



Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen

dargestellt am Beispiel von Personen mit Altersdemenz

Jörg Künzli

Nula Frei

Vijitha Fernandes-Veerakatty

Bern, 8. März 2016

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Themenbereich Polizei und Justiz

Schanzeneckstrasse 1, 3012 Bern

Telefon +41 31 631 48 21, joerg.kuenzli@oefre.unibe.ch

AUTORENVERZEICHNIS

Jörg Künzli

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Staats- und Völkerrecht am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, Themenbereichsleiter Polizei und Justiz des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte SKMR

Nula Frei

MLaw, Assistentin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern und wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR

Vijitha Fernandes-Veerakatty

MLaw, Rechtsanwältin, Assistentin am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern und wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Polizei und Justiz des SKMR

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und des Autors wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	IV
Zusammenfassung	1
I. Einführung.....	2
1. Auftrag.....	2
2. Abgrenzung und Relevanz des Untersuchungsgegenstandes	2
3. Aufbau des Gutachtens.....	4
II. Die Unterbringung in einer Pflegeeinrichtung als Freiheitsentzug?	4
III. Rechtsquellen	7
1. Menschenrechtliche Rechtsquellen.....	7
2. Rechtsquellen in der Schweiz	10
IV. Allgemeiner Grundsatz: Achtung der Würde, Autonomie und Entscheidungsfreiheit der demenzerkrankten Person	13
V. Ausgewählte Problembereiche	15
1. Anordnung der freiheitsentziehenden Massnahme	15
1.1. Menschenrechtliche Standards	15
1.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	17
1.3. Zwischenfazit.....	18
2. Unterbringung und soziale Kontakte	18
2.1. Menschenrechtliche Standards	19
2.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	20
2.3. Zwischenfazit.....	21
3. Privatsphäre	21
3.1. Menschenrechtliche Standards	21
3.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	22
3.3. Zwischenfazit.....	23
4. Gesundheitsversorgung und Zwangsmedikation	23
4.1. Menschenrechtliche Vorgaben	23
4.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	25
4.3. Zwischenfazit.....	26
5. Bewegungseinschränkende Massnahmen.....	27
5.1. Menschenrechtliche Standards	27
5.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	28
5.3. Exkurs: Heimaufenthaltsgesetz in Österreich.....	29
5.4. Zwischenfazit.....	29
6. Rechtsschutz und Aufsicht.....	30
6.1. Menschenrechtliche Standards	30
6.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz.....	31
Literaturverzeichnis.....	35

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Österreich
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
ALBA	Alters- und Behindertenamt der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BE	Kanton Bern
Behindertenrechtskonvention	siehe BRK
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid, amtlich publiziert
Biomedizinkonvention	Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, SR 0.810.2
BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention) vom 13. Dezember 2006, SR 0.109
BSG	Bernische systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
CAT	UNO-Ausschuss gegen Folter (Comitee against Torture)
CDCS	Europäischer Ausschuss für sozialen Zusammenhalt (Comité européen pour la cohésion sociale)
CDDH	Steuerungskomitee für Menschenrechte des Europarates (Comité directeur pour les droits de l'Homme)
CDDH-AGE	Arbeitsgruppe des CDDH zur Förderung von Menschenrechten von älteren Personen
CIVESS	Coordination interservices de visites en établissements sanitaires et sociaux
CPT	Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment)

CRPD	UN-Ausschuss zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderung (Committee on the Rights of Persons with Disabilities)
CS-QV	Expertengruppe des CDCS zur Förderung der Lebensqualität von älteren, abhängigen Personen
D	Deutschland
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG KESR-ZH	Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht des Kantons Zürich vom 25. Juni 2012, LS 232.3
EG ZGB-LU	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Luzern vom 20. November 2000, SRL 200
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
ESC	Europäische Sozialcharta (European Social Charter)
etc.	et cetera
f./ff.	folgende / fortfolgende
Fn	Fussnote(n)
FMH	Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (Fédération des médecins suisses)
FoK	Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UNO-Antifolterkonvention) vom 10. Dezember 1984, SR 0.105
GDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren
GesG-ZH	Gesundheitsgesetz des Kantons Zürich vom 2. April 2007, LS 810.1.
Heimaufsichtsverordnung-TG	Verordnung des Regierungsrates des Kantons Thurgau über die Heimaufsicht vom 22. November 2005, RB 850.71.
HEV-BE	Verordnung über die Betreuung und Pflege von Personen in Heimen und privaten Haushalten des Kantons Bern vom 18.09.1996, BSG 862.51

i.S.v.	Im Sinne von
i.V.m.	In Verbindung mit
lit.	litera
KESG-BE	Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz des Kantons Bern vom 1. Februar 2012, BSG 213.316
KV-BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, BSG 101.1
Loi sur la santé-VD	Loi sur la santé publique des Kantons Waadt vom 29. Mai 1985, RSV 800.01
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
LU	Kanton Luzern
MRA	UN-Ausschuss für den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Menschenrechtsausschuss)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NKVF	Nationale Kommission zur Verhütung von Folter
Nr.	Nummer
Patientengesetz-ZH	Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004, LS 813.13
Patientenreglement-LU	Reglement über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten des Kantons Luzern vom 20. November 2007, SRL 820b
Patientenverordnung-ZH	Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten und der Gesundheitsfachpersonen (Patientenrechtsverordnung) des Kantons Bern vom 23. Dezember 2002, BSG 811.011
Pflegegesetz-ZH	Pflegegesetz des Kantons Zürich vom 27. September 2010, LS 855.1
Pflegeverordnung-ZH	Verordnung über die Pflegeversorgung des Kantons Zürich vom 22. November 2010, LS 855.11
RB	Thurgauer Rechtsbuch
RRB	Regierungsratsbeschluss
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
S.	Seite(n)
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SGG	Schweizerische Gesellschaft für Gerontologie
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts

SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UN / UNO	Vereinte Nationen (United Nations / United Nations Organisation)
UNO-Antifolterkonvention	siehe FoK
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
v.	versus
v.a.	vor allem
VD	Kanton Waadt
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)

ZUSAMMENFASSUNG

Die Menschenrechtsrelevanz des Heimaufenthalts älterer Personen und insbesondere derjenige von Personen mit Demenzerkrankungen wird bis heute kaum diskutiert.

Dies erstaunt nicht nur vor dem Hintergrund, dass in Institutionen der Alterspflege das Risiko auch schwerer Menschenrechtsverletzungen bestehen kann, wie überall wo Menschen vollständig der Kontrolle von staatlichen Behörden oder auch privatrechtlichen Pflegeinstitutionen ausgeliefert sind. Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass dieses Risiko entsprechend der Wehrlosigkeit oder Vulnerabilität der sich in Gewahrsam befindlichen Personen steigt. Ähnlich wie etwa bei Kleinkindern ist dieses bei Personen mit mangelnden kognitiven Fähigkeiten besonders ausgeprägt. Diese Erkenntnis scheint sich auf internationaler Ebene durchzusetzen, finden sich doch in jüngerer Vergangenheit vermehrt Aussagen von Expertengremien zur hier behandelten Thematik. In der Schweiz scheint die hier behandelte Fragestellung indes bis heute kaum als menschenrechtsnah eingestuft zu werden.

Hoch menschenrechtsrelevant ist die Thematik auch deswegen, weil sich in der Pflegepraxis eine Vielzahl komplexer Rechtsfragen bedingt durch mangelnde oder gar fehlende Urteilsfähigkeit dementer Menschen stellt, die im vorliegenden Gutachten nur angetönt werden können und die in der Praxis wohl häufig gar nicht als solche erkannt werden. Erwähnt seien hier die Fragen, wann ein unfreiwilliger Aufenthalt in einem staatlichen oder privaten Heim, sei er amtlich oder durch Angehörige veranlasst, einen Freiheitsentzug darstellt oder die rechtlich schwierig zu beurteilende Materie der Medikation oder Sedation dieser Personen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es unbefriedigend, dass die Rechtslage in der Schweiz sich noch weit zersplitterter präsentiert, als in anderen primär durch kantonale Rechtsordnungen geprägten Themenbereichen wie etwa dem Justizvollzug. Dies lässt sich teilweise mit dem Querschnittcharakter der Thematik zwischen Gesundheits-, Sozialhilfe- und auch Sozialversicherungsrecht erklären. Wird weiter berücksichtigt, dass die vorliegende Untersuchung sich auf einen vergleichsweise eng umschriebenen Personenkreis beschränkt und sich die Rechtslage bei einer Öffnung der Thematik entsprechend weiter komplizieren würde, so scheinen Forderungen nach gesetzgeberischem Handlungsbedarf nicht von der Hand zu weisen. Als Vorbild böten sich etwa Österreich oder Deutschland an, die beide umfassende Grundlagen auf Bundes- oder zumindest auf Gliedstaatenebene kennen.

Auffallend ist ferner das weitgehende Fehlen von Rechtsprechung zur Frage der Unterbringung von Personen mit Demenz in Pflegeabteilungen. Dieser Befund gilt nicht nur für Schweizer Gerichte, sondern auch etwa für den EGMR. Auf den zweiten Blick illustriert aber diese Tatsache genau das strukturelle Defizit im Rahmen der verfahrensrechtlichen Sicherstellung menschenrechtlicher Positionen bei Heimaufhalten von Demenzkranken: Dass nämlich der Schutz durch Individualbeschwerdeverfahren weitgehend ins Leere läuft. Entscheidend ist daher, dass in diesem Bereich eine wirksame, möglichst unabhängige und möglichst schweizweit nach ähnlichen Standards vorgehende Aufsichtsbehörde besteht oder gar – wie das Beispiel der Bewohnervertretung in Österreich zeigt – Demenzkranken in Pflegeeinrichtungen automatisch eine Rechtsvertretung zur Seite gestellt wird. Ein erster Schritt einer verfahrensrechtlichen Vereinheitlichung kann hier durch die NKVF ausgelöst werden, die künftig auch Pflegeeinrichtungen besucht; sie bedarf aber letztlich der Einsicht aller beteiligten Akteure in die Notwendigkeit dieser verfahrensrechtlichen Sicherstellung von Menschenrechtspositionen einer äusserst vulnerablen Gruppe von Personen.

I. EINFÜHRUNG

1. Auftrag

Der Bund hat das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte SKMR (Themenbereich Polizei und Justiz) beauftragt, ein Kurzgutachten zur Umsetzung menschenrechtlicher Standards bei der fürsorgerischen Unterbringung zu verfassen („*Etude succincte sur la mise en œuvre des droits humains dans le domaine des placements à des fins d'assistance*“).

2. Abgrenzung und Relevanz des Untersuchungsgegenstandes

Eine fürsorgerische Unterbringung kann eine Vielzahl unterschiedlicher Personengruppen wie etwa Kinder und Jugendliche, Menschen mit Behinderungen, Menschen mit Suchtkrankheiten oder ältere Menschen etc. betreffen. Dass nicht nur die menschenrechtlichen Standards, sondern auch die nationalen Grundlagen erheblich variieren können, je nachdem, welcher dieser Gruppen eine von einer fürsorgerischen Unterbringung betroffene Person angehört, liegt auf der Hand. Daher stellt vorliegendes Kurzgutachten die einschlägigen menschenrechtlichen Vorgaben beispielhaft *im Bereich der unfreiwilligen Unterbringung von älteren Personen¹ in Pflegeeinrichtungen und namentlich solcher mit Altersdemenz* dar.

Personen, die an Altersdemenz leiden, gehören zu den verletzlichsten Personengruppen in der Gesellschaft generell und im Bereich der unfreiwilligen Unterbringung im Speziellen.² Durch den weitgehenden Verlust ihrer mentalen Fähigkeiten und die damit einhergehende verringerte Autonomie steigt ihre Wehrlosigkeit und damit das Risiko, Opfer von Gewalt, Missbrauch oder Vernachlässigung zu werden.³ Personen mit Altersdemenz sind damit doppelt vulnerabel, einerseits wegen ihres Alters, andererseits infolge ihrer Krankheit.⁴ Der Umgang mit Demenzpatientinnen und -patienten in Gewahrsamssituationen, wie die Heimunterbringung eine ist,⁵ stellt damit ein eminent menschenrechtssensibles Thema dar.

¹ Nach dem generellen Verständnis sind „ältere Personen“ Menschen, die das 65. Lebensjahr überschritten haben.

² LUKASOVÁ/HRADLOVÁ 2014, S. 4. Demenz ist ein Überbegriff für verschiedene Hirnleistungsstörungen und ist definiert durch eine Gedächtnisstörung, welche kombiniert mit weiteren Störungen wie Sprachstörungen, Bewegungsstörungen, Erkenntnisstörungen oder Störungen der Exekutivfunktionen auftritt. Symptomatisch sind auch eine veränderte Emotionalität sowie eine Verschlechterung der emotionalen Kontrolle und des Sozialverhaltens. Die häufigste Form der Demenz ist die Alzheimer-Krankheit als Folge degenerativer Veränderungen im Hirn. Ebenfalls häufig ist die vaskuläre Demenz, die u.a. durch Durchblutungsstörungen im Hirn ausgelöst wird, siehe ECOPLAN, S. 6.

³ Vgl. WORLD HEALTH ORGANIZATION 2011, S. 29 ff.; siehe auch Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, 19. September 2014 und Abuse of older persons: recognizing and responding to abuse of older persons in a global context, report of the Secretary-General, E/CN.5/2002/PC/2, 9. Januar 2002, Ziff. 19; siehe auch Further implementation of the Madrid International Plan of Action on Ageing 2002, report of the Secretary-General, E/CN.5/2014/4, 16. Dezember 2013, Ziff. 28 sowie Interim report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/63/175, 28. Juli 2008, Ziff. 50.

⁴ Vgl. auch lit. c der Präambeln der Behindertenrechtskonvention, in welcher sich die Staaten besorgt zeigen über „die mehrfachen oder verschärften Formen der Diskriminierung [von Menschen mit Behinderungen] aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen, indigenen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt, des Alters oder des sonstigen Status“ (Kursivsetzung hinzugefügt).

⁵ Dazu sogleich unten, Ziff. II.

Studien lassen darauf schliessen, dass rund zwei Drittel der Bewohnerinnen und Bewohner in Schweizer Pflegeheimen an Demenz erkrankt sind, wobei davon nur zwei Drittel (d.h. gesamthaft rund 40%) mit einer Demenzdiagnose leben und bei den anderen lediglich ein Demenzverdacht besteht. Umgekehrt betrachtet, leben in der Schweiz schätzungsweise rund die Hälfte der gut 110'000 Menschen mit Demenz in einem Heim.⁶

Die meisten Demenzpatientinnen und -patienten in schweizerischen Alters- und Pflegeheimen werden allerdings nicht im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung eingewiesen, sondern formlos auf Veranlassung der Angehörigen.⁷ Falls die Unterbringung gegen den Willen oder ohne die Zustimmung der betroffenen Person erfolgt, befindet sich diese Person zwar faktisch in einer ähnlichen Situation wie die fürsorgerisch untergebrachten Demenzpatientinnen und -patienten. Juristisch fällt sie jedoch nicht in den Anwendungsbereich der entsprechenden Bestimmungen des ZGB, womit ihr die materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen der fürsorgerischen Unterbringung wie z.B. der Erlass einer Verfügung und die damit verbundenen gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten fehlen. Die menschenrechtlichen Vorgaben gelten aber unabhängig von der Unterbringungsart.

Die Diskussion über die Unterbringung von altersdementen Personen orientiert sich in der Schweiz bislang weniger an rechtlichen, sondern vorwiegend an moralischen, ethischen und teils auch pragmatischen Standards.⁸ Namentlich wurde die Problematik bisher kaum als menschenrechtsrelevantes Thema diskutiert.⁹ Das Fehlen dieses Bewusstseins erweist sich im Umfeld des Umgangs mit demenzkranken Menschen als bedauerlich. Denn menschenrechtliche Vorgaben könnten nicht nur verbindliche Antworten zumindest zu materiellen Standards der Ausgestaltung der Unterbringung liefern, sondern – was angesichts der Wehrlosigkeit dieser Personenkategorie besonders bedeutsam erscheint – auch Voraussetzungen für staatliche Untersuchungs- und Schutzpflichten bei Übergriffen oder Vernachlässigung durch privat wie auch staatlich angestelltes Pflegepersonal definieren.

Auch auf internationaler Ebene spiegelt sich die Menschenrechtsrelevanz der Frage des Umgangs mit Demenzkranken in Pflegeeinrichtungen kaum in normativer Weise: So finden sich bis heute weder spezifische verbindliche Menschenrechtsnormen noch ein umfassendes Rahmenwerk zur Thematik.¹⁰ Entsprechende Postulate werden aber zunehmend vorgebracht. So fordert beispielsweise die Expertin des UNO-Menschenrechtsrats für die Menschenrechte älterer Personen, dass die Staaten einen menschenrechtsbasierten Ansatz im Umgang mit an Demenz erkrankten Personen annehmen sollen.¹¹

⁶ Vgl. die Hinweise in Nationale Demenzstrategie 2014-2017, S. 14 sowie ECOPLAN, S. 25.

