

## Freiheitsbeschränkende Massnahmen: eine rechtliche Einordnung

---



**Prof. Peter Mösch Payot**  
Dozent und Projektleiter  
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

- 
- Professor für Sozialrecht an der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit; Verantwortlicher des Kompetenzzentrums Soziale Sicherheit
  - Lehrbeauftragter an verschiedenen Schweizer Hochschulen (insbesondere Sozialrecht, Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrecht)
  - Teilselbstständiger Berater für Rechts- und Organisationsfragen im Sozial- und Gesundheitsbereich
-

# Freiheitseinschränkende Massnahmen: eine rechtliche Einordnung

Prof. Peter Mösch Payot, lic. iur. LL.M.

[peter.moesch@hslu.ch](mailto:peter.moesch@hslu.ch)

1

## Inhalt

- Freiheitsbeschränkende Massnahmen im Allgemeinen
- Insb. Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen und Bewegungseinschränkungen von Urteilsunfähigen in Heimen
- Insb. erzieherische und disziplinarische Massnahmen
- Rückblick und Checkliste

2

# I. Freiheitsbeschränkende Massnahmen im Allgemeinen

3

## Vorbemerkungen

- **Rechtliches Spannungsfeld zwischen Freiheit und Schutz; Selbstbestimmung und Fremdbestimmung**
- **Öffentliches Recht, Privatrecht und Strafrecht:**
  - Öffentliches Recht: persönliche Freiheit vor dem Staat
  - Privatrecht: Persönlichkeitsschutz gegen Private
  - Strafrecht: Übelzufügung bei Verletzung wichtiger gesellschaftlicher Normen
- **Grundmuster:** Freiheit und Selbstbestimmung als Regel; Einschränkung bedarf besonderer Begründung
- **Normen und Rechtswirklichkeit**
  - Ermessen und Spielraum
  - Ressourcen und Unternehmenskultur

4

## Was gehört zu den Freiheits- und Persönlichkeitsrechten?

### - Rechte gemäss Art. 28 ZGB; meist auch Grundrechte

- Physische und psychische Integrität
- Sexualität
- Selbstbestimmung hinsichtlich Informationen
- Meinungsäusserung, Religion
- Verhalten und Entscheide als Teil der Persönlichkeit
  - Kleidung
  - Nutzung von Informations- und Kommunikationsmitteln
- Nahrung/Getränke..
- Aufenthalt
- Kontakte und Umgang
- ...

---

509.02.2022

5

## Begriffsklärung: Zwang, Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung

### Zwangsmassnahmen

- Alle Eingriffe gegen den klaren oder den mutmasslichen Willen des Betroffenen, freiheitsentziehende und freiheitsbeschränkende Massnahmen, z.B. FU, Haft, Fixation, Isolation, Zwangsmedikation, disziplinarische Bestrafung...

### Freiheitsentziehung

= Völliger Entzug der Freiheit, den Aufenthaltsort zu bestimmen

Arten:

- Polizeirechtliche Freiheitsentziehung (Polizeigewahrsam)
- Strafrechtliche Freiheitsentziehung (Haft, Freiheitsstrafe, stationäre Unterbringung)
- Fürsorgerische Freiheitsentziehung (Fürsorgerische Unterbringung)

### Freiheitsbeschränkung

= Beschränkungen der Bewegungsfreiheit und der persönlichen Freiheit

Arten (Auswahl):

- Beschränkungen der Bewegungsfreiheit
- Beschränkungen der Konsumation und des Umganges mit Geld
- Beschränkungen der Kommunikation
- Informationsweitergabe

---

peter.moesch@hslu.ch

09.02.2022

6

6

## Freiheitsbeschränkende Massnahmen: Motive

### Typologie nach Motiv

- Medizinische Massnahmen (Zwangsmedikation, Sedation etc.)
- Sicherheitsmassnahmen (Schutz Dritter, Schutz des/der Betroffenen vor sich selbst)
- Erzieherische und disziplinierende Massnahmen (bezogen auf Verhaltensmodulation)

7

## Grundbedingungen der Ausübung der Freiheit

- **Freiheit und ihre öffentlich- und privatrechtlichen Rahmenbedingungen**
- **Voraussetzungen, diese Freiheit wahrzunehmen**
  - Rechtsfähigkeit - Rechte haben können...
  - **Urteilsfähigkeit - Persönlichkeitsrechte wahrnehmen können...**
  - Handlungsfähigkeit - sich ohne Zustimmung verpflichten können...(Verträge etc.)

8

## **Drei Fallgruppen der Zulässigkeit von Beschränkungen der persönlichen Freiheit: Überblick**

- Einwilligung (= unechte Einschränkung der Freiheit!)
- Notwehr- oder Notstandssituation
- Überwiegende Sicherheits- und Schutzinteressen bzw. Disziplinarinteressen bei entsprechender gesetzlicher Grundlage

9

## **Einwilligung als Voraussetzung der Zulässigkeit von Beschränkungen der persönlichen Freiheit**

### **Einwilligung als Grundlage**

- Zustimmung des urteilsfähigen Betroffenen
- Informierte Einwilligung und Aktualität der Einwilligung als Voraussetzung
  - Vorgängige Einwilligung?
  - Vertragliche Grundlage?
- Zustimmung des gesetzlichen/behördlichen Vertreters des nicht urteilsfähigen Betroffenen
  - Inhaber elterliche Sorge
  - Vormund/Beistand

**ACHTUNG:** Einwilligung des gesetzlichen Vertreters rechtfertigt freiheitsbeschränkende Massnahme gegenüber Urteilsfähigen nur bedingt (vgl. Art. 19c ZGB, Art. 298 ff. ZGB zur elterlichen Sorge).

10

## Einwilligung in freiheitsbeschränkende Massnahmen: Das Problem der Urteilsunfähigkeit bei höchstpersönlichen Rechten

### Urteilsfähigkeit als rechtliches Konstrukt

- Voraussetzungen: Einsichts- und Steuerungsfähigkeit
- Relativität der Urteilsfähigkeit
- Folge: Einwilligungsfähigkeit bzgl. Eingriffen in die persönliche Freiheit (Art. 19c ZGB)

### Folgen der Urteilsunfähigkeit (Art. 19c Abs. 2 ZGB)

- Notwendigkeit der Stellvertretung
- Beschränkungen der Stellvertretungsmöglichkeit

11

## Rechtsstellung urteilsfähiger Minderjähriger und Erwachsener unter umfassender Beistandschaft I

– **Was bedeutet Urteilsfähigkeit?**: Erkenntnis-, Steuerungs- und Wertungsfähigkeit

*Fähigkeit einer Person zu vernunftgemäsem Handeln. Jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.“(Art. 16 ZGB)*

– Urteilsfähigkeit wird vermutet

– Relativ, situativ, mit Bezug auf eine bestimmte Handlung oder Entscheidung

– Unvernunft ist nicht gleich urteilsunfähig

12

## Rechtsstellung urteilsfähiger Minderjähriger und Erwachsener unter Beistandschaft II

**Urteilsfähige Erwachsene und Minderjährige dürfen Persönlichkeitsrechte selber ausüben**

### **Grenzen**

- Öffentlichrechtliche Schranken
  
- Persönlichkeitsrechte Dritter
  
- Zwingende und eindeutig überwiegende Schutz- und **Vertretungs- und Entscheidrechte Dritter** insb. elterliche Sorge, Vertretungsrecht Beistände (Güterabwägung nötig)

---

1309.02.2022

13

## **Beschränkungen der persönlichen Freiheit ohne Einwilligung: Grundsatz (Art. 36 BV)**

- **Gesetzliche Grundlage oder „polizeiliche Generalklausel“**
  
- und
  
- **Überwiegendes öffentliches oder privates Interesse**
  
- und
  
- **Verhältnismässigkeit hinsichtlich verfolgtem Interesse**
  - Eignung
  - Notwendigkeit
  - Güterabwägung zwischen Eingriffsziel und Eingriffswirkung

---

peter.moesch@hslu.ch

09.02.2022

14

14

## **Beschränkungen der persönlichen Freiheit in Sondersituationen ohne Einwilligung, bzw. gegen den Willen: Gesetzliche Grundlage**

- Freiheitseinschränkungen im Rahmen von polizeilichen, strafrechtlichen oder jugendstrafrechtlichen Massnahmen oder anderen öffentlichrechtlichen Normen
- Bewegungsbeschränkende Massnahmen nach dem Erwachsenenschutzrecht
- FU und medizinische Zwangsmassnahmen nach dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

## **Beschränkungen der persönlichen Freiheit in Sondersituationen ohne Einwilligung: Notwehr und Notstand**

### **Notstands- oder Notwehrsituation**

- **Unmittelbare, andauernde Gefahr oder bestehender Angriff**  
= akute Selbst- oder Drittgefährdung
- **Verhältnismässige Abwehr**
  - Eignung
  - Notwendigkeit
  - Eingriffszweck/Eingriffswirkung

## II. Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen und Bewegungseinschränkungen von Urteilsunfähigen in Heimen im Besonderen

17

### Freiheitsbeschränkung bei Urteilsunfähigen und fürsorgerisch Untergebrachten

- **Regelung der Vertretungsbefugnisse bei urteilsunfähigen Personen**, Art. 374 ff. ZGB, auch für medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff. ZGB)
- **Regelung der medizinischen Zwangsmassnahmen für Personen, die fürsorgerisch untergebracht sind** (Art. 434 ZGB)
- **Regelung der Bewegungseinschränkungen** (Art. 383 ff. ZGB, Art. 438 ZGB)
  - für urteilsunfähige Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 383 ff. ZGB), wohl unmittelbar nur für Erwachsene
  - für Personen, die fürsorgerisch untergebracht sind

18

## Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen von Urteilsunfähigen: Persönlichkeitsschutz und Kontakte

- **Allgemeine Verpflichtung auf den Persönlichkeitsschutz (Art. 386 nZGB)**

- **Konkrete Verpflichtungen (Art. 386 Abs. 1, 2 und 3 nZGB)**

- Förderung von Kontakten zu Personen ausserhalb der Einrichtung
- Informationspflicht, wenn sich niemand von extern um Betroffene/n kümmert
- Gewähr freier Arztwahl (ausser bei wichtigen Gründen)

## Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen von Urteilsunfähigen: Beschränkungen der Bewegungsfreiheit I

- **Was sind Beschränkungen der Bewegungsfreiheit?**

- **Voraussetzungen der Beschränkung der Bewegungsfreiheit**

- **Verhältnismässigkeit/Notwendigkeit: sachlich/zeitlich**
- **Zulässiges Motiv**
  - Gefahrabwehr Betroffene/Dritter
  - Schwerwiegende Störung des Gemeinschaftsleben beseitigen

## Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen von Urteilsunfähigen: Beschränkungen der Bewegungsfreiheit II

### Formelle Voraussetzungen und Regeln

- Aufklärung des Betroffenen
- Regelmässige Überprüfung
- Protokollierung (Anordnende Person, Zweck, Art, Dauer)
- Informations- und Einsichtsrecht (Vertreter bei med. Massnahmen/Aufsicht)
- Beschwerderecht bei Erwachsenenschutzbehörde
- Aufsicht

## III. Erzieherische und disziplinarische Massnahmen

## Was ist mit disziplinarischen und erzieherischen Massnahmen?

... brauchen eine besondere Rechtfertigung:

- aktuelle **Einwilligung der urteilsfähigen Betroffenen**
- aktuelle **Einwilligung der gesetzlichen Vertreter im Rahmen ihres Vertretungsrechts**
  - Situation bei Minderjährigen: Rahmen der delegierten elterlichen Obhut
  - Situation bei Erwachsenen
- **Notwehr und Notstand**
- **Immer beachten: Grundsatz der Verhältnismässigkeit**
- **Tipp: Verfahrensvorschriften (Protokollierung etc.) beachten wie bei Urteilsunfähigen**

---

23

23

## Rückblick und Checkliste

- Grundsatz der Freiheit im Verfassungs-, Verwaltungs- und Strafrecht
- **Liegt ein Rechtfertigungsgrund für die Freiheitsbeschränkung vor?**
  - Zustimmung des Betroffenen (bei Urteilsfähigkeit) oder
  - Zustimmung des/der gesetzlichen Vertreters/In und wohlverstandenes Interesse des Betroffenen (bei eindeutig fehlender Urteilsfähigkeit) oder
  - Notwehr oder Notstandssituation oder
  - Besondere rechtliche Schutzinteressen und genügende Gesetzesgrundlage (Bsp. FU, Urteilsunfähige in WPE, zivilrechtlicher Kinderschutz, Polizeirecht)
- **Ist die Freiheitsbeschränkung verhältnismässig?**
  - Zweckeignung
  - Notwendigkeit
  - Zweck-Folgen-Relation
- **Werden die Verfahrensvoraussetzungen beachtet?**
  - Zuständigkeit (intern/extern)
  - Dokumentation
  - Vgl. Art. 383 ZGB, Art. 426-439 ZGB, kantonales Recht

---

peter.moesch@hslu.ch

09.02.2022

24

24

**Zwei Fallbeispiel...**

---

25

25

**Weiterlesen...**

**Siehe Dokumentation zu diesem Vortrag.**

---

26

26

## Tagung Agogik und Gewalt: Fallbeispiele

### Max möchte eingeschlossen werden

Max (21) ist durch sein ADHS und seine psychische Belastung durch die Umstände zu Hause sehr instabil. Er unterliegt starken Stimmungsschwankungen mit zum Teil massiven Wutausbrüchen.

Max wurde und wird bei seinen Eltern regelmässig eingeschlossen. Er schläft immer bei geschlossener Tür ein.

Beim Einschlafen geschieht das in Absprache mit Max selber. Er merkt, dass er dadurch schneller und besser zur Ruhe kommt. Oder auch, wenn er mehrmals wieder aufsteht.

Beim Einschliessen wegen einer Krise spielt sich die Situation auf der Wohngruppe so ab: Max wird wegen etwas ungehalten (er kann etwas nicht, bekommt etwas nicht, darf etwas nicht machen...) und kann sich dabei in eine unglaubliche Wut steigern.

Er beschimpft dann sein Gegenüber, macht abfällige Gesten, schreit enorm laut und kann sogar Gewalt androhen.

Er wird dann ins Zimmer gebracht, worauf sich die Wut häufig zuerst noch kurz steigert.

Bei geschlossener Tür beruhigt er sich in der Regel innerhalb von ein paar Minuten und ist dann auch ruhig, wenn die Tür nach etwa 10 Minuten wieder geöffnet wird.

Er hat dann normalerweise das starke Bedürfnis, die Situation mit der betroffenen Person wieder zu bereinigen, entschuldigt sich und ist bereit für eine neue Aktivität.

Frage:

- Wie beurteilen Sie diese diversen Fälle der Einschliessungen aus rechtlicher und agogischer Sicht?
  - Was ist insoweit zulässig bzw. fachlich vertretbar? Was ist nicht zulässig?
  
  
  - Auf welche Aspekte/Rahmenbedingungen kommt es an?
  
  
  - Was könnte versucht werden, um die Freiheitsbeschränkungen zu reduzieren?

### **Kaffee und Brot**

Die erwachsenen Klienten mit unterschiedlichen geistigen und körperlichen Behinderungen erhalten abends beim Essen genau ein Stück Brot und eine Essensration und nur noch koffeinfreien Kaffee. Das verhindert bei den Übergewichtigen, dass das Übergewicht zunimmt und ermöglicht eine gerechte Behandlung der Gruppe sowie Ruhe in der Nacht, was wiederum dazu führen kann, dass die Betroffenen im Alltag offener sind für die Förderung und die Arbeit in der Werkstätte.

- Wie beurteilen Sie diesen Fall der Freiheitsbeschränkung aus rechtlicher und pädagogischer Sicht?
  - Was ist insoweit zulässig bzw. fachlich vertretbar? Was ist nicht zulässig?
  
  - Auf welche Aspekte/Rahmenbedingungen kommt es an?
  
  - Wer entscheidet?
  
  - Was könnte versucht werden, um die Freiheitsbeschränkungen zu reduzieren?



Titel	<b>Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis</b>
Serie/Reihe	<b>FHB - Fachhandbuch</b>
Autor	<b>Karin Anderer, Peter Mösch Payot</b>
Jahr	<b>2016</b>
Seiten	<b>147-178</b>
Herausgeber	<b>Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck</b>
ISBN	<b>978-3-7255-6543-6</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

147

## **KAPITEL 7 Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen**

Karin Anderer/Peter Mösch Payot

### **Spezialliteratur**

Bernhart Christof, Handbuch der fürsorglichen Unterbringung, Basel 2011; Biderbost Yvo, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, 310 ff.; Breitschmid Peter/Steck Daniel/Wittwer Caroline, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009, 867 ff.; Haas Raphaël, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern, Zürich 2007; Hegnauer Cyril, Struktur der vormundschaftlichen Aufsicht, ZVW 2003, 361 ff. (zit. Hegnauer, ZVW 2003); Hoppler-Wyss Josef, Recht im Alter, ein Leitfaden für Soziale Dienste, Spitex-Organisationen, Institutionen der Beratung, Verwaltungen und Behörden, Einrichtungen in Altersarbeit, Pflege und Betreuung, Zürich 2011; Geiser Thomas, Demenz und Recht, Regulierung – Deregulierung, ZVW 2003, 97 ff.; Guillod Olivier/Helle Noémie, Traitement forcé: des dispositions schizo-phrènes?, ZVW 2003, 347 ff.; Jossen Rochus, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medi-

148

zinischen Heileingriff, Diss. Bern, Bern 2009; Ilg-Meier Beate, Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger in Pflegeeinrichtungen, Pflegerecht 2015, 137 ff.; Landauer Martin, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, eine rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten im Gewährleistungsstaat, Diss. München, Baden-Baden 2012; Leuba Audrey/Tritten Céline, La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution, ZVW 2003, 284 ff.; Meier Philippe, Übersicht zur Rechtsprechung September 2002 bis Mai 2003, ZVW 2003, 142; Moritz Susanne, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, Diss. Regensburg, Baden-Baden 2013; Mösch Payot Peter, Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende **Massnahmen** im Heimbereich, ZKE 2014, 5 ff.; Müller Markus, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis. Gedanken zu einem neuen Bundesgerichtsentscheid betreffend die Frage der Zwangsmedikation im fürsorglichen Freiheitsentzug (BGE 126 I 112 ff.), ZBJV 2000, 725 ff.; Obermaier-van Deun Peter, Recht in der Pflege für die Aus-, Fort- und Weiterbildung, Berlin 2012; Poledna Tomas/Vokinger Kerstin Noëlle, Die freie Arztwahl in Alters- und Pflegeheimen – Herausforderungen aufgrund des neuen Erwachsenenschutzrechts, Pflegerecht 2013, 66 ff.; Schwab Dieter, Selbstbestimmung im Alter, ZBJV 2006, 561 ff.; Schell Werner, 100 Fragen zum Umgang mit Mängeln in Pflegeeinrichtungen, Hannover 2011; Tritten Helbling Céline,

La protection juridique de la personne âgée victime de maltraitance en institution, Diss. Neuenburg, Basel 2012; Weber Martina, 50 Fragen zur sogenannten Überlastungsanzeige in Pflegeeinrichtungen, Hannover 2011; Widmer Blum Carmen Ladina, Urteilsfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern, Zürich 2010.

