

Wer nicht pariert, wird sediert – wer nicht spurt, kommt in den Gurt

Hardy Landolt

Prof. Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universität St. Gallen für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

Stefan Reinhardt

Trainer für Aggressionsmanagement HöFa I und dipl. Experte Notfallpflege NDS HF, Zürich

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	1
II. Grundrechtliche Ausgangslage	2
A. Pflegerelevante Grundrechte	2
B. Verfassungsmässige Kompetenzordnung	2
C. Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs	3
III. Gesetzliche Grundlage	4
A. Heterogene kantonale Regelung	4
B. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters	5
C. Ethik als Rechtfertigungsgrund?	6
IV. Schützenswerte Interessen	6
V. Verhältnismässigkeit	7
VI. Schlussbetrachtungen	7

I. Einleitung

Der zugegebenermassen pointiert formulierte Titel des vorliegenden Beitrages bringt eine häufige, in rechtlicher Hinsicht heikle Pflegesituation zum Ausdruck. Wer mit Familienmitgliedern, Pflegefachpersonen oder anderen Berufsangehörigen, welche in der Pflegeversorgung tätig sind, das heikle Thema der «Zwangsmassnahmen» anspricht, bekommt regelmässig zwei Kernaussagen zu hören.

Einerseits wird bestätigt, dass pflegebedürftige Personen, welche über einen ausgeprägten, selber nicht kontrollierbaren Bewegungsdrang verfügen, mit geeigneten Mitteln ruhiggestellt werden. Andererseits besteht bei den involvierten Personen eine grosse Unsicherheit, ob und unter welchen Voraussetzungen die vorgenommenen Massnahmen in rechtlicher Hinsicht zulässig sind. Die Begründungsmuster, warum pflegerische Zwangsmassnahmen getroffen worden sind, sind dabei sehr unterschiedlich. Ein Teil der betroffenen Personen nennt den Schutz des Patienten als Rechtfertigungsgrund. Es werden aber auch andere Rechtfertigungsgründe (Personalknappheit, innerbetriebliche Weisung etc.) genannt.

Diese heiklen Pflegesituationen treten nicht nur bei einer stationären Versorgung, sondern auch im ambulanten Bereich auf. Das nachfolgende vom Mitautor Stefan Reinhardt geschilderte Praxisbeispiel steht beispielhaft für den ambulanten Bereich:

Herr K. ist 63 Jahre alt und seit 40 Jahren mit Frau K. (60jährig) verheiratet. Er lernte seine Frau kennen, während er Jura studierte und seine Frau das Lehramt. Gemeinsam haben sie drei Kinder. Nach der Geburt des ersten Kindes entschieden sie sich, zuerst die Ausbildung der Kinder und die Abzahlung der Hypothek auf das Haus zu finanzieren. Anschliessend wollten beide in Frührente gehen und das Leben mit Reisen geniessen. Nun war Herr K. Richter und seine Vergesslichkeit nahm derart zu, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich war. Somit wurde eine Frühpensionierung durch die obere Behörde veranlasst. Das Ehepaar lebte in einem Einfamilienhaus, die Kinder hatten inzwischen eigene Familien gegründet und wohnten zum Teil weit entfernt. Bei Herrn K. wurde eine Demenz vom Alzheimer-Typ festgestellt, welche sich durch zunehmende Desorientierung, Tag-Nacht-Umkehr und erhöhten Bewegungsdrang kennzeichnete.

Tagsüber kümmerte sich seine Ehefrau um ihn und an Wochenenden kamen seine Kinder, Enkel und auch Urenkel zu Besuch. Hierdurch wurde sein Bewegungsdrang geschmälert. Mit der Zeit nahm jedoch seine Tag-Nacht-Umkehr zu, sodass er bei Besuchen oft schlief und Nachts umherlief und auch das Haus verliess. Manchmal fand er den Weg zurück, doch nicht immer; immer häufiger wurde er als «hilflose Person» von der Polizei zurückgebracht, die in dann schon bald kannte und wusste, wo er wohnte. Zur Entlastung der Ehefrau kam die Spitex 3x täglich, fand Herrn K. jedoch meistens schlafend/apathisch vor. Nachts war die Ehefrau mit ihrem Mann alleine. Auch wenn er durchschlief, hatte sie eine unruhige Nacht: Sie wusste ja nie, wann er vielleicht das Haus verlassen und ob er zurückfinden würde.

Es gab mehrere Spitalaufenthalte zur Wiederherstellung des Tag-Nachtrhythmus und zur medikamentösen Einstellung, welche allerdings nicht den gewünschten Erfolg hatten. Die betreuende Ehefrau veranlasste somit die Entlassung nach Hause. Während der Spitalaufenthalte erhielt Herr K. zur Nacht sedierende Medikamente in Joghurt gemischt (er mochte Joghurt sehr gerne) und zur Nachtruhe mechanisch ans Bett fixiert. Bei der Entlassung nach Hause wurde der Ehefrau ein Rezept für mechanische Fixierungsbandagen mitgegeben. Sie erhielt eine kurze Anwendungseinleitung und den Hinweis, dies würde ihr in der Nacht mehr Ruhe geben, da ihr Mann nicht weggehen konnte. Das betreuende Pflegepersonal am Abend hatte den Auftrag, die Bandagen zu montieren und das Personal am Morgen sollte diese entfernen; wenn die Ehefrau dies nicht schon vorher getan hatte. Das Pflegepersonal hatte die Instruktion von der Ehefrau bekommen.