⁷ Eine unfreiwillige Unterbringung kann auch vorliegen, wenn eine Person nach einem freiwilligen Heimeintritt später an Demenz erkrankt und über ihren weiteren Aufenthalt im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 427 ZGB) oder durch Angehörige entschieden wird.

⁸ So bestimmt z.B. die Nationale Demenzstrategie als eines der Ziele, dass sich die Behandlung, Betreuung und Pflege von demenzkranken Menschen (wozu explizit auch freiheitsentziehende Massnahmen gezählt werden) *an ethischen Leitlinien* ausrichten soll, ohne dabei rechtliche Vorgaben zu erwähnen (Ziel 5 / Projekt 5.1. Nationale Demenzstrategie 2014-2017).

⁹ Siehe auch ähnliche Feststellungen betreffend Grossbritannien: KELLY/INNES, S. 64; sowie betreffend Österreich: MÜLLER/WALTER, Ziff. I. m.w.N.

¹⁰ Dazu sogleich unten, Ziff. III.1.

¹¹ Siehe etwa Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Pressemitteilung vom 16. März 2015.

3. Aufbau des Gutachtens

Das Kurzgutachten widmet sich zunächst der Grundfrage, ob die unfreiwillige oder ohne ersichtlichen Willen erfolgende Unterbringung von Demenzpatientinnen und -patienten in Alters- und Pflegeheimen einen Freiheitsentzug darstellt und deshalb unter die entsprechenden menschenrechtlichen Standards fällt (II.). Danach eruiert das Gutachten die für eine unfreiwillige Unterbringung von demenzerkrankten Personen einschlägigen menschenrechtlichen Rechtsquellen und skizziert in kursorischer Weise die rechtlichen Grundlagen in der Schweiz (III.). Nach einer Darstellung des Grundsatzes der Achtung der Würde, Autonomie und Entscheidungsfreiheit, welcher im Umgang mit demenzerkrankten Personen eine zentrale Rolle spielt (IV.), werden spezifische menschenrechtsrelevante Themen im Bereich der Unterbringung von Personen mit Altersdemenz untersucht (V.). Dazu zählen etwa die Anordnung und die Ausgestaltung der Unterbringung, das Beachten der Privatsphäre, die medizinische Behandlung inklusive der Frage nach einer unfreiwilligen Behandlung (Zwangsbehandlung), die Anordnung bewegungseinschränkender Massnahmen sowie der Rechtsschutz.

Bei jedem dieser Aspekte führt vorliegendes Gutachten die menschenrechtlichen Vorgaben sowie Hinweise auf die Rechtslage in der Schweiz an. Beispielhaft wird dabei auf die oft sehr zersplitterte Rechtslage einzelner Kantone verwiesen, ohne jedoch einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Es würde den Umfang des vorliegenden Kurzgutachtens aber bei Weitem sprengen, neben einer Beschreibung der generell-abstrakten völkerrechtlichen und innerstaatlichen Regelungen auch zu versuchen, deren Umsetzung in der Praxis zu evaluieren.

II. DIE UNTERBRINGUNG IN EINER PFLEGEEINRICHTUNG ALS FREIHEITSENTZUG?

Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 EMRK wird objektiv definiert als die *Unterbringung oder Festhaltung an einem räumlich begrenzten Ort für eine gewisse Dauer*.¹² Subjektiv ist erforderlich, dass die betroffene Person *keine gültige Einwilligung* in die Freiheitsentziehung gegeben hat.¹³ Berücksichtigt werden alle Umstände des Einzelfalls, wie Art, Dauer und Auswirkungen der Massnahmen.¹⁴ Der EGMR betont, dass die Abgrenzung zwischen einer Freiheitsentziehung und einer Freiheitsbeschränkung (welche nicht in den Anwendungsbereich von Art. 5 EMRK fällt), gradueller Natur ist.¹⁵ Die unfreiwillige Unterbringung in Pflegeheimen, Heimen für Menschen mit Behinderungen oder privaten psychiatrischen Kliniken wurde vom EGMR bereits mehrfach als Freiheitsentziehung eingestuft. Folgende Kriterien sind für diese Einstufung ausschlaggebend:

Das *objektive Element* der Freiheitsentziehung – die Festhaltung an einem räumlich begrenzten Ort für eine gewisse Dauer – ist im Falle einer Heimunterbringung insbesondere erfüllt, wenn die betroffene Person unter ständiger Überwachung und Kontrolle durch das Heim- oder Klinikpersonal steht¹⁶ oder wenn sie die Einrichtung nicht ohne weiteres verlassen kann, sie also z.B. eine

¹² MEYER-LADEWIG, S. 91 f.; FROWEIN/PEUKERT, S. 78.

¹³ MEYER-LADEWIG, S. 91 f.; EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 74.

¹⁴ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 92; *Nielsen v. Denmark*, 10929/84 (1988), Ziff. 67; *H.M. v. Switzerland*, 39187/98 (2002), Ziff. 42.

¹⁵ EGMR, *Guzzardi v. Italy*, 7367/76 (1980), Ziff. 93.

¹⁶ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 73; *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 128.

Ausgangsbewilligung einholen muss.¹⁷ Der Umstand, dass die betroffene Person in einer geschlossenen Abteilung untergebracht ist, kann durchaus auf einen Freiheitsentzug schliessen lassen, ist für sich genommen aber nicht ausschlaggebend.¹⁸ Der EGMR betont, dass ein Freiheitsentzug auch dann vorliegen kann, wenn die Abteilung oder das Zimmer nicht geschlossen (oder abschliessbar) ist.¹⁹ Ein weiteres Indiz ist, wenn die Person im Falle einer unerlaubten Entfernung von der Polizei gesucht und wieder zurückgebracht wird.²⁰ Ebenfalls wird darauf abgestellt, ob die Person in der Lage ist, mit Personen ausserhalb des Heims oder der Klinik Kontakt zu pflegen.²¹ Für die Frage, ob ein Freiheitsentzug vorliegt, ist es unerheblich, ob das Heim staatlich oder privat ist. Im Falle privat geführter Einrichtungen besteht nämlich eine positive Pflicht der Staaten, Individuen vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug zu schützen.²²

In *subjektiver Hinsicht* ist wie erwähnt notwendig, dass die betroffene Person keine gültige Einwilligung in die Freiheitsentziehung gegeben hat.²³ Eine Zustimmung ist zumindest dann anzunehmen, wenn die Person ihre Zufriedenheit mit der Unterbringung ausdrückt, jedenfalls sofern von unverminderter Urteilsfähigkeit ausgegangen werden kann.²⁴ Mit anderen Worten muss der Freiheitsentzug entweder gegen oder ohne den Willen der betroffenen Person erfolgt sein. Hierzu ist es nicht a priori ausschlaggebend, dass die betroffene Person die Massnahme hinnimmt, beispielsweise weil sie sich freiwillig in das Heim begeben hat²⁵ oder nicht um Entlassung bittet, insbesondere wenn sie nicht geschäftsfähig ist.²⁶ Eine solche Unterbringung kann sich insbesondere auch nachträglich als Freiheitsentzug herausstellen.

Ist die Person aufgrund fehlender oder mangelnder Urteilsfähigkeit gar nicht in der Lage, ihren Willen auszudrücken, ist von vornherein keine gültige Zustimmung möglich.²⁷ In diesen Fällen legt der EGMR grosses Gewicht auf die oben dargelegten objektiven Indizien, beispielsweise ob die Person unter ständiger Überwachung und Kontrolle durch das Personal steht und ob sie frei wäre, das Heim zu verlassen.²⁸ Der Gerichtshof betont aber auch, dass eine mangelnde Urteilsfähigkeit nicht bedeutet, dass die Person ihre Situation nicht verstehen könnte.²⁹ Insofern ist auch bei diesen Personen auf explizite oder implizite Willensäusserungen zu achten, beispielsweise wenn sie (wiederholt) versucht haben, aus dem Heim zu entweichen³⁰ oder wenn sie ihren Unwil-

¹⁷ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 73; EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 124-126; *K.C. v. Poland*, 31199/12 (2014), Ziff. 53.

¹⁸ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 73.

¹⁹ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 124; *H.L. v. the United Kingdom*, 45508/99 (2004), Ziff. 92.

²⁰ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 73; EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 127. Es muss allerdings auch berücksichtigt werden, dass es zu den Sorgfaltspflichten eines Heims für Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen gehört, Personen suchen zu lassen, die verschwunden sind, siehe EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 127.

²¹ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 73; EGMR, *H.M. v. Switzerland*, 39187/98 (2002), Ziff. 45.

²² Vgl. EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 102; *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 124-120; *Shtukaturov v. Russia*, 44009/05 (2008), Ziff. 110.

²³ MEYER-LADEWIG, S. 91 f.; EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 74.

²⁴ EGMR, *H.M. v. Switzerland*, 39187/98 (2002), Ziff. 47 f.

²⁵ EGMR, *De Wilde, Ooms u. Versyp v. Belgium*, 2832/66, 2835/66 und 2899/66 (1971), Ziff. 65; siehe auch *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 75.

²⁶ EGMR, *H.L. v. the United Kingdom*, 45508/99 (2004), Ziff. 90.

²⁷ EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 76.

²⁸ EGMR, *H.L. v. the United Kingdom*, 45508/99 (2004), Ziff. 91.

²⁹ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 130.

³⁰ EGMR, *Shtukaturov v. Russia*, 44009/05 (2008), Ziff. 108; EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 76.

len über den Aufenthalt gegenüber dem Betreuungspersonal ausdrücken.³¹ Auch das Einreichen von Entlassungsgesuchen wird als mangelnde Zustimmung zum Heimaufenthalt gewertet.³² Selbstverständlich ist auch eine ausdrückliche Zustimmungsverweigerung stets zu beachten (bspw. die Weigerung, das Eintrittsformular zu unterschreiben³³).

Nach Rechtsprechung des EGMR kann also eine Heimunterbringung durchaus als Situation des Freiheitsentzugs qualifiziert werden. Diese Einordnung teilen auch andere Gremien. So hat der UNO-Ausschuss gegen Folter festgehalten, dass Altersheime unter die Definition von „Orten des Freiheitsentzugs“ fallen, in denen die Staaten verpflichtet sind, Folter und unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung zu verbieten und wiedergutzumachen.³⁴ Auch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) in der Schweiz betrachtet solche Institutionen als unter ihrem Mandat stehend, welches sich auf alle „Situationen von Personen, denen die Freiheit entzogen ist“³⁵ erstreckt. Nach Ansicht der NKVF fallen unter diese Definition „alle Einrichtungen, in welchen Personen gegen ihren Willen in staatlichem Gewahrsam sind und deshalb in einem Sonderstatusverhältnis zum Staat stehen. Dazu gehören alle Polizeiposten, Untersuchungsgefängnisse, Strafvollzugsanstalten, Ausschaffungsgefängnisse, psychiatrische Kliniken, Suchtanstalten, aber auch Wohn- und Jugendheime und diverse Pflegeeinrichtungen.“³⁶

Eine unfreiwillige Heimunterbringung ist daher als Situation des Freiheitsentzugs zu qualifizieren. Damit bestehen verschiedene Parallelitäten zu Haftsituationen. Ein faktisches Beispiel dafür ist die gesteigerte Abhängigkeit respektive das „Ausgeliefertsein“ gegenüber dem Betreuungspersonal, welches unter Umständen bei altersdementen Personen im Vergleich zu „normalen“ Strafgefangenen aufgrund ihrer verringerten mentalen Kapazitäten und damit ihrer Unfähigkeit, gegen übermäßige Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit und ihres Privatlebens vorzugehen, sogar noch verschärft ist.

Rechtlich bedeutet diese Parallelität vorrangig, dass die Garantien beim Freiheitsentzug, wie sie in Art. 5 EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II kodifiziert sind, auch auf die unfreiwillige Heimunterbringung Anwendung finden. Der unter Art. 5 Abs. 1 EMRK verlangte zulässige Haftgrund ist in diesem Fall derjenige des Freiheitsentzugs bei psychisch Kranken (Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK).

³¹ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 130.

³² EGMR, *Shtukaturov v. Russia*, 44009/05 (2008), Ziff. 108; EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 130.

³³ So in EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 75.

³⁴ CAT General Comment No. 2: Implementation of article 2 by States parties, CAT/C/GC/2 (2008), Ziff. 15.

³⁵ Art. 2 lit. a Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009, SR 150.1.

³⁶ NKVF, Freiheitsentzug, online unter: <http://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/freiheitsentzug.html> (zuletzt besucht am 15. Dezember 2015). Siehe auch die Ankündigung des Präsidenten der NKVF, sich in Zukunft vertieft mit der Überprüfung von Sozialeinrichtungen zu befassen: Medienmitteilung „Neuer Präsident der NKVF“ vom 3.12.2015, <http://www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/publiservice/news/2015/2015-12-03.html> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

III. RECHTSQUELLEN

1. Menschenrechtliche Rechtsquellen

Im Folgenden werden die im Bereich der unfreiwilligen Heimunterbringung von demenzerkrankten Menschen einschlägigen menschenrechtlichen Rechtsquellen kursorisch dargestellt. Auf die einzelnen Vorgaben wird, sofern notwendig, im Kapitel zu den ausgewählten Problembereichen jeweils näher eingegangen.

Zunächst sind die allgemeinen Menschenrechtspakte, insbesondere auf universeller Ebene der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) sowie auf europäischer Ebene die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), zu nennen. Beide Abkommen enthalten die für das vorliegende Kurzgutachten wichtigen Garantien des Rechts auf Freiheit und Sicherheit (Art. 9 UNO-Pakt II, Art. 5 EMRK³⁷) sowie des Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 17 UNO-Pakt II, Art. 8 EMRK). Für gewisse Bereiche ist auch das in beiden Abkommen verankerte Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung heranzuziehen (Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 3 EMRK). Dieses ist ferner auch in Art. 2 ff. der UNO-Antifolterkonvention (FoK) verankert.

Ein in seiner Bedeutung für das Thema bislang eher unterschätztes Instrument ist das *Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK)* der Vereinten Nationen, welches die Schweiz 2014 ratifiziert hat. Altersdemenz als gerontopsychiatrische Erkrankung fällt unter die Definition³⁸ von „Menschen mit Behinderungen“ i.S.v. Art. 1 BRK. Demnach schützt dieses Übereinkommen „Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können“.³⁹ Das Übereinkommen verankert einerseits bestimmte behindertenspezifische Rechte und konkretisiert andererseits gewisse universelle Rechte speziell für die Lebenswirklichkeit von Menschen mit einer Behinderung. Für den vorliegenden Kontext relevant sind insbesondere:

- das Recht auf *Freiheit und Sicherheit der Person* (Art. 14 BRK);
- das Recht auf *Freiheit von Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe* (Art. 15 BRK);
- das Recht auf *Freiheit von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch* (Art. 16 BRK);
- das Recht auf *Achtung der körperlichen und seelischen Unversehrtheit* (Art. 17 BRK);

³⁷ Siehe dazu bereits oben, Ziff. II.

³⁸ Die in der BRK enthaltene Umschreibung des Begriffs „Menschen mit Behinderungen“ ist keine Legaldefinition, sondern bildet lediglich einen Zweckartikel. Es wurde bewusst darauf verzichtet, „Behinderung“ zu definieren, da eine Behinderung stets sozial determiniert ist: Was in einer bestimmten Gesellschaft als Behinderung wahrgenommen wird, kann in einer anderen Gesellschaft normal sein, siehe KANTER, S. 551.

³⁹ Siehe mit ausführlicher Begründung MÜLLER/WALTER, Ziff. I. m.w.N. Auch die Praxis des BRK-Ausschusses (CRPD) deutet darauf hin, dass der Ausschuss ältere Menschen als unter seinem Mandat stehend betrachtet, siehe CRPD, Concluding observations Germany, CRPD/C/DEU/CO/1, 13. Mai 2015, Ziff. 37 f.

- das Recht auf *unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft* (Art. 19 BRK);
- das Recht auf *Achtung der Privatsphäre* (Art. 22 BRK) sowie
- das Recht auf *Gesundheit* (Art. 25 BRK).

Das Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin des Europarates, die sog. *Biomedizinkonvention*, welche die Schweiz im Jahr 2008 ratifiziert hat, ist relevant für Fragen der medizinischen Zwangsbehandlung. Sie enthält den Grundsatz der informierten Zustimmung zu jeglichen medizinischen Interventionen (Art. 5) sowie Regelungen zum Schutz einwilligungsunfähiger Personen (Art. 6), zum Schutz von Personen mit psychischen Störungen (Art. 7), zu Notfallsituationen (Art. 8) sowie zur Berücksichtigung von in einem früheren Zeitpunkt geäußerten Wünschen (Art. 9).

Die revidierte *Europäische Sozialcharta* (ESC) enthält Garantien für Menschen mit Behinderungen (Art. 15 ESC) sowie spezifisch für ältere Personen, die in Heimen untergebracht sind (Art. 21 Abs. 3 ESC). Die Schweiz ist nicht Vertragspartei dieses Abkommens. Es stellt somit für das vorliegende Gutachten keine einschlägige Rechtsquelle dar. Dennoch wird an den relevanten Stellen in der nachfolgenden Untersuchung auf Garantien der Sozialcharta hingewiesen, um einen möglicherweise bestehenden europäischen Konsens zu illustrieren.