### Spezialmaterialien

SAMW, «Zwangsmassnahmen in der Medizin», vom 1.12.2015 abrufbar unter: <www.samw.ch> (besucht am 1.1.2016) (zit. SAMW, Zwangsmassnahmen); Schweizerische Gesellschaft für Gerontologie, Freiheit und Sicherheit – Richtlinien zum Umgang mit freiheitsbeschränkenden **Massnahmen**, Bern 2011 (zit. SGG, Freiheit und Sicherheit).

---

149

## I. Der Regelungsbereich der Art. 382–387 ZGB

- 7.1 Die Art. 382–387 ZGB decken in punktueller Weise den Schutz von volljährigen urteilsunfähigen Personen ab, die in einer **Wohn- oder Pflegeeinrichtung** leben. Art. 382 ZGB umfasst formale Bedingungen für den Betreuungsvertrag, Art. 383–385 ZGB Kriterien, Vorgehensweise und das behördliche Einschreiten bei Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, und Art. 386 f. ZGB stellen Regelungen zum Schutz der Persönlichkeit und der kantonale Aufsicht für entsprechende Einrichtungen auf.
- 7.2 Dieses **fragmentarische** Regelwerk bringt etliche Unwägbarkeiten mit sich. Zum einen sind die Begrifflichkeiten äusserst offen, zum anderen fehlt es an einer innersystemischen Koordination mit anderen Normen betreffend Unterbringung, Betreuung, Pflege und Versorgung. Zudem sind wünschenswerte Regelungen für den Bereich der ambulanten Versorgung und in der stationären Jugendhilfe bedauerlicherweise ausgeblieben.

### A. Begrifflichkeiten

#### 1. Die Urteilsfähigkeit

- 7.3 Adressat der Normen sind urteilsunfähige Personen. Wie in Kapitel 3 beschrieben, ist der Begriff der Urteilsfähigkeit ein relativer. Ob die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, vorliegt, kann nur jeweils im konkreten Moment, für eine spezifische Frage beantwortet werden.<sup>1</sup>

- 7.4 **Beispiel:**

Ein 70-jähriger Herr wird in verwahrlostem Zustand, unterernährt und ausgetrocknet (exikotisch) in die Pflegeeinrichtung eingewiesen. Er ist anfänglich sehr verwirrt und unruhig, der Zustand bessert sich aber zunehmend.

Die SAMW schreibt in ihrer Richtlinie zu Zwangsmassnahmen Folgendes: «Die Urteilsfähigkeit ist ein zentraler Rechtsbegriff und als solcher auch im medizinischen und ethischen Kontext von hoher Bedeutung. Kernelement ist die Fähigkeit, eine gegebene Situation korrekt aufzufassen, zu verstehen und eine nach eigenen Wertmassstäben sinnvolle Entscheidung zu treffen. Häufiger Anlass für Missverständnisse ist der Umstand, dass die Urteilsfähigkeit bezüglich ihres Vorhandenseins oder Fehlens eine absolute Grösse darstellt: Eine Person ist in Bezug auf einen Therapieentscheid entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig, eine graduelle Abstufung zwischen beiden Endpunkten gibt es nicht. Hingegen ist die Urteilsfähigkeit bezüglich der Sachverhalte, um die es geht, eine relative Grösse: So

---

<sup>1</sup> Bucher, A., Personen, Rz 58 ff.; s.a. Michel, 44 f.

kann eine Person mit einer leichten kognitiven Beeinträchtigung urteilsunfähig sein, wenn es um eine komplexe Entscheidung geht, zugleich aber urteilsfähig, wenn die Einwilligung in einen einfach verständlichen medizinischen Eingriff zur Diskussion steht. Die Feststellung, ob Urteilsfähigkeit vorliegt oder nicht, kann im Einzelfall sehr schwierig sein. Grundsätzlich wird die Urteilsfähigkeit vermutet, begründungspflichtig ist also ihr Gegenteil, die Urteilsunfähigkeit. Eine zentrale Bedeutung kommt dem psychopathologischen Befund zu, den der behandelnde Arzt erhebt, allenfalls unter Beizug eines Experten. Von grosser Bedeutung sind Angaben aus dem sozialen Umfeld des Patienten in Bezug auf die Urteilsfähigkeit. Standardisierte, auf diesen Kontext spezialisierte Befunderhebungsverfahren (Fragebögen) können zur Entscheidungsfindung beitragen. Keinesfalls darf allein aus einer Diagnose, beispielsweise wegen Schizophrenie, Alzheimer-Demenz oder einer angeborenen kognitiven Beeinträchtigung, auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. Auch aus dem fehlenden Einverständnis mit dem vorgeschlagenen medizinisch indizierten Vorgehen darf nicht automatisch auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden.»<sup>2</sup>

- 7.6 Da sich die Normen auf Wohn- oder Pflegeeinrichtungen beziehen, muss das Pflege- und Betreuungspersonal eine Einschätzung der Urteilsfähigkeit vornehmen können.

## 2. Keine Anwendung auf urteilsfähige volljährige und minderjährige Personen

- 7.7 Auf urteilsfähige Volljährige sind die Regelungen nicht anwendbar. Sie können aber für die **Rechtsbeziehungen zwischen urteilsfähigen Bewohnern und Einrichtungen** die Bedeutung von nützlichen Vorgaben haben.<sup>3</sup> Das gilt insbesondere für die Normen, welche grundlegende Prinzipien des Persönlichkeitsschutzes und des Grundrechtsschutzes zum Ausdruck bringen und insoweit für die Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips konkretisieren.<sup>4</sup>
- 7.8 Für Minderjährige kommen die Regeln des Kindesrechts und die Pflegekinderverordnung zur Anwendung.<sup>5</sup> Bedauerlich ist aber, dass es der Bundesgesetzgeber verpasst hat, eine einheitliche Regelung für den sensiblen Bereich der Einschränkungen der Bewegungsfreiheit auf Einrichtungen für Minderjährige vorzusehen. In einigen Kantonen fehlten Rechtsgrundlagen im Erwachsenenbereich, was zu einer einheitlichen Rechtsgrundlage für die ganze Schweiz führte. Im Minderjährigenbereich sind Regelungsdefizite vorab im Anwendungsbereich der Rechtsgrundlagen auszumachen, erzieherische und disziplinarische **Massnahme** verbleiben nicht selten im Graubereich.<sup>6</sup>

---

151

## 3. Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

- 7.9 Die offene bundesrechtliche Begrifflichkeit «Wohn- oder Pflegeeinrichtung» muss ausgelegt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Kantone ihre Versorgungsstrukturen regeln, was auf den Heimlisten steht oder wie die Trägerformen der Einrichtungen ausgestaltet sind.
- 7.10 Unter Wohneinrichtungen sind Einrichtungen zu verstehen, die Beherbergung, Verpflegung und Betreuung anbieten. Bei Pflegeeinrichtungen kommen typischerweise

---

<sup>2</sup> SAMW, Zwangsmassnahmen, 7 f.

<sup>3</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 8.

<sup>4</sup> Mösch Payot, 24 f.

<sup>5</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 9; Meier/Lukic, Rz. 343; a.M. Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 5 (für Art. 382 ZGB).

<sup>6</sup> Vgl. eingehend Mösch Payot, 17 f.



Pflegeleistungen dazu.<sup>7</sup> Nicht anwendbar sind die Normen auf kurative Gesundheitseinrichtungen wie Spitäler. Sind aber Langzeitabteilungen, wie psychogeriatrische Stationen, im Spital integriert, die urteilsunfähige Personen behandeln, sind die Regeln anwendbar. Das dürfte ebenso für Krankenhäuser gelten, die chronisch kranke Personen über eine lange Dauer betreuen.<sup>8</sup> Eine Spezialregelung gilt allerdings für die Behandlung urteilsunfähiger Personen in einer psychiatrischen Klinik hinsichtlich psychischer Leiden. Insoweit gelten die Bestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 380 ZGB). Nicht anwendbar sind die Normen auf Private, die nicht berufsmässig Angehörige pflegen, oder auf Dienstleistungen der Beherbergung ohne besondere persönliche Betreuung, wie das z.B. bei Alterswohnungen gewöhnlich der Fall ist.<sup>9</sup>

- 7.11 Zu bedauern ist, dass die Art. 382–387 ZGB auf **ambulante Angebote**, vorab die Spitex, keine Anwendung finden. Die Propagierung «Ambulant vor Stationär» hat dazu geführt, dass der Selbstbestimmung von betagten und pflegebedürftigen Menschen nachgelebt werden kann, nämlich so lange wie möglich zu Hause betreut werden oder sogar in den eigenen vier Wänden sterben zu können. Die Anordnung von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit kann im Alltag, vor allem bei Sturzgefahr oder Demenz, Schutz und Sicherheit bieten und das Leben zu Hause weiterhin ermöglichen. Das Spitexpersonal steht vor einem Dilemma: ist die Selbstbestimmung zu opfern, da ohne Rechtsgrundlagen von der Anordnung und Durchführung von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit abzuraten ist? Auch darf sich das Spitexpersonal nicht von Angehörigen für die Durchführung von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit einspannen lassen.

### **B. Abgrenzung zur FU**

- 7.12 Die Abgrenzung zur FU bereitet etliche Schwierigkeiten und offenbart Schwachstellen des Gesetzgebungsprozesses.
- 7.13 Wird eine Person gestützt auf Art. 426 ZGB fürsorgerisch untergebracht, was in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung möglich ist, kommen die Regelungen der Art. 382–

---

152

387 ZGB nicht zur Anwendung. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind diesfalls gestützt auf Art. 438 ZGB anzuordnen; die Regeln der Art. 383 ff. ZGB werden dabei analog angewandt. Hingegen sind, nach nicht unumstrittener Lehrmeinung,<sup>10</sup> im Rahmen einer FU Einschränkungen der Bewegungsfreiheit auch bei urteilsfähigen Personen möglich. Des Weiteren herrscht in der Lehre die Meinung vor, dass auch weitere Normen analog im Bereich der FU angewendet werden sollten, namentlich der Anspruch auf freie Arztwahl und die Aufsichtsregelung.<sup>11</sup>

- 7.14 Werden urteilsunfähige Personen mit einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik behandelt, kommen gemäss Art. 380 ZGB ebenfalls die Bestimmungen der FU zu Anwendung. Auslegungsbedürftig ist hierbei insbesondere, was eine psychiatrische Klinik ist.

### **7.15 Beispiel:**

Eine 84-jährige Frau mit vaskulärer Demenz wird nach der Notfallversorgung in eine geschlossene Wohngruppe einer Spezialeinrichtung für Menschen mit Demenzerkrankungen eingewiesen.

---

<sup>7</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 10 ff.; Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 12 ff.; Breitschmid/Steck/Wittwer, 869.

<sup>8</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 17.

<sup>9</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 18.

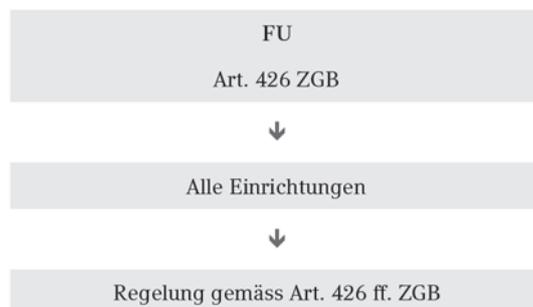
<sup>10</sup> Guillod, FamKomm Art. 438 N 15 und Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 17; Geiser/Etzensberger, BSK ZGB I, Art. 438 N 5.

<sup>11</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 10.

## 7.16 Schema 1: Abgrenzung FU

Eine FU kann in jeder Einrichtung erfolgen, so z.B. in einem Altersheim, einem Wohnheim, einer Rehabilitationsklinik, einem Spital, einer psychiatrischen Klinik.

153



Befindet sich eine urteilsunfähige Person mit einer psychischen Störung in einer psychiatrischen Klinik und muss sie behandelt werden, so sind die Regeln gemäss Art. 426 ff. ZGB anwendbar. Befindet sie sich hingegen in einer anderen Einrichtung oder leidet sie an keiner psychischen Störung, so sind die Regeln nach Art. 383 ff. ZGB anwendbar.

Keine FU			
Art. 380 ZGB			
Psychische Störung		Keine psychische Störung	
↓	↘	↙	↓
Aufenthalt in psychiatrischer Klinik	Aufenthalt in einer Institution, die keine psychiatrische Klinik ist	Aufenthalt in psychiatrischer Klinik	
↓	↘	↓	
Regelung gemäss Art. 426 ff. ZGB		Regelung gemäss Art 383 ff. ZGB	

## II. Der Betreuungsvertrag

### A. Allgemeines

- 7.17 Der länger dauernde Aufenthalt **urteilsunfähiger** Erwachsener in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung ist mit einem schriftlichen Betreuungsvertrag zu regeln. Selbstredend gilt das nicht, wenn der Aufenthalt im Rahmen einer FU oder einer strafrechtlichen **Massnahme** angeordnet wurde.
- 7.18 Betreuungsverträge mit urteilsunfähigen Personen müssen **schriftlich** abgeschlossen werden. Das Gesetz legt in Art. 382 ZGB zudem fest, dass die zu erbringenden Leistungen der Einrichtung und die Frage, welches Entgelt dafür geschuldet ist, im Vertrag festgelegt werden müssen. Des Weiteren ist die Selbstbestimmung der betroffenen Person zu berücksichtigen und eine Stellvertretung ist gesetzlich geregelt.
- 7.19 Die gesetzliche Regelung beschränkt sich auf bundesrechtliche Minimalanforderungen. Zulässig sind kantonale weiter gehende Regelungen.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Für eine Übersicht weiter gehender Regelungen in der Romandie vgl. Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 10.

## B.Wohn- oder Pflegeeinrichtung

- 7.20 Unter Wohneinrichtungen sind Einrichtungen zu verstehen, die Beherbergung, Verpflegung und Betreuung anbieten. Bei Pflegeeinrichtungen kommen typischerweise Pflegeleistungen dazu.<sup>13</sup>

---

154

## C.Aufenthalt für längere Dauer

- 7.21 In **zeitlicher Hinsicht** werden Aufenthalte von längerer Dauer erfasst. Darunter fallen zeitlich unbefristete Aufenthalte. Vorübergehende Aufenthalte, wie bspw. der probeweise Aufenthalt in einer Einrichtung oder der Erholungsurlaub fallen nicht darunter. Ein provisorischer Aufenthalt, der so lange andauern soll, bis eine geeignete Anschlusslösung gefunden wurde, ist als länger dauernd zu bezeichnen.<sup>14</sup>

## D.Die vertraglichen Leistungen der Wohn- oder Pflegeeinrichtung

- 7.22 Die Vertragsinhalte haben je nach Institution und Zielgruppe eine erhebliche Spannweite. Zu den Leistungen gehören die Unterkunft, die Verpflegung, weitere Hotellerieleistungen, individuelle Zusatzleistungen wie sozialpädagogische Betreuung und agogische Angebote.<sup>15</sup> Umstritten ist, ob medizinische Leistungen, wozu auch Pflegeleistungen zählen, von Art. 382 ZGB erfasst werden.<sup>16</sup> Nach unserem Dafürhalten ist das zu bejahen, da sie insbesondere in der Langzeitpflege und -betreuung einen erheblichen, wenn nicht sogar den grössten, Anteil des Angebots ausmachen.<sup>17</sup> Das dafür geschuldete Entgelt ist zu beziffern, und zwar in detaillierter und nachvollziehbarer Form. Gewisse Leistungen können sich verändern, wie bspw. der Pflegebedarf, weshalb das Einstufungs- und Abrechnungssystem dem Vertrag beizulegen ist. Wesentliche Freiheitsbeschränkungen sind im Vertrag festzuhalten, soweit sie bei Vertragsabschluss erkennbar sind. Heimkonzepte und Hausordnungen sind ergänzende Vertragsbestandteile und im Vertrag selbst zu regeln oder dem Vertrag als integrierender Bestandteil beizulegen.<sup>18</sup> Beim Betreuungsvertrag handelt es sich um einen Innominatkontrakt.<sup>19</sup>
- 7.23 Ganz im Sinne der Selbstbestimmung sind bei der Festlegung der Leistungen der Einrichtung die **Wünsche der betroffenen Person** so weit wie möglich zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Urteilsunfähigkeit schliesst das Recht auf Selbstbestimmung nicht aus, weshalb Beschränkungen von Freiheiten (Lebensgestaltung, Körperpflege, Alkoholkonsum, Kommunikation, sexuelle Selbstbestimmung, Sterbebegleitung) gegen den Wunsch der betroffenen Person nur soweit und solange zulässig sind, als sie mit Blick auf überwiegende Organisations-, Sicherheits- und Schutzinteressen notwendig und unabdingbar sind.<sup>21</sup>

---

155

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu eingehend vorne I.A.3.

<sup>14</sup> Botschaft KESR, 7083; vgl. zum Ganzen Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 11.

<sup>15</sup> Eingehend zu den vertraglichen Leistungen Breitschmid/Steck/Wittwer, 875 ff.

<sup>16</sup> M.w.N. Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 20.

<sup>17</sup> Mösch Payot, ESR Komm, Art. 382 N 2a.

<sup>18</sup> Vgl. auch Breitschmid/Steck/Wittwer, 879 f.

<sup>19</sup> Er umfasst Elemente der Miete (Art. 253 ff. OR), des Kaufvertrags (Art. 184 ff. OR), des Werkvertrags (Art. 363 ff. OR) und des Auftrags (Art. 394 ff. OR). Vgl. auch Breitschmid/Steck/Wittwer, 867 ff.; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 12.

<sup>20</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 41; Bucher, Rz. 508.

<sup>21</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 41; Mösch Payot, 15 ff.; Mösch Payot, ESR Komm, Art. 382 N 9.



- 7.24 Die Wohn- und Pflegeeinrichtungen haben im Pflege- und Betreuungsalltag das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Deshalb benötigen sie in ihrer Praxis Pflegestandards für freiheitsbeschränkende **Massnahmen**.

### **E. Das Entgelt**

- 7.25 Das Entgelt ist die Gegenleistung für die erbrachten Leistungen der Wohn- oder Pflegeeinrichtung. «Unter dem Strich» muss die Bewohnerin wissen, was sie der Einrichtung aus ihrem Einkommen und Vermögen zu zahlen hat und was durch andere Kostenträger gedeckt wird.<sup>22</sup> Diese Transparenz muss aus dem Betreuungsvertrag hervorgehen.