Obwohl sich bei pflegerischen Zwangsmassnahmen um besondere Situationen handelt, fehlen statistische Angaben dazu, wie oft und in welchen Situationen Zwangsmassnahmen ergriffen werden und welcher Art diese sind. Die Pflegestatistiken weder des Bundes noch der Kantone befassen sich mit den Zwangsmassnahmen nicht. Lediglich vereinzelt werden pflegerische Zwangsmassnahmen systematisch erfasst und ausgewertet. Das Spital Triemli führt beispielsweise eine Statistik hinsichtlich der Aggressionsereignisse, welche regelmässig pflegerische bzw. medizinische Zwangsmassnahmen zur Folge haben¹. Der folgende Beitrag möchte deshalb einerseits das Bewusstsein fördern und andererseits die rechtlichen Grundlagen, welche für pflegerische Zwangsmassnahmen massgeblich sind, darstellen.

II. Grundrechtliche Ausgangslage

A. Pflegerelevante Grundrechte

In der Bundesverfassung ist das Selbstbestimmungsrecht grundrechtlich garantiert. Gemäss Art. 10 Abs. 2 BV hat jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Der Anspruch auf Unversehrtheit beinhaltet einerseits ein Recht auf Leben² und verbietet andererseits unter anderem jede Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung³.

Soweit der betroffene Mensch urteilsfähig ist, übt er diese Grundrechte selbstständig aus. Insbesondere auch urteilsfähige Kinder und Jugendliche sind berechtigt, die verfassungsmässigen Grundrechte eigenständig wahrzunehmen⁴. Als Folge des ebenfalls in der Bundesverfassung garantierten Diskriminierungsverbotes wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung stehen diese verfassungsmässigen Grundrechte auch pflegebedürftigen Personen uneingeschränkt zu. Kann eine gesundheitlich beeinträchtigte Person selber ihre Grundrechte nicht ausüben, ist sie berechtigt, einen Stellvertreter zu ernennen, oder ist bei ihrer Urteilsunfähigkeit der gesetzliche Vertreter für die Entscheidung zuständig.

B. Verfassungsmässige Kompetenzordnung

Die verfassungsmässigen Grundrechte richten sich an alle staatlichen Funktionäre, stellen aber bloss Abwehrrechte dar. Der Staat darf die verfassungsmässigen Grundrechte nur beeinträchtigen, wenn eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht, für die jeweilige Massnahme ein schutzwürdiges Interesse vorhanden ist und die fragliche Massnahme im konkreten Einzelfall verhältnismässig angewendet wird⁵. Lediglich ausnahmsweise ist der Staat verpflichtet, dem Träger eines Grundrechtes eine Leistung zu erbringen. So besteht etwa ein verfassungsmässiges Recht auf Hilfe in Notlagen⁶. Die Bundesverfassung verpflichtet aber nicht dazu, pflegebedürfti-

¹ Siehe dazu <https://www.sr-deeskalation.ch/de/artikel> (zuletzt besucht am 13. Februar 2023).

² Vgl. Art. 10 Abs. 1 BV.

³ Vgl. Art. 10 Abs. 3 BV.

⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 2 BV.

⁵ Vgl. Art. 36 BV.

⁶ Vgl. Art. 12 BV.

gen Personen eine optimale Versorgung zukommen zu lassen. Insbesondere besteht auch kein Anspruch auf Suizidbeihilfe bzw. auf rezeptfreie Abgabe von Natrium-Pentobarbital⁷.

Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. b BV sind Bund und Kantone nur verpflichtet, sich dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Der Bund ist dabei nur soweit für die Pflegeversorgung zuständig, als er von der Bundesverfassung dazu ermächtigt wird⁸. Die verfassungsmässige Kompetenzordnung sieht vor, dass der Bund im Rahmen der ihm zukommenden Sozialversicherungskompetenz die Finanzierung der Pflegekosten zu regeln hat. Für die Pflegeversorgung sind demgegenüber primär die Kantone zuständig. Gemäss Art. 112c Abs. 1 BV sind die Kantone insbesondere angehalten, für die Hilfe und Pflege von betagten und behinderten Personen zu Hause zu sorgen.

Diese verfassungsmässige Ausgangslage bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass der Schutz der pflegebedürftigen Personen vor ungerechtfertigten Zwangsmassnahmen durch staatliche Funktionäre durch die Kantone zu gewährleisten ist. Pflegerische Zwangsmassnahmen können aber auch durch private Personen vorgenommen werden. Da der Bund für die Regelung des Privatrechts zuständig ist⁹, ist er verpflichtet, die Zulässigkeit von pflegerischen Zwangsmassnahmen, welche von Privatpersonen oder in privaten Pflegebetrieben zu regeln. Der Bund hat den auch im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen erlassen¹⁰. Art. 383 ZGB regelt beispielsweise die Zulässigkeit von Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit von urteilsunfähigen Personen einschränken. Diese bundesrechtlichen Bestimmungen gelten einerseits nur für urteilsunfähige Personen und decken andererseits nur Zwangsmassnahmen ab, welche die räumliche und körperliche Bewegungsfreiheit betreffen.