Zu berücksichtigen sind weiter eine Reihe unverbindlicher, allenfalls als „*Soft Law*“⁴⁰ einzustufender Resolutionen und Empfehlungen des Europarates und einiger Organe der Vereinten Nationen, welche zur Konkretisierung der oft allgemein formulierten Menschenrechtsgarantien herangezogen werden können. Auf universeller Ebene existieren bislang keine spezifischen Resolutionen und Empfehlungen über die Rechte von Demenzpatientinnen und -patienten allgemein oder in Pflegeeinrichtungen im Speziellen. Vorhanden sind lediglich mehrere Resolutionen der UNO-Generalversammlung sowie des Menschenrechtsrates, die sich v.a. mit den Menschenrechten von älteren Menschen sowie Menschen mit Behinderungen befassen.⁴¹ Sofern diese Quellen allerdings älter sind als die Behindertenrechtskonvention, müssen sie im Lichte der jüngeren Konvention ausgelegt werden.⁴² Auf Ebene des Europarates bestehen zahlreiche Resolutionen und Empfehlungen, welche allgemein auf die Problematik der zunehmend alternden Gesellschaft verweisen und in diesem Zusammenhang zur Achtung von grundlegenden Rechten wie der menschlichen Würde und dem Selbstbestimmungsrecht von älteren Personen aufrufen.⁴³ Spezi-

⁴⁰ „Soft Law“ sind u.a. Resolutionen oder Deklarationen internationaler Organisationen, die zwar aufgrund des fehlenden Vertragscharakters keine neuen Rechte und Pflichten für die Staaten oder für Individuen begründen, aber zur Auslegung und Konkretisierung von menschenrechtlichen Standards beitragen oder als Ausgangspunkt für deren Weiterentwicklung dienen können. Siehe dazu auch BGE 118 Ia 70.

⁴¹ So z.B. United Nations Principles for Older Persons, General Assembly Resolution A/RES/46/91, 16. Dezember 1991; Abuse of older persons: recognizing and responding to abuse of older persons in a global context, report of the Secretary-General, E/CN.5/2002/PC/2, 9. Januar 2002.

⁴² FRA, S. 16.

⁴³ So z.B. Europarat, Parliamentary Assembly : Resolution 1008 (1993) on social policies for elderly persons and their self-reliance, 3. September 1993; Recommendation 1254 (1994) on medical and welfare rights of the elderly: ethics and policies, 10. November 1994; Recommendation 1428 (1999) on the future of senior citizens: protection, participation and promotion, 23. September 1999; Recommendation 1591 (2003) on challenges of social policy in Europe's ageing societies, 27. September 2003; Resolution 1502 (2006) on demographic challenges for social cohesion, 2. Mai 2006; Recommendation 1749 (2007) on the situation of elderly persons in Europe, 8. Februar 2007; Committee of Ministers: Recommendation Rec(94)9 to member states concerning elderly people, 10. Oktober 1994; Recommendation Rec(2009)6 to member states on ageing and disability in the 21st century: sustainable frameworks to enable greater quality of life in an inclusive society, 8. Juli 2009.

fisch mit den Rechten von altersdementen Personen hat sich zwischen 1998 und 2002 die Expertengruppe des Europarates zur Optimierung der Lebensbedingungen für ältere, abhängige Personen des damaligen Europäischen Ausschusses für sozialen Zusammenhalt⁴⁴ beschäftigt und konkrete Empfehlungen abgegeben.⁴⁵ Im Jahr 2012 hat das Steuerungskomitee für Menschenrechte (CDDH) die Arbeitsgruppe CDDH-AGE mit dem Auftrag eingesetzt, ein nicht verbindliches Instrument zur Förderung von Menschenrechten von älteren Menschen zu erarbeiten. Die Arbeitsgruppe identifizierte dabei verschiedene Bereiche, in welchen für den Schutz von Menschenrechten besondere Herausforderungen bestehen. Als solche wurden u.a. die Zwangsunterbringung in Institutionen sowie die unfreiwillige medizinische Behandlung von älteren Personen genannt. Die von der Arbeitsgruppe vorgelegte Empfehlung Rec(2014)2 zur Förderung der Menschenrechte von älteren Menschen wurde am 19. Februar 2014 vom Ministerkomitee des Europarates verabschiedet.⁴⁶

Schliesslich sind auch die Standards des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) von Bedeutung. Auch wenn sich diese Standards nicht ausdrücklich auf ältere Personen beziehen, enthalten sie wesentliche Bestimmungen zur unfreiwilligen Unterbringung von und Zwangsmassnahmen gegenüber psychisch kranken Personen in psychiatrischen Einrichtungen,⁴⁷ welche sich u.E. teilweise zumindest per Analogie auch auf die Unterbringung von demenzerkrankten Personen in Alters- und Pflegeheimen anwenden lassen.

Insgesamt ist festzustellen, dass sich auf menschenrechtlicher Ebene keine Bestimmungen finden, die ausdrücklich die Behandlung von Demenzpatientinnen und -patienten im Rahmen einer (unfreiwilligen) Unterbringung normieren. Vielmehr verortet sich diese Frage im Schnittbereich verschiedener Spezialnormen zum Schutz von Menschen mit Behinderungen, von psychisch Kranken, von älteren Menschen, von Patientinnen und Patienten sowie von Inhaftierten und anderweitig unfreiwillig untergebrachten Personen.

Zudem ist zu beachten, dass die meisten der hier verwendeten Rechtsquellen Soft Law oder sogar nur unverbindliche Empfehlungen einzelner internationaler Akteure darstellen. „Hard Law“, welches Rechte für die hier interessierende Personenkategorie festlegt, besteht lediglich in Form der allgemeinen Menschenrechtspakte (EMRK, UNO-Pakt II), der Behindertenrechtskonvention sowie der von der Schweiz nicht ratifizierten Europäischen Sozialcharta.⁴⁸

⁴⁴ Heute: European Committee for Social Cohesion, Human Dignity and Equality.

⁴⁵ Europarat, Final activity report of the Group of Specialists on improving the quality of life of elderly dependent persons (CS-QV), Recommendations of the CS-QV Group.

⁴⁶ Europarat, Recommendation Rec(2014)2 of the Committee of Ministers to member states on the promotion of the human rights of older persons, 19. Februar 2014. Weiter zu berücksichtigen sind: Europarat, Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe action plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, 5. April 2006. Auch der Menschenrechtskommissar des Europarates hat sich zu den Herausforderungen einer alternden Gesellschaft geäussert: Viewpoint of the Commissioner for Human Rights, „Aged people are too often ignored and denied their full human rights“, 8. April 2008 sowie in Seminar on protection of human rights and special situation of elderly people in retirement homes and institutions: Background paper and conclusions, 21.-23. Oktober 2001.

⁴⁷ CPT Standards, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2011, Kapitel III. Psychiatrische Einrichtungen, unfreiwillige Unterbringung in psychiatrischen Einrichtungen und Zwangsmassnahmen in psychiatrischen Einrichtungen.

⁴⁸ Davon zu unterscheiden ist weiterhin die Frage nach der Justiziabilität dieser Bestimmungen, d.h. der Möglichkeit für Einzelpersonen, sich vor Gericht direkt auf einzelne Bestimmungen berufen zu können. Während die Justiziabilität der Rechte aus der EMRK und aus dem UNO-Pakt II in der Praxis nicht bestritten wird, sind verschiedene Bestimmungen der Behindertenrechtskonvention nach Ansicht des Bundesrates self-executing.

2. Rechtsquellen in der Schweiz

Die Rechtslage in der Schweiz ist sehr unübersichtlich.⁴⁹ Nebst grundrechtlichen Garantien in der BV (Art. 8, Art. 10, Art. 13, Art. 29, Art. 29a) sind auf Bundesebene in erster Linie die Bestimmungen des ZGB relevant. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Regelungskomplex zur fürsorglichen Unterbringung in Art. 426 ff. ZGB sowie den Massnahmen des Erwachsenenschutzes, die gegenüber urteilsunfähigen Personen generell angeordnet werden können. (Art. 360 ff. ZGB). Bedeutsam für letztere sind insbesondere die Bestimmungen über den Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 382 ff. ZGB).

Konkretere Vorgaben finden sich teils auf kantonaler Ebene. So wird im jeweiligen kantonalen Gesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Vollzug der Bestimmungen des ZGB geregelt. Darin werden insbesondere die behördliche Organisation und das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie vor Gerichten festgelegt. Bestimmungen zur Kompetenz der Behörden finden sich teilweise auch in Gerichtsorganisationsgesetzen sowie in Einführungsgesetzen zum ZGB. Die Kantone sehen daneben in ihrem Kompetenzbereich ergänzende Bestimmungen zu Massnahmen in der fürsorglichen Unterbringung, zur allgemeinen Rechtsstellung der in Heimen untergebrachten Personen sowie zu Anforderungen an Pflegeeinrichtungen und Pflegepersonal in ihrer Gesundheits- und Sozialgesetzgebung vor. Weiter enthalten auch Regelwerke zu Subventionsvergaben⁵⁰ und Betriebsbewilligungen⁵¹ für Pflegeeinrichtungen relevante Vorgaben zum Pflege- und Betreuungsangebot und zur Ausgestaltung der Unterbringung. Mehrere Kantone regeln zudem den Personalmindestbestand in Alters- und Pflegeheimen verbindlich.⁵² Damit bestehen Regelungen zu Betreuung, Pflege und Massnahmen allgemein sowie im Bereich der fürsorglichen Unterbringung verteilt in verschiedenen kantonalen Erlassen. Im Kanton Zürich beispielsweise befinden sich relevante Bestimmungen im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht⁵³, im Gesundheitsgesetz⁵⁴, im Patientengesetz⁵⁵, im Pflegegesetz⁵⁶ sowie in der Verordnung über die Pflegeversorgung⁵⁷.

Siehe dazu näher die Botschaft zur Genehmigung der Behindertenrechtskonvention vom 19. Dezember 2012, BBI 20BR>K13 661, S. 674 ff.

⁴⁹ Noch weit komplexer würde sich die Rechtslage präsentieren, wenn auch der unfreiwillige Heimaufenthalt Jugendlicher und Erwachsener ohne dementielle Erkrankung in Betracht gezogen würde.

⁵⁰ So z.B. im Kanton Bern: ALBA, Richtprogramm in Alters- und Pflegeheimen. Bau- und Umbauvorhaben in Alters- und Pflegeheimen des Kantons Bern: Vorgaben und Empfehlungen für Planung und Ausführung, 10. Juni 2013, unter https://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/alba/formulare/alters-_und_pflegeheime.assetref/dam/documents/GEF/ALBA/de/Downloads_Publikationen/Alter/Bauvorhaben_APH_2013_de.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁵¹ So muss z.B. im Kanton Bern im Bewilligungsgesuch nach Art. 13 HEV-BE der Nachweis von angemessenen Räumlichkeiten, Personal etc. nach Art. 7 ff. HEV-BE erbracht werden.

⁵² So z.B. im Kanton Waadt: Directive concernant les exigences de dotation minimale en personnel soignant dans les établissements médico-sociaux et les divisions C d'hôpitaux, online unter http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dsas/sash/Directive_dotation_01.09.07.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁵³ EG KESR-ZH.

⁵⁴ GesG-ZH.

⁵⁵ Patientengesetz-ZH.

⁵⁶ Pflegegesetz-ZH.

⁵⁷ Pflegeverordnung-ZH.

Daneben bestehen auf kommunaler Ebene oft weitere einschlägige Erlasse wie Heimreglemente.⁵⁸ Dazu kommen schliesslich noch Reglemente, die durch die jeweiligen privaten Betreiberinnen der Heime (Stiftungen, Aktiengesellschaften etc.) erlassen werden.⁵⁹ In einem Heimreglement sind typischerweise die Aufnahmevoraussetzungen und -formalitäten, die Zimmerzuteilung, Zimmereinrichtung, die Berechnung der Preise und Taxen, der Austritt (inkl. durch Todesfall) und teilweise auch Grundsätze der medizinischen Betreuung (freie Arztwahl, qualitativ hochwertige Betreuung etc.) geregelt. Jedes Heim hat zudem oft auch eine eigene Hausordnung, welche die konkreten Abläufe im Heim regelt.

Im Rahmen des „Dialog Gesundheitspolitik“ haben Bund und Kantone am 21. November 2013 die Nationale Demenzstrategie 2014-2017 erlassen. Diese legt vier Handlungsfelder fest, auf welchen ein Fokus liegen soll. Angesichts der Komplexität des Schweizerischen Gesundheitssystems erfolgt die Umsetzung in erster Linie dezentral durch die Kantone, wobei dem Bund eine Prozess- und Koordinierungsverantwortung zukommt.⁶⁰ Mehrere Kantone haben eine eigene kantonale Demenzstrategie, in einigen Kantonen sind Demenzfragen auch in kantonalen Richtlinien oder politischen Strategien zur Gesundheits- oder Alterspolitik festgehalten.⁶¹

Zu berücksichtigen sind ferner auch die medizinisch-ethischen Richtlinien und Empfehlungen der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW). So hat die SAMW Richtlinien und Empfehlungen erarbeitet für Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen⁶², für medizinische Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung⁶³, für die Palliative Care⁶⁴ sowie für Zwangsmassnahmen in der Medizin.⁶⁵ Es handelt sich dabei grundsätzlich um nicht verbindliche Bestimmungen, welche die Akademie als Hilfestellung für die medizinische Praxis und biomedizinische Forschung formuliert. Sie werden jedoch in der Regel in die Standesordnung der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) aufgenommen und werden dadurch für FMH-Mitglieder verbindlich.⁶⁶ Die SAMW erarbeitet zurzeit gemeinsam mit der schweizerischen Gesellschaft für Gerontologie (SGG) im Rahmen der Nationa-

⁵⁸ Siehe z.B. das Heimreglement der politischen Gemeinde Buchs, online unter <http://www.hauswieden.ch/Portals/0/Content/Leistungen/3.1.4.Heimreglement01.07.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2015).

⁵⁹ So etwa das Reglement des Pflegeheims Rialto, online unter <http://www.pflegeheim-rialto.ch.wigra.vm.iway.ch/upload/dokumente/Heimreglement.pdf> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶⁰ Vgl. Nationale Demenzstrategie 2014-2017, S. 30.

⁶¹ Siehe die Übersicht in: GDK, Bestandesaufnahme der Demenzversorgung in den Kantonen, 21. Dezember 2013, online unter http://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/strategie_bundkanton/demenz/bt_demenzversorgung_d_2013.11.21.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016), S. 3 f.

⁶² SAMW, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen zu Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen vom 18. Mai 2004 (aktualisiert 1. Januar 2013), online unter http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_AeltereMenschen_Juni13_Web.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶³ SAMW, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen zu medizinischer Behandlung und Betreuung von Menschen mit Behinderung vom 20. Mai 2008 (aktualisiert 1. Januar 2013), online unter http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_Behinderte_juni13_Web.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶⁴ SAMW, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen zu Palliative Care vom 23. Mai 2006 (aktualisiert 1. Januar 2013), online unter http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/d_RL_PallCare_Juni13_Web.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶⁵ SAMW, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen zu Zwangsmassnahmen in der Medizin, vom 29. November 2015, online unter http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/RL/AG/richtlinien_zwangsmassnahmen.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶⁶ Art. 18 Standesordnung FMH vom 12. Dezember 1996 (Stand 7. Mai 2015), online unter http://www.fmh.ch/files/pdf16/Standesordnung_20150829_D.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

len Demenzstrategie neue Richtlinien zu "Behandlung und Betreuung von Menschen mit Demenz".⁶⁷

Bereits dieser kursorische Überblick über die einschlägigen Rechtsgrundlagen illustriert die Zersplitterung der anwendbaren Rechtsquellen, welche einen gesamtschweizerischen Überblick nahezu verunmöglicht. Diese unbefriedigende Situation erschwert aber nicht nur die Beurteilung der Implementierung internationaler Vorgaben in der Schweiz und das Vorgehen gegen missbräuchliche Anordnungen, sondern stellt für Pflegebedürftige und ihre Vertretung einen gewichtigen Nachteil im Rahmen der Rechtsdurchsetzung dar. Ferner erschwert die Rechtslage auch die Aufgabe der Aufsichtsbehörden.

Ein Blick in Nachbarstaaten der Schweiz zeigt, dass eine einheitliche und umfassende Normierung des Heimbereichs durchaus möglich wäre. So kennt etwa Österreich auf Bundesebene ein sogenanntes Heimaufenthaltsgesetz,⁶⁸ welches die Voraussetzungen und den Rechtsschutz bei freiheitsbeschränkenden Massnahmen in der Heimunterbringung regelt. In Deutschland existierte bis zum Übergang der Gesetzgebungskompetenz für das öffentlich-rechtliche Heimrecht auf die Länder das sog. Heimgesetz⁶⁹, welches Bestimmungen zum Schutz der Heimbewohnerinnen und -bewohner enthielt und u.a. die Bereiche Vertragsgestaltung, Ausstattung mit Personal und bauliche Normen regelte. Heute wird die Materie umfassend auf Stufe der Bundesländer geregelt.

