der Bewertung im Einzelfall spielt es weiter eine Rolle, ob eine beM regelmässig, nur bei Bedarf oder einzig in einer Notfallsituation angewendet wird. Auch die Dauer der Massnahme beeinflusst die Intensität des Eingriffs. Sofern es zu regelmässigen Unterbrechungen kommt oder die Massnahme bspw. bei Sicherheitsgurten nur während der Nahrungseinnahme oder während des Einschlafens angewendet wird, ist dies als weniger restriktiv einzustufen, als wenn die Massnahme ganztags, ohne Unterbrechungen oder während mehreren Stunden pro Tag angewendet wird. Auch die Möglichkeit für die betroffene Person, eine Massnahme wie einen Sicherheitsgurt selbstständig zu lösen, wirkt sich weniger einschränkend aus.

2. BUNDESRECHTLICHE VORGABEN

2.1. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ANORDNUNG BEWEGUNGSEINSCHRÄNKENDER MASSNAHMEN NACH ART. 383 ZGB

Gemäss Art. 383 ZGB darf die Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden. Während der Vorbereitungsarbeiten zu der neuen gesetzlichen Regelung wurde diskutiert, ob jede beM dem für die FU geltenden formellen Verfahren unterstellt werden soll. Die Expertengruppe hielt dies allerdings für keine geeignete Lösung, da die zu schützenden Personen dadurch stigmatisiert würden und die Erwachsenenschutzbehörde übermässig belastet würde.²⁴⁵ Daher wurde die Sonderregelung von Art. 383 – 385 ZGB vorgezogen.²⁴⁶ Erfasst werden ausschliesslich reine beM.²⁴⁷ Wird bspw. die Bewegungsfreiheit einer Person indirekt eingeschränkt, indem ihr zwangsweise ruhigstellende Medikamente verabreicht werden, gelten die Regelungen zu den medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff. ZGB).²⁴⁸

Gemäss Botschaft ist der Begriff der Einschränkung der Bewegungsfreiheit weit zu verstehen.²⁴⁹ Er erfasst damit elektronische Überwachungsmassnahmen, das Abschliessen von Türen, das Anbringen von Bettgittern und anderen Schranken und das Angurten zur Vermeidung von Stürzen.²⁵⁰

²⁴⁴ Auch in der Praxis besteht Uneinigkeit darüber, ob Klingelmatten als beM qualifiziert werden sollten. Siehe dazu KLÖPPEL STEFAN/DAN GEORGESCU, S. 3 f.

²⁴⁵ FamKomm-VAERINI, Art. 383, N. 3.

²⁴⁶ A.a.O.

²⁴⁷ A.a.O. N. 8.

²⁴⁸ Siehe dazu im Detail hinten VI.; FamKomm-VAERINI, Art. 383, N. 8; Vgl. auch BBI 2006 7039.

²⁴⁹ BBI 2006 7039.

²⁵⁰ A.a.O.

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist nur unter strengen Voraussetzungen zulässig. Nach Art. 383 Abs. 1 ZGB darf die Wohn- oder Pflegeeinrichtung die Bewegungsfreiheit der urteilsunfähigen Person nur einschränken, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen. Damit muss das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt werden.²⁵¹ BeM dürfen insgesamt nur als «ultima ratio» in Betracht kommen.²⁵² Zudem sollte bei der Wahl der Massnahme diejenige gewählt werden, welche die am wenigsten schwerwiegenden Folgen mit sich bringt.²⁵³ Wichtig ist auch die Überprüfung anderer Umstände, welche für das gefährdende oder störende Verhalten der Person ursächlich sein könnten.²⁵⁴ Dabei sollte insbesondere an Schmerzen oder Nebenwirkungen von Medikamenten gedacht werden.²⁵⁵

Zweck der Massnahme muss es sein, gemäss Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden, oder gemäss Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen. Bei bloss akzeptablen Gefährdungen bzw. leichten Störungen sind BeM nach herrschender Lehre unzulässig.²⁵⁶ Es müssen schwerwiegende Fälle der Selbst- oder Fremdgefährdung drohen oder das Zusammenleben mit der Person muss aufgrund ihres Verhaltens geradezu verunmöglicht werden.²⁵⁷

Ausser in Notfallsituationen muss der betroffenen Person gemäss Art. 383 Abs. 2 ZGB vorgängig erklärt werden, was geschieht, warum die Massnahme angeordnet wurde, wie lange diese voraussichtlich dauert und wer sich während dieser Zeit um sie kümmert. Bei dieser Gelegenheit wäre es wünschenswert, wenn die betroffene Person auch über die Möglichkeit einer schriftlichen Beschwerde an die Erwachsenenschutzbehörde informiert werden würde.²⁵⁸

Die Aufklärungspflicht soll zum einen verhindern, dass das Pflegepersonal vorschnell eine BeM anordnet, zum anderen wird der Person dadurch Achtung entgegengebracht, dass man sie möglichst in die Entscheidungsfindung einbezieht.²⁵⁹

Wer befugt ist, eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit anzuordnen, wird auf Bundesebene nicht geregelt. Gemäss Botschaft, liegt es in der Verantwortung der Einrichtung, in einem internen Reglement festzulegen, wer eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit anordnen darf.²⁶⁰ Kantonal bestehen dazu unterschiedliche Vorgaben, welche im nächsten Abschnitt besprochen werden.

Weiter muss die Einschränkung der Bewegungsfreiheit gemäss Art. 383 Abs. 3 ZGB so früh wie möglich wieder aufgehoben und auf jeden Fall regelmässig auf ihre Berechtigung hin überprüft werden. Auf Bundesebene wird

²⁵¹ FamKomm-VAERINI, Art. 383, N. 12.

²⁵² A.a.O. N. 19.

²⁵³ A.a.O. N. 21.

²⁵⁴ A.a.O. N. 22.

²⁵⁵ A.a.O.

²⁵⁶ A.a.O. N. 14.

²⁵⁷ A.a.O. N. 14 und 17.

²⁵⁸ A.a.O. N. 23.

²⁵⁹ A.a.O. N. 24.

²⁶⁰ BBI 2006 7040.

keine Höchstdauer definiert, keine Frequenz der Überprüfung festgelegt und keine verstärkte Überwachung der Person verlangt. Diese Modalitäten werden aber teilweise auf kantonaler Ebene geregelt.²⁶¹

2.2. PROTOKOLLIERUNG UND INFORMATION NACH ART. 384 ZGB

Über Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit muss Protokoll geführt werden. Darin sind Art. 384 Abs. 1 ZGB folgend insbesondere der Name der anordnenden Person, der Zweck, die Art und die Dauer der Massnahme festzuhalten. Dabei handelt es sich um Mindestvorgaben, über welche die kantonalen Normen oftmals hinausgehen.²⁶² Das Protokoll muss gemäss herrschender Lehre stets aktuell gehalten werden, was die Dokumentation der regelmässigen Überprüfung der Berechtigung der beM nach Art. 383 Abs. 3 ZGB einschliesst.²⁶³ Das Protokoll ist Teil des nach kantonalen Vorschriften für jede Person zu führenden Dossiers.²⁶⁴ Zweck der Bestimmung ist es, den durch Art. 383 ZGB gewährten Schutz sicherzustellen, indem die nötige Transparenz geschaffen wird.²⁶⁵

Die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigte Person wird gemäss Art. 384 Abs. 2 ZGB über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit informiert und kann das Protokoll jederzeit einsehen. Eine bestimmte Frist oder Form der Informationsübermittlung ist auf Bundesebene nicht vorgegeben. Geboten wäre aufgrund der Schwere des Eingriffs bei beM eine sofortige Benachrichtigung der vertretungsberechtigten Person.²⁶⁶ Nur wenn die zur Vertretung berechtigte Person über die beM informiert wird, hat sie die Möglichkeit gemäss Art. 385 ZGB dagegen vorzugehen.²⁶⁷ Die Information sollte aus Beweisgründen idealerweise schriftlich erfolgen.²⁶⁸ Von einer Pflicht, auch die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen, wurde im Gesetzgebungsverfahren bewusst abgesehen.²⁶⁹ Diese muss jedoch informiert werden, wenn eine gesetzliche Vertretung fehlt und daher eine Beistandschaft zu errichten ist.²⁷⁰

Ebenfalls ein Einsichtsrecht in das Protokoll kommt gemäss Art. 384 Abs. 3 ZGB den Personen zu, welche die Wohn- oder Pflegeeinrichtung beaufsichtigen.

2.3. RECHTSBEHELFE AN DIE ERWACHSENENSCHUTZBEHÖRDE NACH ART. 385 ZGB

Gegen eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann die betroffene oder eine ihre nahestehende Person gemäss Art. 385 Abs. 1 ZGB jederzeit schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde am Sitz der Ein-

²⁶¹ Siehe unten Ziff. 3.1.

²⁶² Siehe unten Ziff. 3.2.

²⁶³ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 384, N. 5; FamKomm-VAERINI, Art. 384, N. 5.

²⁶⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 384, N. 7.

²⁶⁵ A.a.O. N. 2.

²⁶⁶ FamKomm-VAERINI, Art. 384, N. 5.

²⁶⁷ Vgl. BBI 2006 7040.

²⁶⁸ FamKomm-VAERINI, Art. 384, N. 6.

²⁶⁹ BBI 2006 7040.

²⁷⁰ BBI 2006 7041.

richtung anrufen. Werden die Begehren nicht direkt an die Erwachsenenschutzbehörde gerichtet, so müssen sie gemäss Art. 385 Abs. 3 ZGB dieser unverzüglich weitergeleitet werden.

Stellt die Erwachsenenschutzbehörde fest, dass die Massnahme nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, so kann sie gemäss Art. 385 Abs. 2 ZGB die Massnahme ändern, aufheben oder eine behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes anordnen. Die Überprüfung setzt ein rechtlich geschütztes Interesse voraus.²⁷¹ Dauert die beM nicht mehr an, so liegt kein geschütztes Interesse an einer Beurteilung mehr vor.²⁷² Allfällige kantonale, verwaltungsrechtliche Massnahmen seitens der Aufsichtsbehörde, wie Sanktionen gegen die Institution oder eine Gesundheitsfachperson, bleiben aber vorbehalten.²⁷³ Die Erwachsenenschutzbehörde erlässt einen erstinstanzlichen Entscheid, der schriftlich begründet werden muss und bei dem jeweils kantonal zuständigen Gericht mit Beschwerde angefochten werden kann.²⁷⁴

Nötigenfalls kann die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 385 Abs. 2 ZGB auch die Aufsichtsbehörde der Einrichtung benachrichtigen. Dies sollte bspw. geschehen, wenn schwere und wiederholte Verstösse gegen die gesetzlichen Regelungen begangen wurden²⁷⁵, wenn die Einrichtung das Begehren nicht oder nicht unverzüglich an die Erwachsenenschutzbehörde weitergeleitet hat oder wenn die Einrichtung es unterlassen hat, die Vertretung der betroffenen Person über die beM zu informieren.²⁷⁶

3. WEITERGEHENDE KANTONALE VORGABEN

Viele Kantone kennen über das Bundesrecht hinausgehende Vorgaben. Allerdings bestanden die entsprechenden Regelungen meist bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013. Sie sind daher betreffend Wortlaut und teilweise auch inhaltlich oft nicht auf das neue Erwachsenenschutzrecht abgestimmt, was zu Verwirrung führen kann.²⁷⁷ Oftmals werden Zwangsmassnahmen im Allgemeinen geregelt, wobei nur selten Ausführungen spezifisch zu beM gemacht werden.²⁷⁸ Unter den Begriff der Zwangsmassnahmen fällt jeder Eingriff, der dem ausdrücklichen Willen der betroffenen Person zuwiderläuft oder deren Widerstand auslöst bzw. falls die betroffene Person nicht in der Lage ist, sich auszudrücken, dem mutmasslichen Willen zuwiderläuft.²⁷⁹ In der Praxis kann dabei zwischen Freiheitsbeschränkungen und Zwangsbehandlung unterschieden werden.²⁸⁰ BeM gegen den Willen oder gegen den mutmasslichen Willen der betroffenen Person sind

²⁷¹ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 385, N. 15.

²⁷² A.a.O.

²⁷³ A.a.O. N.2.

²⁷⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 385, N. 16.

²⁷⁵ BBI 2006 7041.

²⁷⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 385, N. 17.

²⁷⁷ Dies zeigt sich besonders deutlich in SZ, UR und OW, in deren Gesundheitsgesetzen nach wie vor Beschwerdewege gegen Zwangsmassnahmen (und damit auch beM) vorgesehen sind, welche von Art. 385 ZGB verdrängt werden (in SZ, die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gemäss § 41c Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 16.10.2002 (GesG; SRSZ 571.110) SZ, in UR die Beschwerde an das Obergericht gemäss Art. 48 Abs. 5 Gesundheitsgesetz vom 01.06.2008 (GG; RB 30.2111) UR, in OW die jederzeit mögliche Beschwerde an die für Beschwerden gegen fürsorgliche Unterbringungen zuständige Instanz gemäss Art. 59 Abs. 4 Gesundheitsgesetz vom 01.12.2015 (GesG; GDB 810.1) OW).

²⁷⁸ Explizit und über einen Verweis auf Art. 383 ff. ZGB hinaus, gehen ZG (§ 39 Abs. 2 Gesundheitsgesetz vom 30.10.2008 [GesG; BGS 821.1] ZG) und SO (Art.39 Gesundheitsgesetz vom 19.12.2018 [GesG; BGS 811.11] SO) auf beM ein.

²⁷⁹ FamKomm-VAERINI, Art. 383, N. 7.

²⁸⁰ SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 8 f.

damit Zwangsmassnahmen und, sofern kantonal nicht abweichend geregelt, von den jeweiligen kantonalen Normen erfasst.

Zudem wird in einigen kantonalen Gesetzen nicht zwischen Zwangsmassnahmen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen und solchen in Spitälern oder Psychiatrien unterschieden, so dass von Patientinnen oder Patienten und nicht von bspw. Bewohnerinnen und Bewohnern die Rede ist. Aus dem Geltungsbereich der jeweiligen Gesetze geht aber hervor, dass auch beM an urteilsunfähigen Erwachsenen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen erfasst sein müssen.²⁸¹

Etliche Schweizer Kantone regeln die Einschränkung der Bewegungsfreiheit innerhalb von Pflegeeinrichtungen zwar in Reglementen, Heimkonzepten usw.²⁸², kennen aber keine rechtsetzenden Erlasse, die sich explizit zu freiheitsbeschränkenden Massnahmen äussern.²⁸³ Andere Kantone verweisen in den jeweiligen Gesundheitsgesetzen lediglich auf die Bestimmungen von Art. 383 ff. ZGB oder wiederholen die Voraussetzungen aus Art. 383 Abs. 1 ZGB sinngemäss.²⁸⁴ Es gibt aber auch zahlreiche Kantone, deren Rechtsordnungen Normen enthalten, welche über die Mindestanforderungen der bundesrechtlichen Vorgaben hinausgehen. Allen voran ist der Kanton Wallis zu nennen, wo mit der Verordnung über Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Gesundheitsinstitutionen²⁸⁵ (nachfolgend: Verordnung beM VS) eine sehr detaillierte Regelung geschaffen wurde.

3.1. ANORDNUNG, DURCHFÜHRUNG UND DAUER DER BEWEGUNGSEINSCHRÄNKENDEN MASSNAHMEN

Als einziger Schweizer Kanton definiert das Wallis in seiner Verordnung explizit, welche Massnahmen als Einschränkungen der Bewegungsfreiheit gelten. Dies sind gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a – c Verordnung beM VS Massnahmen, die die Bewegungsmöglichkeit eines Bewohners oder Patienten beeinträchtigen, und zwar durch: mechanische Mittel, die die Möglichkeit einer Person, sich zu bewegen (z.B. Behinderungen wie Gurte oder räumliche Barrieren) oder einen bestimmten Bereich zu verlassen (z.B. Abschliessen von Türen, hohe oder komplizierte Türgriffe), beschränken²⁸⁶; Mittel, mit denen ein geschlossener Raum um die betreffende Person geschaffen werden kann, sowie Isolationsmassnahmen (z.B. Isolation der Person während der Mahlzeiten)²⁸⁷; Mittel zur elektronischen Überwachung (z.B. elektronischer Weglaufschutz, der ab einem bestimmten Radius automatisch Alarm schlägt, Alarmmatten);²⁸⁸ Fixierungsmassnahmen, d.h. jegliche Massnahmen zur Einschränkung der Be-

²⁸¹ In ZH § 1 Abs. 1 Bst. b Patientinnen- und Patientengesetz vom 05.04.2004 (LS 813.13) ZH; in GE Art. 100 Abs. 1 Loi sur la santé vom 07.04.2006 (LS; RSG K 1 03) GE; in FR Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 39 Abs. 1 GesG FR; in AR Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 25.11.2007 (bGS 811.1) AR; in UR Art. 1 Abs. 1 GG UR; in SZ § 1 Abs. 1 GesG SZ; in ZG § 1 Abs. 1 GesG ZG; in JU Art. 1 Abs. 1 und 2 Loi sanitaire vom 14.12.1990 (RSJU 810.01) JU.

²⁸² Vgl. z.B. BL, Reglement zum Umgang mit beM (besucht am 29.01.2024).

²⁸³ So BE, AG, BL, BS, LU, NE, SG, GR und AI.

²⁸⁴ TI (Art. 19 Abs. 3 Legge sanitaria vom 18.04.1989 [LSan; RLti 801.100] TI), VD (Art. 23 Bst. d Abs. 2 LSP VD), TG (Art. 35 Gesundheitsgesetz vom 03.12.2014 [GG; RB 810.1] TG), NW (Art. 60 Gesundheitsgesetz vom 30.05.2007 [GesG; NG 711.1] NW) und SH (Art. 45 Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 21.05.2012 [GesG; SHR 810100] SH).

²⁸⁵ Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Gesundheitsinstitutionen vom 30.11.2022 (Verordnung beM; SGS 800.500) VS verweist auf Art. 73 des Gesundheitsgesetzes vom 14.02.2008 (GG; SGS 800.1) VS, worin Pflegeheime explizit als Gesundheitsinstitutionen genannt werden (Art. 73 Abs. 1 Bst. b GG VS).

²⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 Verordnung beM VS.

²⁸⁷ Art. 2 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 Verordnung beM VS.

²⁸⁸ Art. 2 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 Verordnung beM VS.

wegungsfreiheit, die direkt auf den Körper des Bewohners oder Patienten angewendet werden (z.B. Gurte, Fixierung des Oberkörpers, Schutzhemd, Schutzjacke, Rollstuhl mit Körperhaltegurt, selektive Blockade der Hände durch Befestigung oder Handschuhe oder andere Mittel)²⁸⁹ und Zwangsmassnahmen, d.h. jegliche Massnahmen, die ohne Zustimmung des Bewohners oder Patienten ergriffen werden und die gegen seinen erklärten Willen oder seinen Widerstand oder bei mangelnder Kommunikationsfähigkeit gegen seinen mutmasslichen Willen erfolgen²⁹⁰. Zuständig für die Anordnung von beM ist im Kanton Wallis die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt oder die sachkundige Gesundheitsfachperson, an die dieses Recht delegiert wurde (nachfolgend: die verantwortliche Fachperson).²⁹¹

Die Zuständigkeit zur Anordnung von beM und anderer Zwangsmassnahmen wird auch von etlichen weiteren Kantonen geregelt.²⁹² Meist wird die Anordnung durch eine Ärztin oder einen Arzt verlangt, wobei oft entweder die Delegation an eine andere sachkundige Gesundheitsfachperson oder das Handeln in Notsituationen durch das Pflegepersonal²⁹³ vorbehalten bleibt. Im Kanton Aargau ist die Anordnung durch Kaderpersonen primär aus dem ärztlichen oder pflegerischen Bereich vorgesehen.²⁹⁴

Die Wahl der Massnahme richtet sich im Kanton Wallis nach einem schweizweit einmaligen, genau definierten Verfahren. So muss, wird bei einer Bewohnerin oder einem Bewohner eine problematische Verhaltensweise bemerkt, die verantwortliche Fachperson nach Rücksprache mit dem Pflorgeteam feststellen, ob diese eine Bedrohung für ihr/sein Leben oder ihre/seine körperliche Integrität oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter darstellt oder zu einer schwerwiegenden Störung führt.²⁹⁵ Sind die Ursachen dieses Verhaltens erkannt, müssen Alternativen zu beM in Betracht gezogen werden, um die Situation zu regeln.²⁹⁶ Gibt es solche alternativen Lösungen nicht oder sie nicht ausreichend, ist die Situation mit allen beteiligten Personen zu besprechen. Schliesslich muss die Wahl der beM Gegenstand eines formellen Entscheids sein.²⁹⁷ Diesen hat die verantwortliche Fachperson zu unterzeichnen, und er muss die notwendigen Angaben zur Anrufung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde enthalten.²⁹⁸ Das geschilderte Verfahren kann in dringlichen Krisensituationen aufgeschoben werden.²⁹⁹ Damit die Einhaltung der zahlreichen inhaltlichen und formellen Anforderungen gewährleistet werden kann, muss jede Einrichtung ein schriftliches Verfahren einrichten.³⁰⁰ Auf der Webseite des Kantons

²⁸⁹ Art. 2 Abs. 1 Bst. b Verordnung beM VS.

²⁹⁰ Art. 2 Abs. 1 Bst. c Verordnung beM VS.

²⁹¹ Art. 3 Abs. 3 Verordnung beM VS.

²⁹² SO (Art. 39 Abs. 2 und 3 GesG SO), ZH (§ 27 Abs. 1 Patientinnen- und Patientengesetz ZH), JU (Art. 28a Abs. 2 Loi sanitaire JU), GE (Art. 50 Abs. 2 LS GE), OW (Art. 58 Abs. 3 GesG OW), UR (Art. 48 Abs. 2 GG UR), SZ (§ 40b Abs. 2 GesG SZ), ZG (§ 39 Abs. 2 GesG ZG), FR (Art. 53 Abs. 2 GesG FR).

²⁹³ Bspw. in ZH (§ 27 Abs. 1 Patientinnen- und Patientengesetz ZH).

²⁹⁴ § 62 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27.06.2017 (EG ZGB; SAR 210.300) AG.

²⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 Verordnung beM VS.

²⁹⁶ Art. 4 Abs. 2 Verordnung beM VS.

²⁹⁷ Art. 6 Abs. 1 Verordnung beM VS.

²⁹⁸ Art. 6 Abs. 2 Verordnung beM VS.

²⁹⁹ Art. 11 Abs. 1 Verordnung beM VS. Sobald die Lage es erlaubt, spätestens aber innerhalb von drei Tagen, muss das Verfahren aber nachgeholt werden; Art. 11 Abs. 1 und 2 Verordnung beM VS.

³⁰⁰ Art. 3 Abs. 6 Verordnung beM VS.