Die Behandlung von urteilsunfähigen Personen, welche sich in einer psychiatrischen Klinik befinden, richtet sich nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung¹¹. Gemäss Art. 434 ZGB dürfen medizinische Massnahmen, welche für die Behandlung von Personen mit einer psychischen Störung notwendig sind, auch gegen den Willen bzw. ohne Zustimmung ergriffen werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Massnahmen, welche die räumliche oder körperliche Bewegungsfreiheit einschränken, sind nach denselben Voraussetzungen, wie sie für Wohn- und Pflegeeinrichtungen massgeblich sind, zulässig¹². Die Kantone sind dabei für die Nachbetreuung von Personen, welche an einer psychischen Störung leiden, zuständig und können insbesondere ambulante Massnahmen vorsehen¹³.

C. Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs

Der Grundrechtsschutz greift erst dann, wenn die fragliche medizinische Massnahme den sachlichen Geltungsbereich eines Grundrechts beeinträchtigt. Sind die verfassungsmässigen Grundrechte nicht anwendbar, sind gleichwohl die gesetzlichen Vorschriften, welche für medizinische Massnahmen gelten, welche den sachlichen Geltungsbereich der Grundrechte nicht beeinträchtigen, zu beachten. Je nach den Auswirkungen der infrage stehenden medizinischen Massnahme können unterschiedliche Grundrechte betroffen sein:

- Das Selbstbestimmungsrecht bzw. die Willensfreiheit wird beeinträchtigt, wenn medizinische Massnahmen einer bestimmten Person aufgezwungen werden bzw. gegen ihren erklärten Willen oder ohne Zustimmung – allenfalls des bestimmten oder gesetzlichen Vertreters – vollzogen werden¹⁴. Das Selbstbestimmungsrecht wird insbesondere eingeschränkt durch ärztliche Zwangsbehandlungen¹⁵. Lediglich bei einem Notfall dürfen gegebenenfalls medizinische Massnahmen ohne Zustimmung getroffen werden¹⁶.
- Die körperliche Unversehrtheit wird beeinträchtigt, wenn die medizinische Massnahme die physische oder psychische Integrität tangiert. Davon ist insbesondere bei Eingriffen in den Körper auszugehen. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit schützt aber nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen¹⁷. Lediglich elementare Erscheinungen der physischen oder psychischen Integrität sind geschützt. Der Zwang, sich in relativ kaltem Wasser aufhalten zu müssen, gefährdet die Gesundheit nicht noch betrifft sie eine elementa-

⁷ Vgl. BGE 133 I 58 E. 5 f.

⁸ Vgl. Art. 3 BV.

⁹ Vgl. Art. 122 Abs. 1 BV.

¹⁰ Siehe Art. 382 ff. ZGB.

¹¹ Vgl. Art. 380 ZGB i.V.m. Art. 426 ff. ZGB.

¹² Vgl. Art. 438 ZGB.

¹³ Vgl. Art. 437 ZGB.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 117 Ib 197 E. 2.

¹⁵ Vgl. z.B. BGE 127 IV 154 E. 3 f. und 118 Ia 427 E. 4.

¹⁶ Vgl. z.B. BGE 115 Ib 175 E. 3.

¹⁷ Vgl. BGE 119 Ia 178 E. 5.

ren Aspekt der körperlichen Unversehrtheit¹⁸. Körperliche Fixierungen demgegenüber beeinträchtigen das Recht auf Unversehrtheit.

- Die räumliche Bewegungsfreiheit wird eingeschränkt, sobald eine Person die Möglichkeit genommen wird, sich nach Belieben frei zu bewegen. Gemäss Art. 31 BV darf die räumliche Bewegungsfreiheit nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und auf die gesetzlich vorgeschriebenen Weise entzogen werden. Zudem gelten besondere Schutzgarantien, insbesondere muss die betroffene Person über die Gründe der Bewegungseinschränkungen informiert werden und die Möglichkeit haben, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen.
- Je nach den Auswirkungen der medizinischen Massnahme können andere Grundrechte betroffen sein. Bei medizinischen Massnahmen ist insbesondere die Religionsfreiheit von Bedeutung. So etwa ist es Angehörigen des muslimischen Glaubens nicht gestattet, den weitgehend nackten Körper des anderen Geschlechts zu sehen¹⁹. Für Angehörige der Zeugen Jehovas gilt sodann ein Bluttransfusionsverbot²⁰.

Die Beeinträchtigung eines verfassungsmässigen Grundrechtes ist dann zulässig, wenn eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht, für die Einschränkung ein schutzwürdiges Interesse besteht und die infrage stehende medizinische Massnahme im konkreten Einzelfall verhältnismässig vollzogen wird²¹. Der Kerngehalt eines Grundrechtes darf jedoch in keinem Fall eingeschränkt werden. Pflegerische Massnahmen beeinträchtigen den Kerngehalt der Grundrechte in der Regel nicht. Die im eingangs erwähnten Praxisbeispiel erwähnte Beimischung von sedierenden Medikamenten in die Nahrung und die Verwendung von Fixierungsbandagen schränken aber die vorerwähnten Grundrechte ein, weshalb sie nur zulässig sind, wenn eine hinreichende gesetzliche Grundlage und ein schutzwürdiges Interesse besteht und verhältnismässig vorgenommen worden sind.