⁶⁷ Siehe die Projektbeschreibung auf der Website der SAMW: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/In-Erarbeitung/Demenz.html> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

⁶⁸ BGBl. (A) I Nr. 11/2004; siehe dazu näher unten, V.5.3.

⁶⁹ BGBl.(D) I S. 2970.

IV. ALLGEMEINER GRUNDSATZ: ACHTUNG DER WÜRDE, AUTONOMIE UND ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT DER DEMENZERKRANKTEN PERSON

Gemäss Art. 12 BRK haben alle Menschen mit Behinderungen das Recht, überall *als Rechtssubjekt anerkannt* zu werden. Menschen mit Behinderungen sollen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Personen Rechts- und Handlungsfähigkeit geniessen und die Staaten sollen geeignete Massnahmen treffen, um ihnen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.

Art. 3 lit. a BRK hält die *Achtung der individuellen Autonomie, Entscheidungsfreiheit und Unabhängigkeit* von Menschen mit Behinderungen in grundsätzlicher Weise fest. Art. 12 und Art. 3 lit. a BRK verpflichten damit zur Anerkennung der Tatsache, dass auch (allenfalls entmündigte) demenzerkrankte Personen immer noch in der Lage sind, in gewissen Bereichen eigene Entscheide zu treffen und Präferenzen zu haben. Die Entscheidungsfreiheit der betroffenen Person ist also so weit wie möglich zu achten.

Die Achtung der Würde, Autonomie, Entscheidungsfreiheit und Unabhängigkeit von Demenzpatientinnen und -patienten sowie von behinderten und/oder älteren Personen wird auch in mehreren Soft-Law-Dokumenten betont.⁷⁰ Erwähnt wird auch häufig der Grundsatz der informierten Zustimmung bei medizinischen Behandlungen.⁷¹

Daraus, dass die Entscheidungsfreiheit von demenzerkrankten Menschen anerkannt werden soll, folgt auch die Pflicht, die *Ansichten und Präferenzen dieser Personen in sämtlichen sie betreffenden Entscheidungen*, sowohl über ihre medizinische Behandlung wie auch die Unterbringungsbedingungen, soweit es der Gesundheitszustand der betroffenen Person ermöglicht, *mit einzubeziehen*.⁷² Art. 23 Abs. 3 der revidierten Europäischen Sozialcharta (welche von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist) verpflichtet die Staaten denn auch konkret, Massnahmen zu ergreifen, die älteren Menschen in Heimen die Beteiligung an der Festlegung der Lebensbedingungen innerhalb der Institution gewährleisten sollen.

Eine allfällige Urteilsunfähigkeit ändert daran zunächst nichts. Vielmehr müssen in einem solchen Fall geeignete Verfahren und Massnahmen gefunden werden, um den „wahren“ Willen und die Präferenzen der demenzerkrankten Person zu ermitteln und zu berücksichtigen.⁷³ Dies wird auch in Art. 21 lit. d BRK (sowie ähnlich auch in Art. 15 Abs. 3 der revidierten Sozialcharta) festgehalten. Diese Bestimmung der BRK verpflichtet die Staaten, im Umgang mit Behörden die Verwendung von ergänzenden und alternativen Kommunikationsformen „und allen sonstigen selbst ge-

⁷⁰ United Nations Principles for Older Persons (Fn 41), Ziff. 14; Europarat, Final activity report of the CS-QV (Fn 45), Rec. 1; Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 9; Europarat, Recommendation Rec(2009)6 (Fn 43), Ziff. 1.1 und 1.4; report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, A/64/272, 10. August 2009, Ziff. 53.

⁷¹ Thematic study on the realization of the right to health of older persons by the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover, A/HRC/18/37, 4. Juli 2011, Ziff. 66; report of the Special Rapporteur (Fn 70), Ziff. 52.

⁷² Viewpoint of the Commissioner for Human Rights (Fn 46); Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, “Do more to protect human rights of older people suffering dementia, UN expert urges States”, Press Release, 19. September 2014; siehe auch Charter of Rights for People with Dementia and their Carers in Scotland, Ziff. 3.

⁷³ Thematic study by the Special Rapporteur (Fn 71), Ziff. 71 (j); WORLD HEALTH ORGANIZATION 2015, S. 1; siehe auch Charter of Rights in Scotland (Fn 72), Ziff. 1.

wählten zugänglichen Mitteln, Formen und Formaten der Kommunikation durch Menschen mit Behinderungen“ zu akzeptieren und zu erleichtern. Zu denken ist hier beispielsweise an Methoden der „Unterstützten Kommunikation“⁷⁴, „Dementia Care Mapping“⁷⁵ etc.⁷⁶

⁷⁴ Unterstützte Kommunikation ist ein Oberbegriff für Methoden, mit denen die Situation von Menschen mit schweren Kommunikationsbeeinträchtigungen verbessert werden soll, etwa indem ihnen Zeichen, Hilfsmittel, Techniken und Strategien zur Verfügung gestellt werden, die die Lautsprache ergänzen oder ersetzen.

⁷⁵ „Dementia Care Mapping“ ist ein personenzentriertes Evaluations- und Beobachtungsverfahren, das die Lebensqualität und das innerpsychische Wohlbefinden von Demenzpatientinnen und -patienten abbilden soll, wenn diese keine adäquaten verbalen Rückmeldungen mehr geben können. Die Beobachtung erfolgt innerhalb von Verhaltenskategorien, welche unter anderen die Bereiche Essen und Trinken, Teilnahme an einem Spiel, Schlafen beziehungsweise Dösen, in sich gekehrt sein, aufgeregt oder ärgerlich sein, Teilnahme an einer gymnastischen Übung, Selbstpflege, Gepflegt werden, Beschäftigung mit Arbeit, Beschäftigung mit Medien, sowie das Selbstgespräch oder Gespräche mit eingebildeten Personen umfassen. Es wird dabei versucht, anhand von Körpersprache, Gestik und Mimik die Gefühlslage der beobachteten Person zu beurteilen und kleinste Veränderungen beispielsweise in der Körperhaltung wahrzunehmen, die einen Hinweis auf das Empfinden geben können.

⁷⁶ MÜLLER/WALTER, Ziff. II.2.c).

V. AUSGEWÄHLTE PROBLEMBEREICHE

Im Folgenden wird auf einzelne Bereiche eingegangen, die in der Praxis im Rahmen der unfreiwilligen Unterbringung von demenzerkrankten Personen menschenrechtliche Fragen aufwerfen. Solche sind die Anordnung der Unterbringung, die Form der Unterbringung sowie die Ermöglichung sozialer Kontakte, die Achtung der Privatsphäre, Fragen der Gesundheitsversorgung inklusive einer Zwangsmedikation, die Anordnung oder Vornahme bewegungseinschränkender Massnahmen sowie Fragen zum Rechtsschutz und zur Aufsicht über Alters- und Pflegeheime. Dabei werden jeweils die menschenrechtlichen Vorgaben in den entsprechenden Bereichen genannt und anschliessend wird die Rechtslage in der Schweiz summarisch dargestellt und ein Zwischenfazit gezogen.

1. Anordnung der Unterbringung

Da es sich bei einer *unfreiwilligen* Heimunterbringung, wie oben erwähnt, um eine freiheitsentziehende Massnahme handelt, bestehen erhöhte Anforderungen an ihre Anordnung. Damit sind insbesondere die sogenannten *habeas corpus* Garantien zum Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug angesprochen.

1.1. Menschenrechtliche Standards

Die unfreiwillige Heimunterbringung fällt als Freiheitsentzug (Ziff. II.) in den Anwendungsbereich des *Verbots der willkürlichen Freiheitsentziehung* (Art. 9 UNO-Pakt II) respektive des *Rechts auf Freiheit und Sicherheit* (Art. 5 EMRK). Das *behindertenspezifische Recht auf Freiheit und Sicherheit* ist in Art. 14 BRK festgehalten. Demgemäss darf Menschen mit Behinderungen die Freiheit nicht rechtswidrig oder willkürlich entzogen werden und das Vorliegen einer Behinderung allein kann in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigen (Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK).

In seinem General Comment Nr. 35 zu Art. 9 UNO-Pakt II hat auch der Menschenrechtsausschuss die Vorgaben für einen Entzug der Freiheit bei psychisch kranken Personen skizziert.⁷⁷ Er betont, dass eine unfreiwillige Einweisung in ein Pflegeinstitut besonders schädlich für die betroffene Person sein kann. Deshalb sollten die Vertragsparteien adäquate gemeindenahe Dienstleistungen für Personen mit psychosozialen Schwierigkeiten bereitstellen, um weniger einschneidende Alternativen zu einem Freiheitsentzug zu haben.⁷⁸ Auch der Ausschuss betont, eine Behinderung rechtfertigt an sich noch nicht die Anordnung eines Freiheitsentzuges. Vielmehr müsse ein Freiheitsentzug in jedem Einzelfall notwendig und verhältnismässig sein im Hinblick auf das zulässige Ziel. Zulässige Ziele können der Schutz der Person vor einer ernsthaften Gefährdung oder der Schutz Dritter sein.⁷⁹ Freiheitsentzug darf nur als letzte Massnahme (*ultima ratio*) und nur für die kürzest mögliche Dauer angeordnet werden und muss von verfahrensrechtlichen und materiellen Sicherungsmassnahmen begleitet sein. Das Verfahren soll die Ansichten der

⁷⁷ MRA, General Comment Nr. 35: Article 9, Liberty and Security of Persons, CCPR/C/GC/35 (2014), Ziff. 19.

⁷⁸ MRA, Concluding Observations Latvia, CCPR/C/LVA/CO/3 (2014), Ziff. 16.

⁷⁹ MRA, *Fijalkowska v. Poland*, 1061/2002 (2005), Ziff. 8.3; *Fardon v. Australia*, 1629/2007 (2010), Ziff. 7.3; siehe auch MRA, Concluding Observations Russian Federation, CCPR/C/RUS/CO/6 (2009), Ziff. 19.

betroffenen Person mit einbeziehen. Falls die betroffene Person vertreten ist, ist zu gewährleisten, dass ihre Rechtsvertretung ihre Wünsche und Interessen aufrichtig vertritt und verteidigt.⁸⁰

Ähnliche Standards ergeben sich auch aus dem Recht auf Freiheit und Sicherheit in Art. 5 EMRK.⁸¹ Gemäss dieser Bestimmung darf ein Freiheitsentzug nur erfolgen, wenn eine im innerstaatlichen Recht vorgesehene materiell-rechtliche Grundlage vorliegt und das gesetzmässig vorgesehene nationale Verfahren befolgt wird. Für Personen mit psychischen Beeinträchtigungen findet sich der zulässige Haftgrund in Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK: Demgemäss darf ein Freiheitsentzug „mit dem Ziel, die Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern oder bei *psychisch Kranken*, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern“ angeordnet werden. Nach der Rechtsprechung des EGMR darf bei psychisch Kranken, abgesehen von Dringlichkeitsfällen, einer Person die Freiheit nur entzogen werden, wenn mittels eines medizinischen Gutachtens verlässlich festgestellt wurde, dass sie an einer psychischen Krankheit leidet.⁸² Die Krankheit muss zudem von einer Schwere sein, die einen Freiheitsentzug rechtfertigt.⁸³ Freiheitsentzug als gravierender Eingriff in das Recht auf Freiheit und Sicherheit ist zudem nur rechtmässig, wenn im Einzelfall weniger einschneidende Massnahmen für ungeeignet befunden wurden.⁸⁴

Das Vorliegen der Voraussetzungen für den Freiheitsentzug muss in periodischen Abständen überprüft werden; es gelten dabei die gleichen Anforderungen wie bei der erstmaligen Anordnung (medizinisches Gutachten, keine mildereren Massnahmen etc.).⁸⁵

Auch nach den CPT-Standards zur unfreiwilligen Unterbringung in psychiatrischen Einrichtungen muss das Verfahren, in dem über die Zwangseinweisung entschieden wird, Garantien in Bezug auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit sowie auf objektive Fachkenntnisse der einweisenden Behörde bieten.⁸⁶ Es besteht keine Einigkeit darüber, ob für die Anordnung einer Zwangseinweisung ein richterliches Organ notwendig ist. Zumindest muss gemäss diesen Vorgaben jedoch eine Person, die durch ein nichtrichterliches Organ zwangseingewiesen worden ist, das Recht haben, die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung unverzüglich durch ein Gericht beurteilen zu lassen (ausführlich hierzu unten Ziff. 6).⁸⁷

Gemäss Art. 19 BRK haben Menschen mit Behinderungen zudem ein *Recht auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft*. Dies bedeutet, dass Menschen mit Behinderungen soweit möglich die gleichen Wahlmöglichkeiten wie andere Menschen haben müssen, ob sie in der Gemeinschaft (community) leben und in diese einbezogen sein und an ihr Teil haben wollen und können. Dazu gehört auch, dass sie ihren Aufenthaltsort grundsätzlich selber wählen und selber entscheiden dürfen, wo und mit wem sie leben (Art. 19 lit. a BRK). Im Hinblick

⁸⁰ MRA, Concluding Observations Czech Republic, CCPR/C/CZE/CO/2 (2007), Ziff. 14.

⁸¹ Siehe dazu generell auch Commissioner for Human Rights, Seminar: Background paper and conclusion (Fn 46).

⁸² EGMR, *Winterwerp v. the Netherlands*, 6301/73 (1979), Ziff. 39.

⁸³ EGMR, *Herczegfalvy v. Austria*, 10533/83 (1992), Ziff. 64.

⁸⁴ EGMR, *Witold Litwa v. Poland*, 26629/95 (2000), Ziff. 78.

⁸⁵ Siehe hierzu FREI, in: SKMR Newsletter, 13.6.2013 sowie auch EGMR, *Kuttner v. Austria*, 7997/08 (2015), Ziff. 43: ein Intervall von 16 Monaten ist zu lang; sowie EGMR, *K.C. v. Poland*, 31199/12 (2014), Ziff. 70.

⁸⁶ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 52, S. 51.

⁸⁷ Während das Ministerkomitee des Europarates beide Ansätze als zulässig erachtet (Recommendation Rec(83)2 of the Committee of Ministers concerning the legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary), fordert die Parlamentarische Versammlung des Europarates für die Zwangseinweisung einen Richterentscheid (Recommendation 1235 [1994] of the Parliamentary Assembly on Psychiatry and Human Rights); ausführlich hierzu CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 52, S. 51.

auf Verhinderung von Isolation und zur Einbeziehung in die Gemeinschaft sollen die Staaten auch den Zugang zu benötigten Unterstützungsdiensten zu Hause gewährleisten (Art. 19 lit. b BRK).⁸⁸ Ältere Soft Law Dokumente, etwa die „Principles on the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care“ der Vereinten Nationen haben diesen Grundsatz bereits früher festgehalten.⁸⁹ Ähnlich äussert sich auch die Empfehlung (2014)2 des Ministerkomitees des Europarates: Das Recht auf Selbstbestimmung von älteren Personen beinhaltet auch das Recht zur Entscheidung über den eigenen Wohnort. Einschränkungen in dieses Recht müssten in jedem Einzelfall verhältnismässig sein. Zudem solle geeigneter und effektiver Schutz vorgesehen werden, um Missbrauch und Diskriminierung zu verhindern.⁹⁰ Auch gemäss der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates Rec(2006)5 muss behinderten Menschen ermöglicht werden, so unabhängig wie möglich zu leben und selbst zu wählen, wie und wo sie leben wollen.⁹¹ Schliesslich verankert auch die von der Schweiz nicht ratifizierte revidierte Europäische Sozialcharta in Art. 15 das Recht auf Eigenständigkeit, soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft von Menschen mit einer Behinderung. Art. 23 der Europäischen Sozialcharta verankert ferner die Verpflichtung der Vertragsstaaten, älteren Menschen die Möglichkeit zu geben, ihre Lebensweise frei zu wählen und in ihrer gewohnten Umgebung, solange sie dies wollen und können, ein eigenständiges Leben zu führen, und zwar insbesondere durch die Bereitstellung von ihren Bedürfnissen und ihrem Gesundheitszustand entsprechenden Wohnungen oder von angemessenen Hilfen zur Anpassung der Wohnung.

1.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 31 BV verankert die Garantien zum Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug auf verfassungsrechtlicher Ebene für alle Personen. So darf die Freiheit einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden. Wird die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen, hat die betroffene Person das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.