7.26 **Praxistipp:**

Zuweilen sehen sich Betroffene, Angehörige oder Berufsbeistände damit konfrontiert, dass Heime Akontozahlungen verlangen, die von den betroffenen Personen nicht geleistet werden können. Erteilt die Sozialhilfebehörde in diesen Fällen keine Kostengutsprache, wird nicht selten ein Eintritt verweigert.

- 7.27 Der Kanton Aargau ist hier mit gutem Beispiel vorangegangen und die verschiedenen Akteure haben ein einheitliches Vorgehen entwickelt. Akontozahlungen sollen nicht mehr als zwei Monatsbeträgnisse ausmachen, und bei fehlenden finanziellen Mitteln leistet die Sozialhilfebehörde eine subsidiäre limitierte Kostengutsprache. Die Kostengutsprache kommt nur dann zum Tragen, wenn die Pflegeeinrichtung ihre Forderungen vom Bewohner bzw. von seinen Erben nicht geltend machen kann und alle zumutbaren Bemühungen erfolglos blieben.<sup>23</sup>

### **F. Das Formerfordernis der Schriftlichkeit**

- 7.28 Der Betreuungsvertrag ist schriftlich abzufassen und zu unterzeichnen. Vertragsparteien sind die Einrichtung und die Vertreterin der urteilsunfähigen Person. Die Unterschrift der betroffenen urteilsunfähigen Person kann aber dort sinnvoll sein, wo sie bezüglich einzelner Vertragsbestandteile urteilsfähig erscheint.<sup>24</sup> Entgegen dem Wortlaut ist die **Schriftlichkeit** aber nicht zwingend; ihr kommt nur Beweiskraft zu, sie ist kein Gültigkeitserfordernis.<sup>25</sup> Da in der Praxis Betreuungsverträge

---

156

regelmässig schriftlich abgeschlossen werden, kann diese Formfragenkontroverse vernachlässigt werden.<sup>26</sup>

Die Schriftform ist auch für jede wesentliche Abänderung der Leistungen und Kosten zu beachten.<sup>27</sup>

7.29 **Praxistipp:**

Für die Praxis empfehlenswerte, aber im Einzelfall an die jeweiligen Verhältnisse anzupassende Muster-Pensionsverträge:

---

<sup>22</sup> Eingehend dazu Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 24 ff.

<sup>23</sup> Vgl. dazu die Website der Vereinigung Aargauischer Berufsbeiständinnen und -beistände <<http://www.vabb-aargau.ch>> unter «Weiterbildungen» die Dokumentationen der Generalversammlung vom 5. März 2015.

<sup>24</sup> Weitergehend Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 13.

<sup>25</sup> Botschaft KESR, 7038; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 13; Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 35; Fassbind, OFK ZGB, Art. 382 N 2; a.M. Schmid, Art. 382 ZGB N 5.

<sup>26</sup> Zu Lösungsansätzen bei formfrei abgeschlossenen Verträgen siehe Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 35.

<sup>27</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 15.



- Curaviva Mustervorlage Pensionsvortrag<sup>28</sup>
- VAKA Mustervertrag<sup>29</sup>

## G.Die Stellvertretung

- 7.30 Ist die betroffene Person urteilsunfähig, sieht Art. 382 Abs. 3 ZGB für den Abschluss, die Änderung oder Aufhebung eines Betreuungsvertrages eine gesetzliche Stellvertretung vor. Diejenigen Personen, die zur Vertretung bei medizinischen **Massnahmen** nach Art. 378 ZGB berechtigt sind, werden zum Abschluss eines Betreuungsvertrages ermächtigt.
- 7.31 Was die Urteilsunfähigkeit anbelangt, muss unterschieden werden, ob die betroffene Person bezüglich der Frage des Eintritts in eine Einrichtung noch urteilsfähig ist oder nicht. Im ersteren Fall beschränkt sich die Stellvertretung auf jene Aspekte des Vertrags, bezüglich derer der betroffenen Person die Urteilsfähigkeit fehlt, bspw. auf den Vertragsabschluss und gewisse Inhalte des Betreuungsvertrags.<sup>30</sup> Ist die betroffene Person auch hinsichtlich des Eintritts in die Einrichtung urteilsunfähig, so erstreckt sich das Vertretungsrecht nach Art. 382 Abs. 3 ZGB auch auf den Eintrittsentscheid. Somit ist bei einem Eintritt einer urteilsunfähigen Person in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung grundsätzlich keine FU notwendig.<sup>31</sup> Leistet hingegen die urteilsunfähige Person Widerstand, kann ein Eintritt nur über eine FU erfolgen.<sup>32</sup> Anspruchsvoll sind Situationen zu werten, wo urteilsunfähige und wider-

---

157

standslose Personen von Dritten platziert werden. Die gesetzliche Vertretung hat im **Interesse** und nach dem **mutmasslichen Willen der betroffenen Person** zu handeln.<sup>33</sup> In Zweifelsfällen ist die KESB anzurufen.

- 7.32 Die Stellvertretung richtet sich nach den allgemeinen Regeln des OR.<sup>34</sup> Allerdings erfasst die gesetzliche Vertretungsmacht nur den Abschluss, die Änderung und die Aufhebung des Betreuungsvertrages und allenfalls, bei Urteilsunfähigkeit, auch den Eintritt in die Einrichtung. Hingegen können die im Zusammenhang mit dem Heimeintritt erforderlichen Handlungen, wie die Wohnungsliquidation, die Kündigung des Mietvertrages und die Kündigung weiterer Verträge, nicht von der Stellvertretung ausgeübt werden. Besteht kein Vorsorgeauftrag, muss die vertretungsberechtigte Person bei der Erwachsenenschutzbehörde um Zustimmung zu diesen Handlungen ersuchen<sup>35</sup> oder die Erwachsenenschutzbehörde bezeichnen – wo notwendig – einen Beistand.<sup>36</sup> Art. 382 ZGB dürfte in einigen Konstellationen die notwendigen Vertretungsrechte zu wenig klar und griffig sicherstellen. So für Eltern, die für ihre behinderten erwachsenen Kinder sorgen, oder Kinder, die sich um ihre betagten Eltern kümmern. In den wenigsten Fällen ist mit dem Abschluss eines Betreuungsvertrages für die betroffene Person die notwendige Vertretung sichergestellt. Die Praxis wird zeigen, wie häufig die

---

<sup>28</sup> Abrufbar auf <http://www.curaviva.ch/files/SNPO0ZD/Mustervorlage-Pensionsvertrag.pdf> (besucht am 1. Januar 2016).

<sup>29</sup> Abrufbar auf [http://www.vabb-aargau.ch/fileadmin/dokumente/VAKA\\_Mustervertrag\\_2015\\_def.pdf](http://www.vabb-aargau.ch/fileadmin/dokumente/VAKA_Mustervertrag_2015_def.pdf) (besucht am 1. Januar 2016).

<sup>30</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 49; Mösch Payot, ESR Komm Art. 382 N 5.

<sup>31</sup> Mösch Payot, ESR Komm Art. 382 N 5a; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 18; Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 48.

<sup>32</sup> Mösch Payot, ESR Komm Art. 382 N 5a; Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 47.

<sup>33</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 382 N 51; Schwab, 567; Widmer Blum, 102 ff.

<sup>34</sup> Art. 32 ff. OR; Botschaft KESR, 7039.

<sup>35</sup> Art. 392 Ziff. 1 ZGB.

<sup>36</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 382 N 19.

KESB involviert werden muss und ob die Vertretungspersonen mittelfristig nicht zu Beiständen ernannt werden oder ihnen Beistände zur Seite gestellt werden müssen.

- 7.33 Treten Konfliktsituationen in der Ausübung der Stellvertretung auf, können nahestehenden Personen, die Ärzteschaft, das Heimpersonal und weitere Dritte<sup>37</sup> die KESB anrufen.<sup>38</sup>

## H. Die Zustimmungsbefähigung

- 7.34 Gestützt auf Art. 416 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB sind Dauerverträge über die Unterbringung der betroffenen Person zustimmungsbefähigt. **Das gilt nicht, wenn der Vertrag durch eine Stellvertreterin nach Art. 382 Abs. 3 ZGB abgeschlossen wurde.** Hingegen muss der Beistand, wenn er gestützt auf Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vertretungsberichtig ist, die Zustimmung einholen.<sup>39</sup>

---

158

## III. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit

### A. Normzweck und materielle Regelung

- 7.35 Art. 383 und 384 ZGB enthalten die materiellen Voraussetzungen für Einschränkungen der Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen in Pflege- und Wohneinrichtungen und entsprechende formale Regeln für die Dokumentation, Protokollierung und Information durch die Einrichtungen. Die Bewegungsfreiheit ist im öffentlich-rechtlichen Kontext als **Teil der persönlichen Freiheit** durch die Europäische Menschenrechtskonvention, die Bundesverfassung, aber auch im privatrechtlichen Bereich als Ausfluss des Persönlichkeitsschutzes geschützt.<sup>40</sup> Die Bewegungsfreiheit hat nicht absoluten Charakter, sondern kann unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden.<sup>41</sup> Art. 383 ZGB bietet einzig eine gesetzliche Grundlage für Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bei **urteilsunfähigen volljährigen Personen**; weiter gehende Freiheitsbeschränkungen werden nicht erfasst.

### B. Voraussetzungen

#### 1. Einschränkungen der Bewegungsfreiheit als Teil freiheitsbeschränkender Massnahmen

- 7.36 «Freiheitsbeschränkende **Massnahmen** sind alle **Massnahmen**, mit denen in die körperliche und geistige Unversehrtheit und in die Bewegungsfreiheit eingegriffen wird, ohne dass dafür eine gültige, aktuelle und erklärte Zustimmung des Betroffenen vorliegt, bzw. ohne dass die **Massnahme** dem mutmasslichen Willen des kommunikationsunfähigen Betroffenen entspricht.»<sup>42</sup>
- 7.37 Die Begrifflichkeit Einschränkungen der Bewegungsfreiheit ist keine eindeutige; nach ihrer Intensität kann sie in Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung eingeordnet werden. Freiheitsbeschränkungen wiederum können in Einschränkungen der Bewegungsfreiheit und in medizinische **Massnahmen**, die eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit bewirken, eingeteilt werden.

---

159

---

<sup>37</sup> Art. 381 Abs. 3 und Art. 443 ZGB.

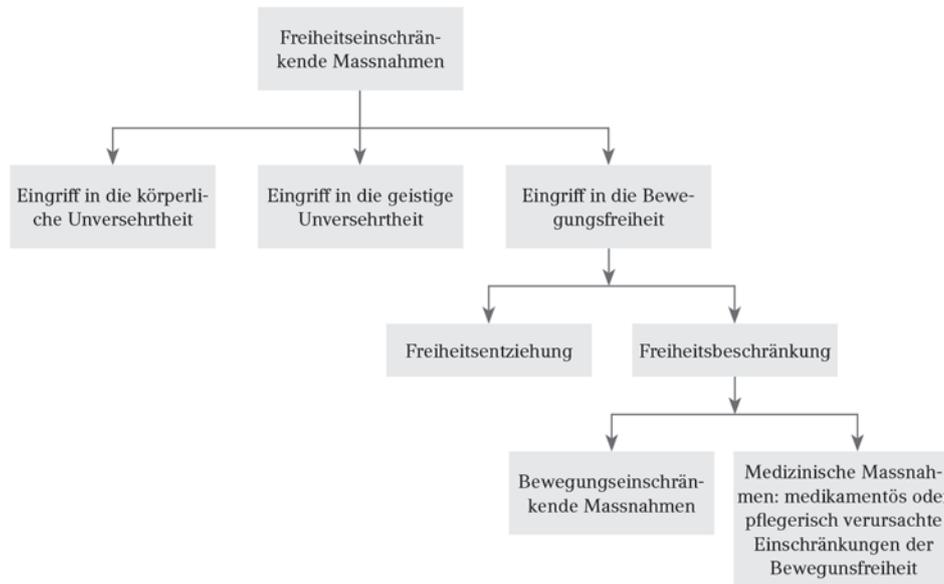
<sup>38</sup> Mösch Payot, ESR Komm, Art. 382 N 7b.

<sup>39</sup> Vgl. Rz. 8.329; vgl. Langenegger, ESR Komm, Art. 416 N 6; a.M. KOKES N. 7.49.

<sup>40</sup> Art. 5 EMRK; Art. 10 Abs. 2 und Art. 31 BV und Art. 28 ZGB.

<sup>41</sup> Botschaft KESR, 7039; Steck, BSK ZGB I, Art. 383 N 2; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 1.

<sup>42</sup> Mösch Payot, 9.

7.38 Schema 2: Übersicht freiheitsbeschränkende **Massnahmen**

7.39 Im Kern geht es bei der Einschränkung der Bewegungsfreiheit um die Beschränkung der körperlichen Bewegungsmöglichkeiten.<sup>43</sup> Zu denken ist an folgende Bewegungsbeschränkungen:

- **Massnahmen** der **Isolierung**, wie Unterbringung in einer geschlossenen Umgebung, etwa durch das Abschliessen von Türen, in Zimmern, Abteilungen, Gebäuden (mit oder ohne Garten);<sup>44</sup>
- Mechanische **Festhaltungsmassnahmen** wie das Hindern am Verlassen des Bettes, etwa durch das Anbringen von Bettgittern;
- **Bewegungsbeschränkungen** und **Fixationsmassnahmen**, etwa durch Gurte, Spezialdecken, Blockierungen von Stuhlsitzflächen durch Brett oder Tischchen; dazu gehört auch das selektive Blockieren von Händen, Armen oder Beinen etwa durch Verbände oder Handschuhe;
- die **Wegnahme üblicher Fortbewegungshilfsmittel** wie Rollstühle, Rollator oder Stöcke.<sup>45</sup>

7.40 Bei **Überwachungsmassnahmen**, wie elektronischen Meldern oder elektronischen Bettvorlagen und Klingelmatten, Überwachungskameras oder auch Sitz- und Nachtwachen, sind die Regeln von Art. 383 f. ZGB nur dann anwendbar, wenn damit subjektiv ein geschlossenes Milieu geschaffen wird, also bei der betroffenen Person der Eindruck erweckt wird, sie sei eingesperrt oder in ihrer Bewegungs-

---

160

freiheit beschränkt.<sup>46</sup> Gleiches gilt bei mündlichen oder schriftlichen Anordnungen, Ausgehverboten etc.<sup>47</sup>

7.41 Dabei gilt ein subjektiver Massstab, sodass auch das Schaffen eines geschlossenen Milieus dazu gehört, indem etwa bei den Bewohnern der Eindruck erweckt wird, sie seien eingesperrt oder sonst wie in ihrer Bewegungsfreiheit beschränkt. Mit Blick auf

---

<sup>43</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 383 N 7; Botschaft KESR, 7039.

<sup>44</sup> Vgl. BGE 134 I 209 E. 2.3, S. 211.

<sup>45</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, 383 N 9 f.; SGG, Freiheit und Sicherheit, 5.

<sup>46</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, 383 N 9 f.

<sup>47</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 383 N 9.

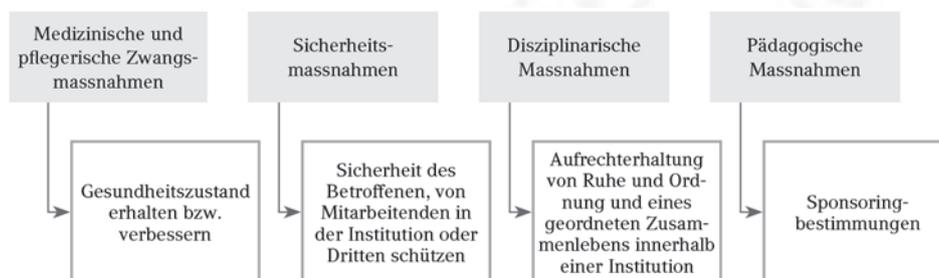
den subjektiven Massstab ist in Grenzfällen die Anwendung von Art. 383 f. ZGB abhängig von der erkennbaren Auswirkung auf die Betroffenen. Nicht anwendbar sind somit die Regeln, wenn die **Massnahmen** die Betroffenen objektiv und subjektiv nicht in ihrer Bewegungsfreiheit beschränken, sondern *einzig* die allgemeine Überwachung und das rechtzeitige Einschreiten bei Gefährdungen ermöglichen.<sup>48</sup>

7.42 **Beispiel:**

Eine Pflegeheimbewohnerin ist altersparanoid und leidet an chronischem obstruktivem Asthma bronchiale. Mit dem Zigarettenrauchen hört sie nicht auf, nachts geht sie öfters vor die Türe um zu rauchen, gelegentlich spaziert sie dann auch in der Umgebung. Aufgrund ihrer misstrauischen Art will sie das Raucherzimmer partout nicht aufsuchen. Ihr wurde nun ein Chipband angelegt, das beim Passieren einer elektronischen Schleuse, die an der Haustüre installiert ist, Alarm auslöst.

7.43 Die Motivlage zur Anordnung freiheitsbeschränkender **Massnahmen** ist unterschiedlich.

7.44 Schema 3: Übersicht Motive



**a) Abgrenzung zur FU**

7.45 Wird jemand gegen seinen – auch mutmasslichen oder hypothetischen – Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer festgehalten, kommen die Art. 383 ff. ZGB nicht zur Anwendung. Es handelt sich dabei um eine FU.<sup>49</sup>

161

In der Praxis herausfordernd ist zuweilen die Beurteilung des mutmasslichen und hypothetischen Willens.

7.46 **Beispiele:**

Die pensionierten Eltern platzieren ihren geistig schwerbehinderten Sohn in einem Heim, da sie altersbedingt die Betreuung nicht mehr gewährleisten können.

Die Kinder platzieren ihre stark demente Mutter in einem Pflegeheim. Die ambulanten Angebote vermögen die Situation zuhause nicht mehr genügend sicherzustellen.

7.47 Dauern isolierende **Massnahmen** länger an, sind die Übergänge von bewegungsbeschränkenden **Massnahmen** und der Unterbringung fließend, zumal die FU in stationären Einrichtungen aller Art, auch solchen ohne geschlossenen Abteilungen, möglich sind.<sup>50</sup> Für die Abgrenzung der Beschränkung der Bewegungsfreiheit von der Unterbringung sind die Art und Weise, die Dauer, das Ausmass und die Intensität der Beschränkung massgeblich, also die Auswirkungen der

<sup>48</sup> Ähnlich Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, 383 N 9 ff.; Meier/Lukic, Rz. 354.

<sup>49</sup> BGE 126 I 112 E. 3b, S. 115; Rosch, ESR Komm, Art. 426 N 14; Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 2; Meier/Lukic, Rz. 352.