III. Gesetzliche Grundlage

A. Heterogene kantonale Regelung

Vereinfacht zusammengefasst ist der Bund lediglich für die Regelung der Zulässigkeit von pflegerischen Zwangsmassnahmen, welche in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtungen sowie in einer psychiatrischen Klinik durchgeführt werden, zuständig. Die Kantone demgegenüber haben die Zulässigkeit der übrigen pflegerischen Zwangsmassnahmen zu ordnen. Die kantonalen Regelungen sind hinsichtlich der medizinischen Zwangsmassnahmen überaus heterogen. Die Unterschiede betreffen nicht nur den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der gesetzlichen Regelung, sondern auch die Voraussetzungen für die Anordnung und die Modalitäten der Durchführung von Zwangsmassnahmen.

Gewisse Kantone, so etwa der Kanton Zürich, regeln lediglich die Zulässigkeit von medizinischen Zwangsmassnahmen, die im stationären Umfeld – in einem Spital oder in einem Alters- oder Pflegeheim – vorgenommen werden²². Werden pflegerische Zwangsmassnahmen ambulant bzw. bei der pflegebedürftigen Person zu Hause durchgeführt, fehlt in solchen Fällen eine explizite gesetzliche Grundlage, wie sie gemäss Art. 36 Abs. 1 BV zwingend erforderlich ist, wenn die fragliche Zwangsmassnahme von einem staatlichen Funktionär angeordnet oder vollzogen wird. Ordnet oder vollzieht eine Privatperson die fragliche Zwangsmassnahme, genügt es gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, dass die betroffene Person oder ihr Stellvertreter eingewilligt hat oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse besteht. Eine gesetzliche Grundlage ist nicht zwingend erforderlich.

Andere kantonale Regelungen sind nur auf bestimmte Arten von Zwangsmassnahmen anwendbar. Im Kanton Basel-Landschaft werden die Patientenrechte explizit erwähnt, Voraussetzungen und Vollzugsmodalitäten von Zwangsmassnahmen aber nicht geregelt. Die gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen bleiben lediglich pauschal vorbehalten²³. Das Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn beispielsweise regelt lediglich die Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die Behandlung gegen den Willen des Patienten sowie die Beschränkung des Kontaktrechts²⁴.

Die Voraussetzungen für die Anordnung und Durchführung sowie gegebenenfalls nachträgliche Kontrolle von medizinischen Zwangsmassnahmen werden im kantonalen Recht ebenfalls unterschiedlich normiert. Die Unterschiede betreffen nicht nur die Zuständigkeit für die Anordnung einer Zwangsmassnahme sondern auch die

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Vgl. BGE 135 I 79 E. 4.2.

²⁰ Siehe dazu Urteile BGer 6B_730/2017 vom 7. März 2018 und 2C_613/2015 vom 7. März 2017.

²¹ Vgl. Art. 36 Abs. 1 bis 3 BV.

²² Vgl. § 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 24 ff. Patientinnen- und Patientengesetz des Kantons Zürich vom 5. April 2004.

²³ Vgl. § 39 Abs. 2 Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 21. Februar 2008.

²⁴ Vgl. §§ 39 Gesundheitsgesetz des Kantons Solothurn vom 19. Dezember 2019.

Modalitäten ihrer Durchführung. Das Gesundheitsgesetz der Kantone Obwalden und Schwyz beispielsweise sieht vor, dass Zwangsmassnahmen grundsätzlich nur von Ärzten angeordnet werden dürfen. Lediglich ausnahmsweise dürfen qualifizierte Personen im Pflegedienst eine Fixation oder eine Isolation anordnen. In einem solchen Fall ist der zuständige Arzt unverzüglich zu informieren²⁵. Gemäss dem Gesundheitsgesetz des Kantons Freiburg ist demgegenüber die Leitung einer Institution für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig²⁶.

Einzelne Kantone sehen eine Regelung hinsichtlich der Modalitäten, wie die Zwangsmassnahmen zu vollziehen sind, vor. Im Kanton Wallis beispielsweise ist die Überwachung der von einer Zwangsmassnahme betroffenen Person während der Dauer des Vollzugs derselben zu verstärken. Die Aufrechterhaltung der Zwangsmassnahme ist periodisch unter Beizug von anderen Gesundheitsfachpersonen als diejenigen, welche die Zwangsmassnahme angeordnet haben, zu überprüfen. Zudem sind die Anordnung und die Vollzugsmodalitäten zu protokollieren und der Krankengeschichte beizulegen. Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass die betroffene Person oder ihr Stellvertreter sich an die Aufsichtskommission der Gesundheitsberufe wenden und die Aufhebung der Zwangsmassnahme beantragen kann²⁷.