Konkrete Vorgaben zur Anordnung einer unfreiwilligen Heimunterbringung demenzerkrankter Personen existieren lediglich dort, wo es sich um eine fürsorgerische Unterbringung handelt. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung finden sich primär auf bundesrechtlicher Ebene in Art. 426 ff. ZGB. Nach Art. 426 Abs. 1 ZGB können Personen mit psychischer Störung, worunter auch die Altersdemenz fällt,⁹² in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann. Die ärztliche Leitung einer Einrichtung kann nach Art. 427 Abs. 1 ZGB auch eine ursprünglich freiwillig in die Einrichtung eingetretene Person mit psychischen Störungen zurückzubehalten, falls eine ernsthafte Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt. Die betroffene Person darf jedoch nur so lange zurückgehalten werden, wie die Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt, maximal

⁸⁸ Der Behindertenrechtsausschuss hat eine Verletzung dieses Rechts beispielsweise angenommen bei der Verweigerung einer Baubewilligung für ein Schwimmbecken im Garten einer schwer kranken Person, die auf Hydrotherapie angewiesen war und die ohne Wasserbecken im eigenen Garten darauf angewiesen gewesen wäre, sich in eine spezialisierte Pflegeeinrichtung einzuweisen, vgl. CRPD, *H.M. v. Sweden*, 3/2011 (2012), Ziff. 8.9.

⁸⁹ A/RES/46/119, 17. Dezember 1991, Principle 3: Life in the community.

⁹⁰ Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 9.

⁹¹ Europarat, Recommendation Rec(2006)5 (Fn 46) Ziff. 3.8.1.

⁹² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, S. 62.

aber drei Tage. Für eine längere Einweisung ist ein nachträglicher Unterbringungsentscheid nach Art. 426 ZGB notwendig (Art. 427 Abs. 3 ZGB).⁹³

Gemäss Art. 428 Abs. 1 ZGB ist für die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung und die Entlassung grundsätzlich die Erwachsenenschutzbehörde der jeweiligen Kantone (Art. 440 ZGB) zuständig. Ausnahmsweise kann sie die Zuständigkeit für die Entlassung den Einrichtungen übertragen (Art. 428 Abs. 2 ZGB) oder Kantone können Ärzte oder Ärztinnen bezeichnen, die für höchstens sechs Wochen eine Unterbringung anordnen können (Art. 429 Abs. 1 ZGB). Einige Kantone haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und regeln in den kantonalen Erlassen die Voraussetzungen für einen ärztlichen Unterbringungsentscheid.⁹⁴

Nach Art. 431 Abs. 1 ZGB muss die Erwachsenenschutzbehörde spätestens sechs Monate nach Beginn der fürsorgerischen Unterbringung prüfen, ob deren Voraussetzungen noch gegeben sind. Innerhalb von weiteren sechs Monaten muss sie eine zweite Überprüfung durchführen, danach nur noch jährlich. Sind die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, muss nach Art. 426 Abs. 3 ZGB die betroffene Person entlassen werden.

Die unfreiwillige Einweisung von Personen in ein Alters- oder Pflegeheim, die nicht im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung erfolgt, sondern beispielsweise auf Veranlassung der Angehörigen, ist demgegenüber weder auf bundes- noch auf kantonaler Ebene rechtlich reguliert.

1.3. Zwischenfazit

Während die menschenrechtlichen Vorgaben zur Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung in der Schweiz auf gesetzlicher Ebene recht gewissenhaft umgesetzt wurden,⁹⁵ sind „informelle“ Heimeinweisungen von Demenzpatientinnen und -patienten rechtlich überhaupt nicht geregelt. Damit entgehen den betroffenen Personen sowohl die materiell-rechtlichen als auch die verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen der fürsorgerischen Unterbringung wie z.B. der Erlass einer Verfügung und die damit verbundenen gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten (vgl. hierzu Ziff. 6 Rechtsschutz). Der Schutz vor willkürlicher Inhaftierung sowie die anderen, oben ausgeführten menschenrechtlichen Standards sind somit bei einer informellen Heimeinweisung von Demenzpatientinnen und -patienten in keiner Weise gesichert.

2. Ausgestaltung der Unterbringung und soziale Kontakte

Die Ausgestaltung der Unterbringung hat einen grossen Einfluss auf das Wohlbefinden betroffener Personen und spielt deshalb auch eine bedeutende Rolle bei der Beurteilung, ob ein Freiheitsentzug menschenrechtskonform ist. Eine wichtige Rolle insbesondere für die psychische Gesundheit der betroffenen Personen spielt in diesem Zusammenhang die Möglichkeit, soziale Kontakte zu Personen inner- und ausserhalb der Anstalt zu pflegen.

⁹³ BSK ZGB-Etzensberger, Art. 427 N 11 ff.

⁹⁴ So z.B. im Kanton Bern in Art. 27 KESG-BE: „Liegt Gefahr im Verzug (...) sind auch die in der Schweiz zur Berufsausübung zugelassenen Ärztinnen und Ärzte zur Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung befugt (...) [für eine Dauer von] von längstens sechs Wochen“.

⁹⁵ Vgl. zu dieser Einschätzung auch FREI.

2.1. Menschenrechtliche Standards

Nach Art. 14 Abs. 2 BRK sorgen die Staaten für Menschen mit Behinderungen für die *Bereitstellung einer angemessenen Unterkunft*.⁹⁶ Diese Bestimmung beinhaltet unter anderem auch, dass Orte des Freiheitsentzugs, in denen Personen mit Behinderungen untergebracht sind, angemessene bauliche und sonstige Modifikationen vornehmen müssen, damit auch diese Menschen möglichst selbstbestimmt leben und vollständig am Alltag der Institution teilnehmen, mit anderen Worten die gleichen Rechte und Freiheiten wie andere geniessen können.⁹⁷ Nach Ansicht des Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen zu Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung kann das Nichtgewähren von angemessener Unterkunft Lebensbedingungen kreieren, die Misshandlung oder Folter darstellen können.⁹⁸

Gemäss der Empfehlung (2014)2 des Europarates sollen ältere Personen die Möglichkeit haben, mit anderen Personen zu interagieren, an gesellschaftlichen und kulturellen Aktivitäten sowie am öffentlichen Leben teilzunehmen.⁹⁹ Ein solcher *Kontakt zur Aussenwelt* muss gemäss den CPT Standards allein schon aus therapeutischen Gründen gewährleistet werden.¹⁰⁰ Gleichzeitig sollen die Patientinnen und Patienten tagsüber die Möglichkeit haben, sich in ihr Zimmer zurückzuziehen und sollen nicht verpflichtet werden, zusammen mit anderen Personen in Gemeinschaftsbereichen zu verbleiben.¹⁰¹

Aus Art. 19 BRK (Recht auf unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft) ergibt sich überdies die Zielsetzung, die *Isolation von Menschen mit Behinderungen zu verhindern*.¹⁰² Diese Bestimmung ist Ausdruck des Inklusionsziels der Behindertenrechtskonvention, d.h. des Anliegens, dass Menschen mit Behinderungen volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft gewährleistet werden soll (vgl. Art. 3 lit. c BRK). Die Segregation von Demenzkranken, d.h. beispielsweise mittels Trennung von demenz- und nicht-demenzkranken Personen innerhalb eines Alters- oder Pflegeheims (Demenzstationen) oder die Führung von spezialisierten Pflegeheimen für Demenzpatientinnen und -patienten stehen mit diesem Inklusionsgebot der Behindertenrechtskonvention in einem gewissen Spannungsverhältnis. In der Literatur wird mitunter kritisiert, dass derartige Wohnmodelle aus rein pragmatischen Gründen gewählt werden (weniger Aufwand, weniger Konfliktpotenzial mit nicht an Demenz leidenden Bewohnerinnen und Bewohnern), ohne auf den in der BRK verankerten Inklusionsgrundsatz Rücksicht zu nehmen.¹⁰³ Andererseits können aber auch sachgerechte Gründe vorgebracht werden, dass die Unterbringung nicht-demenzkranker Personen anderen, weniger einschränkenden Vorgaben zu genügen hat und daher eine solche Trennung im Interesse dieser Personen sachlich geboten erscheint. Zu den *materiellen Bedingungen* lassen sich insbesondere aus den CPT-Standards Leitlinien entnehmen. Nach Empfehlung des CPT sollte die Einrichtung in erster Linie eine angemessene Be-

⁹⁶ Während die in Deutschland, Österreich und der Schweiz gebräuchliche deutsche Übersetzung von „angemessenen Vorkehrungen“ spricht, lautet der englische Originaltext „reasonable accommodation“, was eher „angemessener Unterkunft“ entspricht. Der französische Text verwendet den Ausdruck „aménagement raisonnables“, was ebenfalls eher in Richtung „angemessener Unterkunft“ geht.

⁹⁷ CRPD, X. v. *Argentina*, 8/2012 (2014), Ziff. 8.5.

⁹⁸ Interim report of the Special Rapporteur (Fn 3), Ziff. 54.

⁹⁹ Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 10.

¹⁰⁰ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 54.

¹⁰¹ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 36.

¹⁰² MÜLLER/WALTER, Ziff. II.2.a).

¹⁰³ MÜLLER/WALTER, Ziff. II.2.a).

treuung und Behandlung für die Patientinnen und Patienten bieten.¹⁰⁴ Weiter sind materielle Bedingungen erforderlich, die der Behandlung und dem Wohlergehen der Patientinnen und Patienten förderlich sind. Für eine positive therapeutische Umgebung muss ausreichend Lebensraum pro Person bestehen und für eine angemessene Beleuchtung, Beheizung und Belüftung gesorgt sein. Weiter ist den hygienischen Erfordernissen eines Krankenhauses zu entsprechen. Ferner stellt das CPT fest, dass grundlegende Lebensnotwendigkeiten in Institutionen, in denen der Staat Personen betreut und/oder in Gewahrsam hält, immer garantiert sein müssen. Hierzu zählt das CPT ausreichende Nahrung, Beheizung, Kleidung sowie angemessene Medikation.¹⁰⁵ Essen sollte nicht nur in angemessener Quantität und Qualität, sondern auch unter zufriedenstellenden Bedingungen und Präsentation angeboten werden.¹⁰⁶ Eine Kumulation von ungenügenden materiellen Bedingungen in mehreren Bereichen (z.B. zu wenig respektive qualitativ schlechtes Essen, ungenügende Heizung, unhygienische Nasszellen etc.) in einem Pflegeheim wurde vom EGMR als Verletzung von Art. 3 EMRK (erniedrigende Behandlung) gewertet.¹⁰⁷

2.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Die Rechtslage in der Schweiz gestaltet sich unterschiedlich, je nachdem ob der Heimaufenthalt im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung erfolgt oder nicht.

Art. 426 Abs. 1 ZGB bestimmt für die fürsorgerische Unterbringung, dass diese in einer geeigneten Einrichtung erfolgen muss. Weiter hält Art. 431 Abs. 1 ZGB fest, dass die Erwachsenenschutzbehörde nach spätestens sechs Monaten, im Rahmen der Überprüfung der Voraussetzungen der Unterbringung, auch zu prüfen hat, ob die Einrichtung weiterhin geeignet ist. Zur Eignung führt das ZGB nichts Näheres aus. Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine Einrichtung dann geeignet, wenn sie die wesentlichen Schutzbedürfnisse der eingewiesenen Person abdeckt. Zudem hängt die Eignung vom Zweck ab, der mit der Unterbringung im Einzelfall verfolgt wird: Geht es ausschliesslich um Betreuung, muss eine solche in der Einrichtung angeboten werden. Geht es auch um die Behandlung, müssen zudem die entsprechenden Behandlungsmöglichkeiten vorhanden sein, d.h. namentlich die Organisation und personellen Kapazitäten, um der eingewiesenen Person die Pflege und Fürsorge zu erbringen, die sie im Wesentlichen benötigt.¹⁰⁸

Art. 386 ZGB hält für urteilsunfähige Personen generell, d.h. unabhängig von der Frage, ob eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet wurde, fest, dass die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen die Persönlichkeit der urteilsunfähigen Personen schützen und so weit wie möglich Kontakte zu Personen ausserhalb der Einrichtung fördern sollen.

Weitere Regelungen, insbesondere nähere Umschreibungen zu geeigneten Räumlichkeiten und Einrichtungen in Pflegeeinrichtungen, finden sich in kantonalen Erlassen. Diese sind in der Regel auf alle Situationen der Heimunterbringung anwendbar, d.h. unabhängig von einer Anordnung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung. So hält beispielsweise der Kanton Bern in Art. 11 Heimverordnung fest, dass das Raumangebot, die Raumanordnung, Einrichtung und Umgebung den Bedürfnissen der aufzunehmenden Patientinnen und Patienten entsprechen müssen. Im Individualbereich muss jeder Person mindestens eine Wohnfläche von zehn Quadratmetern, d.h.

¹⁰⁴ Hierzu ausführlich unten, Ziff. V.4.

¹⁰⁵ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 33.

¹⁰⁶ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 35.

¹⁰⁷ EGMR, *Stanev v. Bulgaria*, 36760/06 (2012), Ziff. 209.

¹⁰⁸ BSK ZGB-Etzensberger, Art. 426 N 37 ff.; BGE 112 II 486 ff.; 114 II 21 f.

weniger als bei Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt, zur Verfügung stehen. Auch wird in einigen kantonalen Erlassen den Patientinnen und Patienten explizit das Recht gewährt, Besuche in den Heimen zu empfangen.¹⁰⁹

2.3. Zwischenfazit

Das ZGB verlangt für den Fall der fürsorgerischen Unterbringung, dass Personen in einer geeigneten Einrichtung unterzubringen sind. Für Situationen, in denen eine Heimunterbringung ausserhalb einer fürsorgerischen Unterbringung stattfindet, bestehen auf Bundesebene keine entsprechenden Bestimmungen. Zur Frage der Geeignetheit äussern sich Lehre und Rechtsprechung. Ausführungen zu geeigneten Räumlichkeiten finden sich zudem auf kantonaler Ebene für alle Heimunterbringungssituationen. Schliesslich ist nach ZGB allgemein bei Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen der soziale Kontakt nach aussen zu fördern.

3. Privatsphäre

Die Achtung der Privatsphäre hat bei Personen in Pflegeeinrichtungen und erst recht bei Personen mit Altersdemenz eine besondere Bedeutung, ist doch das Verständnis dieser Personen für Privatheit häufig aufgrund ihrer Erkrankung eingeschränkt oder nicht mehr vorhanden (oder es wird jedenfalls dieser Anschein erweckt).¹¹⁰ Diese Tatsache darf jedoch nicht den Blick davor verschliessen, dass auch Personen mit Altersdemenz das Recht auf Achtung ihrer Privatsphäre geniessen.¹¹¹ Die unhinterfragte Annahme, dass Privatsphäre für altersdemente Personen keinen Wert habe, wird in der Literatur oft als eine der Ursachen für (strukturelle) Gewalt gegen Menschen mit Altersdemenz angesehen.¹¹²

3.1. Menschenrechtliche Standards

Das Recht auf Privatsphäre nach Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II schützt jenen Lebensbereich einer Person, welche sie ohne Einmischung von aussen gestalten kann. Sie umfasst das Recht auf Selbstbestimmung und persönliche Integrität.¹¹³ Je nach Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre kann gar eine Verletzung des Verbots der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (Art. 3 EMRK, Art. 7 Pakt II, Art. 2 und 16 FoK, Art. 15 BRK) vorliegen.¹¹⁴

¹⁰⁹ Z.B. im Kanton Zürich, § 10 Abs. 1 Patientengesetz-ZH: „Die Patientinnen und Patienten haben das Recht, Besuche zu empfangen.“

¹¹⁰ MÜLLER/WALTER, Ziff. II.3.

¹¹¹ So ausdrücklich die Recommendation Rec(2014)2 des Europarates (Fn 46), Ziff. 11: „Older persons have the right (...) to respect for their private and family life, including respect for their sexual intimacy“; für Personen mit Behinderungen in Art. 22 Abs. 1 BRK: „Personen mit Behinderung dürfen unabhängig von ihrem Aufenthaltsort oder der Wohnform, in der sie leben, keinen willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in ihrem Privatleben ausgesetzt werden.“

¹¹² MÜLLER/WALTER, Ziff. II.3.

¹¹³ KÄLIN/KÜNZLI, N 1121.

¹¹⁴ KÄLIN/KÜNZLI, N 949 und 1133 f. Da die Anwendungsschwelle des Verbots der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung hoch liegt, fallen beispielsweise eine erzwungene Kopfrasur, Körpervisitationen oder einschränkende Kleidervorschriften in einer Gewahrsamssituation in den Geltungsbereich des Rechts auf Privatleben.