<sup>50</sup> Rosch, ESR Komm, Art. 426 N 11 m.w.H.

zu beurteilenden **Massnahme** insgesamt.<sup>51</sup> Bei schweren Freiheitsbeschränkungen sind also im Zweifel die Rahmenbedingungen und Verfahrensregeln der FU zu beachten.

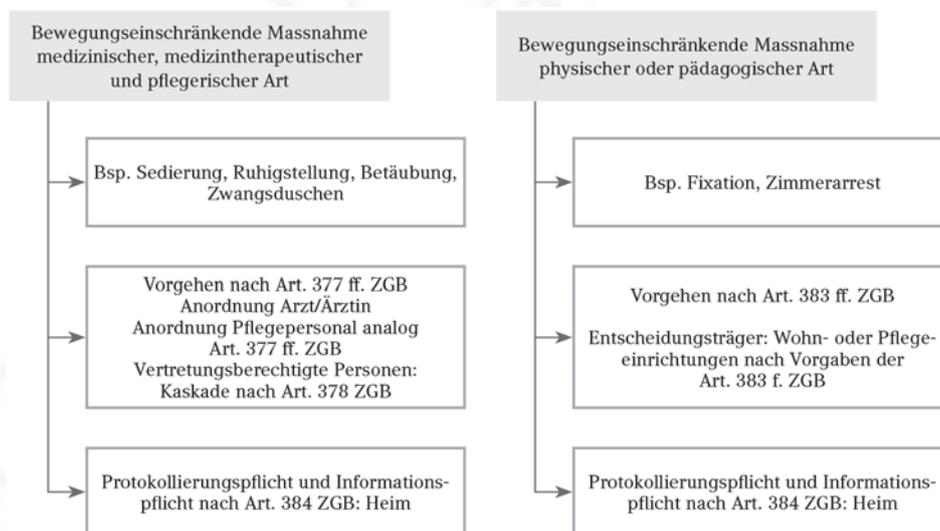
### b) Abgrenzung zu medizinischen **Massnahmen**

- 7.48 Die Abgrenzung zu medizinischen **Massnahmen** ist schwieriger als prima vista erkennbar. Der Gesetzgeber hat zwischen den bewegungsbeschränkenden **Massnahmen** nach Art. 383 ff. ZGB und den **medikamentösen Massnahmen, die bewegungseinschränkend wirken**, z.B. Ruhigstellen durch Medikamente, unterschieden. Letztere richten sich nach den Regeln von Art. 377 ff. ZGB.<sup>52</sup> Damit wird nach dem äusseren Instrumentarium der bewegungsbeschränkenden **Massnahmen** unterschieden, was mit Blick auf die Zielsetzung des Persönlichkeitsschutzes nicht unbeschränkt überzeugt.<sup>53</sup>
- 7.49 In Wohn- und Pflegeeinrichtungen, wo nicht nur die medizinische, sondern auch die pflegerische Betreuung Teil der vertraglichen Vereinbarung ist, trifft auch die Wohn- und Pflegeeinrichtung eine eigenständige Verantwortung. Somit sind mit Blick auf die Wohn- und Pflegeeinrichtungen für die entsprechenden pflegerischen **Massnahmen** mit bewegungsbeschränkender Wirkung ebenfalls die Art. 377–380 ZGB anwendbar. Darunter ist bspw. die Körperpflege gegen den Willen oder mit Widerstand der betroffenen Person zu verstehen, wie Zwangsduschen, aufgezwungener Kleiderwechsel, zwangsweise Nagel- oder Mundpflege. Die Rechtsan-

162

wendung kann aber hinsichtlich pflegerischer **Massnahmen** nur in analoger Form erfolgen, da der in Art. 377 ZGB vorgesehene ärztliche Behandlungsplan nur für medizinische, nicht aber für pflegerische **Massnahmen** gedacht sein kann. Im Bereich der von der Wohn- und Pflegeeinrichtung erfolgten Pflege ist analog eine entsprechende eigenständig erstellte Pflegeplanung zu verlangen.

- 7.50 Schema 4: Übersicht medizinische und **bewegungseinschränkende Massnahmen**



- 7.51 Insoweit sind bei ärztlich wie pflegerisch verantworteten **Massnahmen** mit bewegungsbeschränkender Wirkung gegenüber Urteilsunfähigen immer die Bestimmungen zu den medizinischen **Massnahmen** zu beachten, insbesondere der

<sup>51</sup> Vgl. EGMR vom 26.2.2002, H.M. c. Suisse, Nr. 39187/98; VPB 66.106, E. 20 ff.; Meier, 142.

<sup>52</sup> Botschaft KESR, 7093; Fassbind, OFK ZGB, Art. 383 N 1; Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, 383 N 8.

<sup>53</sup> So auch Geiser, 107.



Einbezug und das Entscheidrecht der Vertretungsperson nach Art. 378 ZGB, die Notfallregel von Art. 379 ZGB und der Rechtsschutz nach Art. 381 ZGB.

**Praxistipp:**

- 7.52 Insbesondere hinsichtlich der betreuerischen und pflegerischen **Massnahmen** und bei von den Wohn- und Pflegeeinrichtungen verantworteten Hilfetätigkeiten für medizinische **Massnahmen** mit bewegungsbeschränkenden Wirkungen besteht eine eigenständige Garantenpflicht der Wohn- und Pflegeeinrichtung. Falls also etwa die Abgabe sedierender Medikamente durch Mitarbeitende des Wohn- und Pflegeheimes erfolgt, trifft dieses eine eigenständige Pflicht, sicherzustellen, dass die materiellen Schranken des Art. 383 ZGB und die entsprechenden Verfahrensregeln eingehalten werden. Auch steht Betroffenen und ihnen nahestehenden Personen der Rechtsschutz nach Art. 385 ZGB offen. Darum ist den Einrichtungen zu raten, eigenständig die objektive Notwendigkeit solcher **Massnahmen** ganz gleich wie bei anderen bewegungsbeschränkenden **Massnahmen** regelmässig zu überprüfen. Zudem sollen die **Massnahmen**, deren Anordnung und deren Überprüfung im Sinne von Art. 384 ZGB, auch in den eigenen Bewohnerdossiers dokumentiert wer-

---

163

den. Im Streitfall mit der Arztperson muss die Wohn- und Pflegeeinrichtung aufgrund der Schutzpflicht gegenüber der Persönlichkeit der betroffenen Person die KESB im Sinne von Art. 381 Abs. 3 ZGB anrufen.

7.53 **Beispiel:**

Einem Bewohner müssen zur Durchführung der Nagelpflege regelmässig im Vorfeld Beruhigungstropfen verabreicht werden. Die Nagelpflege ist wegen diabetesbedingter Infektionsgefahr notwendig.

**c) Abgrenzung zu pädagogisch oder disziplinarisch motivierten Massnahmen**

- 7.54 Pädagogisch oder disziplinarisch motivierte bewegungsbeschränkende **Massnahmen**, wie Ausgehverbot, Zimmerarrest etc. fallen in den Anwendungsbereich, wenn damit Bewegungseinschränkungen verbunden sind. Insoweit wird etwa auch das kurzfristige Einschliessen oder das Verbot, Räume zu verlassen, erfasst. Solche **Massnahmen** sind also nur soweit zulässig, als die besonderen Motive nach Art. 383 Abs. 1 ZGB erfüllt sind (ernsthafte Gefahr abwenden, schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens abwenden). Daraus ist abzuleiten, dass davon unabhängige, rein pädagogische oder disziplinierende Motive Bewegungsbeschränkungen bei Erwachsenen nicht rechtfertigen können, es sei denn, es gebe andere entsprechende gesetzliche Grundlagen, eine echte Einwilligung der urteilsfähigen Betroffenen oder es liege eine eigentliche Notstands- und Notwehrsituation vor.<sup>54</sup>

**d) Kommunikations- und Konsumationsverbote**

- 7.55 Kommunikations- und Konsumationsverbote fallen nicht in den Anwendungsbereich der Norm, da sie nicht zur Kategorie der **bewegungseinschränkenden Massnahmen** gehören.<sup>55</sup> Insoweit ist es den Kantonen aber unbenommen, Bestimmungen über Voraussetzungen, Verfahren und Rechtsschutz zu erlassen. Ebenso können in

---

<sup>54</sup> Mösch Payot, 23.

<sup>55</sup> Vgl. Schema 2, Rz. 7.38; gl.M. Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, 383 N 11; Meier/Lukic, Rz. 354.

Hausordnungen beachtliche Regelungen zu Kommunikation und Konsumation enthalten sein.

7.56 **Beispiel:**

Den Bewohnern wird zu den Essenszeiten und während der Beschäftigung im Atelier ein Handyverbot auferlegt.

---

164

## 2. Voraussetzungen

- 7.57 Zulässig sind **bewegungseinschränkende Massnahmen** nur unter den im Gesetz abschliessend genannten Voraussetzungen.
- 7.58 Sie sind erstens zum **Schutz der betroffenen Person oder Dritter zulässig, um ernsthafte Gefahren für das Leben oder die körperliche Integrität abzuwenden**.<sup>56</sup> Damit gemeint ist eine zeitlich dringliche Gefährdung von gewisser Erheblichkeit.<sup>57</sup> Es muss dabei um schwerwiegende Fälle gehen, wie etwa um eine Selbstgefährdung bei versuchten Selbstverstümmelungen, oder um ernsthafte Gefahren für Dritte durch aggressives Verhalten, insbesondere Drohungen mit Gewalt oder körperliche Angriffe.<sup>58</sup>
- 7.59 Als zweites zulässiges Motiv wird die **Beseitigung einer schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens** genannt. Auch insoweit muss es um intensive Störungen gehen, welche bei Nichtintervention eine nahe Gefahr der Eskalation mit sich bringen. Eine bloss – auch wiederholte – Verletzung der Hausordnung genügt meistens nicht.<sup>59</sup> Schon vom Wortlaut her muss die entsprechende Störung bereits bestehen und durch die **Massnahme** beseitigt werden können. Eine bloss präventive vorsorgliche Verhinderung einer erwarteten Störung dagegen rechtfertigt die Bewegungsbeschränkung nicht. Vorbehalten sind allerdings unmittelbare Gefahrenlagen.<sup>60</sup>
- 7.60 **Bewegungseinschränkende Massnahmen** für Urteilsunfähige müssen verhältnismässig sein. Sie müssen hinsichtlich des (erlaubten) Zwecks geeignet, erforderlich und zumutbar sein.<sup>61</sup> Dem entspricht auch, dass die **Massnahme** so bald wie möglich aufzuheben ist.<sup>62</sup>
- 7.61 Neben der Prüfung der Geeignetheit einer **Massnahme** kommt der Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitsprüfung besondere Bedeutung zu. Alternativen und weniger einschneidende **Massnahmen** sind auszuloten, der Zweck muss überdies schwerer wiegen als die Folgen für die betroffene Person. Es liegt auf der Hand, dass an Wohn- und Pflegeeinrichtungen hohe Anforderungen gestellt werden, die nur in einer qualitativ guten und mit adäquaten Personalressourcen ausgestatteten Umgebung gewährleistet werden können. Eine genaue vorgängige Analyse der Problematik, der mit der Bewegungsbeschränkung begegnet werden soll, ist durchzuführen; auf deren Basis sind geeignete **Massnahmen** und mögliche Alternativen zu Bewegungsbeschränkungen zu suchen und abzuwägen. Überdies sind die tatsächliche Eingriffswirkung und mögliche Nebenwirkungen von Bewegungsbeschränkungen in die Erwägungen einzubeziehen. Zum Beispiel kann durch falsche

---

<sup>56</sup> Vgl. dazu Rosch, ESR Komm, Art. 427 N 4.

<sup>57</sup> Fassbind, OFK ZGB, Art. 383 N 1.

<sup>58</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 15 f.

<sup>59</sup> So auch Steck, BSK ZGB I, Art. 383 N 14.

<sup>60</sup> Enger wohl Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 18.

<sup>61</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 19 ff.

<sup>62</sup> Art. 383 Abs. 3 ZGB.

Einschränkungen der Bewegungsfreiheit das Sturz- und Verletzungsrisiko erhöht werden, etwa wenn Betroffene versuchen, über das Bettgitter zu steigen oder sich ohne Gehhilfe fortzubewegen.<sup>63</sup>

#### 7.62 **Praxistipp**

In der Praxis dürfte es schwierig sein, in jedem Fall die Urteilsunfähigkeit festzustellen, zumal diese als relatives Phänomen dynamisch veränderbar ist und punktuell differenziert werden muss. Mitarbeitende in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen haben aber als Rechtsanwendende zu belegen, woraus sie hinsichtlich der geplanten **Massnahme** auf Urteilsunfähigkeit schliessen. Dies muss auch Teil der Protokollierung gemäss Art. 384 ZGB sein. Im Zweifel kann es erforderlich sein, den entsprechenden Grundzustand regelmässig ärztlich begutachten und dokumentieren zu lassen.

7.63 Einschränkungen der Bewegungsfreiheit können nicht mit Personalmangel legitimiert werden.<sup>64</sup>

### **C.Information und Protokollierung**

7.64 Die betroffene Person ist, ausser in Notsituationen, vor der Einschränkung der Bewegungsfreiheit über die Art, den Grund und die voraussichtliche Dauer der **Massnahme** umfassend zu informieren.<sup>65</sup> Die **Information** hat in geeigneter Form mit Rücksicht auf den Schwächezustand der betroffenen Person zu erfolgen.<sup>66</sup> Die **Massnahme** muss überdies regelmässig auf ihre Berechtigung hin überprüft werden.<sup>67</sup> Diese Vorschriften zielen einerseits darauf ab, dass sich die betroffene Person, trotz ihrer Urteilsunfähigkeit, ein (vielleicht getrübbtes) Bild von der **Massnahme**, ihrer Dauer und der Betreuungsperson machen kann. Andererseits können die Vorgaben bei den Mitarbeitenden in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen zur Reflexion über die **Massnahme** und ihre Notwendigkeit beitragen.<sup>68</sup>

7.65 Die **Massnahmen zur Bewegungseinschränkung sind schriftlich zu protokollieren**. Das Gesetz enthält die Vorgabe, dass Namen der anordnenden Person, Zweck, Art und Dauer zu protokollieren sind. Weitere Aspekte wie der Zeitraum, beigezogene und informierte Personen, Überwachungsmassnahmen und insbesondere durchgeführte Kontrollen gehören auch dazu.<sup>69</sup>

7.66 Die **Anordnung der Massnahme obliegt der Wohn- und Pflegeeinrichtung** und somit deren Leitung. Diese Aufgabe kann auch durch ein entsprechendes internes Reglement an andere geeignete interne Stellen delegiert werden, etwa die Pflegeleitung oder die ärztliche Leitung. Das kantonale Recht kann insoweit ergänzende Regelungen vorsehen, auch können durch die Aufsicht Konkretisierungen vorgegeben werden.

7.67 So sieht denn Curaviva in ihrer «Anleitung zu einem Konzept **Bewegungseinschränkende Massnahmen**» vor, dass der Entscheidungsweg betreffend die Anwendung von **bewegungseinschränkenden Massnahmen** schriftlich festgehalten und die dafür verantwortlichen internen und externen Stellen konkret zu benennen

<sup>63</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 383 N 22; Leuba/Tritten, 284, 294.

<sup>64</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 383 N 13; Meier/Lukic, Rz. 355; Botschaft KESR, 7040; vgl. auch BGer, Urteil 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006, E. 4.

<sup>65</sup> Art. 383 Abs. 2 ZGB.

<sup>66</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz., Art. 383 N 25.

<sup>67</sup> Art. 383 Abs. 3 ZGB.

<sup>68</sup> Botschaft KESR, 7040.

<sup>69</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz., 383 N 3 m.w.H.

sind. Das Konzept legt verbindlich die Zuständigkeit für die Anordnung von **bewegungseinschränkenden Massnahmen** fest. Um das Fachwissen sicherzustellen, hält das Konzept fest, wie die Mitarbeitenden für die Entscheidung und die Anwendung von **bewegungseinschränkenden Massnahmen** geschult werden.

#### 7.68 **Praxistipp:**

Auf der Website von Curaviva, <www.curaviva.ch> (besucht am 1. Januar 2016), lassen sich in der Rubrik Fachinformationen diverse Themendossiers mit Hintergrundinformationen finden, bspw.:

- Personalbedarf in Pflegeinstitutionen
- Erwachsenenschutzrecht
- Demenz
- Bewegungseinschränkende Massnahmen**
- Sturzprävention
- Sucht im Alter
- Ethik
- Beihilfe zum Suizid
- Kriminalprävention in Institutionen
- Ombudsstellen
- Medizinische und therapeutische Versorgung in Alters- und Pflegeinstitutionen

#### 7.69 Die zur **Vertretung bei medizinischen Massnahmen** berechnigte Person hat ein **Informations- und Einsichtsrecht** in das Protokoll. Ein Einsichtsrecht steht überdies der Aufsichtsstelle zu. Dies dient der Transparenz, einer gewissen Kontrolle und dem Rechtsschutz vor Missbrauch.<sup>70</sup> Die Information hat unmittelbar zu erfolgen, insbesondere bei sehr schwerwiegenden **Massnahmen** wie Fixierung und Iso-

---

167

lation.<sup>71</sup> Ein Einsichtsrecht steht grundsätzlich auch der **betroffenen Person** zu, soweit sie diesbezüglich urteilsfähig ist oder wieder geworden ist.<sup>72</sup> **Weitere nahestehende Personen** haben kein Einsichtsrecht, ausser die insoweit urteilsfähige Person berechnigt hierzu. Nahestehenden Personen steht aber in jedem Fall das Recht zu, gemäss Art. 385 ZGB die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen. Im Rahmen dieses Verfahrens können sie das Protokoll einsehen.<sup>73</sup> Aus Beweisgründen sollte die Informationsübermittlung schriftlich festgehalten werden. Die Berechnigung zur Einsichtnahme ergibt sich auch aus den einschlägigen Datenschutzgesetzen von Bund bzw. Kantonen.<sup>74</sup>

#### 7.70 **Bewegungseinschränkende Massnahmen** sind von vornherein **zu begrenzen** und **regelmässig zu überprüfen**. Die Überprüfung kann häufig erforderlich sein, was von der Schwere der **Massnahme** abhängt. Ebenso kann eine engmaschige Überwachung notwendig sein. Die Art und die Häufigkeit der jeweiligen Resultate sind zu dokumentieren.

---

<sup>70</sup> Botschaft KESR, 7040.

<sup>71</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 384 N 5.

<sup>72</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 384 N 7.

<sup>73</sup> Art. 449b ZGB.

<sup>74</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 384 N 9 ff.