Es ist deshalb unerlässlich, dass Personen, welche im Zusammenhang mit der Anordnung oder Durchführung von medizinischen Zwangsmassnahmen tätig sind, Kenntnis vom jeweiligen kantonalen Recht haben. Werden eidgenössische oder kantonale Vorschriften, welche die Anordnung oder Durchführung von pflegerischen Zwangsmassnahmen regeln, nicht eingehalten, riskieren die involvierten Personen ansonsten, sich eines strafbaren Verhaltens schuldig zu machen. Die Strafbarkeit hängt dabei davon ab, ob lediglich die Willens- bzw. die Bewegungsfreiheit eingeschränkt oder die physische oder psychische Integrität der betroffenen Person beeinträchtigt wird. Im ersten Fall stellt die pflegerische Zwangsmassnahme eine Nötigung oder Freiheitsberaubung dar²⁸, während bei eigentlichen Eingriffen in die physische oder psychische Integrität eine Körperverletzung vorliegt, die je nach ihrem Schweregrad als eine Tätlichkeit, eine einfache Körperverletzung oder eine schwere Körperverletzung²⁹ oder das Tötungsdelikt³⁰ zu qualifizieren ist.

B. Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

Urteilsfähige Personen können grundsätzlich in alle medizinischen Massnahmen – unter Einschluss von Forschungsmassnahmen – einwilligen, sofern vorgängig der Einwilligung eine hinreichende Aufklärung über wesentliche Risiken der fraglichen Massnahme erfolgt ist³¹. Bei urteilsfähigen Personen liegt deshalb erst dann eine eigentliche Zwangsmassnahme vor, wenn keine Aufklärung erfolgt ist oder diese gegen den erklärten Willen bzw. in Abweichung des erklärten Willens der betroffenen Person angeordnet oder vollzogen wird. Derartige medizinische Zwangsmassnahmen sind nur zulässig, wenn sie die Willensfreiheit, die räumliche oder körperliche Bewegungsfreiheit oder die physische oder psychische Integrität nicht erheblich einschränken. Eine wesentliche Beeinträchtigung der verfassungsmässigen Grundrechte gegen den Willen eines Patienten ist unzulässig. So ist beispielsweise eine Sterilisation nur zulässig, wenn die betroffene Person das 18. Altersjahr überschritten und zudem schriftlich in den Eingriff eingewilligt hat³² – eine Zwangssterilisation gegen den erklärten Willen ist unzulässig.

Urteilsunfähige Personen können nicht in medizinische Massnahmen einwilligen, welche ihre verfassungsmässigen Grundrechte bzw. ihre Persönlichkeitsrechte beeinträchtigen. Die Durchführung von medizinischen Massnahmen, welche urteilsunfähige Person betreffen, sind nur zulässig, wenn der gesetzliche Vertreter zustimmt³³. Jede Person ist berechtigt, einen Patientenvertreter zu bestimmen, welcher anstelle der betroffenen Person, wenn diese urteilsunfähig geworden ist, in medizinische Massnahmen einwilligt³⁴. Medizinische Massnahmen umfassen dabei nicht nur ärztliche Eingriffe, sondern auch Pflegemassnahmen und darüber hinaus sämtliche Massnahmen, welche die räumliche oder körperliche Bewegungsfreiheit einschränken. Die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigte Person ist insbesondere auch über solche Zwangsmassnahmen zu informieren³⁵.

²⁵ Vgl. Art. 58 Abs. 3 Gesundheitsgesetz des Kantons Obwalden vom 3. Dezember 2015 und § 40 Abs. 2 Gesundheitsgesetz des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2002.

²⁶ Vgl. Art. 53 Abs. 2 Gesundheitsgesetz des Kantons Freiburg vom 16. November 1999.

²⁷ Vgl. Art. 27 Gesundheitsgesetz des Kantons Wallis vom 14. Februar 2008.

²⁸ Vgl. Art. 181 und Art. 183 StGB.

²⁹ Siehe dazu Art. 122 ff. StGB.

³⁰ Vgl. Art. 111 ff. StGB.

³¹ Siehe z.B. Art. 7 und Art. 16 ff. HFG.

³² Vgl. Art. 5 Sterilisationsgesetz.

³³ Vgl. Art. 19c Abs. 2 und Art. 370 ff. ZGB.

³⁴ Vgl. Art. 370 Abs. 1 ZGB.

³⁵ Vgl. Art. 384 Abs. 2 ZGB.

Da die Urteilsunfähigkeit situationsbezogen zu beurteilen ist³⁶, kann im konkreten Einzelfall unklar sein, mit Bezug auf welche Pflegesituation von der Urteilsfähigkeit auszugehen ist. Der Gesetzgeber mildert diese Unklarheit, indem er von der Urteilsfähigkeit ausgeht³⁷. Die Gesetzgebung stellt keine besonderen Anforderungen an die Methode, wie und durch wen die Urteilsfähigkeit abzuklären ist. Für die Feststellung der Urteilsfähigkeit kommen in erster Linie medizinische Experten, namentlich Psychiater, in Frage. Die Gesetzgebung gebietet jedoch nicht, dass die Urteilsfähigkeit einzig durch Ärzte festgestellt werden könnte³⁸.