Handlungen, die einen u.U. starken – rechtfertigungsbedürftigen – Eingriff in das Recht auf Privatsphäre von Menschen mit Altersdemenz darstellen, sind beispielsweise assistierte Körperhygiene, Videoüberwachungen im Zimmer oder Überwachungen mittels GPS-Tracking.¹¹⁵ Im Fall *McDonald v. the United Kingdom* stellte der EGMR fest, dass die nächtliche Verwendung von Inkontinenzeinlagen bei einer älteren, nicht inkontinenten Person, um dadurch den nächtlichen Pflegeaufwand zu reduzieren, ohne genügende gesetzliche Grundlage, einen Verstoss gegen das Recht auf Privatleben darstellt.¹¹⁶

Auch bei der Gestaltung der Lebensräume von demenzkranken Personen ist auf ihre Privatsphäre Rücksicht zu nehmen. Das CPT empfiehlt bei unfreiwilliger Unterbringung von psychisch kranken Personen der Ausgestaltung von Patientinnen- und Patientenzimmern und Aufenthaltsräumen besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Persönliche Gegenstände wie Fotos oder Bücher seien in den Zimmern zu erlauben. Für die Wahrung von Sicherheit und Autonomie müssten abschliessbare Orte zur Verfügung stehen. Weiter sollten die Sanitäreinrichtungen ein gewisses Mass an Privatheit gestatten und die besonderen Bedürfnisse von älteren Personen gebührend berücksichtigen.¹¹⁷

3.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Das Recht auf Privatsphäre ist als Grundrecht in der Schweiz in Art. 13 BV und in verschiedenen Kantonsverfassungen¹¹⁸ festgehalten. Art. 386 ZGB hält für urteilsunfähige Personen generell, d.h. unabhängig von der Frage, ob eine fürsorgliche Unterbringung angeordnet wurde, fest, dass die Wohn- oder Pflegeeinrichtungen die Persönlichkeit der urteilsunfähigen Personen schützen sollen. In den Kantonen sowie in einzelnen Heimreglementen und Hausordnungen bestehen ähnliche generelle Hinweise auf Achtung der Privatsphäre.¹¹⁹

Die SAMW hält in ihren Bestimmungen zur Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen als Grundsatz fest, dass die Privatsphäre und Intimsphäre von älteren Personen zu respektieren sind, auch wenn diese urteilsunfähig sind oder unter psychischen Störungen leiden. In ihren Empfehlungen führt sie weiter aus, dass das Zimmer einer älteren Person als Teil ihrer Privatsphäre vom Heimpersonal zu respektieren ist, ihr das Recht zukommt, das Zimmer nach ihren persönlichen Vorstellungen zu gestalten und ihnen für ihre persönlichen Sachen ein abschliessbarer Schrank zur Verfügung gestellt werden sollte. Weitere Massnahmen seien wo notwendig zu gewährleisten und allgemein sei Diskretion zu wahren.¹²⁰

¹¹⁵ Siehe die Beispiele bei Dementia Rights, Examples of human rights in health and social care, online unter <http://www.dementiarights.org/examples-of-human-rights-in-health-and-social-care/> (zuletzt besucht am 18. August 2016); DVOŘÁKOVÁ/VRBICKÝ 2014, S. 110; MÉGRET, S. 58.

¹¹⁶ EGMR, *McDonald v. the United Kingdom*, 4241/12 (2014), Ziff. 51 f.

¹¹⁷ Als Beispiel nennt das CPT hier, dass Toiletten, die es dem Benutzer nicht ermöglichen zu sitzen, ungeeignet für ältere Personen sind: CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 34.

¹¹⁸ Z.B. Art. 12 Abs. 3 KV-BE.

¹¹⁹ So z.B. im Kanton Bern, Art. 25 Abs. 1 HEV-BE: „Die Heimleitung, das Heimpersonal sowie die für Betreuung und Pflege verantwortlichen Personen in privaten Haushalten haben die Würde, das Selbstbestimmungsrecht und die sexuelle Integrität der aufgenommenen Personen zu achten.“ Siehe auch z.B. Ziff. 5 des Heimreglements des Alterszentrums Chestenberg in Wildegg AG, online unter <http://azch.ch/uploads/Pdf/Allgemein/Heimreglement.pdf> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

¹²⁰ SAMW, Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen (Fn 62), S. 7 und 18.

3.3. Zwischenfazit

Die Achtung der Privatsphäre wird zwar auf grundsätzliche Weise sowohl auf Bundes- wie auch auf kantonaler Ebene für alle Heimbewohnerinnen und -bewohner ausdrücklich vorgeschrieben. Detaillierte Regelungen zum Schutz der Privatsphäre finden sich jedoch einzig und nur punktuell in den Richtlinien und Empfehlungen der SAMW. Angesichts der besonderen Anfälligkeit dieses Bereichs für Eingriffe in das Recht auf Privatleben, wären detaillierte Checklisten oder Anleitungen für das Betreuungs- und Pflegepersonal wünschenswert.

4. Gesundheitsversorgung und Zwangsmedikation

Durch medizinische Behandlung lassen sich die Symptome der Demenz mildern und die Lebensqualität von altersdementen Personen wesentlich verbessern, auch wenn eine Heilung zum heutigen Zeitpunkt nicht möglich ist.¹²¹ Dies wirft die Frage nach dem Zugang zu adäquater Gesundheitsversorgung für Demenzpatientinnen und -patienten in einer Gewahrsamssituation auf. Ein weiteres Problemfeld im Rahmen der medizinischen Betreuung von Demenzkranken ist die Medikation von Patientinnen und Patienten zur Ruhigstellung.¹²² Untersuchungen zeigen, dass in der Deutschschweiz an fast 70% der Heimbewohner mit Demenz vom Heimeintritt bis zum letzten Assessment kontinuierlich sedierende Neuroleptika verabreicht werden.¹²³

4.1. Menschenrechtliche Vorgaben

Das Recht auf Gesundheit gemäss Art. 12 UNO-Pakt I und Art. 25 Abs. 1 BRK gewährt einen Anspruch auf *qualitativ und quantitativ genügende öffentliche Gesundheitseinrichtungen*.¹²⁴ Ein ähnlicher Anspruch fliesst auch aus dem Recht auf Leben¹²⁵ und dem Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung.¹²⁶ Für demenzkranke Personen sollte daher eine angemessene demenzspezifische Gesundheitsversorgung gewährleistet sein.¹²⁷ Das CPT fordert konkret für psychisch kranke Personen in unfreiwilliger Unterbringung, dass die Behandlung auf einem individualisierten Ansatz, d.h. einem eigenen Behandlungsplan beruht und dass neben

¹²¹ SCHWEIZERISCHE ALZHEIMERVEREINIGUNG, S. 6.

¹²² Siehe z.B. DIE ZEIT: „Wider Willen ruhig gestellt. In deutschen Pflegeheimen werden wahllos Beruhigungsmittel verschrieben“, 23. Juli 2015. Auch der UN-Behindertenrechtsausschuss stellte in seinen abschliessenden Bemerkungen zum Staatenbericht zu Deutschland fest, dass ältere Personen in Alters- und Pflegeheimen zur Ruhigstellung medizinischer Zwangsbehandlung unterworfen werden, Concluding observations Germany, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015), Ziff. 37 f.

¹²³ Vgl. die Hinweise in der Nationalen Demenzstrategie 2014-2017, S. 14.

¹²⁴ KÄLIN/KÜNZLI, N. 916; siehe auch Europarat, Recommendation 1796 (2007) of the Parliamentary Assembly on the situation of elderly persons in Europe, 3. April 2008, Ziff. 7 f. und 11.4.1.

¹²⁵ EGMR, *Center of Legal Resources on behalf of Valentin Campeanu v. Romania*, 47848/08 (2014), Ziff. 136 ff.

¹²⁶ EGMR, *Zarzycki v. Poland*, 15351/03 (2013), Ziff. 101.

¹²⁷ So z.B. Final activity report of the CS-QV (Fn 45), Rec. 2: „People with dementia should receive dementia-specific services in appropriately designed environments from people who are trained to deliver such care“; implizit auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates in Resolution 1008 (1993) (Fn 43), Ziff. 5 Bst. f.: „[The Assembly calls upon governments and the competent authorities in its member states to] guarantee that old people who are sick and in need of care receive medical treatment in keeping with their needs“ sowie auch das Ministerkomitee des Europarates in Recommendation Rec(2006)5 (Fn 46), Ziff. 3.9.1: „People with disabilities have the same right as other members of society to good quality health services and relevant treatment and technology to ensure the best possible health.“ Ähnlich auch in United Nations Principles for Older Persons (Fn 41), Ziff. 13.

medikamentöser Therapie auch rehabilitative und therapeutische Aktivitäten wie Beschäftigungstherapie, Gruppentherapie, etc. im Angebot enthalten sein müssen.¹²⁸ Ein rehabilitativer Ansatz ist bei der Behandlung von behinderten Menschen für die Vermeidung einer Verschlimmerung der Behinderung, Milderung der Folgen und Förderung der Eigenständigkeit sowie Unabhängigkeit von grosser Bedeutung.¹²⁹ Für eine gute Gesundheitsversorgung ist schliesslich auch adäquates Gesundheitspersonal erforderlich.¹³⁰ Durch angemessene Aus- und Fortbildung des Gesundheitspersonals können korrekte Betreuung und Behandlung gewährleistet und dadurch Überforderungssituationen und Misshandlungen vermieden werden.¹³¹

Rechtlich überaus heikel ist die Medikation von Demenzpatientinnen und -patienten zur Ruhigstellung. Sofern eine solche Behandlung entgegen oder ohne den Willen der betroffenen Person¹³² (und auch ohne Einwilligung ihrer Vertretung)¹³³ erfolgt, stellt sie eine Zwangsmassnahme (Zwangsbehandlung) dar und steht damit zumindest in einem starken Spannungsfeld zu verschiedenen menschenrechtlichen Garantien. Aus den Ansprüchen auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I, Art. 25 Abs. 1 BRK), Privatleben (Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II), Schutz der physischen und psychischen Integrität (Art. 17 BRK) und dem Verbot der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II, FoK, Art. 15 BRK) sowie aus Art. 5 ff. Biomedizinkonvention fliesst das Recht auf Einwilligung in eine medizinische Behandlung.¹³⁴ Eine Einwilligung liegt jedoch nur vor, wenn sie frei und informiert erfolgt, d.h. wenn sie auf vollständigen, richtigen und verständlichen Informationen basiert.¹³⁵

Eine Einschränkung dieses Rechts durch die medizinische Behandlung darf nur in klar und eng definierten Ausnahmefällen erfolgen und muss sich dabei auf eine gesetzliche Grundlage stützen, legitime Interessen verfolgen und verhältnismässig sein.¹³⁶ Ein legitimes Interesse ist nach der Rechtsprechung des EGMR gegeben, wenn die Zwangsbehandlung medizinisch indiziert ist.¹³⁷ Damit kann das Ruhigstellen einer Person aus rein pragmatischen Gründen zur Erleichterung des Anstaltsbetriebs kein legitimes Interesse darstellen.

Das Recht, autonom über eine medizinische Behandlung zu entscheiden, bleibt auch bei einer unfreiwilligen Unterbringung bestehen. So hält das CPT fest, dass eine unfreiwillige Einlieferung einer Person keine Ermächtigung darstelle, eine Person ohne ihre Einwilligung zu behandeln.

¹²⁸ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 37.

¹²⁹ Europarat, Recommendation Rec(2006)5 (Fn 46), Ziff. 3.10.1.

¹³⁰ CPT-Standards (Fn 48), Ziff. 28, 37 und 42; sowie auch Final activity report of the CS-QV (Fn 45), Rec. 2.

¹³¹ Art. 25 lit. d BRK; ESC, Concluding Observations United Kingdom, E/C.12/GBR/CO/5 (2009), Ziff. 34; CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 28. Siehe auch Europarat, Recommendation 1428 (1999) (Fn 43).

¹³² PRZULJ, Abschnitt D Ziff. 2 lit. a.

¹³³ SAMW, Zwangsmassnahmen in der Medizin (Fn 65), Ziff. 2.2.

¹³⁴ KÄLIN/KÜNZLI, N 919; FRA, S. 26; ESC, General Comment No. 14, The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4 (2000), Ziff. 8 und 34; CRPD, Concluding observations Germany, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015), Ziff. 33 f.; Interim report of the Special Rapporteur (Fn 3), Ziff. 40 f.

¹³⁵ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 41; Art. 5 Biomedizinkonvention.

¹³⁶ Diese Voraussetzungen für Einschränkungen sind explizit genannt z.B. in Art. 7 f. Biomedizinkonvention; CPT-Standards (Fn 47) Ziff. 41; siehe auch ESC, General Comment No. 14, The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4 (2000), Ziff. 34.

¹³⁷ Z.B. EGMR, *Storck v. Germany*, 61603/00 (2005), Ziff. 156 ff. und *Herczegfalvy v. Austria*, 10533/83 (1992), Ziff. 82 ff.

Jeder Person müsse unabhängig von der Art ihrer Einlieferung die Möglichkeit gegeben werden, die Behandlung oder einen anderen medizinischen Eingriff abzulehnen.¹³⁸

4.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 10 Abs. 2 BV gewährt allen Personen das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Eine medikamentöse Zwangsbehandlung qualifiziert das Bundesgericht als schweren Eingriff in dieses Recht.¹³⁹

Die medizinische Behandlung einer *psychischen* Störung während einer fürsorgerischen Unterbringung wird ausführlich in Art. 433 ff. ZGB geregelt. Konkret hält Art. 433 Abs. 1 ZGB fest, dass für Personen, die zur Behandlung einer psychischen Störung fürsorgerisch untergebracht werden, vom behandelnden Arzt oder von der behandelnden Ärztin ein schriftlicher Behandlungsplan zu erstellen ist. Die betroffene Person und ggf. ihre Vertrauensperson sind bei der Erstellung des Planes mit einzubeziehen. Gemäss Art. 433 Abs. 2 ZGB müssen sie zudem über alle Umstände, die hinsichtlich der vorgesehenen medizinischen Massnahme wesentlich sind, wie z.B. Zweck, Art, Modalitäten sowie Risiken der Behandlung und alternative Behandlungsmöglichkeiten, informiert werden. Nach Art. 433 Abs. 3 ZGB ist der Behandlungsplan schliesslich der betroffenen Person zur Zustimmung zu unterbreiten. Falls die Person ihre Zustimmung zum Behandlungsplan nicht erteilt (weil sie sich weigert einzuwilligen, sich nicht entschliessen kann oder mangels Urteilsfähigkeit nicht in der Lage ist zuzustimmen),¹⁴⁰ kann der Chefarzt oder die Chefärztin der Abteilung nach Art. 434 Abs. 1 ZGB die im Behandlungsplan vorgeschriebenen Massnahmen zwangsweise anordnen. Voraussetzung dafür ist zum einen, dass ohne die Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden für die Person drohen oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet sein muss (Ziff. 1). Weiter muss die betroffene Person in Bezug auf ihre Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig sein (Ziff. 2). Schliesslich darf nach Art. 434 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB auch keine mildere Massnahme zur Verfügung stehen.¹⁴¹ Eine Behandlung der psychischen Störung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung kann ferner auch in Notfallsituationen ohne Zustimmung nach Art. 435 ZGB erfolgen, sofern die Massnahme medizinisch indiziert ist, keinen Aufschub duldet und verhältnismässig ist.

Für die medizinische Behandlung von *somatischen* Störungen in der fürsorgerischen Unterbringung sowie für die Behandlung von urteilsunfähigen Personen generell – d.h. ausserhalb der fürsorgerischen Unterbringung – gelten die allgemeinen Bestimmungen im Erwachsenenschutzrecht nach Art. 377 ff. ZGB. Im Unterschied zu den Bestimmungen nach Art. 433 ff. ZGB ist hier erforderlich, dass die Vertretung der urteilsunfähigen Person (Beistand, Ehegatte, Nachkommen etc.) bei der Ausarbeitung des Behandlungsplans beigezogen wird (Art. 377 Abs. 1 ZGB).¹⁴² Eine Zwangsbehandlung ist zudem nur in dringlichen Fällen möglich (Art. 379 ZGB); in diesem Fall ergreift die Ärztin oder der Arzt Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

¹³⁸ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 41.

¹³⁹ BGE 130 I 16, E.3.

¹⁴⁰ PRZULJ, Abschnitt D Ziff. 2 lit. a.

¹⁴¹ PRZULJ, Abschnitt D Ziff. 2 lit. b bb.

¹⁴² BÜCHLER/MICHEL, VII. Ziff. 3.