## D.Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

### 1.Anrufung der KESB

- 7.71 Gegen eine **Massnahme** zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person **schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde am Sitz der Einrichtung anrufen**. Ebenso ist ein Begehren um Beurteilungen durch die Erwachsenenschutzbehörde an diese weiterzuleiten, zum Beispiel durch das Pflegepersonal oder die Angehörigen.<sup>75</sup>

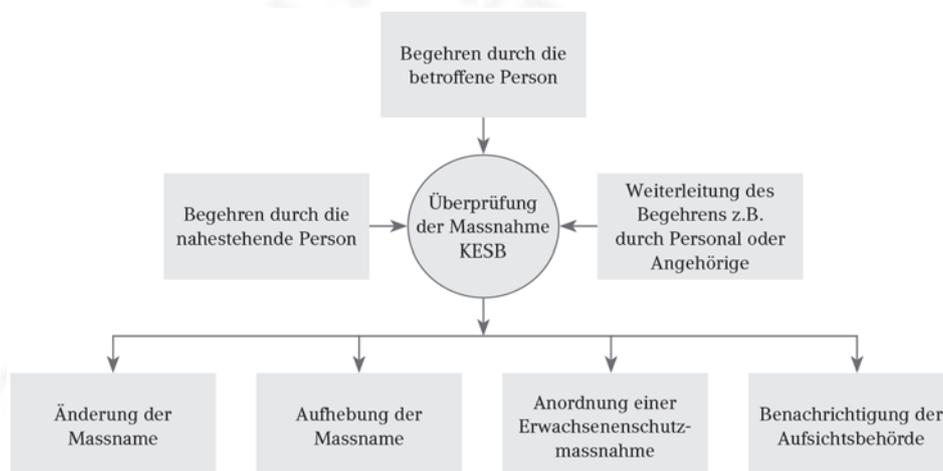
#### a)Verfahren und Rechtsmittel

- 7.72 Bei der Anrufung der KESB handelt es sich nicht um ein Rechtsmittelverfahren im technischen Sinne, sondern um einen **Rechtsbehelf**. Die erstinstanzlichen Verfahrensbestimmungen der Art. 443 ff. ZGB kommen zur Anwendung, was auch einen Antrag auf bzw. die Anordnung von vorsorglichen **Massnahmen** nach Art. 445 ZGB zulässt.<sup>76</sup> Der Anrufung an die KESB kommt keine aufschiebende Wirkung zu, was sich aber nicht aus dem Gesetz, sondern in analoger Anwendung des Art. 450e ZGB ergibt; das ist auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen.<sup>77</sup> Der erstinstanzliche Entscheid der KESB, der schriftlich begründet sein muss, kann mit dem Rechtsmittel der Beschwerde an die gerichtliche Beschwerdeinstanz weitergezo-

168

gen werden.<sup>78</sup> Gegen den gerichtlichen Beschwerdeentscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig. Hält sich hingegen eine betroffene Person im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung auf, richtet sich das Verfahren nach den Bestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung.

- 7.73 Schema 5: Begehren



<sup>75</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 385 N 18.

<sup>76</sup> Botschaft KESR, 7083; Steck, BSK ZGB I, Art. 385 N 2 ff. und Art. 450 N 20.

<sup>77</sup> Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 385 N 19; Steck, BSK ZGB I, Art. 385 N 19a.

<sup>78</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 385 N 16.

## b) Legitimation

### aa) Die betroffene Person

- 7.74 Art. 383 ZGB betrifft Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bei urteilsunfähigen Personen. Ist die betroffene Person jedoch selbst in der Lage, die KESB schriftlich anzurufen, so ist sie dafür auch urteilsfähig.<sup>79</sup>

### bb) Die nahestehende Person

- 7.75 Gleich mehrere Bestimmungen im Erwachsenenschutz verwenden den Begriff der nahestehenden Person, es kann im Detail auf die jeweiligen Kommentierungen verwiesen werden.<sup>80</sup> **Als nahestehend gilt jede Person, welche faktisch mit der betroffenen Person verbunden ist.** Freunde, Bekannte, Verwandte, Arbeitskollegen wie auch Mitbewohner können das Vertrauen der betroffenen Person gewonnen haben und sich mit ihr verbunden fühlen.<sup>81</sup> Die entsprechende Berechtigung zur Anrufung der Behörde steht somit einem weiteren Kreis zu als das einge-

---

169

schränkte Vertretungsrecht beim Abschluss des Betreuungsvertrages. Die nahestehende Person hat ein eigenes Recht, sich der **Massnahme** zu widersetzen, allenfalls auch gegen den Willen des Betroffenen oder der zur Vertretung bei medizinischen **Massnahmen** berechtigten Person.<sup>82</sup> Im Rahmen von Art. 384 ZGB kommt nur einer in medizinischen Belangen vertretungsberechtigten Person eine Information über die **Massnahme** und ein Einsichtsrecht in das Protokoll zu. Andere nahestehende Personen müssen, sofern die betroffene Person kein Einverständnis zur Einsichtnahme erteilt hat, die Anrufung der KESB ohne solche Kenntnisse veranlassen, was nach unserem Dafürhalten als gesetzgeberisch ungeschickt zu bezeichnen ist. Unbestritten ist es in der Praxis problematisch, einem Kreis möglicher nahestehender Personen Information über die **Massnahme** automatisch zukommen zu lassen; ein Einsichtsrecht sollte aber auf Verlangen hin gewährt werden können. Im Betreuungsalltag dürfte die nahestehende Person regelmässig bekannt sein.

### c) Form und Frist

- 7.76 Die Anrufung der KESB hat **schriftlich** zu erfolgen, an die Schriftlichkeit sind aber keine weiteren Formerfordernisse gebunden. So genügt es, wenn ein einfacher Brief verfasst wird, aus dem hervorgeht, dass man mit der **Massnahme** nicht einverstanden ist. Das Begehren muss weder einen Antrag noch eine Begründung erhalten.
- 7.77 Die KESB kann jederzeit angerufen werden, da der Entscheid der Einrichtung nicht in einem formellen Verfahren ergeht und der betroffenen Person nicht schriftlich eröffnet wird.<sup>83</sup>

### d) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

- 7.78 Zuständig ist die KESB am Sitz der Einrichtung. Der Sitz einer Einrichtung kann sich zuweilen nicht an ihrem Standort befinden, wie das bei Aktiengesellschaften im Gesundheits- und Pflegebereich oft der Fall ist. Anknüpfungspunkt ist deshalb nicht der Sitz gemäss Handelsregistereintrag, sondern der **Heimstandort**. Die KESB am

---

<sup>79</sup> Botschaft KESR, 7041; Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 385 N 4.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Steck, BSK ZGB I, Art. 450 N 32 ff.

<sup>81</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 385 N 10 m.w.H.

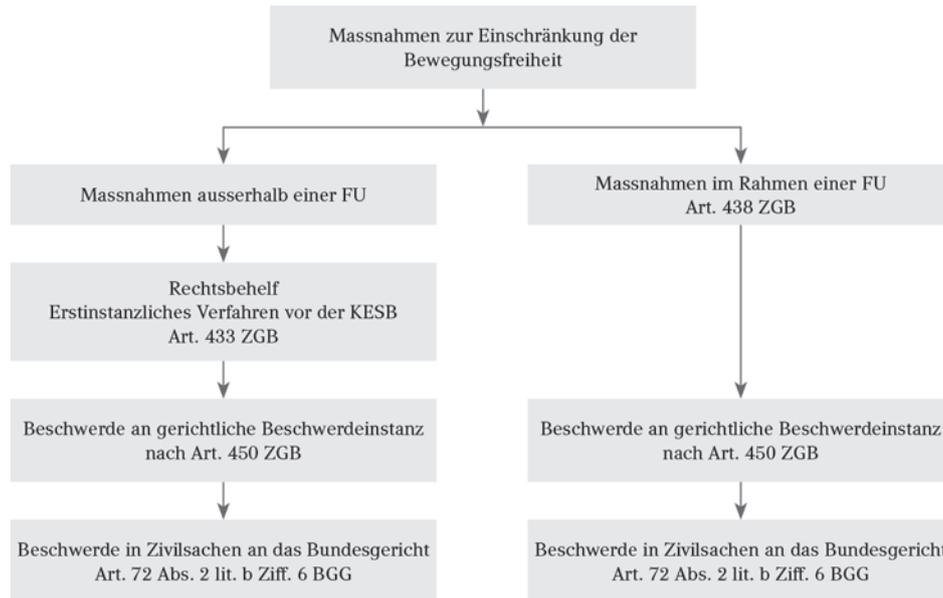
<sup>82</sup> Botschaft KESR, 7084; Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 385 N 5.

<sup>83</sup> Botschaft KESR, 7041.

Heimstandort ist zuständig, was sich mit der Nähe zur betroffenen Person einerseits sowie mit der Koordination zur Heimaufsicht andererseits begründen lässt.<sup>84</sup>

170

7.79 Schema 6: Beschwerdeinstanzen



## 2. Anordnungen der Erwachsenenschutzbehörde

7.80 Die Erwachsenenschutzbehörde hat die **Massnahmen** zu **prüfen und kann sie ändern, aufheben oder behördliche Massnahmen anordnen**. Im Weiteren ist die Aufsichtsbehörde durch die Erwachsenenschutzbehörde über **Massnahmen** im Zusammenhang mit der Überprüfung zu benachrichtigen. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn wiederholte oder schwere Verstösse gegen die Bestimmungen zu freiheitsbeschränkenden **Massnahmen** vorliegen.<sup>85</sup>

171

7.81 Schema 7: Prüfschema Art. 385 ZGB

Sachliche und örtliche Zuständigkeit	-KESB am Ort der Einrichtung
Aktivlegitimation	-urteilsunfähige betroffene Person -nahestehende Person
Form und Frist	-schriftlich -Anrufung jederzeit möglich
Prüfungsinhalt	-entspricht die angeordnete <b>Massnahme</b> den gesetzlichen Voraussetzungen und ist sie rechtlich zulässig? -von Amtes wegen ist die Anordnung einer behördlichen <b>Massnahme</b> zu prüfen
Rechtsfolgen	-Entscheid stellt Rechtmässigkeit fest -Änderung oder Aufhebung der <b>Massnahme</b> -Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme -Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde

<sup>84</sup> So auch Wider, ESR Komm, Art. 442 N 11.

<sup>85</sup> Mösch Payot, ESR Komm, Art. 383–385 N 15.

### 3. Rückblick – bisherige Verfahren

- 7.82 Auf eine Umfrage, wie viele Begehren gestützt auf Art. 385 Abs. 1 ZGB seit dem 1. Januar 2013 eingereicht wurden, haben von den gesamthaft 146 KESB deren 68 geantwortet. Eine einzige KESB hat ein Begehren erhalten und in der Sache entschieden.<sup>86</sup> Eine KESB hatte einen und eine KESB hatte drei Beratungsfälle, die kein Begehren nach sich zogen. Ansonsten kam es vereinzelt zu allgemeinen Auskünften an Angehörige oder Fachpersonen. Eine KESB gab an, proaktiv mit den Heimen Austausch zu pflegen, klärte Schnittstellen und leistete Instruktionen.
- 7.83 Somit hat sich in den drei ersten Jahren seit Einführung des neuen Rechts noch keine Praxis hinsichtlich der Begehren und Rechtsfolgen nach Art. 385 ZGB entwickelt. Das ist insofern nicht erstaunlich, als weniger unerlaubte Freiheitsentziehungen, sondern vielmehr die Qualität der Leistungen, der Mangel an persönlicher Betreuung und die fehlende Transparenz bei den vertraglichen Beziehungen im Vorfeld der Gesetzesrevision beklagt wurden.<sup>87</sup> Auch dürfte die vorzeitige Implementierung des neuen Rechts in der Praxis der Wohn- und Pflegeeinrichtungen, insbesondere durch Informationen, Dokumentationen und Schulungen durch Heimverbände, dazu beigetragen haben.

---

172

### 4. Überlegungen de lege ferenda

- 7.84 Das **Auseinanderklaffen der Beurteilungsinstanzen** im Rahmen einer FU und ausserhalb einer FU ist einer einheitlichen Rechtsanwendung abträglich. Des Weiteren überzeugt nicht, warum ausserhalb der fürsorgerischen Unterbringung die KESB als zusätzliche Instanz vorgesehen wurde. Zielführender wäre, im Sinne einer vorgelagerten Überprüfung, den Ausbau qualitätssichernder **Massnahmen** im Wohn- und Pflegebereich sowie die Schaffung von **Ombuds- oder unabhängigen Beschwerdestellen** zu forcieren. So leistet bspw. die Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter wirksame niederschwellige Unterstützung bei Konflikten, auch im Betreuungsalltag.<sup>88</sup> Je nach Fragestellung werden ausgewiesene Fachexpertinnen oder Fachexperten mit der Bearbeitung der Beschwerde betraut. Im Falle von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit ist pflegerisches oder sozialpädagogisches Know-how unabdingbar, insbesondere wenn **Massnahmen** nicht nur überprüft, sondern konkret auch abgeändert werden sollen.
- 7.85 Ilg-Meier zeigt auf, dass der Gesetzgeber von Idealvorstellungen ausgeht, die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen nicht ohne Weiteres umsetzen können. Um die Betreuungsqualität verbessern zu können, was Art. 383 ZGB intendiert, sind **im Pflege- und Betreuungsalltag in erster Linie mehr Ressourcen** notwendig.<sup>89</sup> Mitarbeitende in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen benötigen nicht nur klare und verständliche Prozessabläufe, vielmehr sind sie auf gute Organisationsstrukturen angewiesen, die bspw. ethische, spezialärztliche oder interdisziplinäre Fallbesprechungen zulassen.
- 7.86 Curaviva Schweiz hat sich bereits vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen mit deren korrekten Rechtsanwendung im Alltag beschäftigt und wegleitende Hilfsmittel für Wohn- und Pflegeeinrichtungen erarbeitet. So ist zu fordern, dass für die Erteilung von

---

<sup>86</sup> Die KESB wollte den Entscheid nicht anonymisiert zustellen, was wir bedauern.

<sup>87</sup> Botschaft KESR, 7014 f.

<sup>88</sup> Weitere Stellen, die hier wirkungsvoll und niederschwellig intervenieren: Basler Ombudsstelle für Altersfragen und Spitex, Ombudsstelle für Alters- und Spitexfragen Graubünden, Ombudsstelle für für Heim-, Spitex- und Altersfragen im Kanton Aargau, Bernischen Ombudsstelle für Alters-, Betreuungs- und Heimfragen.

<sup>89</sup> Ilg-Meier, 147.



Heim- oder Betriebsbewilligungen ein Qualitätsmanagement (QM) zur Qualitätssicherung vorausgesetzt wird. Die Institutionen sind zu verpflichten, Prozesse und Methoden der internen Qualitätssteuerung festzulegen, und haben u.a. die **konzeptionellen Grundlagen zu Einschränkungen der Bewegungsfreiheit** darzulegen.

- 7.87 Nach unserem Dafürhalten reicht die direkte Anrufung einer gerichtlichen Instanz aus, weshalb in Art. 385 ZGB eine Beschwerde an die gerichtliche Beschwerdeinstanz vorzusehen ist. Art. 387 ZGB ist dahingehend zu ergänzen, dass die Kantone im Rahmen der Aufsicht niederschwellige Ombuds- oder Beschwerdestellen anbieten müssen.

---

173

## IV.Schutz der Persönlichkeit

### A.Normzweck und materielle Regelung

- 7.88 Art. 386 ZGB bestätigt, dass auch für urteilsunfähige Personen die Persönlichkeit zu schützen ist. Dies ergibt sich in genereller Weise auch aus dem **Schutz der Persönlichkeit** gemäss Art. 28 ZGB bzw. aus der Geltung der Grundrechte, wenn im Rahmen öffentlicher Aufgaben Wohn- und Pflegedienstleistungen erbracht werden.
- 7.89 Drei **Aspekte des Persönlichkeitsschutzes** werden in Art. 386 ZGB besonders genannt: So sollen die Einrichtungen externe Kontakte fördern und Personen, um die sich niemand kümmert, der KESB melden. Schliesslich ist die freie Arztwahl zu gewährleisten, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen. Zu beachten ist, dass auch die Regelung der Beschränkung der Bewegungsfreiheit in den Art. 383–385 ZGB dem Schutz der Persönlichkeit dient.
- 7.90 Die ausdrückliche Nennung des Persönlichkeitsschutzes ist für den Aufenthalt Urteilsunfähiger in Wohn- und Pflegeeinrichtungen bedeutsam, weil hier ein **besonderes Näheverhältnis** und gleichzeitig ein **spezieller Schutzbedarf** der Bewohner/-innen besteht. Dazu gehört, dass sich die Einrichtung um das tägliche Wohl der urteilsunfähigen Bewohner kümmert, deren Bedürfnissen Rechnung trägt, Einsamkeit verringert und Leiden lindert.<sup>90</sup> Zur Persönlichkeit, die zu schützen ist, gehören Aspekte des ganzen Lebens, namentlich der Privat- und Geheimsphäre der physischen und psychischen Integrität, der Freiheit der Sexualität, der Freiheit der Lebensgestaltung und der Bewegungsfreiheit.<sup>91</sup>
- 7.91 Der Schutz der Persönlichkeit hat mehrfache Dimensionen: Die urteilsunfähigen Bewohner sind in ihrer **Freiheit der Persönlichkeitsausübung** zu schützen. Das betrifft den **Schutz vor Verletzungen** durch die Einrichtung und ihre Angestellte. Ebenso ist zu verhindern, dass die Persönlichkeit durch andere Heimbewohner, Angehörige oder Dritte gefährdet oder verletzt wird. Zu verlangen sind konzeptionelle und organisatorische Vorkehrungen, präventive wie auch fallbezogene invasive **Massnahmen**.<sup>92</sup> Die Schutzpflicht der Einrichtung findet ihre Grenzen in berechtigten Interessen der Einrichtung und anderer Bewohner.<sup>93</sup>
- 7.92 Gegen **Verletzungen des Persönlichkeitsschutzes** stehen bei privatrechtlich begründeten Heimaufenthalten die Unterlassungs- und Abwehrklage (Art. 28a Abs. 1 und 2 ZGB) sowie vertragliche Schadenersatzansprüche und Genugtuungsansprüche zur Verfügung. Handelt es sich um Wohn- und Pflegeeinrichtungen, die mit Bewohnern

---

<sup>90</sup> Botschaft KESR, 7041; Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 2.

<sup>91</sup> Botschaft KESR, 7038; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 386 N 2.

<sup>92</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 386 N 5 ff.