Die Vermutung der Urteilsfähigkeit setzt jedoch voraus, dass bei der betroffenen Person nicht eine geistige Behinderung, eine psychische Störung oder einen ähnlichen Zustand besteht, welcher erfahrungsgemäss die Fähigkeit einschränkt, vernunftsgemäss zu handeln³⁹. Liegt ein derartiger Zustand vor, ist in Zweifelsfällen die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen oder die Einwilligung des Patientenvertreters einzuholen, sofern sich nicht um eine Notsituation handelt⁴⁰. In dringlichen Fällen dürfen Massnahmen ohne Zustimmung des Patientenvertreters ergriffen werden, diese sind aber nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person zu bestimmen⁴¹.

C. Ethik als Rechtfertigungsgrund?

Ethische Selbstverpflichtungen wie beispielsweise der hippokratische Eid oder medizinisch-ethische Richtlinien von Berufs- oder Fachverbänden, Gesundheitsbetriebe etc. stellen keine gesetzliche Grundlage dar. Erst und nur in dem Umfang, wie eine gesetzliche Bestimmung auf medizinisch-ethische Richtlinien verweist oder diese Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung sind, sind sie verbindlich. Medizinisch-ethische Richtlinien, insbesondere die medizinisch-ethische Richtlinie «Zwangsmassnahmen in der Medizin» der SAMW⁴², können allerdings im Zusammenhang mit der Auslegung von unbestimmten gesetzlichen Bestimmungen herangezogen werden⁴³.

Zudem konkretisieren medizinisch-ethische Richtlinien, welche von Berufsverbänden für die Mitglieder als verbindlich bezeichnet werden, deren Berufs- und Sorgfaltspflichten. Die FMH übernimmt in der Regel die medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW in das Standesrecht, weshalb diese zumindest für Ärzte verbindlich sind. Ethische und betriebsinterne Richtlinien sind trotz ihrer grundsätzlichen Unverbindlichkeit gleichwohl bedeutungsvoll, weil sie dazu beitragen, dass Zwangsmassnahmen nach einem vorgegebenen Procedere angeordnet und vollzogen werden und dazu beitragen, dass sämtliche betroffenen Personen rechtsgleich behandelt werden.

IV. Schützenswerte Interessen

Die Bundesverfassung sieht vor, dass öffentliche Interessen oder der Schutz von Grundrechten Dritter eine Beeinträchtigung von verfassungsmässigen Grundrechten fertigen kann⁴⁴. Soweit die Einschränkung von Grund- bzw. Persönlichkeitsrechten durch eine private Person infrage steht, genügen überwiegende Interessen. Ob es sich dabei um ein öffentliches oder lediglich ein privates Interesse handelt, ist unerheblich⁴⁵.

Der Gesetzgeber konkretisiert mitunter im Zusammenhang mit spezifischen Zwangsmassnahmen, welcher Art das schützenswerte Interesse hat. So dürfen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen nur vorgenommen werden, wenn eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter besteht oder fraglichen Massnahme schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens beseitigt werden soll⁴⁶.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zulässigkeit einer fürsorgerischen Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung können die Belastung und der Schutz von Angehörigen sowie anderen Personen berücksichtigt

³⁶ Vgl. Art. 16 ZGB.

³⁷ Siehe dazu z.B. Urteil BGER 2C_410/2014 vom 22. Januar 2015 E. 6.2 ff.

³⁸ Ibid. E. 6.4.

³⁹ Art. 16 ZGB.

⁴⁰ Vgl. Art. 381 ZGB.

⁴¹ Vgl. Art. 379 ZGB.

⁴² <https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Zwangsmassnahmen-in-der-Medizin.html> (zuletzt besucht am 13. Februar 2023).

⁴³ Vgl. BGE 133 I 58 E. 6.3.4 und Urteil BGER 2P.310/2004 vom 18. Mai 2005 E. 4.3.

⁴⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 2 BV.

⁴⁵ Vgl. Art. 28 Abs. 2 ZGB.

⁴⁶ Vgl. Art. 383 Abs. 1 lit. a und b ZGB.

werden⁴⁷. Die Zurückbehaltung in einer Einrichtung setzt aber eine Selbstgefährdung oder eine ernsthafte Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität Dritter voraus⁴⁸.

Andere Interessen, insbesondere Personalknappheit oder eingeschränkte finanzielle Mittel, rechtfertigen grundsätzlich keine Zwangsmassnahmen. Das Bundesgericht hat – in einem Staatshaftungsfall – erwogen, dass die Unterlassung einer Sitznachtwache bei Personen, welche sich in einem Delirium befinden, pflichtwidrig war, auch wenn die Kosten einer einwöchigen Sitznachtwache sich auf CHF 1'680 belaufen⁴⁹. In einem solchen Fall genügt es nicht, wenn lediglich das Patientenzimmer verriegelt wird⁵⁰. In Verallgemeinerung dieser Praxis ist auch hinsichtlich von Zwangsmassnahmen festzuhalten, dass diese nicht bereits dann ergriffen werden dürfen, wenn dadurch betriebsinterne Abläufe vereinfacht bzw. Personal oder Kosten eingespart werden können.