Auf kantonaler Ebene bestehen ebenfalls Bestimmungen zur umfassenden Aufklärung von Patientinnen und Patienten¹⁴³, zur Behandlung und Betreuung von pflegebedürftigen Personen¹⁴⁴ sowie zu Anforderungen an Betreuungs- und Pflegepersonal.¹⁴⁵ Spezifische Bestimmungen zur medizinischen Zwangsbehandlung bestehen in den Kantonen seit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts grundsätzlich nicht mehr.¹⁴⁶

Zur medizinischen Behandlung von älteren Personen in Heimen äussert sich schliesslich die SAMW in verschiedenen Richtlinien und Empfehlungen. Insbesondere in den Bestimmungen zur Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen fordert sie angemessene medizinische Versorgung, entsprechende Aus-, Weiter- und Fortbildung vom Pflege- und Betreuungspersonal, genügende Aufklärung über die medizinischen Massnahmen sowie die informierte Einwilligung der betroffenen Person.¹⁴⁷ In den Bestimmungen zu Zwangsmassnahmen in der Medizin äussert sich die SAMW ausführlich zur Zwangsmedikation und insbesondere zur Frage der Urteilsfähigkeit einer Person bezüglich medizinisch indizierter Massnahmen. Sie stellt dabei fest, dass die Urteilsfähigkeit relativ zur konkret in Aussicht stehenden Behandlung zu beurteilen ist und hält ausdrücklich fest, dass allein aus dem Befund, dass jemand an Demenz leidet, nicht auf die Urteilsunfähigkeit dieser Person geschlossen werden darf.¹⁴⁸

4.3. Zwischenfazit

Für die medizinische Behandlung von älteren Personen bestehen zahlreiche und ausführliche Bestimmungen sowohl für den Bereich der fürsorgerischen Unterbringung als auch für Situationen des allgemeinen Heimaufenthalts. Mit diesen Bestimmungen wird zwar den generellen Erfordernissen einer individualisierten und angemessenen Gesundheitsversorgung, einer freien und informierten Zustimmung der betroffenen Person sowie klaren Voraussetzungen für die Anwendung von Zwangsmedikation Rechnung getragen.¹⁴⁹

All diese Grundlagen beruhen aber auf der Erkenntnis, dass auch die Behandlung (weitgehend) urteilsunfähiger Personen – und sei dies „nur“ etwa mit Beruhigungsmitteln oder fiebersenkenden Medikamenten – in der Praxis einer Pflegeinstitution ein in jedem Einzelfall rechtfertigungsbedürft-

¹⁴³ Z.B. Kanton Zürich, § 13 Abs. 1 Patientengesetz-ZH: „Die behandelnden Personen klären im Rahmen ihrer Verantwortlichkeit Patientinnen und Patienten rechtzeitig, angemessen und in verständlicher Form über die Vor- und Nachteile sowie die Risiken der medizinischen Behandlung und möglicher Alternativen auf (...).“

¹⁴⁴ Z.B. im Kanton Bern mit HEV-BE.

¹⁴⁵ Z.B. Kanton Bern, Art. 9 Abs. 1 HEV-BE: „Der Personalbestand ist bezüglich Zahl und beruflicher Qualifikation auf die Betreuungs- und Pflegebedürfnisse der aufzunehmenden Personen abzustimmen.“

¹⁴⁶ Die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung im altrechtlichen aArt. 379a ff. ZGB wiesen keine genügende gesetzliche Grundlage für eine Zwangsbehandlung auf (BGE 125 III 169 E. 3). Eine Zwangsbehandlung war deshalb früher nur möglich, wenn das kantonale Recht eine Rechtsgrundlage vorsah, siehe hierzu ausführlich PRZULJ, Abschnitt C. Nach dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 wurden die entsprechenden kantonalen Regelungen grösstenteils aufgehoben und für die Zwangsbehandlung in fürsorgerischer Unterbringung wird nun auf die Bestimmungen im ZGB verwiesen. So hat z.B. Kanton Luzern die Rechtsgrundlage zur Zwangsbehandlung in § 58 aEG ZGB-LU aufgehoben und verweist bspw. in § 24 Patientenreglement-LU auf die Vorschriften zu fürsorgerisch untergebrachten Personen. Teilweise regeln die Kantone das Verfahren der Anordnung der Zwangsbehandlung in der fürsorgerischen Unterbringung für Fälle ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 434 ZGB sowie für dringliche Fälle im Sinne von Art. 379 ZGB, z.B. im Kanton Zürich: § 24 Abs. 1 lit. a und c i.V.m. § 26 Patientengesetz-ZH

¹⁴⁷ SAMW, Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen (Fn 62), S. 7, 9, 11 ff., 21.

¹⁴⁸ SAMW, Zwangsmassnahmen in der Medizin (Fn 65), S. 11 f.

¹⁴⁹ PRZULJ, Abschnitt F.

tiger Eingriff in die physische und psychische Integrität darstellt. Diese Rechtslage wirkt bei demennten Patientinnen und Patienten, welche regelmässig und langfristig auf medizinische Behandlung und damit – zumindest bei Vorliegen vollständiger Urteilsunfähigkeit – auf „Zwangsbehandlung“ angewiesen sind, kaum realitätsgerecht. Sie liefert damit aber auch einen Beleg, dass die rechtlichen Grundsätze zur Zwangsbehandlung anhand der Situation eines gegenüber medizinischer Behandlung aktiv Widerstand leistenden oder kurzfristig urteilsunfähigen Menschen entwickelt wurden und kaum mit Blick auf langfristig urteilsunfähige alte Personen in Pflegeeinrichtungen.

5. Bewegungseinschränkende Massnahmen

Bewegungseinschränkende Massnahmen wie z.B. das Anbringen von Bettgittern oder eine Fixierung mit Gurten oder sog. ZEWI-Schlafsäcken werden bei Demenzpatientinnen und -patienten angewendet, um eine Selbstgefährdung beispielsweise durch Sturzgefahr, motorische Unruhe oder Weglaufgefahr zu verhindern.¹⁵⁰

5.1. Menschenrechtliche Standards

Fixierungen und andere länger dauernde bewegungshindernde Massnahmen stellen einen schweren Eingriff in das Recht auf persönliche Integrität und Bewegungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II dar.¹⁵¹ Sie können zudem auch Nebenwirkungen wie Quetschungen, Nervenverletzungen, Ischämien, Strangulation, Organversagen, plötzlichen Herztod oder psychische Schäden hervorrufen. In einem solchen Fall kann es auch zu einem Verstoß gegen das Verbot der Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 15 BRK, Art. 2 FoK) oder das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II) kommen.¹⁵²

Wenn bewegungseinschränkende Massnahmen gegen oder ohne den Willen der betroffenen Person erfolgen, stellen sie wie die medizinische Zwangsbehandlung eine Zwangsmassnahme dar und müssen als solche klar und detailliert im Gesetz vorgesehen werden, ein öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig sein.¹⁵³ Gemäss CPT sowie auch nach dem Sonderberichterstatteur der Vereinten Nationen zu Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung, kann es für eine langandauernde bewegungseinschränkende Massnahme nie eine therapeutische Rechtfertigung geben. Bewegungseinschränkungen müssen daher bei frühster Gelegenheit wieder aufgehoben werden.¹⁵⁴ Für die Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes muss zudem abgeklärt werden, ob auch mit mildereren Massnahmen das angestrebte Ziel erreicht werden kann. Als mildere Massnahme kommt dabei insbesondere der Einsatz von qualifiziertem Personal in Frage. Untersuchungen belegen, dass

¹⁵⁰ Vgl. WORLD HEALTH ORGANIZATION 2011, S. 1.

¹⁵¹ KÄLIN/KÜNZLI, N 1308 m.w.H.

¹⁵² ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH ET AL., S. 5; siehe auch Interim report of the Special Rapporteur (Fn 3), Ziff. 55.

¹⁵³ MÖSCH PAYOT, S. 5, 13; CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 47 ff.; das CPT fordert sogar umfassende Richtlinien zur Art und Weise der Anwendung von Zwangsmassnahmen für jede psychiatrische Einrichtung, siehe CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 51; Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 41.

¹⁵⁴ Interim report of the Special Rapporteur (Fn 3), Ziff. 55; CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 48.

z.B. die Sturzgefahr auch durch gezielte Schulung der Mitarbeitenden über alternative Behandlungsverfahren zur Sturzprävention vermindert werden kann.¹⁵⁵

5.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit fällt in den Schutzbereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und muss damit den Einschränkungserfordernissen von Art. 36 BV genügen, d.h. sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, einem öffentlichen Interesse oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen und verhältnismässig sein.

Nach Art. 383 Abs. 1 ZGB, welcher sich auf alle Situationen von Heimunterbringung bezieht, darf die Wohn- oder Pflegeeinrichtung die Bewegungsfreiheit einer urteilsunfähigen Person einschränken, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen, um eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden oder wenn eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen ist. Nach Abs. 2 ist die betroffene Person oder ihr Vertreter umfassend über die Massnahmen zu informieren..

Schliesslich wird in Art. 383 Abs. 3 ZGB festgehalten, dass die Einschränkung der Bewegungsfreiheit so bald wie möglich wieder aufzuheben und regelmässig auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen ist.

Detaillierte Regelungen zu bewegungseinschränkenden Massnahmen finden sich teilweise auf kantonaler Ebene¹⁵⁶ oder auf Ebene der einzelnen Einrichtungen in Reglementen, Betriebskonzepten oder Checklisten¹⁵⁷ (u.a. weil kantonale Regelungen den Erlass eines innerbetrieblichen Konzepts für den Einsatz von freiheitsbeschränkenden Massnahmen vorschreiben¹⁵⁸). Die Schweizerische Gesellschaft für Gerontologie SGG hat 2011 ebenfalls Richtlinien zum Umgang mit freiheitsbeschränkenden Massnahmen¹⁵⁹ erlassen. Auch die SAMW führt in ihren Bestim-

¹⁵⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION 2011, S. 51; ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH ET AL., S. 5; siehe auch in MRA, Concluding observations Germany, CCPR/C/DEU/CO/6 (2012), Ziff. 15; CRPD, Concluding observations Denmark, CRPD/C/DNK/CO/1 (2014), Ziff. 38 f. In verschiedenen Ländern finden Bestrebungen statt, bewegungseinschränkende Massnahmen in der Pflege von Demenzpatientinnen und -patienten zu reduzieren. Ein Beispiel ist das Projekt „Redufix“, das in verschiedenen Ländern, u.a. auch in der Schweiz, durchgeführt wird. Es zielt darauf ab, Pflegepersonen zu schulen, um Risikofaktoren wie Sturz, herausforderndes Verhalten u.a., die zu bewegungseinschränkenden Massnahmen führen, realistisch einzuschätzen und darauf fachlich angemessen zu reagieren. Ihnen sollen dabei wirksame Alternativen zu bewegungseinschränkenden Massnahmen sowie deren Einsatzmöglichkeiten aufgezeigt werden, siehe den Projektbeschrieb auf <http://www.curaviva.ch/Bildung/Weiterbildung/Inhouse-Angebote/Redufix/Pd1nP/> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

¹⁵⁶ Z.B. im Kanton Zürich: §24 Abs. 2 i.V.m. §25 Patientengesetz-ZH; im Kanton Waadt: Art. 23d Abs. 2 Loi sur la santé-VD.

¹⁵⁷ Siehe z.B. das Heimreglement des Alters- und Pflegeheims Birgli in Brienz: http://beta.altersheim-birgli.ch/wp/wp-content/uploads/2013/12/Alters-und_Pflegeheim_Birgli_Heimreglement_2014.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

¹⁵⁸ So hat etwa im Kanton Bern das ALBA Qualitätsstandards zum Umgang mit freiheitsbeschränkenden Massnahmen in Institutionen erlassen, online unter: http://www.gef.be.ch/gef/de/index/direktion/organisation/alba/publikationen/freiheitsbeschaenkendemassnahmeninheimen.assetref/content/dam/documents/GEF/ALBA/de/Downloads_Publikationen/Freiheitsbeschr%C3%A4nkende_Massnahmen_Heime/GEF_Standards-fbM.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016). Siehe auch die Qualitätsrichtlinien in Alters- und Pflegeheimen des Kantons Schwyz vom 1. September 2010 (revidiert 2012), S. 16: http://www.sz.ch/documents/qualitaets-richtlinien_aph_v1.1.pdf (zuletzt besucht am 18. August 2016).

¹⁵⁹ SGG, Freiheit und Sicherheit: Richtlinien zum Umgang mit freiheitsbeschränkenden Massnahmen. Komplett überarbeitete Neuauflage 2011 (online nicht frei verfügbar).

mungen zur Anwendung von Zwangsmassnahmen in der Medizin die Voraussetzungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen aus. Sie äussert sich explizit zur Durchführung von freiheitsbeschränkenden Massnahmen bei Personen in der Langzeitpflege und fordert, dass Patientinnen und Patienten mit mechanischen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sorgfältig überwacht sollen, damit allfällige Komplikationen sofort erkannt und behandelt werden können.¹⁶⁰

5.3. Exkurs: Heimaufenthaltsgesetz in Österreich

In Österreich regelt auf Bundesebene das Heimaufenthaltsgesetz¹⁶¹ die Voraussetzungen und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen „in Alten- und Pflegeheimen, Behindertenheimen sowie in anderen Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können“ (§ 2 Abs. 1 Heimaufenthaltsgesetz). Das Gesetz soll die menschen- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Freiheitsentzug für den Heimalltag konkretisieren, klare Kriterien für die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen schaffen und somit die rechtliche Situation der Bewohner, Mitarbeitenden und Einrichtungsträger verbessern.¹⁶²

Das Gesetz regelt die Voraussetzungen für die Ergreifung von freiheitsentziehenden Massnahmen: Die betroffene Person ist psychisch krank oder geistig behindert und gefährdet im Zusammenhang damit ihr Leben oder ihre Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich; die Freiheitsbeschränkung muss zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen sein; die Gefahr darf zudem nicht durch andere Massnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemassnahmen, abgewendet werden können (§ 4 Heimaufenthaltsgesetz). Anordnungsbefugt sind nur bestimmte, im Gesetz konkretisierte Personengruppen. Jede Freiheitsbeschränkung muss schriftlich dokumentiert werden, wobei Grund, Art, Beginn und Dauer der Massnahme sowie entsprechende ärztliche Zeugnisse festgehalten und aufbewahrt werden müssen (§ 6). Jede Freiheitsbeschränkung muss von der Heimleitung unverzüglich den sogenannten Bewohnervertreter informieren, eine von einem örtlich zuständigen Verein gestellte, besonders ausgebildete Person, die kraft Gesetzes Vertreterin oder Vertreter der betroffenen Person wird, sobald eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen wird. Er oder sie ist berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen, sich von der Bewohnerin oder dem Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen und sich mit ihr oder ihm zu besprechen sowie Akteneinsicht zu nehmen (§ 9). Die Bewohnerin und ihre Vertretung können einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung der Freiheitsbeschränkung stellen; das Verfahren der gerichtlichen Überprüfung ist ebenfalls im Heimunterbringungsgesetz geregelt (§ 11 ff.).

5.4. Zwischenfazit

Die Anordnung bewegungseinschränkender Massnahmen in Alters- und Pflegeheimen ist mit Art. 383 ff. ZGB bereits auf Bundesebene vergleichsweise ausführlich geregelt. Mit diesen Bestimmungen besteht eine gesetzliche Grundlage, mit welcher legitime öffentliche Interessen verfolgt werden und auf die Wahrung der Verhältnismässigkeit Rücksicht genommen wird. Konkrete Aus-

¹⁶⁰ SAMW, Zwangsmassnahmen in der Medizin (Fn 65), S. 30.

fürungen zur Art, Dauer und Durchführung der bewegungseinschränkende Massnahmen finden sich in den Bestimmungen der Kantone, des SGG sowie SAMW.

Angesichts der eingeschränkten oder gänzlich fehlenden Urteilsfähigkeit von Demenzpatientinnen und -patienten und der Tatsache, dass bewegungseinschränkende Massnahmen wie z.B. eine nächtliche Fixierung den Angehörigen häufig gar nicht zur Kenntnis gelangen, erscheint das Modell, wie es im ZGB und in Österreich festgehalten ist, dass jede Freiheitsbeschränkung dem Bewohnervertreter gemeldet werden muss, in diesem spezifischen Kontext geeignet, die Rechtskonformität solcher Massnahmen sicherzustellen.

6. Rechtsschutz und Aufsicht

Damit Demenzpatientinnen und -patienten vor rechtswidrigen Eingriffen in die obgenannten Garantien geschützt werden und insbesondere gegen Misshandlungen vorgehen können, muss ein genügender und leicht zugänglicher Rechtsschutz vorliegen.¹⁶³

6.1. Menschenrechtliche Standards

Nach Art. 5 Abs. EMRK und Art. 9 UNO-Pakt II muss für Personen im Freiheitsentzug in erster Linie die Möglichkeit offen stehen, gegen die Anordnung bzw. das Fortbestehen des Freiheitsentzugs bei einem Gericht vorzugehen und die Überprüfung der Rechtmässigkeit zu beantragen. Das Gericht muss unverzüglich, d.h. innert weniger Tage, über die Beschwerde entscheiden.¹⁶⁴ Nach dem CPT ist eine gerichtliche Prüfung insbesondere dann von Bedeutung, wenn die fürsorgliche Unterbringung durch ein nichtgerichtliches Organ erfolgte.¹⁶⁵ Zum Schutz insbesondere des Rechts auf Privatleben (Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II) und auf Gesundheit (Art. 12 UNO-Pakt I und Art. 25 Abs. 1 BRK) sowie des Verbots der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK, Art. 7 UNO-Pakt II, Art. 2 und 16 FoK, Art. 15 BRK) müssen zudem Rechtsmittel gegen Unterbringungsbedingungen und Massnahmen während des Freiheitsentzugs zur Verfügung stehen.¹⁶⁶

Für die effektive Wahrnehmung des Rechtsschutzes ist es notwendig, dass die betroffenen Personen und ihre Angehörigen genügend Informationen über ihre Rechte und die verfügbaren Rechtsmittel haben.¹⁶⁷ Zu diesem Zweck sollen die betroffenen Personen durch Vertretungsorganisationen beraten¹⁶⁸ oder durch Informationsbroschüren über ihre Rechte aufgeklärt werden.¹⁶⁹ Falls erforderlich ist ihnen auch bei der Wahrnehmung ihrer Rechte Unterstützung zu leisten.¹⁷⁰

¹⁶³ So spezifisch in Bezug auf Alter und Behinderung Recommendation Rec(2009)6 des Europarates (Fn 43), Ziff. 3.2, 3.4.