Wallis sind zudem Standarddokumente für die Verfügung von beM und für eine allfällige Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde zu finden.³⁰¹

Im Kanton Wallis beträgt die zulässige Höchstdauer einer Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit grundsätzlich einen Monat.³⁰² Leichte Einschränkung der persönlichen Freiheit, wie z.B. elektronisches Armband, Alarmmatte und Bewegungsmelder können für eine maximale Dauer von einem Jahr eingesetzt werden.³⁰³ Die zulässige Dauer von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit wird auch von mehreren anderen Kantonen konkretisiert. So verlangen verschiedene Kantone, dass Zwangsmassnahmen nur solange angewandt werden dürfen, wie dass die Notsituation andauert oder deren Wiedereintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.³⁰⁴

Weiter verlangt der Kanton Wallis eine verstärkte Überwachung der betroffenen Person während der Dauer der Zwangsmassnahme.³⁰⁵ Gleiches ist in den Kantonen Freiburg³⁰⁶ und Genf³⁰⁷ der Fall. Auch die Regelmässigkeit der Überprüfung der Berechtigung der beM wird von den Kantonen Wallis und Freiburg genauer festgelegt.³⁰⁸ Im Kanton Wallis hängt die Häufigkeit der Überprüfungen von der Art der Massnahme und der Schwere der Beschränkung ab. Der maximale Zeitraum, der zwischen zwei Überprüfungen verstreichen darf, beträgt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen zwei Wochen. Die Überprüfungen und entsprechenden Ergebnisse müssen dokumentiert und im Dossier der betroffenen Person festgehalten werden.³⁰⁹ Ausgenommen von der verstärkten Überwachung und Überprüfung sind im Kanton Wallis Fälle von leichten Einschränkungen der persönlichen Freiheit gemäss Art. 8 Abs. 1 der Verordnung beM VS.³¹⁰

3.2. PROTOKOLLIERUNG UND INFORMATION

Im Kanton Wallis müssen die Bewohnerin oder der Bewohner und bei nicht urteilsfähigen Personen die zu deren oder dessen Vertretung berechtigte Person vor der Anordnung einer beM hinzugezogen und über die Situation informiert werden.³¹¹ Auch in anderen Kantonen wird explizit verlangt, dass vor der Anordnung von freiheitsbeschränkenden Massnahmen nach Möglichkeit nicht nur mit der betroffenen Person Rücksprache gehalten werden muss (vgl. Art. 383 Abs. 2 ZGB), sondern auch mit dem zuständigen Pflorgeteam und den Angehörigen bzw. der gesetzlichen Vertretung der betroffenen Person.³¹²

³⁰¹ VS, Weisungen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit/Personen innerhalb einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung (besucht am 29.01.2024).

³⁰² Art. 6 Abs. 1 Verordnung beM VS.

³⁰³ Art. 8 Abs. 1 Verordnung beM VS.

³⁰⁴ So Uri (Art. 48 Abs. 3 GG UR), Schwyz (Art. 40 Abs. 3 GesG SZ) und Obwalden (Art. 58 Abs. 4 GesG OW).

³⁰⁵ Art. 7 Abs. 1 Verordnung beM VS.

³⁰⁶ Art. 54 Abs. 1 GesG FR.

³⁰⁷ Art. 51 Abs. 1 LS GE.

³⁰⁸ Vgl. Art. 383 Abs. 3 ZGB, wo nur eine regelmässige Überprüfung verlangt wird.

³⁰⁹ Art. 7 Abs. 2 Verordnung beM VS.

³¹⁰ FR schreibt vor, dass die Lage mehrmals täglich neu beurteilt werden muss; Art. 54 Abs. 1 GesG FR.

³¹¹ Art. 4 Abs. 2 Verordnung beM VS.

³¹² JU (Art. 28a Abs. 2 Loi sanitaire JU), GE (Art. 50 Abs. 2 LS GE), FR (Art. 53 Abs. 2 GesG FR).

Auch im Protokoll verlangt der Kanton Wallis ausführlichere Angaben als von Art. 384 ZGB vorgeschrieben. So müssen der Grund der Massnahme und die Umstände, die dazu geführt haben, festgehalten werden.³¹³ Weiter sind zur Sicherstellung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch bisher erfolglose Massnahmen zu protokollieren³¹⁴ und es ist festzuhalten, welche Informationen, welchen Personen (betroffene Person, Angehörige, Vertretung usw.) gegeben wurden.³¹⁵ Schliesslich sind die regelmässige und verstärkte Überwachung³¹⁶ und die regelmässige Überprüfung inkl. Ergebnisse durch die verantwortliche Fachperson und das anwendende Personal zu dokumentieren.³¹⁷

Besondere Mechanismen in Zusammenhang mit der Dokumentation und der Information bei beM und anderen Zwangsmassnahmen kennen zwei weitere Kantone: Im Kanton Freiburg ist die Direktion für Gesundheit und Soziales verpflichtet, ein Register zu führen, welches chronologisch alle umgesetzten Zwangsmassnahmen dokumentiert.³¹⁸ Der Kanton Zug sieht demgegenüber vor, dass eine Kopie des Anordnungsprotokolls bei beM und anderen Zwangsmassnahmen unverzüglich der Kantonsärztin oder dem Kantonsarzt zugestellt werden.³¹⁹ Sie oder er prüft unverzüglich, ob die Massnahme zulässig und notwendig erscheint und die Aufzeichnungen und Mitteilungen erfolgt sind.³²⁰ Bestehen Zweifel an der Notwendigkeit oder Angemessenheit der Massnahme, hat eine nähere Prüfung zu erfolgen.³²¹ Das Ergebnis der Überprüfung muss innert 30 Tagen seit der Anordnung der Massnahme, der Ärztin oder dem Arzt, der betroffenen Person und der Vertrauensperson schriftlich mitgeteilt werden.³²²

3.3. RECHTSBEHELFE

Für die Aufhebung andauernder beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen ist immer die Erwachsenenschutzbehörde zuständig. Nötigenfalls wird die Aufsichtsbehörde der Einrichtung benachrichtigt.³²³ In einigen Kantonen sind jedoch besondere Beschwerdeverfahren gegen Zwangsmassnahmen vorgesehen. In den Kantonen Zug³²⁴ und Schwyz³²⁵ kann man sich bei ungerechtfertigten Zwangsmassnahmen mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht wenden. Im Kanton Uri³²⁶ kann man mit Beschwerde an das Obergericht gelangen und im Kanton Obwalden³²⁷ an das Kantonsgericht. Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundes-

³¹³ Art. 5 Abs. 1 Bst. a Verordnung beM VS.

³¹⁴ Art. 5 Abs. 1 Bst. c Verordnung beM VS.

³¹⁵ Art. 5 Abs. 1 Bst. d Verordnung beM VS.

³¹⁶ Art. 5 Abs. 1 Bst. e Verordnung beM VS.

³¹⁷ Art. 5 Abs. 1 Bst. f – h Verordnung beM VS.

³¹⁸ Art. 54 Abs. 2 GesG FR.

³¹⁹ Art. 40 Abs. 1 GesG ZG.

³²⁰ Art. 41 Abs. 1 GesG ZG.

³²¹ Die Kantonsärztin oder der Kantonsarzt ist dazu berechtigt, die Krankengeschichte einzusehen oder die betroffene Person anzuhören und das Medizinal- und Pflegepersonal ist verpflichtet auf Verlangen nähere Auskünfte zu erteilen; Art. 42 Abs. 1 und 2 GesG ZG.

³²² Art. 42 Abs. 3 GesG ZG. Bei längerfristigen Massnahmen kann die Kantonsärztin oder der Kantonsarzt periodisch weitere Anordnungsdokumente verlangen; Art. 42 Abs. 4 GesG ZG.

³²³ Art. 385 Abs. 1 und 2 ZGB.

³²⁴ Art. 67 GesG ZG.

³²⁵ § 41c Abs. 1 GesG SZ.

³²⁶ Art. 48 Abs. 5 GG UR.

³²⁷ Art. 59 Abs. 4 GesG OW.

rechts werden diese Beschwerdewege im Fall noch andauernder beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen jedoch von der neueren bundesrechtlichen Regelung in Art. 385 ZGB verdrängt. Es wäre wünschenswert, wenn die kantonalen Normen entsprechend angepasst würden, so dass auch für Laien erkennbar wäre, dass in solchen Fällen ein abweichender Rechtsmittelweg mit Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde vorgesehen ist. Bei bereits abgeschlossenen beM bleiben die erwähnten Rechtsmittelwege möglich.³²⁸

Neben dem Rechtsbehelf nach Art. 385 ZGB, welcher im konkreten Fall die Aufhebung von laufenden beM bezweckt, können insbesondere auch bei bereits abgeschlossenen beM weitere unspezifische Rechtsschutzmassnahmen greifen. Es können aufsichtsrechtliche Anzeigen erstattet werden, in gewissen Kantonen Ombuds- und Mediationsstellen angerufen werden und in einigen Kantonen kann man an Aufsichts- bzw. Beschwerdekommisionen gelangen.³²⁹

4. PRAXIS

Eine Mehrheit der Pflegeeinrichtungen verfügt gemäss den Berichten der NKVF über spezifische, aber unterschiedlich detaillierte Konzepte³³⁰, Richtlinien³³¹, Merkblätter³³², interne Reglemente³³³ oder dergleichen zu beM. Das Vorhandensein solcher Standards und Leitlinien ist zentral, um Bewohnerinnen und Bewohner, Angehörige und das Pflegepersonal zu informieren, Prozesse festzulegen und schlussendlich die gesetzlichen Grundlagen einzuhalten. Bei fehlenden, unzureichend detaillierten oder unvollständigen Standards erscheint jedoch nicht immer klar zu sein, welche Massnahmen als beM i.S.v. Art. 383 ZGB erfasst werden müssen.³³⁴ Diese Ungewissheit kann dazu führen, dass bestimmte Massnahmen nicht sachgerecht angeordnet und dokumentiert werden, da sie als blosser Sicherheits- oder Beruhigungsmassnahmen qualifiziert werden.³³⁵ Umgekehrt beobachtet die NKVF aber auch, dass in einigen Einrichtungen eine gute Sensibilisierung betreffend beM besteht, diese häufig in einem interprofessionellen Umfeld³³⁶ besprochen und teilweise sogar als grundsätzlich unzulässig angesehen werden.³³⁷ Bei den einzelnen Massnahmen greifen viele Pflegeeinrichtungen auf ähnliche Massnahmen zurück, wobei Bettgitter, Sicherheitsgurte, Rollstuhlische, Klingelmatten und andere elektronische Überwachungssysteme am häufigsten verwendet werden.³³⁸ Aus der Berichterstattung ergibt sich aber auch, dass in verschiedenen Pflegeeinrichtungen weiterhin gefährliche Massnahmen wie Zewi-Decken zu den möglichen

³²⁸ Vgl. insb. Art. 67 Abs. 1 GesG ZG, wonach explizit kein aktuelles Rechtsschutzinteresse erforderlich ist.

³²⁹ Siehe dazu im Detail hinten VIII. 3.

³³⁰ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 3; NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum, S. 2; NKVF Schreiben Mülimatt, S. 2; NKVF; NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 2.

³³¹ NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum S. 2; NKVF Schreiben Cadonau, S. 2.

³³² NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum, S. 2; NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. 2; NKVF Schreiben Laubegg, S. 3.

³³³ NKVF Schreiben Laubegg, S. 3.

³³⁴ NKVF Schreiben Cadonau, S. 2 f.

³³⁵ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 3.

³³⁶ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 3; NKVF Schreiben Mülimatt, S. 4; NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 3; NKVF Schreiben Foyer Saint-Ursanne, S. 3; NKVF Schreiben Les Tilleuls, S. 3.

³³⁷ NKVF Schreiben LesTilleuls, S. 2.

³³⁸ Nebst Bodenbetten, Hüftprotektoren, Fixierbodies, geschlossene Nachtkleider und verschiedene Formen der Fixierung (Rollstuhl gurt, Bauchgurt, Fixierung im Bett).

Massnahmen gehören und teilweise immer noch angewendet werden.³³⁹ Allerdings gibt es auch Institutionen, die klar festhalten, dass gefährliche und stark einschränkende Massnahmen wie eben genannte Spezialdecken, allgemeine Fixierungen und das Einschliessen verboten sind.³⁴⁰ Kaum überprüfbar ist allerdings die Anwendung psychologischer beM.

Die Kompetenz zur Anordnung der beM ist sehr unterschiedlich geregelt: Teilweise werden sie von einer Ärztin oder einem Arzt in Absprache mit der Stationsleitung, Bewohnenden, Angehörigen und zuständigen Ärztinnen und Ärzten zusammen beschlossen.³⁴¹ In anderen Einrichtungen werden die beM durch diplomierte Pflegefachpersonen angeordnet, meist ohne Absprache mit einer Ärztin oder einem Arzt.³⁴² Teilweise erfolgt die Anordnung auch durch eine Ärztin oder einen Arzt, jedoch erst im Nachhinein und mit längerer Verzögerung.³⁴³ Es kommt auch vor, dass die anordnende Person nicht immer oder nicht eindeutig bestimmbar ist.³⁴⁴

Die Dokumentation der beM erfolgt oft unterschiedlich und systematisch nicht konsequent.³⁴⁵ Auch die Begründung für die Anwendung ist oft zu wenig detailliert. Damit ist die Verhältnismässigkeit der angewendeten Massnahme im Nachhinein oft kaum überprüfbar.³⁴⁶ In einigen Institutionen werden Massnahmen erstmals nach einer dreitägigen Probezeit³⁴⁷ oder spätestens nach einer Woche evaluiert.³⁴⁸ In anderen Pflegeeinrichtungen werden die Massnahmen nicht periodisch überprüft; auch dies erschwert im Einzelfall eine Beurteilung der Rechtmässigkeit und der Verhältnismässigkeit.³⁴⁹

Ein ähnliches Bild zeigt sich gemäss der Berichterstattung der NKVF bei der Rechtsmittelbelehrung. So wird diese regelmässig nicht konsequent, vollständig und gut ersichtlich kommuniziert.³⁵⁰ Es erstaunt daher wenig, dass sich aus den von uns geführten Gesprächen mit diversen Mitarbeitenden in Pflegeeinrichtungen, sowie einer Mitarbeiterin der Erwachsenenschutzbehörde ergab, dass niemandem überhaupt ein Fall bekannt wäre, bei dem der Rechtsbehelf nach Art. 385 ZGB ergriffen worden wäre. Auch Praxis existiert dazu, soweit ersichtlich, keine. Dies könnte auch daran liegen, dass die betroffene oder eine ihr nahestehende Person, wegen der fehlenden oder mangelhaften Rechtsmittelbelehrungen gar keine Kenntnis vom Rechtsbehelf haben.³⁵¹ Zudem sind je nach Kanton unterschiedliche Ombuds- und Mediationsstellen sowie besondere Beschwerde- und Aufsichtskommissionen vorgesehen, an welche sich die Personen wohl zunächst wenden. Auch eine Meldung an die jeweilige kantonale Aufsichtsbehörde ist denkbar.

³³⁹ Vgl. bspw. NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 3; NKVF Schreiben Les Mouettes, S. 4.

³⁴⁰ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 4; NKVF, NKVF Schreiben Senevita, S. 2; NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. 3.

³⁴¹ Vgl. bspw. NKVF, Schreiben Mülilmatt, S. 4.

³⁴² Vgl. bspw. NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. 3.

³⁴³ NKVF Schreiben Les Mouettes, S. 3.

³⁴⁴ NKVF Schreiben Cadonau, S. 3.

³⁴⁵ Vgl. bspw. Schreiben Mülilmatt, S. 4.

³⁴⁶ NKVF Schreiben Foyer Saint-Ursanne, S. 3.

³⁴⁷ NKVF Schreiben Foyer Saint-Ursanne, S. 3.

³⁴⁸ NKVF Schreiben Les Tilleuls, S. 3.

³⁴⁹ NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum, S. 3; NKVF, Schreiben Tertianum Waldhof, S. 4.

³⁵⁰ NKVF Schreiben Les Charmettes, S. 4; NKVF, Schreiben Mülilmatt, S. 4; NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. 3; NKVF Schreiben Foyer Saint-Ursanne, S. 3 f.; NKVF Schreiben Laubegg, S. 4.

³⁵¹ Vgl. bspw. NKVF Schreiben Mülilmatt, S. 4.

5. KOMPATIBILITÄT MIT ÜBERGEORDNETEN VORGABEN

Bewegungseinschränkende Massnahmen, die innerhalb einer geschlossenen Institution gegenüber einer individuell bestimmbaren Person angeordnet werden, können einen Eingriff in verschiedene Menschenrechte bewirken resp. diese verletzen.

Nicht nur die unfreiwillige Unterbringung in einer geschlossenen Pflegeeinrichtung, sondern auch individuelle beM können – unabhängig davon, ob sie in einem offenen oder geschlossenen Setting angeordnet werden – für sich genommen einen *Freiheitsentzug* im Sinne von Art. 5 EMRK darstellen. Wie vorne ausführlich dargestellt³⁵², sind für eine Qualifikation einer beM als Freiheitsentzug objektive und subjektive Kriterien zu erfüllen, und die Bewegungseinschränkung muss dem Staat zuzurechnen sein. Die zwei letztgenannten Voraussetzungen dürften im Fall von beM regelmässig gegeben sein, weshalb sich diese Erläuterung auf die Erstgenannte fokussieren kann. Kann damit etwa eine mehrstündige körpernahe Fixierung oder ein längerer Einschluss in ein Zimmer für sich genommen die geforderte objektive Schwere für eine solche Einstufung erreichen oder sind solche Massnahmen dafür regelmässig zu wenig invasiv? Eine definitive Klärung dieser Rechtsfrage kann nur bei Kenntnis der konkreten Umstände vorgenommen werden. Eine zeitliche Untergrenze für einen Freiheitsentzug existiert nicht. Vielmehr kann auch eine Massnahme, die weniger als eine Stunde dauert, allenfalls einen Freiheitsentzug bewirken.³⁵³ Der Gerichtshof hat etwa eine sechseinhalb Stunden dauernde Inhaftierung in einer Ausnützerzelle klar als Freiheitsentzug qualifiziert.³⁵⁴ Ebenso urteilte er bei einer Mitnahme auf den Polizeiposten und einem damit verbundenen Festhalten für eine Stunde zwecks Identitätsfeststellung³⁵⁵ oder bei einer Einkesselung einer Menschenmenge durch die Polizei für sechs bis acht Stunden.³⁵⁶ Diese Urteile können als Richtschnur für die Beurteilung dienen, ob eine beM für die betroffene Person von ähnlicher Auswirkung ist. Ist dies zu bejahen, führt dies zum Befund, dass eine solche Massnahme nur gestützt auf eine behördliche oder ärztliche Entscheidung angeordnet werden darf.³⁵⁷ Eine unmittelbare Anordnung durch ein Gericht, wie es in Deutschland für alle beM gefordert ist, greift indes selbst bei dieser Qualifikation nicht.

Insbesondere körpernahe Fixierungen können überdies, falls ihre Notwendigkeit nicht stetig evaluiert wird und falls die betroffenen Person nicht besonders überwacht und gepflegt wird, die Anwendungsschwelle des Verbots der *unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung* von Art. 3 EMRK überschreiten.³⁵⁸ Insbesondere bei einer pflegerischen Vernachlässigung während der Dauer einer beM kann daher im Kontext der Unterbringung von Menschen mit Demenz das Risiko einer Missachtung dieser absolut geltenden Garantie bestehen.³⁵⁹

³⁵² Siehe IV. 7.

³⁵³ HK EMRK-HARRENDORF/KÖNIG/VOIG, Art. 5, N. 11.

³⁵⁴ EGMR, Witold Litwa v. Poland, Nr. 26629/95, Urteil vom 04. April 2000.

³⁵⁵ EGMR, Novotka v. Slovakia, Nr. 47244/99, Urteil vom 04. November 2003.

³⁵⁶ EGMR, Austin and Others v. the United Kingdom, Nr. 39692/09, 40713/09, 41008/09, Urteil vom 15. März 2012.

³⁵⁷ Diese Schlussfolgerung muss unabhängig davon gelten, ob eine Person basierend auf einer FU oder ohne behördliche Entscheidung in einem geschlossenen Setting untergebracht ist. Denn die FU impliziert u.E. nicht automatisch die Befugnis, dass z.B. Pflegende beM anordnen können, die in ihrer Auswirkung einem Freiheitsentzug gleichkommen.

³⁵⁸ Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts 5A/335/2020, Ziff. 4 ff.

³⁵⁹ Das CPT Factsheet Social Care Establishments, Ziff. 4, erwähnt im Zusammenhang mit diesem Verbot auch vorsätzliche Misshandlungen durch das Personal.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen tangieren beM im vorne umschriebenen Sinn³⁶⁰ aber regelmässig die *Bewegungsfreiheit und allenfalls das Privat- und Familienleben*. Kann sich die beM indes auf eine gesetzliche Grundlage stützen, verfolgt sie ein öffentliches Interesse und ist sie verhältnismässig ausgestaltet, verletzt sie diese Vorgaben indes nicht. Eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung von beM findet sich wie oben ausgeführt rudimentär im ZGB und teilweise detailliert in kantonalen Grundlagen.³⁶¹ Auch das spezifische öffentliche Interesse gemäss dem Numerus clausus von Art. 383 ZGB – die Verhinderung einer Eigen- oder Fremdgefährdung resp. einer schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens – dürfte regelmässig belegt werden können. Kein zulässiges öffentliches Interesse sind somit bereits gemäss ZGB wirtschaftliche Erwägungen und namentlich die Vermeidung zusätzlicher personeller Ressourcen oder zusätzlichen Pflegeaufwandes.

Entscheidend für die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer beM ist daher das Verhältnismässigkeitsprinzip und konkret ihre Eignung, Notwendigkeit und Zumutbarkeit.³⁶² BeM müssen folglich geeignet sein ein öffentliches Interesse – in unserem Kontext häufig die Vermeidung eines Sturzes und damit einer Verletzung – zu erreichen. Spezifische beM wie etwa Bettgitter (Stürze bei Versuchen, diese zu überwinden), Zewi-Decken (Strangulation) oder gewisse Fixierung (Strangulation) können aber ihrerseits mit Gefahren verbunden sein, welche das Risiko, das sie zu vermeiden trachten, in ihrer Intensität übertreffen. Solche beM sind daher nicht geeignet und somit nicht rechtmässig. In einer längerfristigen Perspektive können überdies viele beM gar die längerfristige Mobilität schwächen (Muskelschwund) und daher die Sturzgefahr erhöhen sowie weiter Gesundheitsgefahren wie etwa Thrombosen bewirken und somit einen konträren Effekt haben.³⁶³ Zudem scheint heute in der Praxis anerkannt zu sein, dass oft auch mit weniger invasiven Massnahmen – wie basalen Stimulationen (Massage, Aromen etc.) oder einer 1:1-Betreuung während besonders verletzungskritischen Situationen ähnliche Präventionserfolge erreicht werden können.³⁶⁴ Damit wird die Erforderlichkeit vieler beM in Frage gestellt. Schliesslich verlangt die Zumutbarkeit eine Güterabwägung zwischen den öffentlichen Interessen und denjenigen der betroffenen Person, d.h. zwischen Sicherheit und Privatautonomie. Insbesondere eine Mitberücksichtigung der Vorgaben der BRK verlangt letztgenanntem Anliegen, d.h. den Präferenzen der betroffenen Personen eine erhebliche Bedeutung zuzumessen. Zudem scheinen die Folgen von Stürzen meist nicht schwer zu sein.³⁶⁵ Liegen nicht besondere Anzeichen für ein hohes Verletzungsrisiko vor, ist daher häufig auch ihre Zumutbarkeit nicht gegeben.

Damit ergibt sich als Fazit, dass der Einsatz von beM – nicht aber von elektronischen Überwachungssystemen (Klingelmatten, GPS-Tracker, etc.), die oft die Bewegungsfreiheit erst ermöglichen – nur in Ausnahmefällen mit der Bewegungsfreiheit kompatibel sind und daher abgesehen von Ausnahmefällen von ihrem Einsatz abzusehen ist.

³⁶⁰ Siehe vorne Ziff. 1.

³⁶¹ Siehe vorne Ziff. 3.