Eine Beeinträchtigung von Grund- oder Persönlichkeitsrechten einer Person setzt ausnahmslos eine konkrete Gefährdung der betroffenen Person oder von anderen Personen voraus. Eine bloss abstrakte Gefährdung rechtfertigt eine Zwangsmassnahme noch nicht⁵¹. Eine Person, welche das Zusammenleben auf der Station akut und schwerwiegend stört, indem sie durch forderndes, beschimpfendes Verhalten auffällt, sich gereizt, aufbrausend und provozierend verhält, sind – auch wenn sogar zwischen ihr und Mitpatienten Handgreiflichkeiten und Zwistigkeiten aufgetreten sind – kaum geeignet, eine konkrete und unmittelbare Gefährdung Dritter oder eine schwerwiegende Störung des Zusammenlebens zu belegen⁵².

V. Verhältnismässigkeit

Die Auswahl der bei einem konkreten Gefährdungslage anzuwendenden Massnahmen beurteilt sich nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Gesetzlich vorgesehene oder vertraglich vereinbarte Massnahmen dürfen, selbst wenn ein schutzwürdiges Interesse besteht, nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit angeordnet und vollzogen werden⁵³. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt auch dann, wenn private Personen eine Zwangsmassnahme greifen. Verhältnismässig ist eine Zwangsmassnahme dann, wenn die infrage stehende Zwangsmassnahme geeignet ist, das schützenswerte Interesse zu verwirklichen, keine andere, mildere Massnahme möglich ist und die Auswirkungen der infrage stehenden Zwangsmassnahme angemessen sind.

Wie bereits erwähnt sind Beeinträchtigungen des Kerngehalts eines Grund- oder Persönlichkeitsrechts sowie der unmenschliche oder erniedrigende Vollzug einer an sich zulässigen Massnahme unangemessen⁵⁴. Eine therapeutische Zwangsbehandlung (wie Sonderernährung, antibiotische und neuroleptische Behandlung) auf Grund der anerkannten Regeln der Medizin stellt keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung dar, jedenfalls wenn die ärztliche Notwendigkeit im Einzelfall überzeugend dargetan ist⁵⁵.

Erst wenn Eignung, Notwendigkeit und Angemessenheit der infrage stehenden Zwangsmassnahme im konkreten Einzelfall bejaht werden können, ist diese zulässig. Es existiert eine umfangreiche Praxis zur Verhältnismässigkeit eine Zwangsmedikation⁵⁶, nicht aber in Bezug auf andere Zwangsmassnahmen. Eine längere Einzelunterbringung anstelle einer Zwangsmedikation kann im Einzelfall verhältnismässig sein, setzt aber voraus, dass die Vor- und Nachteile von beiden Massnahmen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden⁵⁷. Eine ausgesprochen unruhige Person darf, selbst wenn es gelegentlich zu Handgreiflichkeiten mit anderen Personen kommt, nicht isoliert werden, weil deren Unruhe mit mildereren und in einer Klinik nicht unüblichen pflegerischen Massnahmen bewältigt werden kann⁵⁸.

VI. Schlussbetrachtungen

Der in der Einleitung geschilderte Fall aus der Praxis ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen in mehrfacher Hinsicht kritisch zu beurteilen:

⁴⁷ Vgl. Art. 426 Abs. 2 ZGB.

⁴⁸ Vgl. Art. 427 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB.

⁴⁹ Vgl. Urteil BGER 4P.244/2005 vom 6. Februar 2006 E. 4.3.

⁵⁰ Vgl. BGE 130 I 337 E. 5.3.

⁵¹ Vgl. BGE 130 I 16 E. 5.3.

⁵² Ibid.

⁵³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV.

⁵⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 4 BV.

⁵⁵ Vgl. BGE 127 IV 154 E. 4d.

⁵⁶ Siehe z.B. BGE 134 I 221, 130 I 16, 127 I 6 und 112, 127 IV 154 und 124 I 304.

⁵⁷ Vgl. BGE 134 I 221 E. 3.3.2.

⁵⁸ Ibid.