¹⁶⁴ KÄLIN/KÜNZLI, N 1322 m.w.H.; anstelle vieler: EGMR, *Stanev v. Bulgarien*, 36760/06 (2012), Ziff. 148 ff. Siehe auch Commissioner for Human Rights, Seminar: Background paper and conclusion (Fn 46).

¹⁶⁵ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 52.

¹⁶⁶ MRA, *Fijalkowska v. Polen*, 1061/2002 (2005), Ziff. 8.3-8.4; *A. v. New Zealand*, 754/1997 (1999), Ziff. 7.3; MRA, General Comment Nr. 35: Article 9, Liberty and Security of Persons, CCPR/C/GC/35 (2014), Ziff. 15.

¹⁶⁷ Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 4-5; WORLD HEALTH ORGANIZATION 2015, S. 2.

¹⁶⁸ Europarat, Recommendation Rec(2014)2 (Fn 46), Ziff. 4-5.

¹⁶⁹ CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 53.

¹⁷⁰ Europarat, Recommendation Rec(2006)5 (Fn 46), Ziff. 3.12.1.

Durch Besuche und Kontrolle von öffentlichen und privaten Heimen durch ein kompetentes und unabhängiges Gremium (z.B. Überwachungskomitee) sollen – so der Menschenrechtskommissar des Europarates – Misshandlungen im Heimbereich verhindert werden.¹⁷¹ Das CPT fordert überdies, dass ein solches Gremium ermächtigt sein soll, vertrauliche Gespräche mit den Patientinnen und Patienten zu führen, Beschwerden entgegenzunehmen und wenn nötig Empfehlungen auszusprechen.¹⁷²

6.2. Hinweise zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 29a BV verankert allgemein die Rechtsweggarantie, d.h. jede Person hat Anspruch auf eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde bei Rechtsstreitigkeiten. Art. 29 BV enthält die Garantien, die während eines Verfahrens zu gewähren sind wie z.B. das rechtliche Gehör.

Der Rechtsschutz gegen die Anordnung und während einer fürsorgerischen Unterbringung ist detailliert geregelt. So kann gegen Verfügungen wie die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung, einer Zwangsbehandlung oder einer bewegungseinschränkende Massnahme innerhalb der fürsorgerischen Unterbringung beim zuständigen Gericht Beschwerde geführt werden (Art. 439 Abs. 1 und Art. 450 ff. ZGB). Die Anfechtung eines Entscheids der Erwachsenenschutzbehörde richtet sich nach Art. 450 ff. ZGB. Die Beschwerdeinstanz hört zunächst die betroffene Person an und bestellt wenn nötig eine Vertretung, die sie in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen unterstützt (Art. 450e Abs. 4 ZGB).¹⁷³ Ähnliche Bestimmungen für das gerichtliche Verfahren finden sich auch auf kantonaler Ebene.¹⁷⁴ Das Gericht hat gem. Art. 450e Abs. 5 ZGB seinen Entscheid in der Regel innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde zu fällen.

Art. 432 ZGB räumt den fürsorgerisch untergebrachten Personen allgemein das Recht ein, eine Vertrauensperson während des Aufenthaltes und bis zum Abschluss aller damit zusammenhängenden Verfahren beizuziehen. Diese soll sie unter anderem bei der Wahrnehmung ihrer Rechte gegenüber den Behörden und der Einrichtung unterstützen.¹⁷⁵ Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in den kantonalen Einführungsgesetzen zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.¹⁷⁶

Nach Art. 426 Abs. 4 ZGB kann die betroffene Person oder eine ihr nahestehende Person jederzeit um Entlassung aus der fürsorgerischen Unterbringung ersuchen. Über das Gesuch ist ohne Verzug zu entscheiden. Das Gesuch muss bei der Erwachsenenschutzbehörde oder der Einrichtungsleitung gestellt werden und kann formlos, somit auch mündlich erfolgen.¹⁷⁷ Der Begriff der nahestehenden Person ist dabei weit auszulegen. Infrage kommen die Eltern, die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner, aber auch Sozialarbeitende oder Freunde.¹⁷⁸ In den Kantonen bestehen ebenfalls vereinzelte Bestimmungen zum Verfahren vor der Behörde. So sieht der Kanton Bern für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Verbeiständung

¹⁷¹ Viewpoint of the Commissioner for Human Rights (Fn 46). Siehe auch Art. 16 Abs. 3 BRK: Alle Einrichtungen und Programme, die für Menschen mit Behinderungen bestimmt sind, sollen wirksam von unabhängigen Behörden überwacht werden.

¹⁷² CPT-Standards (Fn 47), Ziff. 55.

¹⁷³ PRZULJ, Abschnitt E Ziff. 2.

¹⁷⁴ Z.B. im Kanton Bern: Art. 71 KESG-BE.

¹⁷⁵ BSK ZGB-Etzensberger, Art. 432 N 1.

¹⁷⁶ Z.B. im Kanton Bern: Art. 35 KESG BE.

¹⁷⁷ BSK ZGB-Etzensberger, Art. 426 N. 51.

¹⁷⁸ BÜCHLER/MICHEL, VIII. Ziff. 5.

oder Vertretung sowie die persönliche Anhörung der betroffenen Person vor.¹⁷⁹ Alle diese genannten Rechtsschutzvorkehrungen beziehen sich auf die fürsorgerische Unterbringung.

Personen, die nicht im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung in einem Heim untergebracht sind, haben mangels eines behördlichen Einweisungsentscheids sachlogisch keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Anordnung der Unterbringung. Sie können gemäss ZGB einzig bei Zwangsbehandlungen und bewegungseinschränkenden Massnahmen die Erwachsenenschutzbehörde anrufen (Art. 385 ZGB). Auf kantonaler Ebene wird teilweise für Situationen der allgemeinen Heimunterbringung die Möglichkeit einer formlosen Beschwerde vorgesehen, so z.B. im Kanton Bern für Beschwerden gegen unangemessene Behandlung.¹⁸⁰ Hierzu besteht auch eine Pflicht zur aktiven Information der Heimbewohnerinnen und -bewohner: In Art. 28 Abs. 1 HEV Bern ist festgehalten, dass jede aufgenommene Person und gegebenenfalls ihre gesetzliche Vertretung bei Heimeintritt schriftlich auf ihr Beschwerderecht und auf die Möglichkeit einer aufsichtsrechtlichen Anzeige aufmerksam zu machen ist.

Ein allgemeiner Rechtsschutz besteht zudem im Rahmen einer Aufsichtsanzeige an die kantonale Heimaufsichtsbehörde. Art. 387 ZGB verpflichtet die Kantone, eine Aufsicht über die Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, zu erstellen. Kantonal wurden dazu unterschiedliche Lösungen gefunden. Im Kanton Zürich beispielsweise wird der Bezirksrat als zuständiges Aufsichtsorgan für Wohn- und Pflegeeinrichtungen bestimmt (§ 14 EG KESR¹⁸¹). Weitergehende gesetzliche Regelungen (beispielsweise über die Aufsichtsanzeige oder die Kompetenz des Aufsichtsorgans, Kontrollbesuche durchzuführen) fehlen aber. Lediglich das zürcherische Patientengesetz (welches auch auf Pflegeheime anwendbar ist) hält fest, dass über Streitigkeiten nach jenem Gesetz eine Verfügung verlangt werden kann, welche beim Bezirksrat angefochten werden kann (§ 5 Patientengesetz). Im Kanton Bern ist das Alters- und Behindertenamt (ALBA) für die Heimaufsicht zuständig; diese wird in der Kantonalen Heimaufsichtsverordnung (HEV) näher geregelt. Die Verordnung regelt u.a. die aufsichtsrechtliche Anzeige (Art. 27 HEV) und die Kompetenz des ALBA, Aufsichtsbesuche durchzuführen (Art. 37 HEV). Des Weiteren stellt das ALBA verschiedene Instrumente zur Selbstevaluation der Heime zur Verfügung, u.a. kantonale Qualitätsstandards zum Umgang mit freiheitsbeschränkenden Massnahmen oder eine Checkliste im Umgang mit Arzneimitteln. Das Amt prüft jährlich den Stellenschlüssel der einzelnen Heime im Hinblick auf die Einhaltung der notwendigen Personaldotation gekoppelt an die Anzahl Bewohnerinnen und Bewohner.¹⁸² Auch andere Kantone, wie z.B. der Kanton Thurgau, haben eigene Heimaufsichtsgesetze oder -verordnungen.¹⁸³

Für Besuche und Kontrollen von Heimen hat der Kanton Waadt eine eigene Kommission errichtet, welche Gesundheits- und Sozialeinrichtungen inspiziert und auch unangemeldet Besuche in den Einrichtungen vornehmen kann. Die Einrichtungen werden anhand von fünf vom Kanton definierten Normen bewertet. Die Normen, welche ihrerseits in einzelne Indikatoren und Unterindikatoren unterteilt wurden, sind Würde und Privatsphäre, Sicherheit und Autonomie, Kommunikation, Führen von individuellen Dossiers sowie Einhalten der rechtlichen Standards. Die Kom-

¹⁷⁹ Z.B. im Kanton Bern: Art. 48 und 51 KESG-BE.

¹⁸⁰ Art. 26 Abs. 1 HEV-BE.

¹⁸¹ EG KESR-ZH.

¹⁸² Vgl. Grosser Rat des Kantons Bern, Parlamentarischer Vorstoss Imboden Nr. 243-2014, Antwort des Regierungsrates vom 22. April 2015, RRB-Nr. 439/2015.

¹⁸³ Heimaufsichtsverordnung-TG.

mission rapportiert direkt an das zuständige Amt (Département de la santé et de l'action sociale); ihre Ergebnisse werden zudem in Jahresberichten¹⁸⁴ veröffentlicht.

6.3. Zwischenfazit

Die Bestimmungen im ZGB sehen eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit gegen die Anordnung und das Fortbestehen der fürsorgerischen Unterbringung, eine Zwangsbehandlung sowie bewegungseinschränkende Massnahmen während der fürsorgerischen Unterbringung vor. Mit der Möglichkeit von formlosen Gesuchen und den weniger strengen Formerfordernissen bei Beschwerden an das Gericht gegen Entscheide im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung besteht zudem ein teilweise erleichterter Zugang zu Rechtsmitteln. Ferner gilt für den Entscheid über das Entlassungsgesuch wie auch bei der gerichtlichen Beschwerde ein Beschleunigungsgebot. Durch persönliche Anhörung, Bestellung einer Verbeiständung bzw. Rechtsvertretung sowie einer Vertrauensperson, wird es der betroffenen Person erleichtert, ihre Rechte effektiv wahrzunehmen.

Ausserhalb einer fürsorgerischen Unterbringung besteht jedoch mangels einer behördlichen Anordnungsverfügung kein gerichtlicher Rechtsschutz gegen die Unterbringung. Einzig gegen medizinische Zwangsbehandlungen oder bewegungseinschränkende Massnahmen besteht ein gewisser Rechtsschutz. Abgesehen davon bestehen auf Bundesebene keine eigentlichen Rechtsmittel gegen die Bedingungen der Unterbringung; Gewisse kantonale Instrumente erlauben es den Bewohnerinnen und Bewohnern aber, gegen Massnahmen im Rahmen der allgemeinen Heimunterbringung vorzugehen. Diese setzen jedoch voraus, dass die betroffene Person entweder urteilsfähig ist oder aber Angehörige oder andere Vertrauenspersonen hat, die für sie eine Beschwerde einlegen können.

Darüber hinaus besteht nur die Aufsichtsanzeige, welche in den Kantonen unterschiedlich umgesetzt ist. Die im Kanton Waadt bestehende Kommission zur Inspektion von Gesundheits- und Sozialeinrichtungen steht als *good practice* für einen umfassenden Schutz im Heimbereich.

¹⁸⁴ Siehe die Jahresberichte der CIVESS, online unter <http://www.vd.ch/autorites/departements/dsas/civess/populations-vieillissantes/etablissements-medico-sociaux-ems/> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

VI. SCHLUSSWORT

Während in der Schweiz die Anordnung, Durchführung und Beendigung einer fürsorgerischen Unterbringung seit Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts vergleichsweise ausführlich geregelt ist, ist die Rechtslage für unfreiwillige Unterbringungen ausserhalb einer fürsorgerischen Unterbringung fragmentiert, unübersichtlich und lückenhaft und passt zudem auch in vielen Bereichen nicht auf die Lebensrealitäten demenzerkrankter Personen in Alters- und Pflegeheimen. Dies ist insbesondere aus dem Grund bedauerlich, dass die unfreiwillige Unterbringung von an Demenz erkrankten Personen, wie gezeigt, ein stark menschenrechtssensibler Bereich ist. Demenzpatientinnen und -patienten sind in vielen Fällen darauf angewiesen, dass andere, z.B. ihre Angehörigen oder sonstige nahestehenden Personen, für ihre Rechte einstehen. Es erscheint deshalb umso wichtiger, dass klare rechtliche Vorgaben bestehen: einerseits als Leitlinien und Orientierungshilfe für die Praxis, um Menschenrechtsverletzungen von vornherein zu vermeiden, andererseits auch für die Betroffenen und ihre Angehörigen, denen es nicht zuzumuten ist, sich in dem aktuell bestehenden Normendickicht zurechtzufinden.

LITERATURVERZEICHNIS

BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin - Mensch - Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014.

DVOŘÁKOVÁ ANDREA/VRBICKÝ JAN, Protection of Rights of the Elderly in Institutions, Focusing in Particular on Persons with Dementia, Social Work and Social Services, in: Lukasová Marie/Hradilová Adéla (Hrsg.), Protection of Rights of Elderly People in Institutions, with an Emphasis on People Suffering from Dementia 2014, S. 108-113.

ECOPLAN, Grundlagen für eine Nationale Demenzstrategie, Demenz in der Schweiz: Ausgangslage, Bern 2013.

FRA, Unfreiwillige Unterbringung und unfreiwillige Behandlung von Menschen mit psychischen Gesundheitsproblemen, Luxemburg 2012.

FREI NULA, Fürsorgerische Unterbringung und Zwangsbehandlung, Das neue Erwachsenenschutzrecht im Lichte der Vorgaben der EMRK, SKMR Newsletter, 13.6.2013, online unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/justiz/artikel/fuersorgerische-unterbringung.html> (zuletzt besucht am 18. August 2016).

FROWEIN JOCHEN/PEUKERT WOLFGANG, Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2014.

HONSELL, HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB-BEARBEITER, Art. N).

Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons (Pressemitteilung vom 19. September 2014): Do more to protect human rights of older people suffering dementia, UN expert urges States.

Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons (Pressemitteilung vom 16. März 2015): Dementia, a public health priority and a human rights concern.

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 3. Aufl., Basel/Baden-Baden 2013.

KANTER ARLENE S., The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Its Implications for the Rights of Elderly People Under International Law, in: Georgia State University Law Review 2009 25/3, S. 527-573.

KELLY FIONA/INNES ANTHEA, Human rights, citizenship and dementia care nursing, in: International Journal of Older People Nursing 2013 8/1, S. 61-70. LUKASOVÁ, MARIE/HRADILOVÁ, ADÉLA (Hrsg.), Protection of Rights of Elderly People in Institutions, with an Emphasis on People Suffering from Dementia, OFFICE OF THE PUBLIC DEFENDER OF RIGHTS, Brno 2014.

MÉGRET FRÉDÉRIC, The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge, in: Human Rights Law Review 2011 11/1, S. 37-66.

MEYER-LADEWIG JENS, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.

MÖSCH PAYOT PETER, Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich, in: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 2014/1, S. 5-30.

MÜLLER ANDREAS TH./WALTER MATHIAS, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe, Implikationen des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen für demenzerkrankte Personen in Alten- und Pflegeheimen, in: Recht der Medizin 2013/3, S. 84-92.

Nationale Demenzstrategie 2014-2017, Bundesamt für Gesundheit (BAG) und Schweizerische Konferenz der Kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK) (Hrsg.), Bern 2013.

PRZULJ MIRNA, Medizinische Zwangsbehandlung im Rahmen der fürsorglichen Unterbringung, in: hill 2014/201.

ROBERT BOSCH GESELLSCHAFT FÜR MEDIZINISCHE FORSCHUNG GMBH ET AL., Reduktion von körpernaher Fixierung bei demenzerkrankten Heimbewohnern, Abschlussbericht zum Modellvorhaben 2008.

STRICKMANN GUDRUN, Heimaufenthaltsrecht, 2. Aufl., Wien 2012.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, European report on preventing elder maltreatment, 2011 (zit. WORLD HEALTH Organization 2011).

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Ensuring a Human Rights-Based Approach for People Living with Dementia, 2015 (zit. WORLD HEALTH ORGANIZATION 2015).