<sup>93</sup> Ähnlich Fassbind, OFK ZGB, Art. 386 N 1.

eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung haben, so sind Staatshaftungsansprüche denkbar. Ergänzend können Verletzungen strafrechtliche Konsequenzen haben.<sup>94</sup>

---

174

### B.Einzelne Aspekte

- 7.93 Als konkrete Form des Persönlichkeitsschutzes sollen die Einrichtungen **Kontakte zu Personen ausserhalb der Einrichtung** fördern. Das dürfte heute zum üblichen Standard der Wohn- und Pflegeeinrichtungen gehören und kommt zum Ausdruck in öffentlichen Veranstaltungen oder öffentlich zugänglichen Angeboten wie Cafés oder Restaurants.
- 7.94 Ist eine Bewohnerin oder ein Bewohner ohne Bezugsperson von ausserhalb der Einrichtung, so ist die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen, welche von Amtes wegen für Abhilfe zu sorgen und die gebotenen behördlichen **Massnahmen** anzuordnen hat.<sup>95</sup> Diese Norm dürfte kaum praktische Relevanz erhalten, wenn die Vertreterinnen oder Vertreter der urteilsunfähigen Personen oder die Wohn- und Pflegeeinrichtungen rechtzeitig selber die heute möglichen Angebote selbständig aktivieren, etwa Besuchsdienste externer Anbieter.
- 7.95 Die **freie Arztwahl** ist gemäss Art. 386 Abs. 3 ZGB zu gewährleisten, soweit nicht wichtige Gründe dagegen sprechen. Der Anspruch auf freie Arztwahl besteht in allen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Einrichtungen. Wichtige Gründe, die eine Einschränkung der Arztwahl rechtfertigen können, liegen nur vor, wenn es nicht um bloss (organisatorische) Interessen der Wohn- und Pflegeeinrichtung geht.<sup>96</sup>
- 7.96 So schliesst das **Bestehen von hauseigenen Arztdiensten** der Wohn- und Pflegeeinrichtung nicht aus, dass der Bewohner oder die Bewohnerin auf diese Dienstleistungen verzichtet und eine andere Ärztin, einen anderen Arzt wählt.<sup>97</sup>
- 7.97 **Organisatorische Gründe** (Mehraufwand durch mehrere Ärzte) oder allgemeine Interessen der Organisation (Sicherstellung hausinterne Versorgung) können aber dazu führen, dass bei Vertragsschluss die Möglichkeit eingeräumt oder auch empfohlen wird, selbstbestimmt und freiwillig von einer Einrichtung angebotene ärztliche Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Dies dürfte von Betroffenen oft aufgrund der praktischen Vorteile auch in Anspruch genommen werden. Auf das Recht der freien Arztwahl kann wegen seines Charakters als Persönlichkeitsrecht aber nicht generell verzichtet werden. Die betroffene Person kann also jederzeit auf diesen Entscheid zurückkommen und zum Beispiel wieder die Behandlung durch die frühere Hausärztin verlangen.<sup>98</sup> Soweit die Heime Teil der öffentlich-rechtlichen Pflege- und Heimversorgung sind, stellt eine weiter gehende Beschränkung einen Eingriff in das entsprechende Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV) dar.

---

175

Dafür ist eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse nötig, und es ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 36 BV).<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 387 N 9.

<sup>95</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 9; Botschaft KESR, 7041.

<sup>96</sup> Gl.M. Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 16; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 386 N 15.

<sup>97</sup> Gl.M. Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 17; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 386 N 15 f.; a.M. Poledna/Vokinger, 71 ff.

<sup>98</sup> Enger, gegen jede Einschränkungsmöglichkeit im Betreuungsvertrag Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 386 N 156; hingegen für eine gültige Einschränkungsmöglichkeit wie hier wohl Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 17.

<sup>99</sup> A.M. offenbar Poledna/Vokinger, 71 ff.



- 7.98 Zulässig ist die **Beschränkung der freien Arztwahl**, wo die Beschränkung im objektiven Interesse des Betroffenen liegt. In diesem Sinne nennt die Botschaft den Fall von Notfallsituationen oder die Situation des Arztes, der geografisch so weit weg praktiziert, dass er die gebotene Versorgung gar nicht gewähren kann.<sup>100</sup> Faktische Grenzen können sich zudem aus finanziellen Gründen oder aus der Beschränkung der Kostenübernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung ergeben.<sup>101</sup>

## V.Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen

### A.Zweck und Inhalt

- 7.99 Für Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, ist eine amtliche Aufsicht vorgesehen. Damit soll dem **besonderen Schutzbedürfnis** dieser Personen Rechnung getragen werden.<sup>102</sup> Das Aufsichtserfordernis erstreckt sich auf den allergrössten Teil von Einrichtungen der Behinderten- und Alterspflege. Nämlich besteht es immer dann, wenn Personen betreut werden, die zumindest vorübergehend für wesentliche Fragen nicht urteilsfähig sind.
- 7.100 Die Aufsicht soll präventiv den **Schutz der Persönlichkeit** der Bewohner sicherstellen.<sup>103</sup> Damit sollen Missstände verhindert oder aufgedeckt werden und **Massnahmen** zu deren Behebung ermöglicht werden. Es sollen aber auch realisierte Verbesserungen erkannt und gewürdigt werden können.<sup>104</sup>
- 7.101 Die Kantone sind frei zu bestimmen, **welche Behörde** die Aufsicht wahrzunehmen hat.<sup>105</sup>

176

- 7.102 Schema 8: Aufsichtsinstanzen Deutsche Schweiz gemäss Art. 387 ZGB

Aargau	Departement Bildung, Kultur und Sport Departement Gesundheit und Soziales
Appenzell Innerrhoden	Gesundheits- und Sozialdepartement
Appenzell Ausserrhoden	Departement Gesundheit (Fachstelle Heimaufsicht und -beratung)
Bern	Gemeindebehörden Oberaufsicht bei der Gesundheits- und Fürsorgedirektion (Alters- und Behindertenamt)
Basellandschaft	Volkswirtschafts- und Gesundheitsdirektion Bildungs-, Kultur- und Sportdirektion
Basel-Stadt	Wirtschafts-, Sozial- und Umweltdepartement (Abteilung Behindertenhilfe des Amtes für Sozialbeiträge) Gesundheitsdepartement (Pflegeheim-Qualitätskommission der Abteilung für Langzeitpflege des Bereiches Gesundheitsversorgung)
Freiburg	Direktion für Gesundheit und Soziales
Glarus	Departement für Volkswirtschaft und Inneres
Graubünden	Regierung
Luzern	Gesundheits- und Sozialdepartement
Nidwalden	Kantonales Sozialamt
Obwalden	Regierungsrat
St. Gallen	Departement des Inneren (Amt für Soziales); Gemeinden
Schaffhausen	Departement des Inneren

<sup>100</sup> Botschaft KESR, 7041 f.

<sup>101</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 13.

<sup>102</sup> Hegnauer, ZVW 2003, 361, 368; Leuba/Tritten, 298; Botschaft KESR, 7042; Steck, BSK ZGB I, Art. 387 N 3.

<sup>103</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 386 N 3; Fassbind, OFK ZGB, Art. 387 N 1.

<sup>104</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 387 N 2.

<sup>105</sup> Gl.M. Steck, BSK ZGB I, Art. 387 N 6; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 387 N 7; a.M. Bernhart, Rz 667, der die KESB wegen möglicher Vorbefasstheit aufgrund der Zuständigkeit für individuell-konkrete Anrufungen nach Art. 385 ZGB ausschliessen will.



Solothurn	Departement des Inneren
Schwyz	Departement des Inneren (Amt für Gesundheit und Soziales); Gemeinden
Thurgau	Departement für Finanzen und Soziales
Uri	Regierungsrat (Gesundheits-, Sozial- und Umweltdirektion)
Wallis	Staatsrat (Departement für Gesundheit)
Zug	Direktion des Inneren Gesundheitsdirektion
Zürich	Bezirksrat

177

## B. Konsequenzen der Regelung

- 7.103 **Form, Umfang und Inhalt der Aufsicht** werden im Gesetz nicht genauer bestimmt. Aus der gesetzessystematischen Stellung der Norm im ZGB lässt sich aber schliessen, dass die kantonale Aufsicht mindestens die Einhaltung der Regelungen zu Art. 382–386 ZGB beinhalten muss.
- 7.104 Die Aufsicht betrifft also die **Überprüfung** des Vorhandenseins schriftlicher Verträge für urteilsunfähige Personen unter Einhaltung der korrekten Stellvertretung und die **Massnahmen** zum Schutz der Persönlichkeit des urteilsunfähigen Bewohners, inkl. der Einhaltung der Gewährleistung der freien Arztwahl im Rahmen von Art. 386 ZGB. Sie bezieht sich auch auf die Einhaltung der Regeln zu bewegungsbeschränkenden **Massnahmen** und deren Dokumentation im Sinne von Art. 383–385 ZGB.<sup>106</sup> Im Weiteren obliegt es den Kantonen, die Einzelheiten der Aufsicht, die Form, die Kontrollmittel, die Intensität der Aufsicht und die Sanktionen zu regeln. Selbstverständlich gehören auch unangemeldete Besuche zum Repertoire der Aufsicht.<sup>107</sup>
- 7.105 Im Übrigen ist es den **Kantonen überlassen, die Zuständigkeit, die Art und den Umfang der Aufsicht** über Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, zu definieren. Damit unterscheidet sich die Regelung von derjenigen zum Pflegekinderwesen, wo bundesrechtliche Vorgaben über die Aufsicht möglich sind.<sup>108</sup> Da der Schutzbedarf für urteilsunfähige Erwachsene in Pflegeeinrichtungen genau so ausgeprägt sein kann wie für (urteilsfähige oder urteilsunfähige) Kinder in Pflegesituationen, ist dies zu bedauern.<sup>109</sup>
- 7.106 Zum **Mindestmass der Aufsicht** gehören die Vornahme von regelmässigen, allenfalls auch unangemeldeten Inspektionen und die Behandlung von Beschwerden Betroffener.<sup>110</sup> Die Behörde ist auch berechtigt, die Protokolle der Institutionen zu **bewegungseinschränkenden Massnahmen** einzusehen.
- 7.107 Hat die Aufsichtsbehörde Anhaltspunkte, dass die Schutzinteressen der urteilsunfähigen Bewohner in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen verletzt werden, so ist sie **verpflichtet, in geeigneter und verhältnismässiger Weise aktiv zu werden**. Sonst setzt sie sich dem Vorwurf der Rechtsverweigerung aus und könnte allenfalls haftpflichtig werden.<sup>111</sup> Zusätzlich besteht von der Sache her Bedarf, durch **aufsichtsgestützte Weisungen** den Einrichtungen Rechtssicherheit zu gewährleisten,

<sup>106</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 387 N 3 ff.

<sup>107</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 387 N; Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Art. 387 N 9.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 316 ZGB.

<sup>109</sup> Kritisch zur entsprechenden Norm des VE Erwachsenenschutz 03 zu Recht Hegnauer, ZVW 2003, 368; gl. M. Steck, BSK ZGB I, Art. 387 N 5.

<sup>110</sup> Hegnauer, ZVW 2003, 362.

<sup>111</sup> Vgl. Art. 454 ZGB.



insbesondere durch Konkretisierungen im Bereich der freiheitsbeschränkenden **Massnahmen**.<sup>112</sup>

---

178

- 7.108 Hilfreich ist weiter, wenn die Kantone unabhängige Beschwerdestellen, bzw. Ombudsstellen mitfinanzieren, welche niederschwellig und unparteilich bei Konflikten vermitteln können.

---

<sup>112</sup> Steck, BSK ZGB I, Art. 387 N 10.

Dokument	<b>Pflegerecht 2018 S. 67</b>
Autor	<b>Peter Mösch Payot</b>
Titel	<b>Freiheitsbeschränkungen für Erwachsene in Heimen</b>
Seiten	<b>67-75</b>
Publikation	<b>Pflegerecht - Pflegewissenschaft</b>
Herausgeber	<b>Hardy Landolt, Brigitte Blum-Schneider, Peter Breitschmid, Thomas Gächter, Heidrun Gattinger, Ueli Kieser, Julian Mausbach, Peter Mösch Payot, Kurt Pärli, Helena Zaugg</b>
ISSN	<b>2235-2953</b>
Verlag	<b>Stämpfli Verlag AG</b>

## Freiheitsbeschränkungen für Erwachsene in Heimen

### Ist dank dem neuen Erwachsenenschutzrecht alles klar?



#### **Peter Mösch Payot**

Professor für Sozialrecht an der Hochschule Luzern. Lic. iur. LL. M., Non-Profit-Manager NDS FH. Berater in Rechts- und Organisationsfragen im Gesundheits- und Sozialwesen. Kontakt: moeschpeter@bluewin.ch

## I. Einleitung

Die Frage nach dem Ob, dem Wie und dem Wie viel von Freiheitseinschränkungen von Menschen mit Pflegebedarf gehört zu den Kernfragen des Pflegeverhältnisses.

In der Pflegewissenschaft werden entsprechende Themen häufig unter pflege- oder medizinethischen Gesichtspunkten diskutiert. Insoweit bestehen auch entsprechende Guidelines für Güterabwägungen wie etwa in Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), namentlich in der letztmals 2015 revidierten Richtlinie «Zwangsmassnahmen in der Medizin» vom 1. 12. 2015<sup>1</sup> oder für den Bereich der Alterspflege und -betreuung in der letztmals 2017 revidierten Richtlinie «Freiheit und Sicherheit – Richtlinie zum Umgang mit bewegungseinschränkenden Massnahmen der Schweizerischen Gesellschaft für Gerontologie»<sup>2</sup>.

Die Frage nach Beschränkungen der Freiheit hat aber auch rechtliche Relevanz. Das heisst, dass es dabei um Fragen geht, welche die heimvertragsrechtliche Pflichterfüllung betreffen. Darüber hinaus können nicht berechnete Beschränkungen der Freiheit privatrechtliche, öffentlich-rechtliche oder gar strafrechtliche

<sup>1</sup> Abrufbar unter <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> (eingesehen am 7. 3. 2018).

<sup>2</sup> Kostenlos bestellbar unter <http://www.sgg-ssg.ch/de/publications-de-la-ssg> (eingesehen am 7. 3. 2018).



Verantwortung und Haftung mit sich bringen.<sup>3</sup> Umgekehrt kann das Ausserachtlassen der Gewährleistung von erwartbarer Sicherheit und Fürsorge ebenso in Kritik geraten oder als Vertragsverletzung mit Haftungsfolgen gelten.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass es sich dem Autor in den Beratungen von Mitarbeitenden und Leitungspersonen in Pflegeeinrichtungen im Behinderten- und im Alterspflegebereich<sup>4</sup> immer wieder zeigt, dass Verantwortliche in Institutionen häufig unsicher sind bei der Frage nach Voraussetzungen und Grenzen von Freiheits- sowie Bewegungsbeschränkungen. Analoges gilt für den Bereich der ambulanten Pflege. Der folgende Beitrag zeigt die Grundlagen für die Beantwortung entsprechender Praxisfragen und bietet mit einer Checkliste eine Hilfe für entsprechende Entscheidungsprozesse.<sup>5</sup> Der Beitrag enthält exemplifizierende Fallbeispiele.

In einem ersten Teil werden die Begriffe der Bewegungseinschränkung und der Freiheitseinschränkung geklärt (Teil II). Darauf werden die Inhalte und

### **Pflegerecht 2018 S. 67, 68**

Grundlagen der Freiheit übersichtlich dargestellt (Teil III) und im Folgenden die Voraussetzungen für deren Beschränkung überblickartig dargelegt (Teil IV). Ein Fazit (Teil V) und eine Checkliste (Teil VI) runden den Beitrag ab.

## **II. Was sind Bewegungs- und Freiheitseinschränkungen?**

«Bewegungseinschränkungen» und «Freiheitseinschränkungen» in der Pflege und Betreuung beinhalten Unterschiedliches.

### **A. Bewegungseinschränkungen und fürsorgerische Unterbringung**

Relativ klar ist die Definition der bewegungseinschränkende Massnahme. Hierfür besteht auch in der internationalen Forschung der Pflegewissenschaften eine einigermaßen klare Begrifflichkeit. So etwa bei Bleijlevens, Wagner, Capezuti und Hamers (2016)<sup>6</sup>:

«Physical restraint is defined as any action or procedure that prevents a person's free body movement to a position of choice and/or normal access to his/her body by the use of any method, attached or adjacent to a person's body that he/she cannot control or remove easily.»

Weitgehend kohärent mit dieser pflegewissenschaftlichen Definition ist diejenige des Zivilgesetzbuches in Art. 383 zu Einschränkungen der Bewegungsfreiheit für Urteilsunfähige in Wohn- und Pflegeeinrichtungen oder in Art. 438 für analoge Massnahmen bei einer fürsorgerischen Unterbringung.

Einschränkungen der Bewegungsfreiheit umfassen als Beschränkung der körperlichen Bewegungsmöglichkeiten<sup>7</sup> gemäss [Art. 383 ZGB](#) insbesondere:

- Massnahmen der Unterbringung in einer geschlossenen Umgebung, etwa durch das Abschliessen von Türen, in Zimmern<sup>8</sup> oder Gebäuden;
- Fixationen und unmittelbare Bewegungsbeschränkungen etwa durch Gurten oder Zewidecken;
- Festhaltungsmassnahmen wie das Anbringen von Bettgittern;
- die Wegnahme von Fortbewegungshilfen wie Rollstühlen oder Rollatoren;

<sup>3</sup> Vgl. z. B. [Art. 183 StGB](#) und dazu beispielhaft BGer 6 P.106/2006 vom 16. 8. 2006.

<sup>4</sup> Wie auch darüber hinaus in Erziehungs-, Sonderschulungseinrichtungen, in Organisationen mit dem Zweck der beruflichen Integration oder auch in Spitälern. Alle diese Bereiche sind hier aber nicht spezifisch Gegenstand der Betrachtung.

<sup>5</sup> Die Checkliste basiert auf Vorarbeiten eines 2010 abgeschlossenen Gutachtens des Autors für das Alters- und Behindertenamt der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern.

<sup>6</sup> Bleijlevens Michel H. C./Wagner Laura. M./Capezuti Elizabeth/Hamers Jan P. H. (2016). Physical Restraints: Consensus of a Research Definition Using a Modified Delphi Technique. *Journal of the American Geriatrics Society*. doi:10.1111/jgs.14435.

<sup>7</sup> Steck Daniel. Basler Kommentar [ZGB](#) I (5. Auflage 2014), Art. 383 N 7.

<sup>8</sup> Vgl. [BGE 134 I 209 E. 2.3.](#)



– Überwachungsmaßnahmen wie Klingelmatten oder elektronische Melder oder auch Anordnungen, falls damit ein geschlossenes Milieu geschaffen wird, also bei der Person der Eindruck erweckt wird, sie dürfe sich nicht fortbewegen.<sup>9</sup>

Keine Bewegungseinschränkungen sind hingegen anzunehmen, wenn Massnahmen, etwa elektronische Melder oder eine Sitzwache, einzig der allgemeinen Überwachung dienen und das rechtzeitige Einschreiten bei Gefährdungen ermöglichen. Entscheidend ist der subjektive Eindruck, der bei Betroffenen entsteht.<sup>10</sup> Solche reine Überwachungsmaßnahmen sind aber als Freiheitseinschränkungen (siehe gleich nachfolgend) von Relevanz.