³⁶² Siehe dazu auch etwa CPT Standards Means of restraint, Ziff. 1.2 ff, und Art. 6 Draft Additional Protocol 2022.

³⁶³ KLÖPPEL/GEORGESCU, S. 4.

³⁶⁴ A.a.O., S. 4 f.

³⁶⁵ A.a.O., S. 4.

Wesentlich weiter geht schliesslich der BRK-Ausschuss, der zumindest in seiner Staatenberichtspraxis beM wohl generell als im Konflikt mit dem Verbot der unmenschlichen und erniedrigend Behandlung liegend taxiert³⁶⁶ und damit diese als absolut unzulässig einstuft.

6. KOMPATIBILITÄT MIT STRAFRECHTLICHEN VORGABEN

Die Tatmittel, mit welchen eine Freiheitsberaubung nach Art. 183 Abs. 1 StGB begangen werden kann, sind nicht eingeschränkt.³⁶⁷ Zu denken ist nicht nur an verschlossene Türen auf geschlossenen Abteilungen, sondern eine Freiheitsberaubung kann unter Umständen auch unter Zuhilfenahme von beM wie Bettgittern, Rollstuhlgurten, Fixierung usw. begangen werden. Auch durch psychische Mittel wie Drohung kann der Tatbestand erfüllt werden, allerdings reicht eine List bzw. Täuschung (z.B. Wandteppiche, welche Aufzüge verdecken usw.) nicht aus.³⁶⁸ Für die Erfüllung des Tatbestands ist nach neuerer Rechtsprechung nicht erforderlich, dass die Bewegungsfreiheit komplett aufgehoben sein muss.³⁶⁹ Es sind die individuellen Fähigkeiten des Opfers zur Überwindung der Einschränkung zu berücksichtigen, wobei es ausreicht, dass die Überwindung der Freiheitsbeschränkung unverhältnismässig gefährlich oder schwierig ist.³⁷⁰ Die Freiheitseinschränkung muss aber eine gewisse Erheblichkeit aufweisen, was nur kurz andauernde Eingriffe in die Bewegungsfreiheit ausschliesst.³⁷¹ Insofern ist der Tatbestand restriktiv auszulegen.³⁷²

Wiederum ist unproblematisch, wenn eine Person fähig ist, sich einen Willen betreffend ihren Aufenthaltsort zu bilden und den beM zustimmt. Ist die Person urteilsfähig, sind beM gegen ihren Willen, bei Erfüllung der nötigen Kriterien, nur im Rahmen der FU zulässig.³⁷³ Wird die Bewegungsfreiheit von urteilsunfähigen Personen eingeschränkt, so müssen, unabhängig von der Willensbildungsfähigkeit, die Voraussetzungen von Art. 383 ff. ZGB eingehalten werden, damit beM rechtmässig sind. Werden die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten, so liegt keine unrechtmässige Freiheitsberaubung nach Art. 183 Abs. 1 StGB vor. Werden die Voraussetzungen von Art. 383 ff. ZGB nicht eingehalten, so ist Freiheitsberaubung möglich, sofern die Willensbildungsfähigkeit erhalten ist, oder der Ansicht gefolgt wird, dass diese keine Tatbestandsvoraussetzung darstellt, und die anderen Tatbestandselemente erfüllt sind.

7. FAZIT

Sind beM, wie namentlich etwa lange Zimmereinschlüsse oder lange andauernde Fixierungen, infolge ihrer Auswirkungen auf die betroffenen Menschen mit Demenz als Freiheitsentzug zu klassifizieren, dürfen sie nicht ohne behördliche Anordnung angewendet werden. Überschreiten sie in ihrer Auswirkung gar die Schwelle des Verbots

³⁶⁶ So hält er etwa in CRPD CO Switzerland unter dem Titel «Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (art. 15)» fest: «31. The Committee notes with concern the use of forced medical procedures and treatment, chemical, physical and mechanical restraints, isolation and seclusion in prisons, residential care facilities and psychiatric institutions.»

³⁶⁷ BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 37.

³⁶⁸ PK StGB-TRECHSEL/MONA, Art. 183 N. 6a.

³⁶⁹ BGer, 30.3.2022, 6B_641/2021, E. 1.3; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 183 N. 18, mit Aktualisierung(en).

³⁷⁰ A.a.O.

³⁷¹ BGE 141 IV 10, E. 4.4.1 S. 14; PK StGB-TRECHSEL/MONA, Art. 183 N. 7.

³⁷² A.a.O.

³⁷³ Tätigkeitsbericht NKVF 2016, S. 34.

der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung, was etwa bei pflegerischer Vernachlässigung während einer beM der Fall sein könnte, sind sie absolut untersagt.

Art. 383 Abs. 1 ZGB zählt die zulässigen Zwecke (resp. öffentlichen Interessen) beM abschliessend auf. Folglich ist es gestützt auf Bundesrecht unzulässig, zu solchen Massnahmen aus wirtschaftlichen Motiven, aus disziplinarischen Gründen, zur Erleichterung pflegerischer Abläufe oder wenn das Verhalten einer betroffenen Person das Gemeinschaftsleben nur moderat tangiert, Rückgriff zu nehmen.

Der Einsatz gewisser beM – gemäss Stimmen der Pflegepraxis zählen dazu etwa Zewi-Decken oder Bettgitter – scheint mit Gefahren verbunden zu sein, die erheblicher sind oder sein können als das gesundheitliche Risiko, dessen Eintritt mit ihrem Einsatz verhindert werden soll. Der Einsatz weiterer beM, die eine Immobilisierung verursachen, kann zumindest bei längerfristiger Anwendung erhebliche Gefahren implizieren (Thrombosen) oder das angestrebte Ziel vereiteln (z.B. Erhöhung der Sturzgefahr durch Muskelschwund). Der Einsatz solcher beM ist folglich überhaupt nicht oder zumindest bei längerfristigem Einsatz nicht geeignet und damit nicht verhältnismässig. Von ihrer Anwendung ist folglich generell oder zumindest bei längerer Einsatzdauer abzusehen. Der ebenso aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleitete Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt weiter, das beM nur zum Einsatz gelangen, wenn weniger invasive Massnahmen die Gefahr nicht beseitigen können (z.B. basale Stimulation oder 1:1-Betreuung während einer Risikosituation). Auch grundsätzlich zulässige beM dürfen daher bereits aus diesem Grund nur als ultima ratio und nur in Einzelfällen und möglichst kurzzeitig zum Einsatz gelangen, wenn sich weniger einschneidende Massnahmen in der Vergangenheit als nicht effizient zur Vermeidung einer Eigen- oder Fremdgefährdung erwiesen haben. Schliesslich verlangt der letzte Aspekt der Verhältnismässigkeit, der Grundsatz der Zumutbarkeit, dass vor dem Einsatz einer beM eine Güterabwägung zwischen dem avisierten Einsatzziel und den Auswirkungen auf die betroffene Person vorgenommen wird. Dabei verlangen namentlich die Vorgaben der BRK, dass der Sicherheit (etwa der Sturzprävention) nicht ohne spezifische Begründung (z.B. Unfälle mit Verletzungsfolge in der Vergangenheit, Vorliegen spezifischer gesundheitlicher Prädispositionen) Vorrang vor der persönlichen Autonomie eingeräumt werden darf. Der Einsatz beM lässt sich daher u.E. einzig in Ausnahmefällen rechtfertigen.

Diese Grundlagen sind zur Sicherstellung ihrer Anwendung in der Praxis regulatorisch (im kantonalen Recht, kantonalen Standards etc.) festzuhalten. Die bereits bestehende Rechtslage im Kanton Wallis hat in dieser Hinsicht u.E. Vorbildcharakter. Festzulegen ist in einem solchen Instrument eine Definition der beM. Weiter ist anzugeben, welche beM generell untersagt sind, was verbotene Einsatzmethoden grundsätzlich erlaubter beM sind und welche beM in welchen Ausnahmefällen allenfalls (noch) Anwendung finden dürfen.

Sollen beM weiterhin zum Einsatz gelangen, ist es u.E. zur Vermeidung von Fehlanwendungen und Missbräuchen zentral, die Anordnungskompetenz und das dabei zu beachtende Verfahren abstrakt festzulegen. Die im Kanton Wallis vorgesehene Lösung, der Anordnung durch eine Ärztin oder Arzt oder eine verantwortliche Fach-

person, an welche die Kompetenz delegiert wurde, erscheint u.E. sinnvoll.³⁷⁴ Auf diese Weise besteht eine gewisse Flexibilität, und es kann diejenige Person ermächtigt werden im Ausnahmefall über die beM zu entscheiden, welche die Situation am besten überblickt. Auch die Pflicht zum Einbezug des zuständigen Pflorgeteams und der Angehörigen vor, statt nach Anordnung der beM, hilft sicherzustellen, dass nur absolut notwendige beM angeordnet werden. Die Beschränkung der Dauer der beM und die Pflicht zu verstärkter Überwachung, schützen die betroffenen Personen vor unnötig langen oder übermässig schädlichen beM. Schliesslich trägt die Verwendung standardisierter Dokumente zu einer einheitlichen Handhabung beM bei.

Für eine effektive Aufsicht über die Anwendung dieser Zwangsmittel und damit für die Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflichten ist schliesslich die Protokollierung dieser Massnahmen zentral. Auch in diesem Bereich geht insbesondere der Kanton Wallis über die Anforderungen aus Art. 384 ZGB zur Protokollierung der beM hinaus. Er verlangt von den Pflegeinstitutionen, dass das Protokoll auch den Grund der Massnahme, vorgängig erfolglos angewandte Massnahmen, den Zeitpunkt von allenfalls ausgeübtem Zwang, erteilte Auskünfte, Namen der die Massnahme unterstützenden Personen, Namen der beigezogenen und der unterrichteten Personen, Überwachungsmassnahmen, durchgeführte Kontrollen und ihr Ergebnis enthält.³⁷⁵ Diese Regelung entspricht u.E. vollständig den übergeordneten rechtlichen Vorgaben. Ambivalenter erscheint u.E. die Vorgabe des Kantons Zug, wonach bei jeder Zwangsmassnahme eine Meldung an die Kantonsärztin oder den Kantonsarzt erstattet werden muss. Zu begrüssen ist hier einerseits, dass diese Zwangsmassnahmen so zur Kenntnis der Behörden gelangen und diese damit jederzeit gegen rechtswidrige beM eingreifen können. Allerdings erscheint uns fraglich, ob und wie eine Person, die mit der konkreten Situation nicht vertraut ist, hier überhaupt sachgerecht eingreifen kann oder ob damit nicht nur eine bürokratische Zusatzverpflichtung geschaffen wird. Sinnvoll könnte eine solche Meldepflicht aber u.E. sein, wenn sie als Basis dient, um Institutionen zu eruieren, welche eine hohe Einsatzquote beM aufweisen und gestützt darauf die Aufsichtsbehörden zielgerichtete Kontrollen durchführen können.

³⁷⁴ A. A. das CPT, welches gemäss CPT Standards Means of restraint, Ziff. 2 die Anordnung bzw. Absegnung durch eine Ärztin oder einen Arzt verlangt. Siehe aber Art. 12 Draft Additional Protocol, wonach es für die Anwendung solcher Zwangsmittel stets einer behördlichen Erlaubnis bedarf.

³⁷⁵ Vgl. FamKomm-VAERINI, Art. 384, N. 3.

VI. EINSCHRÄNKUNGEN DER BEWEGUNGSFREIHEIT MITTELS MEDIZINISCHER MASSNAHMEN

1. DER EINSATZ VON NEUROLEPTIKA IN PFLEGEEINRICHTUNGEN

Wenn demenzkranke Personen ein herausforderndes Verhalten, wie Aggression, Agitation, Apathie oder Enthemmung zeigen, sind Pflgeteams oft gefordert, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um diesen verhaltensbezogenen und psychologischen Symptomen einer Demenz zu begegnen³⁷⁶ und damit das Zusammenleben in einer Institution zu gewährleisten und Gefährdung oder Belästigungen von Mitbewohnenden, Besuchenden und des Personals zu verhindern. Zu diesem Zweck werden oftmals sedierende antipsychotische Medikamente, sogenannte Neuroleptika, eingesetzt.³⁷⁷ Eine Studie aus dem Jahr 2011 zeigt, dass damals 70% der Heimbewohnenden mit Demenz Neuroleptika erhielten.³⁷⁸ In der Praxis werden vor allem fünf Wirkstoffe eingesetzt³⁷⁹, von denen nur ein einziger³⁸⁰ offiziell für die Behandlung von verhaltensbezogenen und psychologischen Symptome einer Demenz zugelassen ist.³⁸¹ Die anderen Arzneimittel werden off-label, das heisst ohne entsprechende Zulassung für die Indikation Demenz, eingesetzt.³⁸² Alle Wirkstoffe führen zu erhöhter Schläfrigkeit und Sedierung.³⁸³ Dabei handelt es sich zwar um Nebenwirkungen, es sind aber wohl oftmals jene Effekte, welche mit dem Einsatz der Medikamente gerade erzielt werden sollen. Der Einsatz von Neuroleptika kann weitere schwerwiegende Nebenwirkungen mit sich bringen.³⁸⁴ So kommt es vielfach zu einer allgemein gedämpften Wahrnehmung von Gefühlen und zu Antriebslosigkeit.³⁸⁵ Dazu kommen je nach Wirkstoff extrapyramidale Symptome (Muskelsteifheit, Zittern, Bewegungsarmut)³⁸⁶, beschleunigte Verschlechterung der kognitiven Fähigkeiten³⁸⁷, erhöhte Gefahr von Stürzen³⁸⁸ und Hirnschlägen³⁸⁹ bis hin zu erhöhtem Mortalitätsrisiko^{390, 391}.

Widerspricht die Medikation dem mutmasslichen Willen der betroffenen Person, so liegt eine Zwangsmassnahme vor. Dies auch dann, wenn die Person die Medikamenteneinnahme passiv duldet oder gar nicht wahrnimmt.³⁹² In der Praxis ist schwierig zu beurteilen, in welchen Fällen die Abgabe von Medikamenten als (Zwangs-)Behandlung oder als beM zu deuten ist.³⁹³ So dient das Ruhigstellen durch Medikamente oftmals nicht der Behandlung einer

³⁷⁶ CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 1.

³⁷⁷ A.a.O. S. 3.

³⁷⁸ Nationale Demenzstrategie 2014-2017, S. 24.

³⁷⁹ Die Wirkstoffe sind gemäss CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 18: Haloperidol (Haldol ®); Risperidon (Risperdal ®); Aripiprazol (Abilify ®); Olanzapin (Zyprexa ®) und Quetiapin (Seroquel ®).

³⁸⁰ gemäss CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 18: Risperidon (Risperdal ®).

³⁸¹ CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 18.

³⁸² A.a.O.

³⁸³ YUNUSA/ALSUMALI/GARBA, S. 7.

³⁸⁴ CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 3.

³⁸⁵ JONES, S. 492.

³⁸⁶ HEWER/THOMAS, S. 113.

³⁸⁷ A.a.O. S. 106 f.

³⁸⁸ A.a.O. S. 113.

³⁸⁹ HSU/ESMAILY-FARD/LAI, S. 651.

³⁹⁰ YEH/TZENG/LI, S. 476.

³⁹¹ CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 19.

³⁹² SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 8.

³⁹³ Vgl. PÄRLI, S. 362.

Person im engeren Sinne, sondern sie wirkt auch oder gar vorwiegend freiheitsbeschränkend.³⁹⁴ Die Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) schlägt in Richtlinien zu medizinischen Zwangsmassnahmen vor, dass der hauptsächliche Zweck der Vergabe der Medikamente für die Frage entscheidend sein soll, ob eine beM oder eine (Zwangs-) Behandlung vorliegt.³⁹⁵ Dient die Abgabe des Medikaments hauptsächlich der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit einer Person, so handelt es sich um eine Behandlungsmassnahme.³⁹⁶ Wird das Medikament dabei gegen den mutmasslichen Willen einer Person verabreicht, ist von einer Zwangsbehandlung die Rede.³⁹⁷ Stellt die Medikation hingegen eine präventive Massnahme gegen eine Selbst- oder Fremdgefährdung dar, so handelt es sich um eine freiheitseinschränkende Massnahme resp. eine beM.³⁹⁸ Diese vorgeschlagene Abgrenzung leuchtet ein, wird jedoch nicht einheitlich verwendet und findet auch in den gesetzlichen Regelungen keinen Niederschlag.³⁹⁹

2. BUNDESRECHTLICHE VORGABEN

Gemäss bundesrätlicher Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht wird das Ruhigstellen einer urteilsunfähigen Person durch Medikamente nicht als Einschränkung der Bewegungsfreiheit im Sinne von Art. 383 ff. ZGB verstanden. Vielmehr sollten hier nur die Bestimmungen über medizinische Massnahmen gemäss Art. 377 ff. ZGB zur Anwendung gelangen. Diese Normen enthalten im Gegensatz zu Art. 383 ff. ZGB keinen Numerus clausus an zulässigen Zwecken der Massnahmen, sehen keine Protokollpflicht vor und enthalten keinen besonderen Rechtsschutz.⁴⁰⁰ Geregelt wird hingegen, dass die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der gemäss Art. 378 Abs. 1 ZGB vertretungsberechtigten Person die erforderliche Behandlung einer urteilsunfähigen Person plant, sofern sich diese nicht in einer Patientenverfügung geäussert hat (Art. 377 Abs. 1 ZGB). Zudem muss die vertretungsberechtigte Person gemäss Art. 377 Abs. 2 ZGB über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehene medizinische Massnahme wesentlich sind, insbesondere über die Gründe, den Zweck, die Art, die Modalitäten, die Risiken, die Nebenwirkungen, die Kosten, die Folgen des Unterlassens der Behandlung sowie über alternative Behandlungsmassnahmen, informiert werden. Der Behandlungsplan soll nach Möglichkeit unter Einbezug der urteilsunfähigen Person erstellt und der laufenden Entwicklung angepasst werden (Art. 377 Abs. 3 und 4 ZGB). Zudem muss, ausser in Ausnahmefällen (Art. 379 ZGB) und bei Alltagsmassnahmen⁴⁰¹, die vertretungsberechtigte Person der geplanten medizinischen Massnahme zustimmen (378 Abs. 1 ZGB). Als medizinische Massnahmen gelten alle diagnostischen, therapeutischen und pflegerischen Massnahmen, die der medizinischen Behandlung einer Person dienen.⁴⁰² Obwohl beim Ruhigstellen durch Medikamente, wie oben geschildert, eben gerade oft oder meist nicht die Behandlung der Person im Zentrum steht, schreibt der Gesetzge-

³⁹⁴ A.a.O. S. 362.

³⁹⁵ SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 35; CURAVIVA, freiheitsbeschränkende Massnahmen, S. 2.

³⁹⁶ Vgl. SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 35.

³⁹⁷ A.a.O. S. 9.

³⁹⁸ A.a.O. S. 35.

³⁹⁹ Im Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich ist in § 26 bspw. auch von Zwangsbehandlung die Rede, wenn die Massnahme zum Selbst- oder Fremdschutz angeordnet wird.

⁴⁰⁰ BBl 2006 7039.

⁴⁰¹ BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 377 N. 15-16.

⁴⁰² BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 377 N. 15-16.

ber die ausschliessliche Anwendung von Art. 377 ff. ZGB vor. Damit wird von einer engeren Definition von beM ausgegangen, als dies in den Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften empfohlen wird.⁴⁰³

Dieser Ausschluss der medikamentösen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit aus dem Anwendungsbereich von Art. 383 ff. ZGB ist nicht unumstritten und wurde im Vernehmlassungsverfahren kritisiert.⁴⁰⁴ MÖSCH PAYOT hält es für problematisch, die Anwendbarkeit der Normen von Art. 383 ff. ZGB danach zu bestimmen, welches Instrumentarium zur Bewegungseinschränkung genutzt wird. Vielmehr seien die Auswirkungen für die urteilsunfähige Person entscheidend.⁴⁰⁵ Gerade bei der Vergabe von sedierenden Medikamenten seien aber die materiellen Schranken aus Art. 383 ZGB, die Verfahrensregeln aus Art. 384 ZGB und der Rechtsschutz aus Art. 385 ZGB wichtig, um das Ziel des Persönlichkeitsschutzes zu wahren.⁴⁰⁶ Trotzdem bleibe die Abgabe rezeptpflichtiger Medikamente eine medizinische Massnahme, so dass die Massnahme unter ärztlicher Verantwortung stehe und die Bestimmungen von Art. 377 ff. ZGB parallel anzuwenden seien.⁴⁰⁷

In der Tat ist nicht einsehbar, weshalb der im Vergleich zu Art. 377 ff. ZGB umfangreichere Schutz von Art. 383 ff. ZGB nicht auch kumulativ für medizinische beM vorgesehen wurde. Immerhin besteht durch die Anwendung von Art. 377 ff. ZGB insoweit ein stärkerer Rechtsschutz, als dass die Massnahme von einer Ärztin oder einem Arzt angeordnet werden muss und, ausser in Ausnahmefällen (Art. 379 ZGB und 380 ZGB) und bei Alltagsmassnahmen⁴⁰⁸ die zur Vertretung berechtigte Person der geplanten medizinischen Massnahme zustimmen muss (Art. 377 ZGB und Art. 378 ZGB).⁴⁰⁹

3. DIE WEITERGELTUNG KANTONALER NORMEN NACH ERLASS DES NEUEN ERWACHSENENSCHUTZRECHTS

Die meisten Kantone regeln Zwangsmassnahmen im Allgemeinen, worunter, sofern kantonal nicht abweichend geregelt, Zwangsbehandlungen und freiheitseinschränkende Massnahmen zu verstehen sind. Damit sollten die Normen meist zur Anwendung kommen, unbesehen davon, ob man medizinische Massnahmen teilweise als beM definiert oder nicht. Insofern kann weitgehend auf das unter Kap. 2.2 Gesagte verwiesen werden. Zum Teil wird aber von den Kantonen auch explizit normiert, was als Zwangsmassnahme nach dem jeweiligen Gesetz angesehen wird, wobei bspw. im Kanton Jura nur Isolation, Fixierung und Einschränkung des Kontakts zur Aussenwelt als Zwangsmassnahmen gelten, so dass die Normen für die Vergabe von Medikamenten nicht gelten.⁴¹⁰ Teilweise wird auch explizit von Zwangsmedikation gesprochen, wobei der Grund dafür keine Rolle spielt.⁴¹¹ Die kantonalen Regelungen stammen meist aus der Zeit, bevor das neue Erwachsenenschutzrecht am 1. Januar 2013 in

⁴⁰³ Vgl. BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 383 N. 10.

⁴⁰⁴ A.a.O. N. 7b und N. 10.

⁴⁰⁵ Komm. Erwachsenenschutzrecht-MÖSCH PAYOT, Art. 383–385, N. 7.

⁴⁰⁶ A.a.O.

⁴⁰⁷ A.a.O.

⁴⁰⁸ BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 377 N. 15-16.

⁴⁰⁹ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 383, N. 10; BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 377, N. 7.

⁴¹⁰ Art. 28a Abs. 3 Loi sanitaire JU.

⁴¹¹ Vgl. etwa § 40b Abs. 1 GesG SZ.

Kraft trat. Wenn die Normen mit den Vorgaben von Art. 377 ff. ZGB kollidieren, gilt der Vorrang des Bundesrechts.