- Die geschilderten Massnahmen zur Ruhigstellung des betroffenen Mannes (Abgabe von sedierenden Medikamenten und Fixierung während der Nacht) beeinträchtigen seine Grund- bzw. Persönlichkeitsrechte. Nach der Rechtsprechung spielt das Motiv der die Massnahmen ausführenden Personen (Ehepartner und ambulanter Pflegedienst) keine Rolle. Auch wenn Grund- bzw. Persönlichkeitsrechte aus schützenswerten Motiven, insbesondere auch zum Zwecke der Behandlung, eingeschränkt werden, verlangt die geltende Rechtsordnung einen Rechtfertigungsgrund, ansonsten die Beeinträchtigung illegal ist.
- Dies bedeutet, dass die ausführenden Personen (Ehepartner und ambulanter Pflegedienst) für jede Massnahme, welche die Grund- und Persönlichkeitsrechte des betroffenen Mannes einschränken, einen Rechtfertigungsgrund nachweisen müssen. Der Ehegatte ist als Folge der gesetzlichen Vertretungsmacht⁵⁹ nicht berechtigt, über medizinische Zwangsmassnahmen zu entscheiden, da diese nicht die laufenden Bedürfnisse der Familie betreffen. Mit der Einführung des Neuen Erwachsenenschutzrechtes wurde die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Ehegatten erweitert⁶⁰. Mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit eines Ehegatten bzw. eines eingetragenen Partners ist der andere Ehegatte, sofern er im gleichen Haushalt lebt, insbesondere berechtigt, seine Zustimmung zu medizinischen Massnahmen zu erteilen oder zu verweigern⁶¹. Die Einwilligung oder eine allfällige nachträgliche Genehmigung kann dabei für sämtliche Massnahmen erteilt werden, für welche die betroffene Person, wenn sie selbst urteilsfähig wäre, ihre Zustimmung geben könnte.
- Im vorliegenden Fall ist die Ehefrau des urteilsunfähigen Mannes folglich berechtigt, ihre Zustimmung zur Abgabe von sedierenden Medikamenten und zur Fixierung während der Nacht zu erteilen, da diese Massnahmen zum Schutz des Betroffenen ergriffen werden. Problematisch ist die Abgabe von sedierenden Medikamenten durch die Ehefrau insoweit, als die Verabreichung von Medikamenten als Behandlungspflege gilt und gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts Angehörige, welche selber nicht über ein Pflegefachdiplom verfügen, nur für Grundpflegeleistungen von einem zugelassenen Pflegedienst angestellt werden könnten. Da die Ehefrau gemäss dem geschilderten Sachverhalt nicht angestellt ist, stellt sich vielmehr die Frage, ob die Verabreichung von Medikamenten gemäss dem kantonalen Gesundheitsgesetz eine bewilligungspflichtige Dienstleistung darstellt. Bestünde eine Bewilligungspflicht, wäre die Verabreichung von Medikamenten durch Angehörige unzulässig. Ganz unabhängig von einer allfälligen Bewilligungspflicht stellt sich zudem die Problematik, ob die Aufklärung und Anleitung der Ehefrau durch den verschreibungspflichtigen Arzt oder Apotheker hinreichend gewesen ist.
- In Bezug auf den ambulanten Pflegedienst ist klärungsbedürftig, ob der durch die Ehefrau erteilte Pflegeauftrag eine hinreichende Rechtfertigung für die Vornahme von medizinischen Zwangsmassnahmen darstellt. Wie dargelegt regeln die kantonalen Gesundheitsgesetze die Voraussetzungen für die Anordnung und Durchführung von medizinischen Zwangsmassnahmen im ambulanten Bereich überaus unterschiedlich. Sieht der Aufenthaltskanton eine entsprechende gesetzliche Regelung vor, ist der ambulante Pflegedienst verpflichtet, die diesbezüglichen Vorschriften zu beachten. Besteht keine gesetzliche Regelung, ist der erteilte Pflegeauftrag grundsätzlich eine hinreichende Rechtsgrundlage für die Vornahme von pflegerischen Zwangsmassnahmen, sofern und soweit diese im Interesse der betroffenen Person und verhältnismässig vorgenommen werden. Für medizinische Zwangsmassnahmen, welche in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtungen durchgeführt werden, gelten demgegenüber die Vorschriften des Erwachsenenschutzrechtes.
- Gemäss dem geschilderten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die pflegerischen Zwangsmassnahmen verhältnismässig durchgeführt worden sind. Sowohl die Verabreichung von sedierenden Medikamenten als auch die Fixierung während der Nacht stellen wirksame und notwendige Massnahmen dar, um die betroffene Person davor zu bewahren, sich selber zu gefährden, wenn sie ohne Begleitung im Zustand der Urteilsunfähigkeit die gewohnte Umgebung verlässt. Im vorliegenden Fall stellt sich ergänzend die Problematik, ob die pflegerischen Zwangsmassnahmen nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätten getroffen werden müssen. In diesem Zusammenhang wäre die Frage zu stellen, ob Angehörigen und/oder der ambulante Pflegedienst verpflichtet sind, von sich aus geeignete Massnahmen zu ergreifen, um die als Folge ihrer Urteilsunfähigkeit gefährdete Person zu schützen. Der ambulante Pflegedienst wäre in jedem Fall verpflichtet, die Erwachsenenschutzbehörde in Kenntnis zu setzen, sofern sich die Angehörigen weigern würden, notwendige Massnahmen zum Schutz des urteilsunfähigen Mannes zu ergreifen.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber eine umfassende Regelung erlassen würde, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Weise medizinische, insbesondere pflegerische Zwangsmassnahmen vorgenommen werden dürfen. Die derzeitige Rechtslage ist unübersichtlich und trägt dazu bei, dass Grund- und Persönlichkeitsrechte von urteilsunfähigen Personen faktisch ausser Kraft gesetzt werden, ohne dass die geltenden Vorschriften eingehalten werden.

⁵⁹ Vgl. Art. 166 Abs. 1 ZGB.

⁶⁰ Siehe Art. 374 Abs. 2 und Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

⁶¹ Vgl. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB.

Um faktische Grund- und Persönlichkeitsverletzungen im Pflegealltag zu verhindern, ist es unumgänglich, dass die Personen, welche Zwangsmassnahmen anordnen und vollziehen die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen kennen und anwenden. Die Rechtssicherheit würde erheblich verbessert, wenn jeder Pflegebetrieb eine standardisierte Vorgehensweise im Zusammenhang mit der Anordnung und den Vollzug von Zwangsmassnahmen vorsehen würde.