Die *fürsorgerische Unterbringung* ist aus zivilrechtlicher Perspektive ein besonderer Typus der Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, die häufig mit besonderen Freiheitseinschränkungen verbunden ist. Eine solche liegt vor, wenn jemand gegen seinen – auch mutmasslichen oder hypothetischen – Willen an einem bestimmten, begrenzten Ort für eine gewisse Dauer aus fürsorgerischen Gründen festgehalten und dort betreut und/oder behandelt wird.<sup>11</sup> Insoweit gelten für die Voraussetzungen besondere Hürden, die Zuständigkeit, das Verfahren und die möglichen Rechtsfolgen kennen besondere Regeln.<sup>12</sup>

## B. Freiheitseinschränkungen

Der Begriff der Freiheitseinschränkung umfasst die vorgenannten Bewegungseinschränkungen. Der Begriff geht aber weiter:

«Freiheitsbeschränkende Massnahmen sind alle Massnahmen, mit denen in die körperliche und geistige Unversehrtheit oder/und in die Bewegungsfreiheit eingegriffen wird, ohne dass dafür eine gültige, aktuelle und erklärte Zustimmung des Betroffenen vorliegt, bzw. ohne dass die Massnahme dem mut-

### Pflegerecht 2018 S. 67, 69

masslichen Willen des kommunikationsunfähigen Betroffenen entspricht.»<sup>13</sup>

Freiheitseinschränkungen können also auch andere Bereiche der Freiheit und der Persönlichkeit umfassen als die Bewegungsfreiheit. Der Begriff kann unterschiedlich kategorisiert und unterteilt werden.<sup>14</sup> Neben den genannten Formen der Beschränkungen der Bewegungsfreiheit lassen sich in der Praxis im Besonderen folgende Formen des Eingriffs in die persönliche Freiheit ([Art. 10 BV](#)) und die Persönlichkeit ([Art. 28 ZGB](#)) in Behinderten- und Pflegeheimen finden:

- medizinische Massnahmen, inkl. medikamentöser Massnahmen, welche auf medikamentösem Weg sedierende Wirkung haben und somit die Bewegungsmöglichkeit indirekt einschränken<sup>15</sup> und welche nicht durch den Willen des urteilsfähigen Betroffenen gedeckt sind;
- Verbote und Einschränkungen von Kommunikationsmöglichkeiten aller Art, etwa das Nichtgestatten von Handys, Beschränkungen und Verbote von Kontakten, auch in sexueller Hinsicht;
- Einschränkungen der Konsumation von Nahrung, Getränken und Genussmitteln aus unterschiedlichen Motiven;

<sup>9</sup> Mösch Payot Peter. Kommentierung Art. 383–385 N 5 und N 5a, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (2015). Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu [Art. 360 ff. ZGB](#) und [VBVV](#). 2. Auflage. Basel, S. 150 (m. w. H.).

<sup>10</sup> So Anderer Karin/Mösch Payot Peter (2016). Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in: Foutoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 158 ff. (m. w. H.).

<sup>11</sup> Siehe etwa Rosch Daniel. Kommentierung Art. 426 N 14, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (2015). Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu [Art. 360 ff. ZGB](#) und [VBVV](#). 2. Auflage. Basel, S. 322 ff. (m. w. H.).

<sup>12</sup> [Art. 426 ff. ZGB](#).

<sup>13</sup> So Anderer Karin/Mösch Payot Peter (2016). Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in: Foutoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 158 ff. (m. w. H.).

<sup>14</sup> Mösch Payot Peter (2014). Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 1/2014, S. 10 ff.

<sup>15</sup> Im Sinne des Erwachsenenschutzrechtes gehören solche medikamentös verursachten Bewegungsbeschränkungen nicht zu den Bewegungseinschränkungen gemäss [Art. 383 ZGB](#), sondern stellen nach herrschender Lehre medizinische Massnahmen im Sinne von [Art. 377 ff. ZGB](#) dar (vgl. Lit. im Beitrag unter Fn. 13). Hingegen stellen solche Massnahmen in der Terminologie der SAMW-Richtlinie «Beschränkungen der Bewegungsfreiheit» dar; vgl. SAMW-Richtlinie Zwangsmassnahmen in der Medizin vom 9. 11. 2015, S. 9.



- weitere Beschränkungen der Freiheit wie Vorgaben zu (therapeutisch oder animatorisch motiverter) Arbeit, zum Lichterlöschen, zur Teilnahme an (therapeutischen) Sitzungen etc.

Spezifischen Charakter weisen als Teil der Freiheitseinschränkungen auch *Zwangsmassnahmen* auf. Der Begriff stammt etwa aus der medizin-ethischen Richtlinie «Zwangsmassnahmen in der Medizin» der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften.

Von Zwangsmassnahmen im pflegerischen oder medizinischen Bereich wird insoweit gesprochen bei Massnahmen, die gegen den selbstbestimmten Willen oder den Widerstand einer Person durchgeführt wird.

Dabei ist es einerlei, ob der entgegenstehende Wille als aktuelle Äusserung eines urteilsfähigen Patienten erkennbar wird oder ob bei urteilsunfähigen Personen der Wille als vorverfügter oder mutmasslicher Wille eruiert werden muss. Ebenso ist von einer Zwangsmassnahme auszugehen, unabhängig davon, ob der Widerstand nur durch verbale oder nonverbale Ablehnung oder auch durch aktive Abwehr zum Ausdruck kommt.<sup>16</sup>

Zwangsmassnahmen liegen also zum Beispiel vor, wenn ein Heimbewohner gegen erheblichen Widerstand in sein Zimmer gebracht oder gewaschen wird. Aber auch dann, wenn ein erwachsener behinderter Bewohner gezwungen wird, gegen seinen klaren Willen zum Schutz einen Helm zu tragen oder gegen seinen erkennbaren Willen mit seinen Eltern in die Ferien zu fahren.

### III. Rechtliche Grundlage der Freiheit

#### A. Grundlagen der Freiheit und des Persönlichkeitsschutzes

Als Ausgangspunkt ist zu beachten, dass die Verfassungsordnung und die Grundrechte, insb. dasjenige der persönlichen Freiheit ([Art. 10 Abs. 2 BV](#), [Art. 8 Abs. 1 EMRK](#)), verlangen, dass jede Einschränkung der Freiheit rechtlich begründet werden können muss, also eine Rechtfertigung braucht.<sup>17</sup>

Direkt anwendbar sind diese Verfassungsregeln auf staatliche Institutionen oder auch Heime mit einem öffentlichen Auftrag (vgl. [Art. 35 BV](#)).

Ähnliches ergibt sich aber auch aus dem privatrechtlichen Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen (generell vgl. [Art. 28 ZGB](#)), der auch im Rahmen von vertragsrechtlichen Betreuungsverhältnissen zu beachten ist.

Strafrechtlich können Freiheits- und Bewegungsbeschränkungen, je nach Art und Charakter, Delikte gegen Leib und Leben<sup>18</sup> oder Delikte gegen die Freiheit<sup>19</sup> darstellen, wenn sie nicht gerechtfertigt werden können.

#### Pflegerecht 2018 S. 67, 70

Verwaltungsrechtlich wiederum können (oft wenig spezifische) bundes-<sup>20</sup> oder kantonale Normen eine Grundlage dafür sein, dass nicht gerechtfertigte und notwendige Freiheits- und Bewegungsbeschränkungen ein Einschreiten der Heimaufsicht zur Folge haben können.<sup>21</sup> Wichtiger sind heute aber in der Praxis vielerorts Ombudsstellen im Heim- und Pflegebereich, welche oftmals informelle Interventionen unter der Schwelle der Heimaufsicht ermöglichen.

#### B. Freiheitsrechte für Urteilsfähige – und was ist bei Urteilsunfähigen?

*Urteilsfähige Personen*, die in der Lage sind, einen Entscheid zu fällen, dürfen im Prinzip über Fragen nach der Ausübung der Freiheit als Teil der Persönlichkeitsrechte und somit der höchstpersönlichen Rechte selber entscheiden,<sup>22</sup> wenn nicht eine gesetzliche Norm oder ein Rechtfertigungsgrund diese Freiheit und Selbstbestimmungsberechtigung einschränkt (siehe dazu gleich unter Teil IV).

<sup>16</sup> SAMW-Richtlinie Zwangsmassnahmen in der Medizin vom 9. 11. 2015, S. 4.

<sup>17</sup> Vgl. etwa [BGE 130 I 18 E 3](#).

<sup>18</sup> Vgl. insb. [Art. 122 StGB](#) (schwere Körperverletzung), [Art. 123 StGB](#) (einfache Körperverletzung), [Art. 125 StGB](#) (fahrlässige Körperverletzung), [Art. 126 StGB](#) (Tätlichkeit).

<sup>19</sup> Vgl. insb. [Art. 181 StGB](#) (Nötigung), Art. 183/184 [StGB](#) (Freiheitsberaubung).

<sup>20</sup> Vgl. Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug ([LSMG](#); SR 341).

<sup>21</sup> Vgl. ausführlicher dazu Mösch Payot Peter (2014). Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich. Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 1/2014, S. 5 ff. (m. w. H.).

<sup>22</sup> Vgl. [Art. 19c ZGB](#) und [Art. 28 ZGB](#). Siehe insb. Meili Andreas. Basler Kommentar-[ZGB](#) I, Art. 28 N 1 ff., insb. N 9 und N 16 ff.



Dies kann bei Minderjährigen der Fall sein, wenn gemäss Gesetz wie in der religiösen Erziehung von unter 16-Jährigen<sup>23</sup> und nach einer objektiven Güterabwägung elterliche Erziehungs- und Sorgeinteressen höher zu gewichten sind als das Recht auf Selbstbestimmung des Kindes.<sup>24</sup> Oder wenn bei Erwachsenen unter umfassender Beistandschaft Schutzinteressen, welche die Beistandsperson zu wahren hat, höher zu gewichten sind als Selbstbestimmungsinteressen des Betroffenen.<sup>25</sup>

Die Urteilsfähigkeit des oder der Betroffenen ist also häufig das zentrale Kriterium für deren Selbstbestimmung. Die Frage der Urteilsfähigkeit ist aber jeweils nur situativ und relativ für eine spezifische Frage und einen konkreten Moment beantwortbar. Siehe dazu die instruktiven Ausführungen in den Richtlinien der SAMW:

*«Die Urteilsfähigkeit ist ein zentraler Rechtsbegriff und als solcher auch im medizinischen und ethischen Kontext von hoher Bedeutung. Kernelement ist die Fähigkeit, eine gegebene Situation korrekt aufzufassen, zu verstehen und eine nach eigenen Wertmassstäben sinnvolle Entscheidung zu treffen.*

*Häufiger Anlass für Missverständnisse ist der Umstand, dass die Urteilsfähigkeit bezüglich ihres Vorhandenseins oder Fehlens eine absolute Grösse darstellt: Eine Person ist in Bezug auf einen Therapieentscheid entweder urteilsfähig oder urteilsunfähig, eine graduelle Abstufung zwischen beiden Endpunkten gibt es nicht.*

*Hingegen ist die Urteilsfähigkeit bezüglich der Sachverhalte, um die es geht, eine relative Grösse: So kann eine Person mit einer leichten kognitiven Beeinträchtigung urteilsunfähig sein, wenn es um eine komplexe Entscheidung geht, zugleich aber urteilsfähig, wenn die Einwilligung in einen einfach verständlichen medizinischen Eingriff zur Diskussion steht.*

*Die Feststellung, ob Urteilsfähigkeit vorliegt oder nicht, kann im Einzelfall sehr schwierig sein. Grundsätzlich wird die Urteilsfähigkeit vermutet, begründungspflichtig ist also ihr Gegenteil, die Urteilsunfähigkeit.*

*Eine zentrale Bedeutung kommt dem psychopathologischen Befund zu, den der behandelnde Arzt erhebt, allenfalls unter Beizug eines Experten. Von grosser Bedeutung sind Angaben aus dem sozialen Umfeld des Patienten in Bezug auf die Urteilsfähigkeit.*

*Standardisierte, auf diesen Kontext spezialisierte Befunderhebungsverfahren (Fragebögen) können zur Entscheidungsfindung beitragen. Keinesfalls darf allein aus einer Diagnose, beispielsweise wegen Schizophrenie, Alzheimer-Demenz oder einer angeborenen kognitiven Beeinträchtigung, auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. Auch aus dem fehlenden Einverständnis mit dem vorgeschlagenen medizinisch indizierten Vorgehen darf nicht automatisch auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden.»<sup>26</sup>*

Für die Praxis hat dies zur Folge, dass die Urteilsfähigkeit eingeschätzt werden muss. Betreuungs- und Pflegepersonal in Wohn- und Pflegeeinrichtungen müssen oft selbst, manchmal – wenn Zeit dafür vorhanden ist – mit spezialärztlicher Hilfe eine situative Einschätzung der Urteilsfähigkeit vornehmen und dies auch begründen können und dokumentieren.

Sind die *Bewohnerinnen und Bewohner bzw. die Betreuten hinsichtlich einer Entscheidung urteilsunfähig*, so stellt sich die Frage, ob vorsorgliche Entscheide bestehen bzw. ob eine Vertretungsperson für die betroffene Person entscheiden kann und wer diese Vertretungsperson ist.

Hierfür müssen in der Praxis *vorsorgliche Selbstbestimmungsrechte* wie Patientenverfügungen ([Art. 370 ff. ZGB](#)) oder Vorsorgeaufträge ([Art. 360 ff. ZGB](#)) bekannt sein und beachtet werden.

#### **Pflegerecht 2018 S. 67, 71**

Für die Stellvertretung sind zum Teil auch *gesetzliche Vertretungsrechte* relevant. So hinsichtlich der stellvertretenden Entscheidung über Massnahmen medizinischer Art (vgl. [Art. 377 und 378 ZGB](#)). Oder durch weitere gesetzliche oder behördliche Vertretungspersonen im Rahmen von deren Vertretungsmacht: Diese Aufgaben kommen bei Minderjährigen Eltern (vgl. [Art. 304 und Art. 305 ZGB](#)), Vormündern ([Art. 327a bis Art. 327c ZGB](#)) oder Beiständen ([Art. 308 Abs. 2 und 3 ZGB](#)) zu. Bei Erwachsenen können dies Beistände ([Art. 393 bis 398 ZGB](#)) sein.

In vielen Fällen bestehen auch von Betroffenen verfasste *Vollmachten*, welche Dritten Stellvertretungsfunktionen einräumen können.

<sup>23</sup> Vgl. [Art. 303 ZGB](#).

<sup>24</sup> Vgl. [Art. 304 und Art. 305 ZGB](#).

<sup>25</sup> Vgl. [Art. 406 und Art. 407 ZGB](#).

<sup>26</sup> SAMW-Richtlinie Zwangsmassnahmen in der Medizin vom 9. 11. 2015, S. 11 f.



In all diesen Fällen gilt als Massstab für die stellvertretende Entscheidung – wohl vorwiegend – der mutmassliche Wille und das wohlverstandene Interesse der betroffenen Person.<sup>27</sup>

Keine Vertretungsmöglichkeiten bestehen bei sogenannten absoluten höchstpersönlichen Rechten<sup>28</sup> (etwa bezüglich Entscheiden in Bezug auf die Sexualität).

## IV. Die Rechtfertigung der Freiheits- bzw. Bewegungsbeschränkung

### A. Grundsätzliches

Eine Freiheits- oder Bewegungseinschränkung benötigt eine rechtliche Legitimation. Eine solche Rechtfertigung ist in folgenden Fällen möglich:

- Erstens kann sich eine Rechtfertigung ergeben, wenn der/die urteilsfähige Betroffene aktuell und informiert *einwilligt* oder wenn bei einer urteilsunfähigen Person eine Einwilligung einer informierten und zuständigen Vertretungsperson vorliegt, welche im mutmasslichen bzw. wohlverstandenen Interesse des Betroffenen handelt. Im Weiteren muss auch beim Vorliegen einer solchen Einwilligung eine Freiheits- und Bewegungseinschränkung durch eine Institution mit Blick auf den öffentlichen Auftrag der Institution verhältnismässig sein.<sup>29</sup>

In solchen Fällen liegt genau genommen gar keine Beschränkung der Freiheit vor, weil der/die Betroffene ja mit der Einschränkung einverstanden ist.

Zu beachten ist, dass eine solche Einwilligung aktuell vorliegen muss. Eine etwa im Rahmen einer Abmachung oder eines Vertrages zu einer Benutzungs- oder Hausordnung gegebene Unterschrift genügt nicht, um später mit dem Argument der Einwilligung eine Freiheitsbeschränkung zu rechtfertigen.<sup>30</sup>

Deswegen rechtfertigt es zum Beispiel eine vorgängige Vereinbarung mit einem erwachsenen Behinderten, dass er zur Gewichtsreduktion auf eine Nachspeise verzichtet, nicht, ihm diese Speise tatsächlich zu verweigern, wenn der Betroffene dann doch danach verlangt.

- Freiheitseinschränkungen inkl. Bewegungseinschränkungen oder Zwangsmassnahmen sind grundsätzlich im Sinne von [Art. 36 BV](#) gerechtfertigt, wenn kumulativ

- erstens eine *bestimmte gesetzliche Grundlage* vorhanden ist. Diese muss in einem formellen Gesetz enthalten sein, wenn es sich um eine schwerwiegende Einschränkung handelt;<sup>31</sup>

- zweitens ein *öffentliches Interesse oder der Schutz von überwiegenden Rechten Dritter* den Eingriff rechtfertigt;

- drittens der *Eingriff verhältnismässig* ist und nicht Kernbereiche des Grundrechts der persönlichen Freiheit verletzt. Das heisst, er muss geeignet und auch notwendig sein, um den gesetzlichen Zweck zu erreichen, und der angestrebte Zweck muss angesichts der damit verbundenen Verletzung überwiegen (sog. Zumutbarkeit).<sup>32</sup>

- Sodann kann sich eine Rechtfertigung durch den Freiheitsinteressen entgegenstehende Pflichten in Fällen von *Pflichtenkollisionen* oder in *Notwehr- bzw. Notstandssituationen* ergeben.

### B. Insbesondere Rechtfertigung der Freiheitsbeschränkung durch gesetzliche Grundlagen in Behinderten-, Alters- und Pflegeheimen durch [Art. 383 ff. ZGB](#)?