4. RECHTSSCHUTZ

Da gemäss Botschaft bei der Ruhigstellung durch Medikamente die Artikel aus Art. 383 ff. ZGB nicht zur Anwendung kommen, fehlt es an einem spezifischen Rechtsschutz. Fraglich wäre aber ohnehin, wie nützlich ein solcher wäre. Die vertretungsberechtigte Person muss aufgrund der Regelung von Art. 377 ff. ZGB in die geplante Medikamentenvergabe einwilligen. Da eine urteilsunfähige Person in der Regel nicht mehr in der Lage ist, sich im Sinne von Art. 385 ZGB an die Erwachsenenschutzbehörde zu wenden, ist auch dort die Anrufung der Behörde durch eine andere Person der Regelfall. Handelt es sich dabei um die im Sinne von Art. 378 ZGB vertretungsberechtigte Person, ist ein Rechtsschutz obsolet. Allerdings würde es eine zu Art. 385 ZGB analoge Regelung erlauben, dass eine andere nahestehende Person, welche mit der vertretungsberechtigten Person nicht identisch ist, den Rechtsbehelf ergreifen könnte.

5. PRAXIS

Gemäss einem Leitfaden des Dachverbands Curaviva, sollen Neuroleptika nur sehr zurückhaltend an demenzkranke Personen abgegeben werden. Sie sollen erst eingesetzt werden, wenn nichtmedikamentöse Massnahmen nicht ausreichen, die zu behebende Symptomatik sehr schwerwiegend und belastend ist und die entscheidungsberechtigte Person zustimmt.⁴¹² Auch andere Medikamente, wie Antidementiva und Antidepressiva sollen den Neuroleptika vorgezogen werden.⁴¹³ Wird ein Einsatz von Neuroleptika unumgänglich, so ist die Dosierung möglichst tief anzusetzen, und nur im Bedarfsfall zu erhöhen.⁴¹⁴ Weiter ist die Zeit zu befristen, während der das Neuroleptikum verabreicht wird.⁴¹⁵ Das Pflgeteam soll die Wirkungen und Nebenwirkungen des eingesetzten Neuroleptikums beobachten und mindestens alle sechs Wochen strukturiert evaluieren, ob dieses nach wie vor indiziert ist.⁴¹⁶ Spätestens nach drei Monaten soll ein erster Versuch des Absetzens des Medikaments erfolgen, wobei dieses ausgeschlichen und nicht abrupt abgesetzt werden soll.⁴¹⁷ Diesen Aussagegen gegenüber steht indes das Resultat der oben erwähnten Studie aus dem Jahr 2011, wonach damals 70% der Bewohnerinnen und Bewohner von Demenzabteilung kontinuierlich sedierende Neuroleptika verabreicht wurden.⁴¹⁸

Die von uns besuchten Institutionen betonten unisono, möglichst auf sedierende Medikamente wie Neuroleptika zu verzichten. Wie die diesbezügliche Praxis in der Schweiz sich tatsächlich präsentiert, kann indes nicht beurteilt werden, zumal sich auch in der Berichtspraxis der NKVF keine Hinweise zur Art des Einsatzes von Neuroleptika finden.

⁴¹² CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. 2.

⁴¹³ A.a.O. S. 16.

⁴¹⁴ A.a.O. S. 2.

⁴¹⁵ A.a.O.

⁴¹⁶ A.a.O.

⁴¹⁷ A.a.O.

⁴¹⁸ Siehe oben Anm. 378.

6. KOMPATIBILITÄT MIT ÜBERGEORDNETEN VORGABEN

Erfolgt eine Behandlung mit sedierenden Neuroleptika entgegen oder ohne den Willen der betroffenen Person (und auch ohne Einwilligung ihrer Vertretung), steht sie im Widerspruch oder zumindest in einem Spannungsfeld zu verschiedenen menschenrechtlichen Garantien. Aus dem Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II), dem Schutz der physischen und psychischen Integrität (Art. 17 BRK) und dem Verbot der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 15 BRK) sowie aus Art. 5 ff. Biomedizinkonvention fliesst das Recht auf Einwilligung in eine medizinische Behandlung. Eine Einwilligung liegt jedoch nur vor, wenn sie frei und informiert erfolgt, d.h. wenn sie auf vollständigen, richtigen und verständlichen Informationen basiert.⁴¹⁹ Das Recht autonom über eine medizinische Behandlung zu entscheiden, bleibt auch bei einer fürsorgerischen Unterbringung bestehen. So hält das CPT fest, dass eine unfreiwillige Einlieferung einer Person keine Ermächtigung darstelle, eine Person ohne ihre Einwilligung zu behandeln. Jeder Person müsse unabhängig von der Art ihrer Einlieferung die Möglichkeit gegeben werden, die Behandlung oder einen anderen medizinischen Eingriff abzulehnen.⁴²⁰

Eine Einschränkung des Rechts auf Selbstbestimmung der medizinischen Behandlung darf nur in klar und eng definierten Ausnahmefällen erfolgen und muss sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen, legitime Interessen verfolgen und verhältnismässig sein.⁴²¹ Ein legitimes Interesse ist nach der Rechtsprechung des EGMR einzig gegeben, wenn die Zwangsbehandlung medizinisch indiziert ist.⁴²² Damit kann das Ruhigstellen einer Person zumindest aus rein pragmatischen Gründen zur Erleichterung des Anstaltsbetriebs oder zur Vereinfachung pflegerischer Abläufe kein legitimes Interesse darstellen, d.h. wenn damit kein therapeutischer Erfolg angestrebt wird. Immerhin scheint aber das CPT die Verabreichung von Beruhigungsmitteln unter Beachtung genauer Vorgaben zuzulassen.⁴²³

7. KOMPATIBILITÄT MIT STRAFRECHTLICHEN VORGABEN

Die Mittel, mit welchen eine Freiheitsberaubung begangen werden können, sind wie gesehen nicht beschränkt.⁴²⁴ Gemäss der in Art. 183 Abs. 1 StGB enthaltenen Generalklausel «oder jemandem in anderer Weise...die Freiheit entzieht» kommt jedes beliebige Tatmittel in Frage, welches es für die betroffenen Person unverhältnismässig gefährlich oder schwierig macht die Freiheitsbeschränkung zu überwinden.⁴²⁵ Als Tatmittel kommt demnach neben Gewalt oder Drohung auch Betäubung in Frage.⁴²⁶ Wird eine Person mit Medikamenten ruhiggestellt und wird infolgedessen ihre Fortbewegungsfreiheit aufgehoben, bzw. stark eingeschränkt, könnte eine Freiheitsberaubung vorliegen, sofern die weiteren Tatbestandselemente erfüllt sind.

⁴¹⁹ CPT Standards Involuntary placement, Ziff. 41; Art.5 Biomedizinkonvention.

⁴²⁰ CPT Standards Involuntary placement, Ziff. 41.

⁴²¹ So explizit genannt Art. 7 f. Biomedizinkonvention.

⁴²² Z.B. EGMR, *Storck v. Germany*, Nr. 61603/00, Urteil vom 16.06.2005, Ziff. 156 ff., und *Herczegfalvy v. Austria*, Nr. 10533/83, Urteil vom 24.09.1992, Ziff. 82 ff.

⁴²³ Dazu detailliert CPT Factsheet Social Care Establishments, Ziff. 28, sowie CPT Standards Means of Restraint, Ziff. 3.7.

⁴²⁴ STRATENWERTH, § 5, Rz. 37.

⁴²⁵ A.a.O.

⁴²⁶ A.a.O.

Wenn eine urteilsfähige Person der Medikation zustimmt, ist eine Freiheitsberaubung ausgeschlossen. Lehnt sie die ruhigstellenden Medikamente ab, darf eine zwangsweise Vergabe nur im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung erfolgen.⁴²⁷ Bei urteilsunfähigen Personen müssen die Voraussetzungen von Art. 377 ff ZGB eingehalten werden, damit die Freiheitsbeschränkung nicht *unrechtmässig* im Sinne von Art. 183 Abs. 1 StGB erfolgt. Werden die Voraussetzungen missachtet, könnte eine Freiheitsberaubung vorliegen sofern die Willensbildungsfähigkeit erhalten ist, oder man diese als nicht erforderlich wertet, und die anderen Tatbestandselemente erfüllt sind.

8. FAZIT

Das Auseinanderfallen der Zuständigkeiten, je nachdem ob eine mechanische, räumliche, psychologische oder eine medizinische beM geplant ist, birgt seine Tücken.⁴²⁸ Im ersten Fall kann die beM von der Institution selbst (anordnende Person, je nach kantonalen Normen und interner Regelung) und ohne Zustimmung einer vertretungsberechtigten Person angeordnet werden. Im zweiten Fall wird sie von einer Ärztin oder einem Arzt angeordnet und eine vertretungsberechtigte Person muss der Medikation zustimmen.⁴²⁹ Diese unterschiedlichen Entscheidungswege können dazu führen, dass die für die betroffene Person einschneidendere Bewegungseinschränkung angeordnet wird.⁴³⁰ Es muss immer diejenige Massnahme ergriffen werden, welche mit niedrigster Intensität den grössten Erfolg erzielt, wobei das subjektive Empfinden der betroffenen Person im Mittelpunkt steht.⁴³¹ Das heisst, es kann nicht in jedem Fall objektiv bestimmt werden, welche Massnahmen einschneidender sind, sondern es kommt auf die individuelle Persönlichkeit und die spezifische Situation an.⁴³² In aller Regel sollten jedoch medizinische beM – wie auch in den Leitlinien von Curaviva gefordert – erst als letztmögliches Mittel erwogen werden. Nicht eingesetzt sollten medizinische beM – abgesehen von Medikamenten zur Beruhigung in Ausnahmesituation – wenn ihr Einsatz nicht (auch) medizinisch indiziert ist, sondern damit primär andere Ziele erreicht werden sollen. Schliesslich ergibt sich aus dem damit verfolgten Zweck, dass medizinische beM nicht nur den Vorgaben von Art. 377 ff. ZGB sondern kumulativ auch denjenigen von Art. 383 ZGB zu genügen haben.

⁴²⁷ Tätigkeitsbericht NKVF 2016, S. 34.

⁴²⁸ SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 29.

⁴²⁹ A.a.O.

⁴³⁰ A.a.O.

⁴³¹ A.a.O.

⁴³² SAMW-Zwangsmassnahmen, S. 29.

VII. EXKURS: DIE REGELUNG DES HEIMAUFWENTHALTS IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND

1. DAS ÖSTERREICHISCHE HEIMAUFWENTHALTSGESETZ

In Österreich besteht mit dem Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) eine rechtliche Grundlage auf nationaler Ebene, welche u.a. die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen bei Menschen mit psychischen oder intellektuellen Beeinträchtigungen in Gesundheitsinstitutionen festlegt.⁴³³ Darin wird geregelt, wer unter welchen Voraussetzungen die Kompetenz besitzt, eine Freiheitsbeschränkung anzuordnen oder durchzuführen.⁴³⁴ Eine Freiheitsbeschränkung darf nur angeordnet werden, wenn die betroffene Person eine psychische oder intellektuelle Beeinträchtigung hat und sich oder andere aufgrund dieser gefährdet.⁴³⁵ Zudem wird gesetzlich vorgeschrieben, dass Grund, Art, Beginn und Dauer einer Massnahme schriftlich dokumentiert werden muss.⁴³⁶ Die Freiheitsbeschränkung wird als eine «[...] Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person [...] gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Massnahmen, oder durch deren Androhung [...]» definiert.⁴³⁷

Als interessanter Unterschied zur Schweiz, wird den Bewohnerinnen und Bewohnern unabhängig vom Bestehen einer gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertretung, eine Bewohnendenvertretung beigelegt, welche im Einzelfall die Angemessenheit einer Freiheitsbeschränkung überprüfen soll.⁴³⁸ So müssen sämtliche freiheitsbeschränkende Massnahmen auch stets der Bewohnendenvertretung gemeldet werden und diese kann bei Bedarf beim Gericht eine Überprüfung beantragen.⁴³⁹ Die Bewohnendenvertretung kann überdies die Einrichtung unangemeldet besuchen, sich mit dem anordnungsbefugten Personal austauschen und Einsicht in die Pflegedokumentation der betroffenen Person nehmen.⁴⁴⁰ Sie übernimmt dadurch also nicht nur eine Funktion Schnittstellenbereich zwischen Rechtsschutz und Aufsicht und sensibilisiert damit die Gesundheitsinstitution und das Gesundheitspersonal bei der Anwendung freiheitsbeschränkender Massnahmen.⁴⁴¹

2. DIE GENEHMIGUNGSPFLICHT DER ZIVILRECHTLICHEN UNTERBRINGUNG IM DEUTSCHEN RECHT

In Deutschland ist die Bewegungsfreiheit in Art. 2 Abs. 2 des GG verankert. Auch wenn Einschränkungen in die Bewegungsfreiheit unter gewissen Voraussetzungen möglich sind, legt Art. 104 GG fest, dass über die Zulässigkeit und Fortdauer freiheitsentziehender Massnahmen nur richterlich entschieden werden kann. § 1831 BGB regelt konkret die Voraussetzungen, die Genehmigungsbedürftigkeit und die Beendigung einer zivilrechtlichen und mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung. Dazu zählen die freiheitsentziehende Unterbringung an

⁴³³ § 2 Abs. 1 HeimAufG.

⁴³⁴ § 4 und 5 HeimAufG.

⁴³⁵ BÜRGER, S. 3.

⁴³⁶ § 6 HeimAufG.

⁴³⁷ § 3 Abs. 1 HeimAufG.

⁴³⁸ § 8 und 11 HeimAufG.

⁴³⁹ § 11 HeimAufG.

⁴⁴⁰ § 9 HeimAufG.

⁴⁴¹ BÜRGER, S. 5 f.

sich sowie auch freiheitsentziehende Massnahmen.⁴⁴² Es ist gesetzlich nicht definiert, wann eine Unterbringung oder eine Massnahme eine freiheitsentziehende Komponente hat und in welchen Fällen lediglich eine nicht genehmigungspflichtige Freiheitsbeschränkung vorliegt. Unter einer freiheitsentziehenden Unterbringung werden aber gemeinhin geschlossene Einrichtungen, geschlossene Krankenhäuser oder auch geschlossene («schützende») Abteilungen in sonst offenen Einrichtungen verstanden. Von einer geschlossenen Unterbringung wird nur ausgegangen, wenn der Gefahr des Verlassens der Einrichtung oder Räumlichkeit auf Ebene der gesamten Institution (durch bauliche und/oder organisatorische Vorkehrungen) begegnet wird. Werden allerdings personenbezogene Massnahmen getroffen, welche nur für einzelne Personen gelten, so handelt es sich ggf. um freiheitsentziehende Massnahmen.⁴⁴³ Das Gesetz führt aus, dass dies «[...] durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmässig [...]» geschehen kann.⁴⁴⁴ Nach herrschender Lehre, sind auch elektronische Überwachungssysteme wie Personenortungen mit GPS oder Funk als freiheitsentziehende Massnahme einzustufen.⁴⁴⁵ Sowohl die freiheitsentziehende Unterbringung wie auch freiheitsentziehende Massnahmen dürfen gemäss Abs. 2 bzw. Abs. 4 des § 1831 BGB nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts erfolgen. Mit Ausnahme von Notfällen, muss die Genehmigung grundsätzlich vor der Unterbringung erfolgen. Im Unterschied zur Schweiz kann einzig die gesetzliche Betreuerin oder der gesetzliche Betreuer die Genehmigung bei Betreuungsgericht beantragen.⁴⁴⁶ Wiederum ausgenommen von Notfällen bedeutet dies, dass weder die Ärzteschaft noch das Pflegepersonal entscheiden kann, ob eine freiheitsentziehende Massnahme angewendet werden darf. Sie können ihre fachliche Einschätzung abgeben und eine entsprechende Massnahme empfehlen, aber die richterliche Genehmigung kann einzig durch die Betreuungsperson oder die bevollmächtigte Person eingeholt werden.⁴⁴⁷ Kommen nach der genehmigten Unterbringung weitere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit hinzu, so braucht es eine neue Genehmigung. Dies bedeutet, dass freiheitsentziehende Massnahmen der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, auch wenn die betroffene Person bereits in einem freiheitsentziehenden Setting untergebracht ist.⁴⁴⁸ Als weiterer relevanter Unterschied zur schweizerischen Rechtslage ist zu berücksichtigen, dass eine freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Massnahmen einzig zum Wohl der betroffenen Person angeordnet werden dürfen. Allfällige öffentliche Interessen oder Interessen Dritter können nicht zur Begründung herbeigezogen werden.⁴⁴⁹

⁴⁴² Für die Unterbringung Abs. 1-3 und betreffend freiheitsentziehender Massnahmen Abs. 4 des § 1831 BGB.

⁴⁴³ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, § 1831, N. 8.

⁴⁴⁴ § 1831 Abs. 4 BGB.

⁴⁴⁵ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, § 1831, N. 28.

⁴⁴⁶ RITZI, S. 61; BeckOK-MÜLLER-ENGELS, § 1831, N. 22.

⁴⁴⁷ RITZI, S. 61 m.w.N.

⁴⁴⁸ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, § 1831, N. 25.

⁴⁴⁹ BeckOK-MÜLLER-ENGELS, § 1831, N. 19.

VIII. RECHTSSCHUTZ

1. SCHUTZ DURCH DIE PERSÖNLICHKEITSRECHTE (ART. 386 ZGB)

Die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen sind gemäss Art 386 ZGB verpflichtet, die Persönlichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner zu schützen. In privatrechtlichen Verhältnissen ist der Persönlichkeitsschutz grundsätzlich bereits durch Art. 28 ff. ZGB gewährleistet.⁴⁵⁰ In öffentlich-rechtlichen Verhältnissen besteht durch die einzuhaltenden Grundrechte ein Schutz.⁴⁵¹ Die Norm soll zusätzlich die Wichtigkeit der Wahrung der Persönlichkeitsgüter bekräftigen und auferlegt den Einrichtungen explizit eine Schutzpflicht.⁴⁵² Sie wurde nach dem Vorbild von Art. 328 Abs. 1 OR geschaffen, welche der Arbeitgeberin oder dem Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht auferlegt.⁴⁵³ Die Pflicht der Einrichtung zum Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 386 Abs. 1 ZGB bezieht sich auf den gesamten Bereich der Normen zum Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen und kann damit als Auslegungshilfe der Bestimmungen zum Betreuungsvertrag und zu den beM dienen.⁴⁵⁴ Zu den geschützten Persönlichkeitsrechten gehören insb. Leben, Gesundheit, körperliche, sexuelle und psychische Integrität, Ehre, Geheim- und Privatsphäre, Meinungsäusserungsfreiheit sowie Freiheit der Lebensgestaltung und der persönlichen Beziehungen.⁴⁵⁵ Gewisse Persönlichkeitsrechte werden vom Gesetzgeber aufgrund deren besonderen Relevanz explizit angesprochen. So bestehen Ansprüche auf Aussenkontakte (Art. 386 Abs. 1 ZGB) und Aussenunterstützung (Art. 386 Abs. 2 ZGB) und auf freie Ärztinnen bzw. Arztwahl (Art. 386 Abs. 3 ZGB). Die Einrichtungen haben aufgrund ihrer Garantenstellung die Pflicht, die urteilsunfähigen Bewohnerinnen und Bewohner vor jeder Verletzung ihrer Persönlichkeit zu schützen, egal ob diese durch eine Betreuungsperson, eine andere Bewohnerin oder einem anderen Bewohner, von der Vertretung der urteilsunfähigen Person oder einer Drittperson begangen wird.⁴⁵⁶ Werden die Schutzpflichten von der Einrichtung verletzt und kommt es zu einer Persönlichkeitsverletzung, kann die betroffene Person bzw. ihre Vertretung theoretisch eine zivilrechtlichen Unterlassungs- bzw. Abwehrklage gemäss Art. 28a Abs. 1 oder 2 ZGB erheben.⁴⁵⁷ Dieser Weg wird allerdings selten beschritten.⁴⁵⁸ Praktikabler ist eine Meldung der Persönlichkeitsverletzung an die Aufsichtsbehörde, welche gegenüber der Einrichtung bzw. dem Gesundheitspersonal nötigenfalls administrative Massnahmen und Sanktionen anordnen kann.⁴⁵⁹ Allenfalls kann es auch zur strafrechtlichen Verfolgung von Personen kommen, welche Persönlichkeitsrechte verletzt haben, oder trotz Garantenstellung untätig geblieben sind.⁴⁶⁰ Zudem kann die betroffene Person je nach Fall Schadenersatz (Art. 41 OR) und/oder Genugtuungsansprüche (Art. 49 OR) geltenden machen.⁴⁶¹

⁴⁵⁰ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 1.

⁴⁵¹ A.a.O.

⁴⁵² KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, Art. 386, N. 1; FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 1.

⁴⁵³ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 386, N. 2.

⁴⁵⁴ KUKO ZGB-MÖSCH PAYOT, Art. 386, N. 1; FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 1.

⁴⁵⁵ OFK ZGB-FASSBIND, Art. 386 N. 1.

⁴⁵⁶ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 5; OFK ZGB-FASSBIND, Art. 386 N. 1.

⁴⁵⁷ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 8.

⁴⁵⁸ A.a.O.

⁴⁵⁹ A.a.O.

⁴⁶⁰ FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 386, N. 9.

⁴⁶¹ A.a.O. N. 8.

2. SCHUTZ DURCH DIE PATIENTINNEN UND PATIENTENRECHTE

Demenzkranke Personen, welche in Pflegeeinrichtungen untergebracht sind und Pflege und medizinische Betreuung in Anspruch nehmen, sind durch die so genannten Patientinnen- bzw. Patientenrechte geschützt. Die Regelung dieser Rechte ist intransparent und unübersichtlich.⁴⁶² Auf Bundesebene gibt es keine spezifische und umfassende Normierung der Patientinnen- bzw. Patientenrechte.⁴⁶³ Allerdings fliessen die zentralen Patientinnen- bzw. Patientenrechte direkt aus den menschenrechtlichen internationalen Verpflichtungen und den damit übereinstimmenden Garantien der Bundesverfassung.⁴⁶⁴ Insbesondere aus den Bestimmungen zur Menschenwürde (Art. 7 BV), zum Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV), zum Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) sowie zum Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV) lassen sich Patientinnen- bzw. Patientenrechte ableiten. Auch aus dem Zivil-, Sozialversicherungs-, Berufs- und Strafrecht, sowie dem Persönlichkeitsschutz ergeben sich direkt oder indirekt bundesrechtliche Vorgaben zum Patientinnen- bzw. Patientenschutz.⁴⁶⁵ Die wichtigsten Patientinnen- bzw. Patientenrechte sind das Recht auf medizinische Behandlung und Pflege, das Recht auf Schutz der Würde und der Integrität, das Recht auf Aufklärung und Einwilligung, das Recht auf Führung einer Patientendokumentation, das Recht auf Einsicht in die Patientendokumentation und das Recht auf Schutz medizinischer Personendaten.⁴⁶⁶ In praktisch allen Kantonen werden die Patientinnen- bzw. Patientenrechte ausführlich geregelt und der Aufsicht unterstellt.⁴⁶⁷

3. SCHUTZ DURCH SPEZIFISCHE KANTONALE NORMEN

Viele Kantone sehen Ombuds- oder Mediationsstellen vor, an welche sich Betroffene bzw. deren Vertretung wenden können.⁴⁶⁸

In den Kantonen Bern⁴⁶⁹, Basel-Landschaft⁴⁷⁰, Schaffhausen⁴⁷¹ und Thurgau⁴⁷² ist die Angabe einer unabhängigen Person bzw. Anlaufstelle für Beanstandungen vorgeschrieben. Im Kanton Bern muss der Hinweis auf diese externe Stelle für Beanstandungen in den Betreuungsverträgen enthalten sein.⁴⁷³ Im Kanton Appenzell Ausser rhoden kann im Falle der Verletzung von Patientenrechten eine beschwerdefähige Verfügung verlangt werden.⁴⁷⁴

⁴⁶² Vgl. Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. 79.

⁴⁶³ A.a.O. S. 14.

⁴⁶⁴ A.a.O.

⁴⁶⁵ A.a.O.

⁴⁶⁶ A.a.O. S. 24 ff.; Vgl. auch Broschüre: Die Patientenrechte im Überblick.

⁴⁶⁷ A.a.O. S. 16 f.

⁴⁶⁸ Vgl. bspw. die Ombudsstelle Alter und Behinderung der Kantone SG, AR und AI, abrufbar unter

<https://altersfragen.stadtgossau.ch/directory-socius/listing/ombudsstelle-alter-und-behinderung-des-kantons-st-gallen-ar-ai/> (besucht am 16.10.2023) oder die Stiftung bernische Ombudsstelle für Alters-, Betreuungs- und Heimfragen, abrufbar unter

<https://www.ombudsstellebern.ch/> (besucht am 16.10.2023).

⁴⁶⁹ Art. 53 Abs. 1 Bst. f SLV BE.

⁴⁷⁰ § 9 Abs. 1 Bst. d und § 14 Verordnung über die Bewilligung und Beaufsichtigung von Heimen vom 25.09.2001 (Heimverordnung, SGS 850.14) BL.

⁴⁷¹ Art. 4 Abs. 3 Bst. d Altersbetreuungs- und Pflegegesetz vom 21.08.1995 (SHR 813.500) SH.

⁴⁷² § 10 Abs. 1 und 2 und § 19 Heimaufsichtsverordnung vom 16.02.2021 (HAV; RB 850.71) TG.

⁴⁷³ Art. 54 Abs. 2 Bst. e SLV BE.

⁴⁷⁴ Art. 66a Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 25.11.2007 (bGS 811.1) AR.

Zudem hat man die Möglichkeit sich an einen Ethikrat zu wenden, welcher unter anderem die betroffene Person, deren Angehörigen und Gesundheitsfachpersonen im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen berät.⁴⁷⁵

Die Kantone Freiburg⁴⁷⁶, Genf⁴⁷⁷, Tessin⁴⁷⁸, Jura⁴⁷⁹ und Wallis⁴⁸⁰ kennen besondere Aufsichtskommissionen, bzw. der Kanton Waadt eine Beschwerdeprüfungskommission.⁴⁸¹, welche im Falle von Rechtsverletzungen teilweise von sich aus, teilweise auf Anzeige hin tätig werden können. Die Kommissionen haben sehr unterschiedliche Kompetenzen, welche teilweise eher dem allgemeinen Rechtsschutz zuzuordnen sind, teilweise aber auch den Aufgaben der Aufsichtsbehörden ähneln.⁴⁸²

4. FAZIT

Anerkennt die Praxis, dass sowohl eine ohne Konsens der betroffenen Person erfolgte Unterbringung wie auch gewisse individuell angeordnete beM als Freiheitsentzug einzustufen sind⁴⁸³ und daher die Massnahmen nur gestützt auf eine FU rechtmässig angeordnet werden können, resultiert daraus automatisch eine (theoretische) Verbesserung des Rechtsschutzes. So ist unter dieser Voraussetzung nicht nur stets zwingend eine Behörde für die Anordnung einer solchen Massnahme zuständig, sondern die davon betroffene Person oder ihre Rechtsvertretung kann überdies dagegen direkt ein unabhängiges Gericht anrufen.

Der Einfluss dieser Verbesserung – und auch weiterer Reformen des bisherigen Rechtsschutzes – dürfte indes aus zwei Hauptgründen marginal bleiben: Erstens stossen Beschwerdeverfahren bei Massnahmen im Bereich von Menschen mit Demenz aus strukturellen Gründen an enge Grenzen. Zweitens dürfte – wie die bisherige Praxis bestätigt – auch die Bereitschaft von Angehörigen, mit einem gerichtlichen Rechtsmittel gegen eine Institution vorzugehen, die ihre demenzkranken Verwandten betreut, ausgesprochen gering sein; muss doch befürchtet werden, dass ein solches Vorgehen das Vertrauensverhältnis zerrüttet und allenfalls direkt nachteilige Folgen für die betreute Person haben kann.

Soll daher der Rechtsschutz in diesem Bereich nachhaltig verbessert werden, ist es u.E. angesichts dieser strukturellen Defizite notwendig, diesen grundsätzlich zu überdenken. Dabei bietet sich ein Blick auf das österreichische Modell an, das sich als praxistauglich erwiesen hat und das auch dem Grundanliegen der BRK Rechnung trägt, dem Willen von Menschen mit Demenz möglichst Rechnung zu tragen. Die Etablierung einer professionellen Vertretung der Bewohnerinnen und Bewohner, welche zwingend über alle diesbezüglichen Massnahmen zu informieren ist und welche jederzeitigen Zutritt zu den geschlossenen Institutionen hat, hätte u.E. tatsächlich das Potenzial, den Rechtsschutz einen grossen Schritt weiterzubringen. Diese Vertretung wäre damit befugt, als

⁴⁷⁵ Art. 7 Abs. 3 Heimverordnung vom 11.12.2007 (bGS 811.14) AR und Art. 10 Abs. 2 Bst. a Gesundheitsgesetz AR.

⁴⁷⁶ Aufsichtskommission Art. 17 GesG FR.

⁴⁷⁷ Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients Art. 10 Abs. 1 LS GE.

⁴⁷⁸ Commissione di vigilanza Art. 24 LSan TI.

⁴⁷⁹ Commission de surveillance des droits des patients Art. 28c loi sanitaire JU.

⁴⁸⁰ Beratende Aufsichtskommission der Gesundheitsberufe Art. 71 GG VS.

⁴⁸¹ Commission d'examen des plaintes Art. 15d LSP VD.

⁴⁸² Für detaillierte Ausführungen zu den Kommissionen wird nach hinten verwiesen. Siehe IX. 5.

⁴⁸³ Siehe dazu vorne IV. 9. und V. 7.

nahestehende Person im Sinne von Art. 385 Abs. 1 ZGB oder als Vertrauensperson im Sinne Art. 432 ZGB Rechtsbehelfe und Rechtsmittel einzulegen.

Da es aber offenkundig illusorisch ist, eine solche Lösung zumindest in kurzfristiger Hinsicht bundesweit einzuführen, da dazu eine Revision des ZGB wohl unumgänglich erscheint, sind andere Vorgehensweisen zu prüfen: So bestünde eine Option darin, einen Kanton zu ermutigen, ein solches Modell zu testen, d.h. eine solche Vertretung einzusetzen. Möglich wäre aber auch, dass eine einzelne Institution oder ein Pflegeunternehmen motiviert werden kann, freiwillig im Sinne der Einführung eines zusätzlichen Qualitätsstandards und damit auch eines Wettbewerbsvorteils, eine unabhängige Bewohnendenvertretung mit den entsprechenden Kompetenzen einzurichten.

IX. AUFSICHT

Der Individualrechtsschutz baut darauf auf, dass die von einer staatlichen Rechtsverletzung betroffenen Personen oder ihre Angehörigen – allenfalls mit Hilfe von Anwältinnen oder Anwälte – selber beurteilen können, ob sie gegen eine solche Massnahme auf dem Beschwerdeweg vorgehen wollen. Diese Prämisse geht in Institutionen für demenzkranke Personen in vielfacher Weise fehl: So dürfte es erstens demenzkranken Menschen regelmässig an den notwendigen kognitiven Fähigkeiten mangeln, diese Entscheidung selber zu treffen und ein Rechtsmittel einzulegen, und zweitens fehlt diesen Menschen regelmässig auch der Zugang zu einer Rechtsberatung. Da sie zudem in einem geschlossenen Setting leben, fehlen weiter – wie generell in Haftsituationen – der Blick einer kritischen Öffentlichkeit⁴⁸⁴ und die abnehmenden bis fehlende Kommunikationsfähigkeiten erschweren oder verunmöglichen eine Mitteilung von Vorkommnissen, falls denn kritischen Aussagen von demenzkranken Personen an sich überhaupt Glaubwürdigkeit zugemessen wird. Diese Umstände führen dazu, dass auch ein ausgebauter Rechtsschutz in diesem Umfeld strukturell oft ins Leere läuft. Daher ist in Bereich der Betreuung demenzkranker Menschen das Vorhandensein einer effizienten Aufsicht zentral.

Diese Sichtweise soll keinesfalls als allgemeines Misstrauensvotum gegenüber dem Pflegepersonal verstanden werden, das in aller Regel, dem Wohlbefinden der Bewohnerinnen und Bewohner höchste Priorität einräumt. Andererseits erscheint es aber ebenso unbestritten, dass in einer Pflegeinstitution infolge der Risikofaktoren körperliche und kognitive Schwäche und Abgeschiedenheit der Lebensführung eine extremes Machtungleichgewicht besteht, das ausgenutzt werden kann und – sei es infolge Absicht oder infolge Überforderung in einer schwierigen Situation – in Einzelfällen wohl auch ausgenutzt wird. Daher erscheint klar, dass demenzkranke Menschen in Institutionen, als äusserst vulnerable Personen, in effektiver Weise möglichst gegen jegliche Missbräuche zu schützen sind; dies auch zum Schutz des professionell agierenden Personals. Dieses Vorhaben kann nur bei Vorhandensein einer effektiven Aufsicht umgesetzt werden.

1. BUNDESRECHTLICHE VORGABEN

Vor diesem Hintergrund verlangt Art. 387 ZGB, dass die Kantone die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht unterstellen. Diese soll der Sicherstellung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften von Art. 382-386 ZGB und der umfassenden Sicherstellung der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der urteilsunfähigen Personen dienen.⁴⁸⁵ Sofern der Schutz der urteilsunfähigen Personen in den Kantonen über die Bestimmungen des ZGB hinausgeht, erstreckt sich die Aufsicht auch auf die Einhaltung der kantonal zugesicherten Garantien.⁴⁸⁶ Nicht explizit vorgeschrieben ist hingegen die Pflicht der Aufsichtsbehörden zur Überprüfung der bundesweit garantierten und kantonal explizit normierten Patientinnen- bzw. Patien-

⁴⁸⁴ Wobei in Pflegeinstitutionen im Vergleich zu Haftsituationen erweiterte Besuchsmöglichkeiten bestehen, was Angehörigen und weiteren Besuchenden ermöglicht einen Einblick in den Alltag der Bewohnenden zu erhalten. Viele Bewohnende bekommen aber nur selten oder gar keinen Besuch.

⁴⁸⁵ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 387, N. 4b.

⁴⁸⁶ Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 387 N. 14.

tenrechte. U. E. wäre jedoch eine umfassende Kontrolle der Rechtmässigkeit der Unterbringung, welche sich unter anderem aus den Patientinnen- und Patientenrechten ergibt, sachgerecht.

Die Aufsicht dient dem Zweck, Missbräuche zu verhindern oder aufzudecken, Massnahmen gegen Mängel und schlechte Stimmung in einer Einrichtung zu ergreifen und positive Betreuungsansätze zu würdigen und zu fördern (Art. 387 ZGB).⁴⁸⁷ Im Gegensatz zu den Vorgaben in Art. 383 – 385 ZGB, welche idealerweise Schutz in einem konkreten Einzelfall bieten, soll die Aufsicht präventiv und generell-abstrakt wirksam werden.⁴⁸⁸

Dies schliesst aber nicht aus, dass sich die Aufsichtsbehörden auch mit individuell-konkreten Fällen befassen.⁴⁸⁹ Wenn die Aufsichtsbehörde aufgrund einer Anzeige, oder im Rahmen einer Inspektion von einer möglichen Verletzung der Interessen einer Bewohnerin oder eines Bewohners erfährt, hat sie die geeigneten Massnahmen zur Beseitigung oder Sanktionierung des Missstandes zu treffen.⁴⁹⁰ Sie kann jederzeit tätig werden, egal ob die Verletzung erst droht, bereits eingetreten ist oder schon beendet ist.⁴⁹¹ Insofern kann die Aufsichtsbehörde auch im Falle von angekündigten oder vergangenen beM tätig werden, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 385 ZGB) fehlt. Damit besteht durch die Aufsichtsbehörden auch ein individueller Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner.⁴⁹² Allerdings ist mit dem Anzeigerecht an die allgemeinen Aufsichtsbehörden, gemäss kantonalem Recht, meist kein Anspruch auf Tätigwerden verbunden. Auch hat die anzeigende Person in aller Regel keine Parteistellung und keine Beschwerdemöglichkeiten gegen Entscheide der Aufsichtsbehörden.⁴⁹³

Die Ausgestaltung der Aufsicht ist auf Bundesebene nicht geregelt und bleibt den Kantonen überlassen.⁴⁹⁴ Die Kantone können damit bspw. frei bestimmen, welche Behörde die Aufsicht wahrnehmen soll⁴⁹⁵, in welcher Form und welcher Häufigkeit Kontrollen vorgenommen werden und was allenfalls für Sanktionen angeordnet werden können.⁴⁹⁶

2. KANTONALE UMSETZUNG DER AUFSICHT

Die in Artikel Art. 387 ZGB geforderte Aufsicht über Wohn- oder Pflegeeinrichtungen wird von den Kantonen unterschiedlich gewährleistet, wobei die entsprechenden Regelungen in den allermeisten Kantonen bereits vor in Kraft treten des neuen Erwachsenenschutzrechts im Jahr 2013 bestanden.⁴⁹⁷ Es existieren damit keine Normen, welche explizit die Aufsicht über Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in welchen urteilsunfähige Personen betreut werden, regeln. Vielmehr beziehen sich die kantonalen Vorgaben jeweils allgemein auf die Aufsicht über Ge-

⁴⁸⁷ Vgl. BBl 2006 7015.

⁴⁸⁸ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 387, N. 4a.

⁴⁸⁹ ZK ZGB-BOENTE, Art. 387 N. 14.

⁴⁹⁰ Vgl. FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 387, N. 4.

⁴⁹¹ A.a.O.

⁴⁹² Vgl. Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. 17.

⁴⁹³ Mit Ausnahme vom Kanton Wallis in gewissen Fällen gemäss Art. 13 Abs. 1 Verordnung über die Beaufsichtigung der Gesundheitsberufe vom 25.11.2020 (VBGB; SGS 811.102) VS; Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. 17 f.

⁴⁹⁴ BSK ZGB I-KÖBRICH, Art. 387, N. 5.

⁴⁹⁵ A.a.O. N. 6.

⁴⁹⁶ A.a.O. N. 8.

⁴⁹⁷ Vgl. FamKomm-LEUBA/VAERINI, Art. 387, N. 1.

sundheitsfachpersonen und -institutionen. Dabei erstreckt sich die Aufsicht meist auf diejenigen Punkte, welche erfüllt sein müssen um eine Betriebsbewilligung zu erhalten.⁴⁹⁸ Dies sind insbesondere fachliche Anforderungen an das Gesundheitspersonal und die Heimleitung und betriebliche, bauliche und hygienische Anforderungen an die Gesundheitsinstitution.⁴⁹⁹ Als Teil ihrer beruflichen Pflichten muss das Gesundheitspersonal auch die Einhaltung der Patientinnen- und Patientenrechte sicherstellen, die auf kantonaler Ebene explizit geregelt sind.⁵⁰⁰

Viele Kantone legen nur fest, welche Behörde für die Aufsicht zuständig ist, ohne Näheres zu regeln.⁵⁰¹ Meist ist dies, je nach innerkantonalem Verwaltungssystem ein Amt oder eine Dienst- oder Fachstelle einer Direktion oder eines Departements⁵⁰², wobei teilweise die Möglichkeit der Delegation der Aufsichtsaufgaben an externe Beauftragte vorgesehen ist.⁵⁰³ Andere Kantone regeln über die Zuständigkeit zur Aufsicht hinaus, die Periodizität der Kontrollen und ob diese anzukünden sind⁵⁰⁴, was⁵⁰⁵ mit welchen Mitteln⁵⁰⁶ überprüft werden soll und welche Einsichts- und Zugangsrechte der Aufsichtsbehörde gewährt werden müssen.⁵⁰⁷ Zudem regeln die Kantone mehr

⁴⁹⁸ A.a.O. N. 8.

⁴⁹⁹ Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 387 N. 14.

⁵⁰⁰ Vgl. Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. 16 f.

⁵⁰¹ So Art. 7 Abs. 1 und 2 und Art. 127a Abs. 1 GesG FR; Art. 6 Abs. 2 LS GE; § 1 Abs. 1 Verordnung zum Gesundheitsgesetz vom 26.02.2013 (GesV; SHR 810.102) SH; Art. 33 Sozialhilfegesetz vom 27.09.1998 (SHG; sGS 381.1) SG; Art. 79 Abs. 2 Lsan TI; Art. 9 Abs. 1 Bst. c LS NE; § 3 Gesundheitsgesetz vom 21.09.2011 (GesG; SG 300.100) BS; Art. 4 Abs. 2 Bst. b Gesundheitsgesetz vom 26.04.1998 (GesG; GS 800.000) AI; § 6 GesG SZ; § 37 Abs. 1 Gesundheitsgesetz vom 02.04.2007 (GesG; LS 810.1) ZH und § 14 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 25.06.2012 (EG KESR; LS 232.3) ZH.

⁵⁰² Mit Ausnahme von ZH, welcher die Aufsicht dem Bezirksrat überträgt (§ 14 EG KESR ZH).

⁵⁰³ Bspw. Art. 29 Abs. 5 loi sur l'organisation gérontologique JU.

⁵⁰⁴ In BL periodische Kontrollen mindestens alle drei Jahre (§ 15 Abs. 1 Heimverordnung BL, Zuständigkeit nach § 17 Abs. 1 Bst. c Heimverordnung BL); in LU periodische Kontrollen mindestens alle vier Jahre (§ 1c Abs. 1 Verordnung zum Betreuungs- und Pflegegesetz vom 30.11.2010 [BPV; SRL 867a] LU, Zuständigkeit nach § 1 Abs. 1 BPV LU); in GL periodische Kontrollen mindestens alle vier Jahre (Art. 16 Abs. 1 Pflege und Betreuungsverordnung vom 29.11.2022 [PBV; GS VIII A/1/6] GL und jederzeit unangekündigte Besuche gemäss Art. 8 Abs. 2 Pflege und Betreuungsgesetz vom 05.09.2021 [PBG; GS VIII A/1/5] GL, Zuständigkeit nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 PBV GL); in GR ordentliche Kontrollen an abgesprochenen Terminen (Art. 11 Abs. 2 Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden vom 02.09.2016 [Gesundheitsgesetz; BR 500.000] GR), bei Verdacht auf Missstände jederzeit (Art. 11 Abs. 3 Gesundheitsgesetz GR, Zuständigkeit: Art. 1 Abs. 1 Verordnung zum Gesundheitsgesetz vom 20.06.2017 [VOzGesG; BR 500.010] GR); in JU ordentliche Kontrollen an abgesprochenen Terminen (Art. 20 Abs. 2 Ordonnance sur l'organisation gérontologique vom 14.12.2010 [RSJU 810.411] JU), bei Verdacht auf Missstände jederzeit (Art. 20 Abs. 3 Ordonnance sur l'organisation gérontologique JU, Zuständigkeit nach Art. 29 Abs. 1 Bst. g Loi sur l'organisation gérontologique JU); in VS jederzeit Kontrollen möglich (Art. 85 GG VS, Zuständigkeit nach Art. 85 GG VS); in BE wird die Frequenz der Besuche von der Aufsichtsbehörde festgelegt (Art. 73 Abs. 2 SLV BE), risikobasierte Kontrollen sind unter den Voraussetzungen von Art. 73 Abs. 1 SLV BE möglich (Zuständigkeit nach Art. 72 Abs. 1 SLV BE i. V. m. Art. 100 Abs. 1 und 2 Gesetz über die Sozialen Leistungsangebote vom 09.03.2021 [SLG; BSG 860.2] BE); in UR jederzeit Kontrollen möglich (Art. 52 GG, Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG UR); in VD Kontrollen mit oder ohne Ankündigung (Art. 151 Abs. 1 LSP VD, Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 1 und 69 Abs. 1 und 69 Abs. 4 Règlement sur les établissements sanitaires et les établissements apparent s de droit privé dans le Canton de Vaud vom 26.01.2011 [RES; RSV 810.03.1] VD).

⁵⁰⁵ In JU sollen die Qualität der angebotenen Leistungen (Art. 29 Abs. 3 Loi gérontologique JU), die Einhaltung der Betriebsvoraussetzungen (Art. 29 Abs. 4 Loi sur l'organisation gérontologique JU) und die Gewährleistung der Sicherheit und die Achtung der Würde der älteren Personen (Art. 29 Abs. 4 Loi sur l'organisation gérontologique JU)  berpr ft werden; in TG sollen die Bewilligungsvoraussetzungen (§ 11 Abs. 1 Ziff. 1 HAV TG), die Qualität der internen Aufsicht (§ 11 Abs. 1 Ziff. 2 HAV TG) und die Rechtsstellung der betreuten Personen (§ 11 Abs. 1 Ziff. 3 HAV TG)  berpr ft werden; in GL soll überprüft werden, ob die Bewilligungsvoraussetzungen eingehalten sind und das Wohlergehen der Bewohnerinnen und Bewohner gewährleistet ist (Art. 16 Abs. 1 PBV GL); in BE sollen die rechtlichen Voraussetzungen zum Betrieb sowie die Einhaltung von Auflagen und Bedingungen geprüft werden (Art. 72 Abs. 2 SLV BE); VD enthält Art. 69 Abs. 2 und 3 RES VD sehr detaillierte Vorgaben, dazu im Fliesstext mehr.

⁵⁰⁶ Einige Kantone erwähnen explizit die Möglichkeit der Befragung von Bewohnerinnen und Bewohnern und dem Personal (JU, Art. 19 Abs. 2 Ordonnance sur l'organisation gérontologique JU; TG, § 11 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 HAV TG (Zuständigkeit nach § 3 Abs. 1 Ziff. 3 HAV TG); VD, Art. 151 Abs. 3 LSP VD).