Die gesetzlichen Grundlagen hinsichtlich freiheitsbeschränkender Massnahmen sind in der Schweiz lückenhaft. Normen bestehen zwar meist für den Strafbereich und den Straf- und Massnahmenvollzug. Gewisse Regeln bestehen auch im Bereich von

**Pflegerecht 2018 S. 67, 72**

<sup>27</sup> Siehe etwa für den Bereich medizinischer Massnahmen gegenüber Urteilsunfähigen [Art. 378 Abs. 3 ZGB](#).

<sup>28</sup> Siehe dazu Bigler-Eggenberger Margrith/Fankhauser Roland. Basler Kommentar-[ZGB](#) I, Art. 19c N 4 ff.

<sup>29</sup> [Art. 5 Abs. 2 BV](#).

<sup>30</sup> Siehe vertiefend Mösch Payot Peter (2014). Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 1/2014, S. 20 ff.

<sup>31</sup> Siehe etwa Urteil des Bundesgerichts [5A\\_335/2010 vom 6. Juli 2010 E 3.1](#).

<sup>32</sup> Vertiefend Epiney Astrid. Basler Kommentar-[BV](#) (2015), Art. 36 N 29 ff. [BV](#).



Jugendheimen, zum Beispiel im Kanton Bern mit dem Gesetz über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe.<sup>33</sup>

Für den hier interessierenden Bereich der Behinderten- und Altersheime fehlen aber bedauerlicherweise klare und umfassende gesetzliche Grundlagen für freiheits- oder bewegungsbeschränkende Massnahmen zur Wahrung von Sicherheits- und Schutzinteressen.<sup>34</sup>

Leider hat die umfassende Revision des Erwachsenenschutzrechts per 1. 1. 2013 insoweit nur beschränkt Abhilfe geschaffen: Zwar wurden mit den [Art. 383 ZGB](#) bis [Art. 385 ZGB](#) Normen geschaffen zur Zuständigkeit für Einschränkungen der Bewegungsfreiheit in Wohn- und Pflegeeinrichtungen. Diese bestimmen die Voraussetzungen sowie Verfahrensregeln und Möglichkeiten des behördlichen Eingreifens. Diese Normen haben allerdings nur einen fragmentarischen Anwendungsbereich:

- in persönlicher Hinsicht, weil sie sich nur auf urteilsunfähige Personen beziehen und überdies wohl nur für Erwachsenen anwendbar sein sollen.<sup>35</sup> Für Minderjährige kommen die insoweit wenig klaren Regeln des Kindesrechts zur Anwendung;<sup>36</sup>
- in sachlicher Hinsicht, weil sie sich nur auf den Aufenthalt von urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen beziehen und nicht etwa auf ambulante Betreuungs- und Pflegeverhältnisse. Für die Fälle der fürsorglichen Unterbringung bestehen besondere Normen;<sup>37</sup>
- in inhaltlicher Hinsicht bezieht sich die präzise Regelung in Art. 383 bis [Art. 385 ZGB](#) auf bewegungsbeschränkende Massnahmen und nicht auf Freiheitsbeschränkungen generell.

Immerhin besteht aber mit Art. 383 bis [Art. 385 ZGB](#) für den Bereich der Bewegungseinschränkungen wie Bettgitter, Gurten, verschlossene Türen etc.<sup>38</sup> im Bereich der Wohn- und Pflegeeinrichtungen für urteilsunfähige erwachsene Heimbewohner/innen eine Normierung. Diese beinhaltet die zulässigen Interessen, die eine Bewegungseinschränkung rechtfertigen können. Bekräftigt wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, und die Normierung beinhaltet konkrete Regeln zur Dokumentation und zum Verfahren.

Konkret: Solche Massnahmen sind nur zulässig, wenn sie notwendig sind, um eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden oder um eine schwerwiegend Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen. Zuständig für die Entscheidung sind die Wohn- und Pflegeheime. Die Heimverbände<sup>39</sup> und ein Teil der Stellen der kantonalen Heimaufsicht haben zum Teil ergänzende Vorgaben bzw. Empfehlungen für die Umsetzung geschaffen.

Verfahrensmässig sind die betroffene Person und ihre Vertretungsperson (im Sinne von [Art. 378 ZGB](#)) vor der Einschränkung der Bewegungsfreiheit umfassend zu informieren. Die Massnahmen sind unter Angabe der anordnenden Person zu protokollieren, regelmässig zu überprüfen, und es kann dagegen von der betroffenen oder einer ihr nahestehenden Person die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden. Über Institutionen, in denen Urteilsunfähige betreut werden, haben die Kantone eine Aufsicht einzurichten.<sup>40</sup>

Aufgrund der nur beschränkt vorhandenen gesetzlichen Grundlagen muss für viele Fälle von Freiheitseinschränkungen eine Antwort darauf, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen der Freiheit möglich sind, aufgrund generellerer Rechtsprinzipien der Güter- und Pflichtenabwägungen erwogen werden.

Im Prinzip können aber im Bereich der Behinderten-, Alters- und Pflegeheime die Grundsätze der Normierung zu Bewegungsbeschränkungen in [Art. 383–385 ZGB](#) für die Frage der Zulässigkeit anderer Freiheitseinschränkungen analog herangezogen werden. Ebenso etwa im ebenfalls nicht direkt erfassten Bereich der ambulanten Pflege, etwa durch die Spitex. Die Normierung beinhaltet nämlich im Wesentlichen

---

<sup>33</sup> BGS 341.13.

<sup>34</sup> Mösch Payot Peter (2014). Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich. Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 1/2014, S. 17 f.

<sup>35</sup> Leuba/Vaerini, FamKomm Erw.Schutz, Einf. zu Art. 382–387 N 9; a. M. Steck, BSK [ZGB!](#), Art. 382 N 5 (für [Art. 382 ZGB](#)).

<sup>36</sup> Eingehend Mösch Payot Peter (2014). Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich. Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 1/2014, S. 17 f.

<sup>37</sup> Hierfür besteht eine eigenständige Norm in [Art. 438 ZGB](#).

<sup>38</sup> Siehe zum Begriff oben Teil II Ziff. 2.

<sup>39</sup> Vgl. <https://www.curaviva.ch>.

<sup>40</sup> Siehe weiterführend Anderer Karin/Mösch Payot Peter (2016). Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen, in: Foutoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 164 ff. (m. w. H.).

die Grundsätze der Güterabwägungen bezüglich Notstands- oder Pflichtenkollisionen. Dazu nun etwas ausführlicher.

Pflegerecht 2018 S. 67, 73

## C. Rechtfertigung der Freiheitsbeschränkung durch Notwehr- bzw. Notstandssituationen oder sogenannte Pflichtenkollisionen

Eine Zulässigkeit freiheitsbeschränkender Massnahmen ohne eine eindeutige gesetzliche Grundlage und ohne eine Einwilligung kann im Weiteren bei einer *Notwehr- oder Notstandskonstellation* vorliegen. Notwendig sind dafür Konstellationen, in denen die Wahrung überwiegender Schutzinteressen Dritter oder des/der Betroffenen keine andere Möglichkeit als die Freiheitsbeschränkung zulässt.

Der Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstandes oder der Notwehr kann von vornherein nur infrage kommen, wenn höherwertige (eigene oder fremde) Interessen gerettet werden müssen. Wenn etwa die Gesundheit bzw. körperliche Integrität einer Bewohnerin oder eines Bewohners gefährdet ist und diese Gefahr nur durch eine Freiheitsbeschränkung abgewendet werden kann, kann in einer Notsituation im Sinne eines Notstands eine solche Einschränkung der Freiheit oder der Bewegungsmöglichkeiten, eventuell auch eine Zwangsmassnahme (siehe vorne Teil II. B) gerechtfertigt sein.

Als Beispiel etwa eine gefährliche unkontrollierte Gewaltsituation im Heim, die bereinigt wird, indem ein akut gewalttätiger Bewohner für kurze Zeit zu einem «calm down» ins Zimmer geschickt wird.<sup>41</sup>

Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Insbesondere ist zu prüfen, ob andere, weniger weit gehende Massnahmen möglich sind. Liegt ein Angriff vor, so handelt es sich um eine sogenannte *Notwehrsituation*. In diesem Fall darf, ausser bei urteilsunfähigen Angreifern, so erheblich reagiert werden, dass eine akute Gefahr sicher abgewehrt werden kann.

Zu beachten ist, dass Freiheitsbeschränkungen, welche vorhersehbare und immer wieder auftretende Konstellationen betreffen, grundsätzlich nicht durch Notwehr/Notstand gerechtfertigt werden können.<sup>42</sup> Möglich ist aber, dass insoweit die Situation einer *Pflichtenkollision* vorliegt, die eine Freiheits- und Bewegungsbeschränkung rechtfertigen kann. Dies ist der Fall, wenn zwei Rechtspflichten in derselben Situation so zusammentreffen, dass der Verpflichtete keine von ihnen ohne Verletzung der anderen erfüllen kann.<sup>43</sup>

Welches sind diese Pflichten der Heime im Behinderten- und Pflegebereich, welche unter Umständen im Rahmen einer Güterabwägung eine Freiheitsbeschränkung nötig machen und somit eventuell legitimieren können? Dazu gehören insbesondere

- Schutzgarantenpflichten der Institution gegenüber Dritten oder dem/der Betroffenen;
- Aufgaben zur Betreuung und je nach Vertrag zur Förderung der Bewohner/innen;
- Erziehungsaufgaben oder delegierte Erziehungsaufgaben bei minderjährigen Jugendlichen;
- Fürsorgepflichten der Heime gegenüber den Mitarbeitenden, deren Persönlichkeitsrechte aus dem Arbeitsvertrag zu achten sind. Dazu gehört etwa auch der Anspruch der Mitarbeitenden, vor Übergriffen und Verletzungen von Bewohnerinnen und Bewohnern soweit möglich geschützt zu werden.

Die Art und der Umfang der Schutzpflichten der Institution gegenüber den Bewohnerinnen und Bewohnern bzw. Betreuten lassen sich jeweils nur nach dem Heimvertrag und den konkreten Umständen eruieren.

In diesem Rahmen kann sich also etwa aus der Pflicht zum Schutz der einen Person die Notwendigkeit der Beschränkung der Freiheit der anderen Bewohnerin oder des anderen Bewohners ergeben. Zum Beispiel im Fall, wenn ein Betreuer in der Nacht eine andere betreute Person in deren Zimmer besuchen und bedrängen will, ohne dass diese damit einverstanden ist. In einem solchen Fall sind die Einschränkungen zulässig, die notwendig sind, damit eine solche Verletzung der Privatsphäre verhindert werden kann.

Möglich sind auch indirekte Dreieckskonstellationen, welche für die Wohn- und Pflegeeinrichtungen und deren Mitarbeitende schwierige Abwägungsentscheidungen zwischen Selbstbestimmungs- und Vertretungsrechten notwendig machen. Relativ häufig ist etwa folgende Konstellation: Eine erwachsene

<sup>41</sup> Fraglich ist in solchen Situationen, ob der Betroffene im Moment der Eskalation überhaupt urteilsfähig ist. Aufgrund der Verhältnismässigkeit ist es angezeigt, wo möglich mit dem Betroffenen, der ab und zu zu solchen Verhaltensweisen neigt, im Voraus das entsprechende Prozedere abzusprechen.

<sup>42</sup> Siehe zum Ganzen ausführlich Stratenwerth Günter (2011). Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil 1: Die Straftat. 4. Auflage. Bern, S. 220 ff. (Notstand); S. 235 ff. (Notwehr).

<sup>43</sup> Siehe insb. [BGE 130 IV 7 E. 7](#) m. w. H. Siehe auch Bundesgerichtsurteil [6B 1031/2015 vom 1. Juni 2016](#).



behinderte Person steht unter umfassender Beistandschaft (z. B. einer/eines Angehörigen). Diese Beistandsperson (zum Beispiel die Mutter) gibt im Rahmen der Personensorge vor, dass der im Heim wohnhaften Person aus gesundheitlichen Gründen die Essenseinnahme,

#### **Pflegerecht 2018 S. 67, 74**

zum Beispiel die Einnahme von fetthaltigen Speisen, beschränkt werden soll. Gleichzeitig zeigt der Betroffene aber klar, dass er entsprechende Speisen zu sich nehmen möchte. Wenn in einer solchen Konstellation der Wille oder der mutmassliche Wille des Betroffenen klar zum Ausdruck kommt, ist dessen Urteilsfähigkeit zu vermuten, und es sind primär dessen höchstpersönliche Freiheitsrechte zu beachten. Eine Einschränkung würde seine eigene Einwilligung benötigen. Nur wenn (insb. gesundheitliche) Schutzinteressen klar überwiegen würden, wäre eine Beschränkung in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig. Etwa wenn medizinisch ausgewiesen wäre, dass das vom Betroffenen gewünschte Verhalten erhebliche akute Gesundheitsfolgen haben kann.

Eine Pflichtenkollision als Rechtfertigung liegt im Übrigen nur vor, wenn für das Heim tatsächlich keine andere, mildere Möglichkeit besteht als die gewählte Freiheitsbeschränkung zum Schutz der entsprechenden Interessen. Es besteht insoweit auch Raum für Verhandlungs- und Vermittlungsentscheidungen. Wichtig ist insoweit in formeller Hinsicht die gute Begründung, Dokumentation und die regelmässige Überprüfung entsprechender Abwägungsentscheide.

Als genereller Rahmen des institutionellen Handelns sind weiter die *Bedingungen der kantonalen Heimgesetzgebung* oder bundesrechtlicher Vorgaben wie im Bereich der Förderung und Eingliederung Behinderter<sup>44</sup> zu beachten.

Rechtliche Voraussetzungen der Finanzierung durch Dritte, etwa aus Sozialversicherungen und der kantonalen Heim- und Pflegefinanzierung, können direkt und indirekt die Selbstbestimmungs- und Schutzansprüche der Betroffenen beeinflussen. Insoweit können sich ebenfalls Einschränkungen der Freiheit, zum Beispiel hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Sachhilfe, ergeben.

## **V. Fazit**

Freiheits- und Bewegungsbeschränkungen im Bereich der Behinderten-, Alters- und Pflegeheime bedürfen einer Rechtfertigung. Sehr häufig ist hierfür eine Güterabwägung zwischen Freiheit und Schutzinteressen notwendig. Heime, Einrichtungen, Pflegepersonen und die Betreuenden bewegen sich insoweit auf einem rechtlichen Feld, welches heikle Güterabwägungen notwendig macht.

Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen bestehen nur fragmentarisch, namentlich im Bereich der mechanischen Bewegungsbeschränkungen für urteilsunfähige Erwachsene in Wohn- und Pflegeeinrichtungen. Die insoweit normierten Grundsätze für die Güterabwägung, die Geltung der Verhältnismässigkeit sowie die Notwendigkeit der Begründung, der Dokumentation und der regelmässigen Überprüfung sind aber über den Anwendungsbereich hinaus wegweisend.

Die Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Bewohnern und stationären Einrichtungen ist aber nach wie vor ungenügend. Nach der Erfahrung aus den Praxisberatungen wurden empfindliche Bewegungsbeschränkungen, etwa mittels Fixationen und Bettgittern, nicht zuletzt durch das erhebliche Engagement der Heimverbände selber, seltener. Andere Freiheitsbeschränkungen, etwa bezüglich der Nahrungsaufnahme und der Konsumation, der Sexualität oder der (pädagogisch begründeten) Arbeit, sind aber vor allem im Behindertenbereich, noch immer häufig und nicht immer reflektiert oder gerechtfertigt.

Insoweit tun Forschung, Schulung und eventuell auch eine ergänzende gesetzliche Regelung not.

Dies genügt allein aber nicht: Genügend Können und Zeit für Pflege und Betreuung, aber auch die weitere Sensibilisierung der Fachpersonen und der Betroffenen für das Spannungsfeld von Freiheitsgewährung und Schutz sind unabdingbar.

## **VI. Checkliste für Freiheits- und Bewegungsbeschränkungen<sup>45</sup>**

- *Liegt eine Bewegungsbeschränkung oder eine Freiheitsbeschränkung vor?*
- *Wenn ja, liegt ein Rechtfertigungsgrund für die Bewegungs- oder Freiheitsbeschränkung vor?*

<sup>44</sup> Vgl. Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen, SR 831.26.

<sup>45</sup> Die Checkliste basiert auf Vorarbeiten eines 2010 abgeschlossenen Gutachtens des Autors für das Alters- und Behindertenamt der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern.



– Aktuelle und informierte Zustimmung des Betroffenen (bei Urteilsfähigkeit)<sup>46</sup>  
oder

– aktuelle und informierte Zustimmung des/der gesetzlichen Vertreters/-in und wohlverstandenes Interesse des Betroffenen (bei eindeutig fehlender Urteilsfähigkeit)

oder

#### **Pflegerecht 2018 S. 67, 75**

– Notwehr- oder Notstandssituation oder Situation einer Pflichtenkollision

oder

– genügende Gesetzesgrundlage und besonderes Schutzinteresse entsprechend den gesetzlichen Voraussetzungen<sup>47</sup>

– *Ist die Bewegungs- oder Freiheitsbeschränkung verhältnismässig?*

– Zweckeignung

– Notwendigkeit

– Zumutbarkeit: Abwägung zwischen den erwarteten Folgen für den Betroffenen und dem erwarteten Nutzen für den Zweck der Massnahme

– *Werden die jeweiligen Verfahrensvoraussetzungen beachtet?*

– Wurde die Bewegungs- oder Freiheitsbeschränkung von der zuständigen Stelle bzw. Instanz erlassen bzw. bewilligt? (Externe Zuweisung der Zuständigkeit und interne Zuständigkeit gemäss interner Zuständigkeitsordnung)

– Wird die Bewegungs- oder Freiheitsbeschränkung genügend dokumentiert? (Anordnende Person, Zweck, Dauer, Überprüfung, evtl. Begründung bzgl. verworfener Alternativen)

---

<sup>46</sup> Genau genommen liegt in diesen Konstellationen gar keine Freiheitseinschränkung oder Bewegungseinschränkung vor, weil ja die Einwilligung Ausdruck der Freiheit ist.

<sup>47</sup> Zum Beispiel: fürsorgerische Unterbringung ([Art. 426 ff. ZGB](#)); medizinische Massnahmen ohne Zustimmung ([Art. 433–436 ZGB](#)); Nachbetreuung ([Art. 437 ZGB](#) und kantonale Normen); Urteilsunfähige in Wohn- und Pflegeeinrichtung gemäss Art. 383/384 [ZGB](#), elterliche Sorge bzw. elterliche Obhut ([Art. 301](#), [Art. 302](#), [Art. 304](#), [Art. 305 ZGB](#)) oder delegierte elterliche Obhut ([Art. 300 ZGB](#)) oder zivilrechtlicher Kinderschutz (insb. [Art. 310–314b ZGB](#)); kantonales Polizeirecht; strafrechtliches oder jugendstrafrechtliches Straf- und Massnahmenrecht.