⁵⁰⁷ Der Aufsicht muss freier Zugang zu den Räumlichkeiten und den Dossiers der Bewohnerinnen und Bewohner und des Personals gewährt werden (UR, Art. 51 und 52 GG UR (Zuständigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG UR); NW, Art. 29 GesG (Zuständigkeit nach Art. 5 und 6 GesG NW); OW, Art. 74 Abs. 2 GesG (Zuständigkeit nach Art. 9 Abs. 1 GesG OW); JU, Art. 19 Abs. 1 Ordonnance sur l'organisation gérontologique JU; TG, § 11 Abs. 2 HAV TG; AR, Art. 4c Abs. 4 und 5 Verordnung über die Heimaufsicht vom 11.12.2007 (Heimverordnung; bGS 811.14) AR (Zuständigkeit nach Art. 8 Abs. 2 Bst. e Gesundheitsgesetz AR); GL, Art. 16 Abs. 2 PBV GL; SO § 59 GesG (Zuständigkeit nach Art. 16 Abs. 2 PBV GL); VS, Art. 85 GG VS (Zuständigkeit nach Art. 85 GG VS); Z , Art. 16 Abs. 2 PBV Z ).

oder weniger detailliert, welche disziplinarischen, administrativen und sonstigen Massnahmen die zuständige Behörde (welche meist mit der Aufsichtsbehörde übereinstimmt) zur Verhinderung oder Beseitigung von aufgedeckten Missständen ergreifen kann. Dabei können sich die Massnahmen gegen einzelne Personen (z.B. im Extremfall Berufsausübungsverbote) oder die Institution an sich (z.B. im Extremfall Entzug der Betriebsbewilligung) richten.⁵⁰⁸

In den Kantonen Basel-Landschaft⁵⁰⁹, Thurgau⁵¹⁰ und Appenzell Ausserrhoden⁵¹¹ sind die Vorgaben zur Aufsicht in spezifischen Verordnungen zur Heimaufsicht zu finden. Die weitestgehende Regelung zur Aufsicht kennt der Kanton Waadt. Grundsätzlich ist hier das Departement für Gesundheit und Soziales für die Aufsicht zuständig.⁵¹² Allerdings wird diese Aufsicht im Bereich der Pflegeeinrichtungen und in Bezug auf bestimmte zu beaufsichtigende Umstände, dem CIVESS⁵¹³, einem interdisziplinär zusammengesetzten Kontrollorgan übertragen übertragen wird.⁵¹⁴ So soll der CIVESS die Pflegeleistungen, die Hygiene, die Prävention und die Infektionskontrolle, die Anzahl, Qualifikation und Kompetenz des Personals⁵¹⁵, wie auch das Lebensumfeld und die Wahrung der Sicherheit und Würde, das Konzept und Programm betreffend Animation und sozialem Leben, die Ernährung und die Führung des Dossiers insbesondere im Hinblick auf die Bewertung der Betreuung und die Nachvollziehbarkeit der Zwangsmassnahmen überprüfen.⁵¹⁶ Einzig die Aufsicht über bauliche Massnahmen (Umbau und Renovierungen) (Art. 69 Abs. 2 Bst. a RES VD), über die Ausstattung und Einrichtung der Institution (Art. 69 Abs. 2 Bst. b RES VD) und über die Qualifikation und Kompetenz der Leitung (Art. 69 Abs. 2 Bst. f RES VD) obliegt bei Pflegeeinrichtungen noch dem Département de la santé et de l'action sociale (Art. 69 Abs. 2 Bst. a und b RES VD). Der CIVESS wurde vom Département de la santé et de l'action social als interdisziplinäres Aufsichtsorgan für alle Gesundheits- und Sozialeinrichtungen geschaffen.⁵¹⁷ Aus den Allgemeinen Inspektionsbedingungen⁵¹⁸, gehen Informationen zur Zusammensetzung und Organisation des CIVESS, sowie zum Ablauf der unangekündigten Inspektionen inklusive der Berichterstattung an das Departement und die entsprechenden Einrichtungen hervor. Weiter sind spezifische Vorgaben zur Aufsicht über Etablissements médico-sociaux (EMS) zu finden, worunter auch Pflegeeinrichtungen für demenzkranke Personen fallen.⁵¹⁹ Die Inspektionen werden von mindestens zwei Inspektorinnen oder Inspektoren durchgeführt, welche die entsprechenden beruflichen Qualifikationen mitbrin-

ständigkeit nach § 5 GesG SO); VD, Art. 151 Abs. 2 LSP VD; ZG, § 14 GesG ZG (Zuständigkeit nach § 30 GesG ZG); AG, § 6 Abs. 5 Pflegegesetz vom 26.06.2007 (PflG; SAR 301.200) AG (inkl. Zuständigkeit); LU, detaillierte Vorgaben in § 1c BPV LU.

⁵⁰⁸ Bspw. in FR, Art. 124 ff. GesG FR.

⁵⁰⁹ Heimverordnung BL.

⁵¹⁰ HAV TG.

⁵¹¹ Heimverordnung AR.

⁵¹² Département de la santé et de l'action sociale Art. 2 Abs. 1 RES VD.

⁵¹³ Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux, im Gesetz noch CIVEMS.

⁵¹⁴ Art. 69 Abs. 4 Règlement sur les établissements sanitaires et les établissements apparentés de droit privé dans le Canton de Vaud (RES) VD.

⁵¹⁵ Art. 69 Abs. 2 Bst. c-e RES VD.

⁵¹⁶ Art. 69 Abs. 3 Bst. a-d RES VD.

⁵¹⁷ VD, Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS) (besucht am 29.01.2024).

⁵¹⁸ VD, Conditions général de l'Inspection (besucht am 29.01.2024).

⁵¹⁹ VD, Etablissements médico-sociaux (EMS) (besucht am 29.01.2024).

gen.⁵²⁰ Jede Inspektorin bzw. jeder Inspektor verwendet ein vorgefertigtes, internes Bewertungsschema und notiert ihre oder seine Feststellungen auf der Grundlage der im Schema genannten Indikatoren. Anschließend wird der Inspektionsbericht von allen Inspektorinnen bzw. Inspektoren gemeinsam erstellt. Der Fokus liegt auf gewissen im Bewertungsschema aufgeführten Normen, welche von den jeweiligen Institutionen beachtet werden müssen. So sind namentlich die Würde, die Intimsphäre und die Rechte der Bewohnerinnen und Bewohner zu wahren. Ihre Sicherheit muss gewährleistet sein und ihre Selbstständigkeit soll gefördert werden. Weiter hat die Kommunikation des Personals mit den Bewohnerinnen und Bewohnern angemessen und respektvoll zu sein und das soziale Leben soll gefördert werden. Zudem sind für die Bewohnerinnen und Bewohner individuelle Dossiers zu führen, welche die Nachvollziehbarkeit der Betreuungsprozesse ermöglichen. Schliesslich müssen die Institutionen die gesetzlichen Anforderungen betreffend Anzahl und Qualifikation des Personals erfüllen.⁵²¹

Für die Begutachtung von beM an urteilsunfähigen Personen im Speziellen kennt der CIVESS ein spezifisches Referenzdokument.⁵²² Danach unterscheidet der CIVESS zwischen eher einschneidenden beM, wie Bettgitter, Zewi-Decken, Rollstuhlurte usw. und weniger einschneidenden beM, wie elektronische Überwachungssysteme, Alarmmatten usw. Erstere werden in jeder Einrichtung gezählt. Zweitere werden zwar nicht gezählt, es wird aber überprüft, ob die Massnahmen ordnungsgemäss dokumentiert wurden. Damit eine Pflegeeinrichtung den kantonalen Standard erfüllt, dürfen gemäss dem Bewertungsschema des CIVESS bei maximum einem Viertel der Bewohnerinnen und Bewohner beM vorhanden sein. Werden einzelne besonders schwerwiegende Mängel aufgedeckt, reichen auch diese für ein Nichterfüllen der Inspektion aus. Der CIVESS prüft, ob das Personal darauf sensibilisiert ist, dass beM nur im absoluten Ausnahmefall angeordnet werden dürfen und dass es zu keiner Banalisierung kommt. Ziel muss es sein, die Anzahl beM möglichst gering zu halten und stets nach möglichen Alternativen zu suchen. Der CIVESS betont zudem, dass beM auch dann sehr sorgfältig auf deren Notwendigkeit überprüft werden müssen, wenn Angehörige sie explizit verlangen. Insgesamt wird darauf geachtet, dass betroffene Personen trotz beM bequem und gefahrlos untergebracht sind, und dass sie über Notfall Rufsysteme verfügen. Weiter wird überprüft, ob in den Dossiers der Bewohnerinnen und Bewohnern die beM korrekt protokolliert wurden. Nebst den Mindestvorgaben aus Art. 384 Abs. 1 ZGB (Name der anordnenden Person, Zweck, Art und Dauer der Massnahme) muss in den Protokollen präzisiert worden sein, weshalb die beM zur Verhinderung einer ernsthaften Selbst- oder Fremdgefährdung bzw. einer schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens notwendig war. Zudem müssen alternative, erfolglose Massnahmen aufgeführt sein und die regelmässige Evaluation der beM und deren Kadenz muss festgehalten worden sein. Weiter wird geprüft, ob die verstärkte Überwachung der betroffenen Personen protokolliert wurde und ob die Informationen an die betroffene Person und ihre/n Vertreterin oder Vertreter bei medizinischen Massnahmen dokumentiert worden sind.

⁵²⁰ Das Inspektionsteam besteht aus Fachleuten aus den Bereichen Pflege (Krankenpfleger/in, Psychologe/in, Ernährungsberater/in) und Sozialarbeit (Sozialarbeiter/in, Erzieher/in, soziokulturelle/r Animator/in). Die Arbeit in interdisziplinären Teams ist eine der Grundlagen des CIVESS (vgl. VD, Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et RES sociaux (CIVESS) (besucht am 29.01.2024).

⁵²¹ Auf der Website kann das Explicatif des inspections ciblées en établissement médico-social et division C d'hôpital heruntergeladen werden, wo die Voraussetzungen sehr detailliert umschrieben sind

(VD, Explicatif des inspections Ciblees en établissement médico-social et division C d'hôpital (besucht am 29.01.2024)).

⁵²² VD, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social en gériatrie et psychiatrie de l'âge avancé (besucht am 29.01.2024).

Nach Abschluss der Inspektionen verläuft das weitere Verfahren, je nach Ergebnis, unterschiedlich. Entspricht die Institution dem kantonalen Standard weitgehend (grün), erhält sie einen Bericht, in dem der Grad der Erfüllung jedes Kriteriums angegeben ist, sowie Glückwünsche des CIVESS.⁵²³ Diejenigen Institutionen, die einen schlechteren Wert erzielen, aber insgesamt den kantonalen Standard erreichen (orange), erhalten zusätzlich zum Bericht Vorschläge zur Verbesserung der Situation, welche sie in eigener Verantwortung umsetzen sollen.⁵²⁴ In diesen beiden Fällen wird die Inspektion in regelmässigen Abständen wiederholt.⁵²⁵ Diejenigen Institutionen, die den kantonalen Standard nicht erreichen (rot, 30% der Voraussetzungen nicht erfüllt), erhalten einen ausführlichen Bericht und werden einer Nachbetreuung durch den CIVESS unterstellt, damit sich die Institutionen schnellstmöglich verbessern.⁵²⁶ Der CIVESS beaufsichtigt, aber sanktioniert nicht.⁵²⁷ Für allfällige verwaltungsrechtliche Sanktionen ist das Departement, bzw. die «Commission d'examen des plaintes» zuständig.⁵²⁸ Die Jahresberichte des CIVESS werden auf der Website des Kantons Waadt veröffentlicht.⁵²⁹

3. KOMPATIBILITÄT MIT ÜBERGEORDNETEN VORGABEN

Unabhängig davon, ob eine Pflegeeinrichtung über eine staatliche oder private Trägerschaft aufweist, obliegt letztlich dem Staat die Verantwortung dafür, dass in diesen Institutionen die menschenrechtlichen Vorgaben beachtet werden. Dieser Schluss kann rechtsdogmatisch entweder unter Abstützung auf menschenrechtliche Schutzpflichten oder auf die öffentliche Natur der Aufgabe⁵³⁰ der Alterspflege⁵³¹ begründet werden. Besonders strikt sind diese Schutzpflichten gemäss der Praxis des EGMR gegenüber vulnerablen und namentlich behinderten Personen⁵³² und gegenüber Personen in staatlichem Gewahrsam⁵³³. Im Bereich der Pflege von Menschen mit Demenz unterliegt der Staat damit zweifellos einer besonders rigiden Pflicht, effektive Schutzmassnahmen zur Verhinderung jeglicher Menschenrechtsverletzungen zu ergreifen. Dieser Verpflichtung kann der Staat – und in der Schweiz primär die Kantone – nur mittels einer effektiven Aufsicht erfüllen.

In diesem Sinn verlangen etwa auch die Standards des CPT die Etablierung unabhängiger Kontrollbehörden, welche Pflegeinstitutionen regelmässig auch vor Ort überprüfen,⁵³⁴ und auch die Zusatzkonvention des Europarats betont die Notwendigkeit eines unabhängigen Monitorings und regelmässiger Inspektionen.⁵³⁵ Diese Sichtweise wird ferner auch von der BRK aufgenommen. So verlangt Art. 33 Abs. 2 BRK von den Vertragsstaaten, auch auf der Ebene der Gliedstaaten u.a. die für die Überwachung dieses Vertrages notwendigen Strukturen einzurichten. Diesem Anliegen scheint die Schweiz bis heute indes nicht nachgekommen zu sein. Forderungen

⁵²³ VD, Explicatif des inspections Ciblees en établissement médico-social et division C d'hôpital, S. 5 (besucht am 29.01.2024).

⁵²⁴ A.a.O.

⁵²⁵ A.a.O.

⁵²⁶ A.a.O.

⁵²⁷ VD, Conditions général de l'Inspection, S. 6 (besucht am 29.01.2024).

⁵²⁸ Art. 191 ff. LSP VD und Art. 15d Abs. 4 Bst. c LSP VD.

⁵²⁹ VD, Bilans d'activité (besucht am 29.01.2024).

⁵³⁰ Siehe zu diesen dogmatischen Grundlagen etwa KÄLIN/KÜNZLI, S. 85 f. und S. 118 ff.

⁵³¹ Aus diesem Grund schreibt auch Art. 387 ZGB zumindest eine staatliche Beaufsichtigung von Pflegeinstitutionen vor.

⁵³² Vgl. z.B. EGMR, Đorđević v. Croatia, Nr. 41526/10, Urteil vom 24.10.2012.

⁵³³ Siehe etwa EGMR, Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, NR. 46477/99, Urteil vom 14.03.2002.

⁵³⁴ CPT Factsheet Social Care Establishments, Ziff. 33 und 35.

⁵³⁵ Art. 23 Draft Additional Protocol 2022.

nach grösseren Effizienz kantonaler Aufsichtsmaßnahmen lassen sich aber auf diese völkerrechtliche Norm abstützen.

Der vorherige Abschnitt hat aufgezeigt, dass sich bereits auf einer normativen Ebene grosse Unterschiede im Bereich der kantonalen Aufsicht zeigen: Während insbesondere die Rechtsgrundlage des Kantons Waadt den menschenrechtlichen Vorgaben wohl mustergültig entspricht, genügen kantonale Regelungen, welche ohne inhaltliche Vorgaben zu stipulieren, einzig ein Aufsichtsorgan benennen, diesen Vorgaben wohl kaum. Diese Unterschiede scheinen sich in der Praxis noch zu akzentuieren: So sollen gemäss einheitlicher Darstellung unserer Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartner verschiedene Kantone faktisch auf Vor-Ort-Kontrollen verzichten, während andere die Kontrolle auf Fragen der Hygiene oder der Beachtung des geforderten Personalschlüssels zu beschränken scheinen. In der Praxis werden daher häufig eben gerade nicht wie vorgeschrieben die Vorgaben von 382 ff ZGB überprüft und die besonders menschenrechtssensiblen Bereiche damit nicht kontrolliert.

4. FAZIT UND HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN

Wegen der besonderen Vulnerabilität der Bewohnerinnen und Bewohner von Pflegeinstitutionen für Menschen mit Demenz gewinnt die staatliche Aufsicht über solche Einrichtungen eine fundamentale Bedeutung für die Verhinderung von Missbräuchen und damit von Verletzungen der Menschenrechte. Angesichts der grossen Anzahl von Pflegeeinrichtungen, welche Menschen mit Demenz beherbergen, und der grossen und wohl künftig noch zunehmenden Anzahl ihrer Bewohnerinnen und Bewohner kann die NKVF die geforderte Effektivität der Kontrolle alleine nicht ansatzweise gewährleisten. Zentral für die Umsetzung dieses Anliegen verbleibt daher die auch gesetzlich vorgeschriebene kantonale Heimaufsicht.

Worin besteht vor diesem Hintergrund die Rolle der NKVF? U.E. bleibt es selbstverständlich notwendig, dass die NKVF weiterhin Besuche vor Ort durchführt. Sie kann durch ihre Berichte auf systemische Probleme hinweisen und zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit beitragen. Zentral für eine schweizweit effektive Kontrolle der Pflegeinstitutionen erscheint uns aber, dass es der NKVF gelingt, einen Beitrag zur Vereinheitlichung und zur Verbesserung der Effektivität der kantonalen Kontrolltätigkeit zu leisten.

Auch wenn die NKVF wohl nicht gesetzliche Kompetenz besitzt, den kantonalen Organen direkt Vorgaben zur Durchführung der Kontrollen zu machen, kann sie doch etwa durch die Entwicklung und Publikation entsprechender Standards, durch Weiterbildungsaktivitäten etc. einen bedeutsamen Beitrag zur Erreichung dieses Ziels leisten. Inhaltlich bieten u.E. die oben ausführlich dargestellten regulativen Vorgaben des Kantons Waadt einen vorzüglichen und bereits praxiserprobten inhaltlichen Ausgangspunkt für die Entwicklung solcher Standards.

Zu berücksichtigen ist aber zusätzlich, dass u.E. die Aufsicht – was soweit ersichtlich in keinem Kanton der Fall ist – auch die Frage der Rechtmässigkeit der Unterbringung in einer Institution für Menschen mit Demenz an sich zu umfassen hat und sich nicht auf die Umstände des Aufenthalts beschränken darf. Konkret ist daher – allerdings nur bei Fehlen einer FU – auch zu prüfen, ob im konkreten Fall die Unterbringung rechtmässig ist. Mit an-

deren Worten hat die Aufsicht zu untersuchen, ob ein Aufenthalt in einer Demenzabteilung basierend auf einer privatrechtlichen Einigung rechtmässig ist oder ob konkret eine behördliche Entscheidung angebracht erscheint.

Die Kantone ihrerseits sind auch durch verfassungs- und menschenrechtliche Vorgaben gehalten, einerseits die Kontrollbehörden mit genügenden finanziellen und interdisziplinären professionellen Kompetenzen auszustatten und andererseits die offensichtlich noch vielfach bestehenden normativen Defizite zumindest mittelfristig zu beheben.

5. EXKURS AUFSICHTS- UND BESCHWERDEKOMMISSIONEN

Neben der allgemeinen Aufsicht durch die zuständige Aufsichtsbehörde kennen die Kantone Freiburg⁵³⁶, Genf⁵³⁷, Tessin⁵³⁸, Jura⁵³⁹ und Wallis⁵⁴⁰ besondere Aufsichtskommissionen, bzw. der Kanton Waadt eine Beschwerdeprüfungskommission.⁵⁴¹ welche insbesondere die Wahrung der Patientinnen- bzw. Patientenrechte sicherstellen sollen. Aufgrund der späteren Regelung in Art. 385 ZGB haben die Kommissionen die Kompetenz verloren, beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen aufzuheben. Dazu ist jeweils die Erwachsenenschutzbehörde zuständig.⁵⁴² Allerdings bleiben die noch zu schildernden kantonalen, verwaltungsrechtlichen Massnahmen gegenüber den anordnenden Gesundheitsfachpersonen bzw. der Institution, auch in solchen Fällen möglich. Zudem können die Kommissionen in allen anderen Fällen von Verletzungen der Patientinnen- bzw. Patientenrechte tätig werden.

Die Kompetenzen der Kommissionen gehen unterschiedlich weit. Im Kanton Wallis ist die «Beratende Aufsichtskommission der Gesundheitsberufe» (nachfolgend Kommission) dafür zuständig, dem für die Aufsicht hauptverantwortlichen Departement eine Vormeinung über alle seine Entscheidentwürfe zu Beschwerden gegenüber Fachpersonen zu liefern. Dabei geht es um Fälle, in welchen die Fachpersonen berufliche Verfehlungen begangen haben, welche die physische oder psychische Integrität von Patientinnen oder Patienten gefährden könnten oder bereits verletzt haben (Art.71 Abs. 2 Bst. a Gesundheitsgesetz VS) oder ein Recht einer Patientin oder eines Patienten verletzt haben könnten, welches ihr oder ihm gestützt auf das Gesundheitsgesetz VS zusteht (Art.71 Abs. 2 Bst. b Gesundheitsgesetz VS). Die Untersuchung selbst, wird von der Dienststelle Gesundheitswesen geführt, wobei der betroffenen Person bzw. ihrer Vertretung Parteistellung im Verfahren zukommt.⁵⁴³ Gegen den Entscheid des Departements kann beim Staatsrat Beschwerde eingelegt werden.⁵⁴⁴ Einzelheiten, wie die Zu-

⁵³⁶ Aufsichtskommission Art. 17 GesG FR.

⁵³⁷ Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients Art. 10 Abs. 1 LS GE.

⁵³⁸ Commissione di vigilanza Art. 24 LSan TI.

⁵³⁹ Commission de surveillance des droits des patients Art. 28c loi sanitaire JU.

⁵⁴⁰ Beratende Aufsichtskommission der Gesundheitsberufe Art. 71 GG VS.

⁵⁴¹ Commission d'examen des plaintes Art. 15d LSP VD.

⁵⁴² In VD Art. 23e Abs. 2 LSP VD und Art. 15d Abs. 7 LSP VD ; in FR, Art. 54a Abs. 2 GesG FR; in JU, Art. 28a Abs. 5 loi sanitaire JU und Art. 28c Abs. 1 lit c loi sanitaire JU, in GE, Art. 51 Abs. 2 LS GE ; in TI, Art. 19 Abs. 3 LSan TI.

⁵⁴³ Art. 9 Abs. 1 VBGB VS und Art. 13 Abs. 1 VBGB VS.

⁵⁴⁴ Art. 20 VBGB VS.

sammensetzung der Kommission⁵⁴⁵, werden in der Verordnung über die Beaufsichtigung der Gesundheitsberufe (VBGB) VS geregelt.

Im Kanton Tessin wird die «Commissione di vigilanza» (nachfolgend Kommission) ausschliesslich auf Beschwerde hin tätig. Sie setzt sich zusammen aus vier juristischen und medizinischen Fachpersonen und einer Vertreterin oder einem Vertreter der Patientinnen und Patienten.⁵⁴⁶ Wenn nötig, können Expertinnen oder Experten beigezogen werden, welche vom ufficio di sanità (Gesundheitsamt) mandatiert werden müssen.⁵⁴⁷ Bei mutmasslichen Rechtsverletzungen können die betroffenen Personen, bzw. deren Vertretung oder jede andere Person im Interesse der geschädigten Person bei der Kommission Beschwerde einreichen.⁵⁴⁸ Mit der Beschwerde wird ein Disziplinarverfahren gegen bestimmte Personen, oder die Institution oder beide eingeleitet.⁵⁴⁹ Das «Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria» (Verordnung der Kommission für Gesundheitsaufsicht) regelt die Einzelheiten. Da die Kommission keine Befugnis zum selbstständigen Eingreifen hat, schlägt sie im Anschluss des Verfahrens dem für die Aufsicht zuständigen Departement (Art. 79 Abs. 2 LSan TI) Massnahmen zur Verhinderung, Unterbindung oder Sanktionierung von Rechtsverletzungen vor.⁵⁵⁰ Die beschwerdeführende Person hat das Recht angehört zu werden und sie wird über die von der Kommission geforderten Massnahmen informiert.⁵⁵¹ Beschwerdemöglichkeiten der betroffenen Person gegen Massnahmen des Departements oder unterlassene Massnahmen bestehen keine.

Im Kanton Waadt kann die «Commission d'examen des plaintes» (nachfolgend Kommission) im Falle von Verletzungen von Rechten von Patientinnen und Patienten bzw. von Bewohnerinnen und Bewohnern von Amtes wegen oder auf Beschwerde hin tätig werden.⁵⁵² Jede Person darf Beschwerde erheben und hat Parteistellung, sofern sie nicht Anonymität verlangt.⁵⁵³ Die Kommission besteht aus 16 Mitgliedern, welche einen gewissen fachlichen Hintergrund aus dem juristischen, medizinischen oder sozialen Bereich haben müssen.⁵⁵⁴ Wenn nötig

⁵⁴⁵ Gemäss Art. 10 Abs. 1 VBGB VS setzt sich die Kommission zusammen aus: a. zwei Mitgliedern die einen Medizinalberuf ausüben; b. zwei Mitgliedern die einen dem Bundesrecht unterliegenden Gesundheitsberuf oder der übrigen Gesundheitsberufe ausüben; c. zwei Mitglieder welche in einer Gesundheitseinrichtung tätig sind; d. zwei Patientenvertreterinnen oder Patientenvertreter; e. eine Juristin oder ein Jurist, die/der den Vorsitz hat.

⁵⁴⁶ Gemäss Art. 2 Abs. 1 Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria vom 27.10.1992 (RLti 802.150) TI setzt sich die Kommission zusammen aus: einer Richterin oder Richter als Präsidentin oder Präsident; der Kantonsärztin oder dem Kantonsarzt, einer Juristin oder eines Juristen als Vertretung des Dipartimento della sanità e della socialità (Departements für Gesundheit und Soziales); einer Vertreterin oder einem Vertreter der Patientinnen und Patienten sowie einer Fachperson aus dem betreffenden Gesundheitsbereich.

⁵⁴⁷ Art. 5 Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria TI.

⁵⁴⁸ Art. 21 Abs. 1 und 2 LSan TI.

⁵⁴⁹ Art. 21 Abs. 3 LSan TI.

⁵⁵⁰ Art. 9 Abs. 1 Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria TI.

⁵⁵¹ Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 4 Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria TI.

⁵⁵² Art. 15d Abs. 4 LSP VD.

⁵⁵³ Art. 15b Abs. 1 Bst. b (e contrario) LSP VD.

⁵⁵⁴ Gemäss Art. 15e Abs. 1 Bst. a - n LSP VD setzt sich die Kommission zusammen aus: a. zwei Juristinnen oder Juristen, darunter ein/e Vorsitzende/r und ein/e stellvertretende/r Vorsitzende/r; b. eine Vertreterin oder ein Vertreter von Patientenvereinigungen; c. eine Vertreterin oder ein Vertreter von Bewohnervereinigungen; d. eine Vertreterin oder ein Vertreter von Nutzerverbänden; e. zwei Ärztinnen oder Ärzte, darunter eine Psychiaterin oder ein Psychiater; f. eine Krankenpflegerin oder ein Krankenpfleger; g. eine Erzieherin oder ein Erzieher; h. eine Vertreterin oder ein Vertreter des sozialen Bereichs; i. eine Vertreterin oder ein Vertreter des ethischen Bereichs; j. eine Vertreterin oder ein Vertreter der Leitung einer stationären Einrichtung; k. eine Vertreterin oder ein Vertreter der Leitung einer sozialmedizinischen Einrichtung; l. eine Vertreterin oder ein Vertreter der Leitung einer sozialpädagogischen Einrichtung; m. eine Vertreterin oder ein Vertreter eines Personalverbands des Gesundheitswesens; n. eine Vertreterin oder ein Vertreter einer Vereinigung des Personals im Sozialbereich.

können Expertinnen oder Experten beigezogen werden.⁵⁵⁵ Betroffene haben die Möglichkeit sich vor einer Beschwerde an die Kommission an eine Ombudsstelle zu wenden, welche die Betroffenen über ihre Rechte informiert und Streitigkeiten schlichtet.⁵⁵⁶ Die Ombudsperson darf nicht gleichzeitig der Kommission angehören.⁵⁵⁷ Nach Abschluss eines Verfahrens kann die Kommission die Beendigung von schwerwiegenden Verletzungen der Rechte selbstständig anordnen⁵⁵⁸, ausser im Fall von beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, wo die Erwachsenenschutzbehörde zuständig ist.⁵⁵⁹ Auch gewisse verwaltungsrechtliche Sanktionen (Verwarnung⁵⁶⁰, Verweis⁵⁶¹ und z. T. Geldstrafe⁵⁶²) kann die Kommission selbstständig anordnen⁵⁶³ und übermittelt für andere ihre Empfehlungen dem zuständigen Departement⁵⁶⁴. Gegen die Entscheidungen der Kommission kann Beschwerde beim Departement eingelegt werden.⁵⁶⁵ Die Kommission überreicht dem Departement zudem jährlich einen zu veröffentlichen Tätigkeitsbericht.⁵⁶⁶

Im Kanton Freiburg sorgt die Aufsichtskommission für die Einhaltung der Pflichten der Personen und Institutionen, die der Aufsicht unterstellt sind und sie sorgt für die Wahrung der Rechte der Patientinnen und Patienten.⁵⁶⁷ Zudem nimmt sie eine beratende Funktion gegenüber der Direktion und ihren Dienststellen wahr⁵⁶⁸ und bezeichnet unter ihren Mitgliedern eine Person, welche im Streitfall als Mediatorin oder Mediator fungiert.⁵⁶⁹ Gemäss Art. 17 Abs. 2 lit c Gesundheitsgesetz FR kontrolliert die Aufsichtskommission zudem die Anwendung von Zwangsmassnahmen. Dies in dem Sinne, dass die Aufsichtskommission von der Erwachsenenschutzbehörde über den Ausgang des Begehrens um Prüfung einer Zwangsmassnahme und die gemachten Feststellungen informiert werden muss.⁵⁷⁰ Die Einzelheiten zur Zusammensetzung und der Organisation der Aufsichtskommission werden in der «Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte» geregelt. Die Kommission setzt sich zusammen aus 13 ständigen Mitgliedern, nichtständigen Mitgliedern und zwei Mediatorinnen oder Mediatoren.⁵⁷¹ Unter den ständigen Mitgliedern müssen Personen mit dem nötigen juristischen, medizinischen oder sozialen Fachwissen vertreten sein.⁵⁷² Die nichtstän-

⁵⁵⁵ Art. 15g Abs. 2 LSP VD.

⁵⁵⁶ Art. 15a Abs. 2 LSP VD.

⁵⁵⁷ Art. 15a Abs. 8 LSP VD.

⁵⁵⁸ Art. 15d Abs. 4 Bst. d LSP VD.

⁵⁵⁹ Art. 23e Abs. 2 LSP VD.

⁵⁶⁰ Art. 191 Abs. 1 Bst. a LSP VD.

⁵⁶¹ Art. 191 Abs. 1 Bst. b LSP VD.

⁵⁶² Art. 191 Abs. 1 Bst. c LSP VD.

⁵⁶³ Art. 15d Abs. 4 Bst. c LSP VD.

⁵⁶⁴ Art. 15d Abs. 4 Bst. e und f LSP VD.

⁵⁶⁵ Art. 15b Abs. 6 LSP VD.

⁵⁶⁶ Art. 15g Abs. 4 LSP VD.

⁵⁶⁷ Art. 17 Abs. 1 und 2 Bst. a und b GesG FR.

⁵⁶⁸ Art. 17 Abs. 2 Bst. d GesG FR.

⁵⁶⁹ Art. 17 Abs. 3 GesG FR.

⁵⁷⁰ Art. 54a Abs. 2 GesG FR. in FR werden gemäss Art. 54a Abs. 1 GesG FR alle Zwangsmassnahmen von der Erwachsenenschutzbehörde beurteilt, nicht nur beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeheimen.

⁵⁷¹ Art. 2 Abs. 1 Bst. a – c Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte vom 18.01.2011 (SGF 821.0.16) FR.

⁵⁷² Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit a – e Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte FR setzt sich die Kommission zusammen aus: a. zwei Personen als Vertretung der Patientenvereinigungen; b. einer Person als Vertretung der Institutionen des Gesundheitswesens; b1. einer Person als Vertretung der sonderpädagogischen Institutionen für Erwachsene mit Behinderungen; b2. einer Person als Vertretung der Leistungsempfängerinnen und -empfänger der sonder- und sozialpädagogischen Institutionen für Erwachsene mit Behinderungen; c. zwei Personen als Vertretung der Ärztinnen und Ärzte, darunter

digen Mitglieder kommen aus Gesundheitsberufen, welche in der ständigen Kommission nicht vertretenen sind⁵⁷³, und werden beigezogen, wenn ein bestimmter Fall ihren Bereich betrifft.⁵⁷⁴ Auch der Beizug von aussenstehenden Expertinnen oder Experten ist möglich.⁵⁷⁵ Die Aufsichtskommission kann von Amtes wegen, in Folge der Anrufung durch eine betroffene Person bzw. deren Vertretung oder aufgrund schriftlicher Meldung von Seiten Dritter tätig werden.⁵⁷⁶ Parteistellung kommt allerdings nur denjenigen Personen, bzw. ihrer Vertretung zu, welche die Verletzung eines vom Gesundheitsgesetz FR geschützten Rechts geltend machen.⁵⁷⁷ In den anderen Fällen wird die Anzeigerin oder der Anzeiger aber informiert, ob ihrer oder seiner Anzeige Folge geleistet wurde.⁵⁷⁸ Die Aufsichtskommission kann zudem tätig werden, wenn die für die Aufsicht zuständige Direktion Verstösse gegen die Pflichten der der Aufsicht unterstellten Institutionen und Personen feststellt und ihr den Fall zur Stellungnahmen und zum Entscheid unterbreitet.⁵⁷⁹ Die Aufsichtskommission kann einige Disziplinar-massnahmen selbstständig anordnen (Verwarnung⁵⁸⁰, Verweis⁵⁸¹, Busse⁵⁸², Auflage zur Zusatzausbildung⁵⁸³).⁵⁸⁴ In den anderen Fällen stellt sie der Direktion einen begründeten Antrag auf Einstellung des Verfahrens oder auf Anordnung einer Massnahme.⁵⁸⁵ Gegen Entscheide der Aufsichtskommission und der Direktion kann Beschwerde beim Kantonsgericht eingelegt werden.⁵⁸⁶

Die « Commission de surveillance des droits des patients » (nachfolgend Kommission) des Kantons Jura soll die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen über die Patientenrechte gewährleisten.⁵⁸⁷ Dafür erlässt sie Richtlinien und Anweisungen zuhanden der Institutionen⁵⁸⁸, überwacht sie die Einhaltung der Regeln der medizinischen Ethik und der Pflege in den Einrichtungen⁵⁸⁹, klärt sie von Amtes wegen oder auf Beschwerde hin Fälle von Verletzungen der Patientenrechte⁵⁹⁰ und inspiziert und kontrolliert sie regelmässig und unangekündigt die Einrichtungen, um die Einhaltung der Patientenrechte zu überprüfen.⁵⁹¹ Die Kommission arbeitet explizit mit der für die Aufsicht zuständigen Behörde (Service de la santé⁵⁹²) zusammen.⁵⁹³ In der Ordonnance concernant les droits

eine Fachärztin oder ein Facharzt für Psychiatrie; d. vier weiteren Gesundheitsfachpersonen; e. zwei Juristinnen oder Juristen, die den Vorsitz und den Vizevorsitz innehaben.

⁵⁷³ Art. 2 Abs. 1 Bst. b Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte FR.

⁵⁷⁴ Art. 4 Abs. 1 Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte FR.

⁵⁷⁵ A.a.O.

⁵⁷⁶ Art. 127a Abs. 3 GesG FR.

⁵⁷⁷ Art. 43 Abs. 1 Gesundheitsgesetz FR und Art. 127c Abs. 1 GesG FR.

⁵⁷⁸ Art. 127c Abs. 2 GesG FR.

⁵⁷⁹ Art. 127a Abs. 2 GesG FR.

⁵⁸⁰ Art. 125 Abs. 1 Bst. a GesGz FR.

⁵⁸¹ Art. 125 Abs. 1 Bst. b GesG FR.

⁵⁸² Art. 125 Abs. 1 Bst. c GesG FR.

⁵⁸³ Art. 125 Abs. 2 Satz 2 GesG FR.

⁵⁸⁴ Art. 127g Abs. 1 GesG FR.

⁵⁸⁵ Art. 127f Abs. 2 GesG FR.

⁵⁸⁶ Art. 127i Abs. 2 GesG FR.

⁵⁸⁷ Art. 28c Abs. 1 loi sanitaire JU.

⁵⁸⁸ Art. 9 Abs. 2 Bst. a Ordonnance concernant les droits des patients vom 24.04.2007 (RSJU 810.021) JU und Art. 28c Abs. 1 Bst. a loi sanitaire JU.

⁵⁸⁹ Art. 9 Abs. 2 Bst. b Ordonnance concernant les droits des patients JU und Art. 28c Abs. 1 Bst. b loi sanitaire JU.

⁵⁹⁰ Art. 9 Abs. 2 Bst. c Ordonnance concernant les droits des patients JU und Art. 28c Abs. 1 Bst. c loi sanitaire JU.

⁵⁹¹ Art. 9 Abs. 2 Bst. e Ordonnance concernant les droits des patients JU Art. 28c Abs. 1 Bst. d loi sanitaire JU.

⁵⁹² Art. 29 Abs. 1 Bst. g Loi sur l'organisation gérontologique JU.

⁵⁹³ Art. 10 Abs. 1 Ordonnance concernant les droits des patients JU.

des patients werden die Einzelheiten zur Zusammensetzung der Kommission und zum Verfahren bei Beschwerden geregelt. Die Kommission besteht aus sieben bis neun Mitgliedern aus dem juristischen, medizinischen und sozialen Bereich.⁵⁹⁴ Beschwerdeführende Personen, bzw. deren Vertretung haben die Möglichkeit sich zunächst an eine von der Regierung ernannte Ombudsperson zu wenden, welche mit beratender Stimme Mitglied der Kommission ist.⁵⁹⁵ Wenn keine Einigung erzielt werden kann, kann sich die Person bzw. ihre Vertretung mit schriftlichen und begründeter Beschwerde an die Kommission wenden.⁵⁹⁶ Ausgenommen sind explizit Beschwerden in Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen, welche in jedem Fall von der Erwachsenenschutzbehörde zu beurteilen sind.⁵⁹⁷ Parteistellung kommt der Person zu, gegen welche die Beschwerde gerichtet ist und der Gesundheitsinstitution, nicht jedoch der betroffenen Person.⁵⁹⁸ Nach Abschluss der Untersuchung schlägt die Kommission, im Falle einer Verletzung der Patientenrechte, der zuständigen Behörde⁵⁹⁹ geeignete Massnahmen vor.⁶⁰⁰ Der Entscheid der Kommission ist nicht anfechtbar.

Im Kanton Genf werden die Organisation und die Befugnisse der «comission de surveillance» (nachfolgend Kommission) in der «Loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (LComPS)» geregelt.⁶⁰¹ Die Kommission überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Gesundheitsberufe und Gesundheitsinstitutionen und die Einhaltung der Patientenrechte gemäss Gesundheitsgesetz GE.⁶⁰² Dazu kann sie Fälle mutmasslicher Verletzungen der Vorschriften über die Gesundheitsberufe und Gesundheitsinstitutionen und der Patientenrechte untersuchen und Richtlinien und Anweisungen erlassen.⁶⁰³ Die Kommission richtet jährlich einen Tätigkeitsbericht an den «Conseil d'Etat», der diesen veröffentlicht.⁶⁰⁴ Sie setzt sich zusammen aus 16 ordentlichen Mitgliedern aus juristischen, medizinischen und sozialen Berufen zusammen.⁶⁰⁵ Ohne Stimmrecht sind auch die Direktorin oder der Direktor der «Direction générale de la santé» (Gesundheitsdirektion), die Kantonsärztin oder der Kantonsarzt und die Kantonsapothekerin oder der Kantonsapotheker in der Kommission vertreten.⁶⁰⁶ Auch der Beizug von externen Expertinnen und Experten ist zulässig.⁶⁰⁷

⁵⁹⁴ Gemäss Art. 11 Abs. 1 Ordonnance concernant les droits des patients JU setzt sich die Kommission zusammen aus: a. einer Juristin oder einem Juristen; b. einer Patientenvertreterin oder einem Patientenvertreter; c. zwei Ärztinnen oder Ärzte, darunter eine Psychiaterin oder ein Psychiater; d. zwei Vertreterinnen oder Vertreter von Gesundheitsberufen, die in einem Spital oder einer sozialmedizinischen Einrichtung arbeiten; e. einer Sozialarbeiterin oder einem Sozialarbeiter.

⁵⁹⁵ Art. 28c Abs. 3 loi sanitaire JU und Art. 6 Abs. 1 und 2 Ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁶ Art. 15 Ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁷ In JU werden gemäss Art. 28a Abs. 5 loi sanitaire JU und Art. 28c Abs. 1 lit c loi sanitaire JU alle Zwangsmassnahmen von der Erwachsenenschutzbehörde beurteilt, nicht nur beM an urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeheimen.

⁵⁹⁸ Art. 19 Ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁵⁹⁹ Dem Département de l'économie et de la santé gemäss Art 30 ff. loi sur l'organisation gérontologique JU.

⁶⁰⁰ Art. 20 Abs. 2 Ordonnance concernant les droits des patients JU.

⁶⁰¹ Art. 10 Abs. 2 LS GE.

⁶⁰² Art. 1 Abs. 2 lit a und b Loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients vom 07.04.2006 (LComPS ; RSG K 3 03) GE.

⁶⁰³ Art. 7 Abs. 1 lit a und b LComPS GE.

⁶⁰⁴ Art. 7 Abs. 4 LComPS GE.

⁶⁰⁵ Gemäss Art. 3 Abs. 3 a - m LComPS GE setzt sich die Kommission zusammen aus: a. zwei Fachärztinnen oder Fachärzte für Allgemeinmedizin oder Innere Medizin; b. eine Ärztin oder ein Arzt, die/der chirurgische oder diagnostische Eingriffe vornimmt; c. eine Fachärztin oder ein Facharzt für Psychiatrie; d. zwei Krankenpflegerinnen oder Krankenpfleger; e. eine Zahnärztin oder ein Zahnarzt; f. eine Fachärztin oder ein Facharzt für Pharmakotoxikologie; g. ein Mitglied einer Organisation, die sich für die Verteidigung der Patientenrechte einsetzt; h. eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt; i. zwei Vertreterinnen politischer Parteien, die nicht einem der Gesundheitsberufe angehören, die im loi sur la santé GE erwähnt sind; j. eine Apothekerin oder ein Apotheker; k. eine Sozialarbeiterin oder ein Sozialarbeiter; l. eine Augenärztin oder ein Augenarzt; m. eine Gynäkologin oder ein Gynäkologe.

⁶⁰⁶ Art. 3 Abs. 4 lit a – c LComPS GE.

Die Kommission kann von Amtes wegen, auf Antrag einer betroffenen Person oder deren Vertretung oder aufgrund einer Anzeige des Departements, Angehöriger von Gesundheitsberufen, Institutionen oder anderen Einzelpersonen, tätig werden.⁶⁰⁸ Parteistellung hat jedoch nur die betroffene Person bzw. deren Vertretung.⁶⁰⁹ Die Kommission verweist die Beschwerdeführerin oder den Beschwerdeführer in Fällen in denen kein überwiegendes öffentliches Interesse an einer sofortigen Untersuchung besteht an eine Ombudsperson, welche eine Einigung zu erzielen versucht.⁶¹⁰ Nach Abschluss der Untersuchung kann die Kommission im Falle einer Verletzung von Patientenrechten eine mit Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbundene Verfügung oder eine Feststellungsverfügung erlassen.⁶¹¹ Zudem kann sie Verwarnungen, Verweise und Geldstrafen aussprechen.⁶¹² Wenn Angehörige von Gesundheitsberufen oder Einrichtungen des Gesundheitswesens Verstösse begangen haben, welche zu einer Einschränkung oder einem Entzug der Berufstätigkeit oder der Betriebsgenehmigung führen könnten, informiert die Kommission das zuständige Departement.⁶¹³ Gegen Entscheide der Aufsichtskommission kann bei der *Chambre administrative de la Cour de justice* (Verwaltungskammer des Gerichtshofs) Beschwerde eingelegt werden.⁶¹⁴

Die zwar sehr unterschiedlich ausgestalteten Aufsichts- und Beschwerdekommmissionen teilen sich den Vorteil ihrer interdisziplinären Zusammensetzungen. Im Vergleich zu einer gewöhnlichen Anzeige an die Aufsichtsbehörde, geht der Rechtsschutz zudem oft weiter, insofern, dass die anzeigende Person Parteistellung erhält und sich gegen ablehnende Entscheide zur Wehr setzen kann. Die Kommissionen verfügen über breite und spezifische Fachkenntnisse, und die Übertragung der Kompetenz zur Aufhebung von beM an die Erwachsenenschutzbehörde in Art. 385 ZGB ist in diesen Kantonen wohl für das Rechtsschutzinteresse betroffener Personen eher nachteilig. Wie bei allen Rechtsschutzmöglichkeiten bleibt aber die Schwierigkeit, dass urteilsunfähige Personen darauf angewiesen sind, dass jemand an ihrer Stelle ihre Rechte wahrnimmt.

⁶⁰⁷ Art. 3 Abs. 5 LComPS GE.

⁶⁰⁸ Art. 8 Abs. 1 und 2 LComPS GE.

⁶⁰⁹ Art. 9 LComPS GE.

⁶¹⁰ Art. 16 Abs. 1 LComPS GE.

⁶¹¹ Art. 20 Abs. 1 LComPS GE.

⁶¹² Art. 20 Abs. 2 LComPS GE.

⁶¹³ Art. 19 LComPS GE und Art. 126 LS GE.

⁶¹⁴ Art. 22 Abs. 1 LComPS GE.

LITERATURVERZEICHNIS

BANTEKAS ILIAS/STEIN MICHAEL ASHLEY/ANASTASIOU DIMITRIS (Hrsg.), The UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary, Oxford 2018 (zit. CRPD Oxford Commentary-AUTOR*IN, S. X)

BAUMANN FELIX, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), in: ZBI 105/2004, S. 505–535 (zit. BAUMANN, S. X)

BEN-ATTIA ORLY, Unterbringung und Behandlung urteilsunfähiger Personen im Spannungsverhältnis zwischen Betreuungsvertrag, medizinischem Vertretungsrecht und Fürsorgerischer Unterbringung, Zürich/Genf 2024 (zit. BEN-ATTIA, S. X)

BERNHART CHRISTOF, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung: Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Basel 2011 (zit. BERNHART, S. X)

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY et al. (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, 1. Aufl., Bern 2013 (zit. FamKomm-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

BÜRGER CHRISTIAN, Patientenrechte und freiheitsbeschränkende Massnahmen, 2013, abrufbar unter: https://www.patientenanwalt.com/download/Patientenrechte_freiheitsbeschraenkende_Massnahmen_Buerger_Expertenletter_Pflege.pdf (besucht am 18.04.2024) (zit. BÜRGER, S. X)

DELLA FINA VALENTINA, CERA RACHELE, PALMISANO GIUSEPPE (Hrsg.), The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A Commentary, Berlin 2017 (zit. CRPD Commentary-AUTOR*IN, S. X)

Dementia Alliance International, Alzheimer's Disease International, Brief for Alzheimer associations: Access to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities by people living with dementia, <https://www.alzint.org/u/crpd-brief-alzheimer-associations.pdf> (besucht am 20.03.2024) (zit. Brief for Alzheimer associations, S. X)

DONATSCH ANDREAS/HEIMGARTNER STEFAN/ISENRING BERNHARD et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar StGB/JStGB, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. OFK StGB-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

EGMR, Research Report, Rights of persons in relation to involuntary placement and treatment in mental health facilities, 16.12.2022 (zit. EGMR Research Report)

ERMLER ANDREA/SCHMITT-MANNHART REGULA, Richtlinien zum Umgang mit bewegungseinschränkenden Massnahmen, 2017 (zit. ERMLER/SCHMITT-MANNHART, S. X)

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009 (zit. FROWEIN/PEUKERT, Art. X, N. X)

GEISER THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, Ein Studienbuch, 7. Aufl., München/Basel/Wien 2021 (zit. GRABENWARTER/PABEL, § X, Rz. X)

HEWER WALTER/THOMAS CHRISTINE, Psychopharmakotherapie bei Demenz und Delir, im Spannungsfeld zwischen Leitlinienempfehlungen und Versorgungspraxis, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie, 2017. 50(2), S. 106–114, abrufbar unter: Psychopharmakotherapie bei Demenz und Delir | Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie (springer.com) (besucht am 09.04.2024) (zit. HEWER/THOMAS, S. X)

HSU WAN-TING/ESMAILY-FARD AMIN/LAI CHIH-CHENG ET AL., Antipsychotics and the Risk of Cerebrovascular Accident: A Systematic Review and Meta-Analysis of Observational Studies, in: Journal of the American Medical Directors Association, 2017 Aug 1;18(8), S. 692-699, abrufbar unter: Antipsychotics and the Risk of Cerebrovas-

cular Accident: A Systematic Review and Meta-Analysis of Observational Studies - ScienceDirect (besucht am 09.04.2024) (zit. HSU/ESMAILY-FARD/LAI, S. X)

JONES NEV, Antipsychotic medications, psychological side effects and treatment engagement. *Issues in Mental Health Nursing*, 2012 Jul; 33 (7), S. 492-3 (zit. JONES, S. X)

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. KÄLIN/KÜNZLI, S. X)

KARPENSTEIN ULRICH/MAYER, FRANZ C., EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. EMRK-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

KLÖPPEL STEFAN/DAN GEORGESCU, Freiheitsbeschränkende Massnahmen in der Alterspsychiatrie, *Praxis* 2023 (zit. KLÖPPEL/GEORGESCU, S. X)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC ET AL. (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar ZGB*, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

KREUTZ MARCUS/LACHWITZ KLAUS/TRENK-HINTERBERGER PETER (Hrsg.), *Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis*, 2013 (zit. BRK Praxis-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/RAUMER STEFAN VON (Hrsg.), EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Basel 2023 (zit.: HK EMRK-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 69. Edition, München 2024 (zit. BeckOK-AUTOR*IN, § X, N. X)

NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/LANDOLT HARDY (Hrsg.), *UNO-Behindertenrechtskonvention*, Bern 2023 (zit. BRK Kommentar-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz*, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

NUSPLIGER ISABELLE, Grundfragen zum Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 ZGB, Bern 2020 (zit. NUSPLIGER, S. X)

PÄRLI KURT, Zwangsmassnahmen in der Pflege, *AJP/PJA* 3/2011, S. 360 ff. (zit. PÄRLI, S. X)

RITZI SEBASTIAN, Freiheitseinschränkende Massnahmen bei Menschen mit Demenz in professionellen Sorgebeziehungen, *Kritische Darstellung und ethisch-fachliche Reflexion*, Heidelberg 2022 (zit. Ritzi, S. X)

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), *Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV*, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. Komm. Erwachsenenschutzrecht-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

SCARDINO-MEIER LAURA, Demenz als Risikofaktor für Ausbeutung, *Jusletter* 02.10.2023 (zit. SCARDINO-MEIER, S. X)

SCHMID JÖRG (Hrsg.), *Zürcher Kommentar der Erwachsenenschutz, die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen*, Art. 360-387 ZGB, Zürich 2015 (zit. ZK ZGB-BOENTE, Art. X, N. X)

STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX (Hrsg.), *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 8. Aufl., Bern 2022 (zit. STRATENWERTH, § X, Rz. X)

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARC (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. PK StGB-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Schweizerische Bundesverfassung (BV)*, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTOR*IN, Art. X, N. X)

YEH TA-CHUAN/TZENG NIAN-SHENG/LI JUO-CHI ET AL., Mortality Risk of Atypical Antipsychotics for Behavioral and Psychological Symptoms of Dementia: A Meta-Analysis, Meta-Regression, and Trial Sequential Analysis of Randomized Controlled Trials, in: *Journal of Clinical Psychopharmacology* 39(5), 9/10 2019, S. 472-478, abrufbar unter: Mortality Risk of Atypical Antipsychotics for Behavioral and... : *Journal of Clinical Psychopharmacology* (lww.com) (besucht am 09.04.2024) (zit. YEH/TZENG/LI, S. X)

YUNUSA ISMAEEL/ALSUMALI ADNAN/GARBA ASABE ET AL., Assessment of Reported Comparative Effectiveness and Safety of Atypical Antipsychotics in the Treatment of Behavioral and Psychological Symptoms of Dementia: A Network Meta-analysis, in: JAMA Netw Open, 2019, 2 (3), S. e190828, abrufbar unter: <https://jamanetwork.com/journals/jamanetworkopen/fullarticle/2728618> (besucht am 08.04.2024) (zit. YUNUSA /ALSUMALI/GARBA, S. X)

MATERIALIENVERZEICHNIS

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Krankheiten A-Z, Demenz, abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/demenz.html> (besucht am 26.01.2024) (zit. BAG Demenz)

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Zahlen und Statistiken, Zahlen und Fakten zu Demenz, abrufbar unter: www.bag.admin.ch/bag/de/home/zahlen-und-statistiken/zahlen-fakten-demenz.html (besucht am 21.03.2024) (zit. BAG Zahlen und Fakten zu Demenz)

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG) UND SCHWEIZERISCHE KONFERENZ DER KANTONALEN GESUNDHEITSDIREKTORINNEN UND-DIREKTOREN (GDK) (Hrsg.), Nationale Demenzstrategie 2014-2017, Bern 2016, abrufbar unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/demenz/nationale-demenzstrategie.html> (besucht am 07.02.2024) (zit. Nationale Demenzstrategie 2014-2017, S. X)

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Gesundheitswesen, Alters- und Pflegeheime, abrufbar unter: www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/alters-pflegeheime.html (besucht am 21.03.2024) (zit. Bundesamt für Statistik)

BUNDESRAT, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006 (zit. BBI 2006 70XX)

BUNDESRAT, Patientenrechte und Patientenpartizipation in der Schweiz, Bericht in Erfüllung der Postulate 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli und 12.3207 Steiert, Bern 2015 (zit. Bericht Postulate Kessler/Gilli/Steinert, S. X)

BÜRO FÜR ARBEITS- UND SOZIALPOLITISCHE STUDIEN BASS, Indikatoren Versorgungsmonitoring Demenz, Prävalenzschätzungen zu Demenzerkrankungen in der Schweiz, April 2021 (zit. Büro Bass, Prävalenzschätzungen zu Demenzerkrankungen in der Schweiz, S. X)

COMMITTEE ON BIOETHICS (DH-BIO), Draft explanatory report to the Additional Protocol to the Convention on human rights and biomedicine concerning the protection of human rights and dignity of persons with regard to involuntary placement and involuntary treatment within mental health care services, vom 25.01.2022, Doc. CM(2022)14-add2 (zit. Draft explanatory report, Ziff. X)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD), General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, UN Doc. CRPD/C/GC/1, 19.05.2014 (zit. CRPD GC No. 1, Ziff. X)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH Disabilities (CRPD), Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities, Catalina Devandas-Aguilar, Rights of persons with disabilities, UN Doc. A/74/186, 17.07.2019 (zit. CRPD Report of the Special Rapporteur, Ziff. X)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD), Concluding observations on the initial report of Switzerland, UN Doc. CRPD/C/CHE/CO/1, 13.04.2022, (zit. CRPD CO Switzerland, Ziff. X)

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES (CRPD), Guidelines on deinstitutionalization, including in emergencies, 09.09.2022, UN Doc. CRPD/C/5 (zit. CRPD deinstitutionalization, Ziff. X)

CPT, FACTSHEET, PERSONS deprived of their liberty in social care establishments, 21.12.2020, CPT/Inf(2020)41 (zit. CPT Factsheet Social Care Establishments, Ziff. X)

CPT, Means of restraint in psychiatric establishments for adults (Revised CPT-Standards), 21.03.2017, CPT/Inf(2017)6 (zit. CPT Standards Means of restraint, Ziff. X)

CPT, Involuntary placement in psychiatric establishments, 31.08.1998, CPT/Inf(98)12-part (zit. CPT Standards Involuntary placement, Ziff. X)

CURAVIVA Schweiz, freiheitsbeschränkende Massnahmen, Faktenblatt, Bern 2017, abrufbar unter: www.curaviva.ch (besucht am 07.02.2024) (zit. CURAVIVA, freiheitsbeschränkende Massnahmen, S. X)

CURAVIVA Schweiz, Leitfaden Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, Bern 2021 abrufbar unter: [\(https://www.curaviva.ch/News/Beurteilung-und-Therapie-verhaltensbezogener-und-psychologischer-Symptome-bei-Menschen-mit-Demenz/ofeu0QLM/PEZNL/?m=0&open_c=\(curaviva.ch\)\)](https://www.curaviva.ch/News/Beurteilung-und-Therapie-verhaltensbezogener-und-psychologischer-Symptome-bei-Menschen-mit-Demenz/ofeu0QLM/PEZNL/?m=0&open_c=(curaviva.ch)) (besucht am 08.04.2024) (zit. CURAVIVA Beurteilung und Therapie verhaltensbezogener und psychologischer Symptome bei Menschen mit Demenz, S. X)

CURAVIVA Schweiz, Faktenblatt zu Qualitätsindikatoren für die stationäre Langzeitpflege – Bewegungseinschränkende Massnahmen, Bern 2024, abrufbar unter: [\(https://www.curaviva.ch/Fachwissen/Medizinische-Qualitaetsindikatoren/PR0oS/\)](https://www.curaviva.ch/Fachwissen/Medizinische-Qualitaetsindikatoren/PR0oS/) (besucht am 20.04.2024) (zit. CURAVIVA, Bewegungseinschränkende Massnahmen)

CURAVIVA BE, Musterkonzept Umgang mit bewegungseinschränkenden Massnahmen Alters- und Pflegeheime, Bern 2013, abrufbar unter: [\(https://www.curaviva-be.ch/Infos-Downloads/P1kCo/?m=1&c=3EC36EBB-4795-4952-8001CB0180B5C81D&ref_c=CB70358A-89E2-471B-ADB7EE5FFBF26C0E\)](https://www.curaviva-be.ch/Infos-Downloads/P1kCo/?m=1&c=3EC36EBB-4795-4952-8001CB0180B5C81D&ref_c=CB70358A-89E2-471B-ADB7EE5FFBF26C0E) (besucht am 07.02.2024) (zit. CURAVIVA BE, Musterkonzept freiheitsbeschränkende Massnahmen, S. X)

Ecoplan, Versorgungsstrukturen und -angebote für Menschen mit Demenz und ihre Angehörigen in den Kantonen – Ergebnisse der Befragung der Kantone und regionalen Sektionen von Alzheimer Schweiz 2023, Bern 2023 (zit. Ecoplan, S. X)

Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050, an analysis for the Global Burden of Disease Study 2019, THE LANCET Public Health, Januar 2022, abrufbar unter: [\(https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667\(21\)00249-8/fulltext\)](https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667(21)00249-8/fulltext) (besucht am 18.01.2024) (zit. Estimation of the global prevalence of dementia in 2019 and forecasted prevalence in 2050)

EUOPARAT, Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No. 164, 04.04.1997 (zit. Explanatory Report, Ziff. X)

GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, Annex to the Report of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/72/55, 11.05.2017 (zit. GA Guidelines 14 CRPD, S. X, Ziff. X)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment Nr. 35: Article 9, Liberty and Security of Persons, UN-Doc. CCPR/C/GC/35, 16.12.2014 (zit. HRC GC Nr. 35, Ziff. X)

KANTON AARGAU, Gesundheitswesen Aargau 2012, Pflegeheimkonzeption, vom Regierungsrat genehmigt am 16.12.2009 (zit. Pflegeheimkonzeption AG, S. X)

KANTON BASEL-LANDSCHAFT, Freiheitseinschränkende Massnahmen, Reglement zum Umgang mit Freiheitseinschränkenden Massnahmen (FeM), mit Schwerpunkt Bewegungseinschränkende Massnahmen (BeM), in Kraft per 01.01.2013, abrufbar unter: [Freiheitseinschränkende Massnahmen — baselland.ch](https://www.baselland.ch) (besucht am 29.01.2024) (zit. BL, Reglement zum Umgang mit FeM, S. X)

KANTON WAADT, Bilans d'activité, abrufbar unter: [\(https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems\)](https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems) (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Bilans d'activité)

KANTON WAADT, Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS), abrufbar unter: [\(https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess\)](https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess) (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Contrôle interdisciplinaire des visites en établissements sanitaires et sociaux (CIVESS))

KANTON WAADT, Conditions général de l'Inspection, in Kraft seit 24.08.2021, abrufbar unter: [\(https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess\)](https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess) (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Conditions général de l'Inspection, S. X)

KANTON WAADT, Etablissements médico-sociaux (EMS), abrufbar unter: <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites->

en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Etablissements médico-sociaux (EMS))

KANTON WAADT, Explicatif des inspections Ciblees en établissement médico-social et division C d'hôpital, in Kraft seit 20.06.2019, abrufbar unter: <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems> (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Explicatif des inspections Ciblees en établissement médico-social et division C d'hôpital, S. X)

KANTON WAADT, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social en gériatrie et psychiatrie de l'âge avancé, mesures limitant la liberté de mouvement, September 2016, abrufbar unter: <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-sante-et-de-l'action-sociale-dsas/controle-interdisciplinaire-des-visites-en-etablissements-sanitaires-et-sociaux-civess/populations-veillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems> (besucht am 29.01.2024) (zit. VD, Mesures de contrainte dans le domaine de l'hébergement médico-social en gériatrie et psychiatrie de l'âge avancé, S. X)

KANTON WALLIS, Weisungen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit/Personen innerhalb einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung, abrufbar unter: <https://www.vs.ch/de/web/sjsj/autorites-de-protection-de-l-enfant-et-de-l-adulte1#PAFA> (besucht am 29.01.2024) (zit. VS, Weisungen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit/Personen innerhalb einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung)

NKVF, Visite de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) dans l'établissement médico-social Les Charmettes à Neuchâtel, 07.04.2022 (zit. NKVF Schreiben Les Charmettes, S. X)

NKVF, Bericht der NKVF zum Besuch im Pflegeheim Senevita Lindenbaum in Spreitenbach, 02.08.2022 (zit. NKVF Schreiben Senevita Lindenbaum, S. X).

NKVF, Rapport de la CNPT sur la visite dans l'établissement médico-social la Maison de Vessy, 25.10.2022 (zit. NKVF Schreiben Vessy, S. X)

NKVF, Schreiben zum Besuch der NKVF im Zentrum für Pflege und Betreuung Mülimatt, 07.02.2023 (zit. NKVF Schreiben Mülimatt, S. X)

NKVF, Schreiben zum Besuch der NKVF im Wohn- und Pflegezentrum Tertianum Waldhof und Rägeboge in Dotzigen, 06.03.2023 (zit. NKVF Schreiben Tertianum Waldhof, S. X)

NKVF, Visite de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) dans l'établissement médico-social Les Mouettes, 07.05.2023 (zit. NKVF Schreiben Les Mouettes, S. X)

NKVF, Schreiben zum Besuch der NKVF im Zentrum Frauensteinmatt in Zug, 10.05.2023 (zit. NKVF Schreiben Zentrum Frauensteinmatt, S. X)

NKVF, Visite de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) dans le Foyer Saint-Ursanne à Saint-Ursanne, 15.05.2023 (zit. NKVF Schreiben Foyer Saint-Ursanne, S. X)

NKVF, Schreiben zum Besuch der NKVF im Gesundheitszentrum für das Alter Laubegg, 10.07.2023 (zit. NKVF Schreiben Laubegg, S. X)

NKVF, Schreiben zum Besuch der NKVF im Seniorenzentrum Cadonau in Chur, 10. und 11.07.2023 (zit. NKVF Schreiben Cadonau, S. X)

NKVF, Visite de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT) dans l'EMS Les Tilleuls, 28.09.2023 (zit. NKVF Schreiben Les Tilleuls, S. X)

NKVF, Tätigkeitsbericht NKVF 2016, Bern 2016, abrufbar unter <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/publikationen/taetigkeitsberichte.html> (besucht am 29.01.2024) (zit. Tätigkeitsbericht NKVF 2016, S. X)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW) (Hrsg.), Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz, 2. Aufl. 2018, abrufbar unter <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Behandlung-und-Betreuung-von-Menschen-mit-Demenz.html> (besucht am 26.01.2024) (zit. SAMW-Demenz, S. X)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW) (Hrsg.), Zwangsmassnahmen in der Medizin, 5. Aufl. 2018, abrufbar unter <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Zwangsmassnahmen-in-der-Medizin.html> (besucht am 29.01.2024) (zit. SAMW-Zwangsmassnahmen, S. X)

SCHWEIZERISCHES KOMPETENZZENTRUM FÜR MENSCHENRECHTE (SKMR) (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen dargestellt am Beispiel von Personen mit Altersdemenz, verfasst von Künzli Jörg/Frei Nula/ Fernandes-Veerakatty Vijitha, Bern 2016. (zit. Gutachten Altersdemenz, S. X)

SENEVITA, Konzept Pflege und Betreuung für Menschen mit Demenz (zit. SENEVITA Konzept, S. X)

TERTIANUM, Demenz Konzept, 13.11.2019 (zit. TERTIANUM Demenz Konzept, S. X)

Working Group on Arbitrary Detention; the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities; the Chair of the Committee on the Rights of Person with Disabilities and the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Joint communication, 29.09.2017, abrufbar unter <https://rm.coe.int/letter-un-bodies-to-sg/16808e5e28> (besucht am 18.04.2024) (zit. Joint communication)

VERZEICHNIS KANTONALER RECHTSGRUNDLAGEN

Kanton Aargau

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 27. Juni 2017, SAR 210.300

Pflegegesetz (PflG) vom 26. Juni 2007, SAR 301.200

Kanton Appenzell Ausserrhoden

Gesundheitsgesetz vom 25. November 2007, bGS 811.1

Verordnung über die Heimaufsicht (Heimverordnung) vom 11. Dezember 2007, bGS 811.14

Kanton Appenzell Innerrhoden

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 26. April 1998, GS 800.000

Kanton Basel-Landschaft

Verordnung über die Bewilligung und Beaufsichtigung von Heimen (Heimverordnung) vom 25. September 2001, SGS 850.14

Kanton Basel-Stadt

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 21. September 2011; SG 300.100

Kanton Bern

Gesetz über die Sozialen Leistungsangebote (SLG) vom 9. März 2021, BSG 860.2

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 23. Mai 1989, BSG 155.21

Verordnung über die Sozialen Leistungsangebote (SLV) vom 24. November 2021, BSG 860.21

Kanton Freiburg

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 16. November 1999, BDLF 821.0.1

Verordnung über die Kommission für die Aufsicht über die Berufe des Gesundheitswesens und die Wahrung der Patientenrechte vom 18. Januar 2011, SGF 821.0.16

Kanton Genf

Loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (LComPS) vom 07. April 2006, RSG K 3 03

Loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA) vom 4. Dezember 2009, RSG J 7 20

Loi sur la santé (LS) vom 7. April 2006, RSG K 1 03

Règlement d'application de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RGEPA) vom 16. März 2010, RSG J 20.01

Kanton Glarus

Pflege und Betreuungsgesetz vom (PBV) vom 5. September 2021, GS VIII A/1/5

Pflege und Betreuungsverordnung (PBV) vom 29. November 2022; GS VIII A/1/6

Kanton Graubünden

Gesetz zum Schutz der Gesundheit im Kanton Graubünden (Gesundheitsgesetz) vom 2. September 2016, BR 500.000

Verordnung zum Gesundheitsgesetz (VOzGesG) vom 20. Juni 2017, BR 500.010

Kanton Jura

Loi sanitaire vom 14. Dezember 1990, RSJU 810.01

Loi sur l'organisation gérontologique vom 16. Juni 2010, RSJU 810.41

Ordonnance concernant les droits des patients vom 24. April 2007, RSJU 810.021

Ordonnance sur l'organisation gérontologique vom 14. Dezember 2010, RSJU 810.411

Kanton Luzern

Verordnung zum Betreuungs- und Pflegegesetz (BPV) vom 30.11.2010, SRL 867a

Kanton Neuenburg

Loi de santé (LS) vom 6. Februar 1995, LDCN 800.1

Kanton Nidwalden

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 30. Mai 2007, NG 711.1

Kanton Obwalden

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 1. Dezember 2015, GDB 810.1

Kanton St. Gallen

Sozialhilfegesetz (SHG) vom 27. September 1998, sGS 381.1

Kanton Schaffhausen

Altersbetreuungs- und Pflegegesetz vom 21. August 1995, SHR 813.500

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 21. Mai 2012, SHR 810100

Verordnung zum Gesundheitsgesetz (GesV) vom 26. Februar 2013, SHR 810.102

Kanton Solothurn

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 19. Dezember 2018, BGS 811.11

Kanton Tessin

Legge sanitaria (LSan) vom 18. April 1989, RLti 801.100

Regolamento della Commissione di vigilanza sanitaria vom 27. Oktober 1992, RLti 802.150

Kanton Uri

Gesundheitsgesetz (GG) vom 01. Juni 2008, RB 30.2111

Kanton Waadt

Loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES) vom 5. Dezember 1978, RSV 810.01

Loi sur la santé publique (LSP) vom 29. Mai 1985, RSV 800.01

Règlement sur les établissements sanitaires et les établissements apparent s de droit privé dans le Canton de Vaud (RES) vom 26. Januar 2011, RSV 810.03.1

Kanton Wallis

Gesundheitsgesetzes (GG) vom 14. Februar 2008, SGS 800.1

Verordnung über die Beaufsichtigung der Gesundheitsberufe (VBGB) vom 25. November 2020, SGS 811.102

Verordnung über Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Gesundheitsinstitutionen vom 30. November 2022, SGS 800.500

Kanton Zürich

Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) vom 25. Juni 2012, LS 232.3

Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007, LS 810.1

Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004, LS 813.13

BESUCHTE INSTITUTIONEN UND GEFÜHRTE GESPRÄCHE

30. August 2023: Gespräch mit Erika Steinmann, KESB Region Entlebuch, Kommissionsmitglied der NKVF, Wolhusen und Ruswil

06. September 2023: Gespräch mit Dr. med. Ursula Klopstein, BFH, Kommissionsmitglied der NKVF, Bern

07. September 2023: Besuch Domicil Kompetenzzentrum Demenz, Oberried

19. September 2023: Teilnahme Sitzung NKVF-Begleitgruppe, NKVF, Bern

20. September 2023: Gespräch mit Prof. Dr. med. Stefan Klöppel, UPD Bern, Bern

02. November 2023: Teilnahme NPM Austauschtreffen, NKVF, Bern

07. November 2023: Gespräch mit Anna Jörger und Christian Streit, Curaviva, Bern

09. November 2023: Gespräch mit PD Dr. med. Albert Wettstein, UBA, Zürich

19. Dezember 2023: Besuch Alterszentrum Lindenpark, Balsthal

12. Februar 2024: Gespräch mit Prof. Dr. Sabine Hahn, BFH, Bern

15. Februar 2024: Besuch Tertianum Lindenegg, Oberlindach

29. Februar 2024 – 01. März 2024: Besuch EMS Butini Patio und Butini Village, Onex