

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

Eine Untersuchung der Art. 383–385 ZGB
unter Berücksichtigung einschlägiger Grundrechtsnormen

JOËL GOETTI

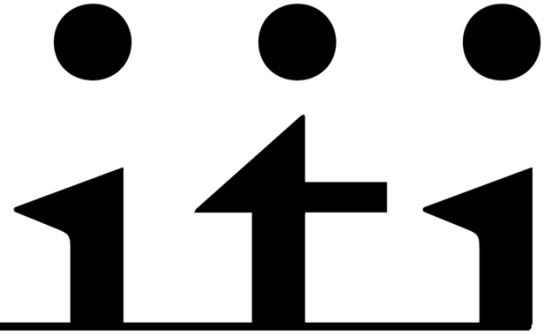
Zitiervorschlag

GOETTI, Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen»,
in: cognitio 2023/1.

URL: cognitio-zeitschrift.ch/2023-1/Goetti

DOI: [10.5281/zenodo.7635493](https://doi.org/10.5281/zenodo.7635493)

ISSN: 2624-8417



Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflege- einrichtungen

Eine Untersuchung der Art. 383–
385 ZGB unter Berücksichtigung
einschlägiger Grundrechtsnormen

JOËL GOETTI*

Die Grundlage für Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bei der Betreuung von Urteilsunfähigen in Wohn- oder Pflegeheimen findet sich in den Art. 383 ff. ZGB.

Im vorliegenden Artikel wird untersucht, inwiefern diese rechtliche Grundlage mit den grundrechtlichen Anforderungen aus BV und EMRK im Einklang

steht. Umstritten ist unter anderem, ob die Regelung in den Art. 383 ff. ZGB unter das Regime des Freiheitsentzugs nach Art. 31 BV mit dessen erhöhten Verfahrensanforderungen zu stellen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies nicht der Fall. Zwar hat der Gesetzgeber mit den Art. 383 ff. ZGB einen dringenden Regelungsbedarf gedeckt, jedoch wäre eine genauere Umschreibung der erlaubten oder eher der nicht erlaubten Massnahmen wünschenswert.

* BLaw, Studierender in Assistenzfunktion am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Thomas Sutter-Somm an der Universität Basel und Legal Assistant bei der Neurostatus-UHB AG, joel.goetti@unibas.ch. Der vorliegende Beitrag ist eine überarbeitete Version einer Seminararbeit, die der Autor im Rahmen der Lehrveranstaltung «SKUBA-Clinic, Rechtsberatung von Studierenden für Studierende» von Marga Burri, MLaw, Advokatin, und Dr. iur. Sebastian Schenk, Advokat, an der Universität Basel verfasst hat.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	2
II. Grundlagen	2
A. Das Grundrecht der Bewegungsfreiheit	3
1. Voraussetzungen für eine zulässige Beschränkung der Bewegungsfreiheit	4
2. Voraussetzungen für einen zulässigen Freiheitsentzug im Besonderen	4
B. Urteilsunfähigkeit	5
C. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Urteilsunfähigen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen nach Art. 383–385 ZGB	6
1. Anwendungsbereich und Begriffliches	6
2. Regelungsinhalt	8
III. Vereinbarkeit der Art. 383–385 ZGB mit den grundrechtlichen Garantien	9
A. Anwendbarkeit der Grundrechte im Kontext der Wohn- und Pflegeeinrichtungen	9
B. Die Vereinbarkeit im Einzelnen	12
1. Art. 383 ZGB als gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff i.S.v. Art. 36 Abs. 1 BV	12
2. Verfahrenstechnisches Vorgehen nach Art. 383 ff. ZGB im Vergleich zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben	14
IV. Zusammenfassung und Fazit	15

I. Einleitung

Im Pflegealltag kommt es immer wieder vor, dass Urteilsunfähige in ihren Freiheitsrechten beschnitten werden (müssen).¹ Zu den-

¹ Siehe etwa MÖSCH PAYOT PETER, Freiheitsbeschränkungen für Erwachsene in Heimen, in: *Pflegerecht*, 2018/2, S. 67 ff., S. 67, der die Mo-

den ist etwa an den Bewohner eines Wohnheims für Menschen mit Beeinträchtigungen, der wegen eines Natriummangels täglich nur eine begrenzte Menge Flüssigkeit zu sich nehmen darf. Ein anderes Beispiel ist die demente Bewohnerin eines Altersheimes, welche aufgrund der Gefahr von Stürzen nur noch in Begleitung Spaziergänge im Freien unternehmen darf. Sofern diese Beschränkungen gegen den Willen der Betroffenen geschehen, wird dadurch regelmässig in deren Grundrechte eingegriffen.²

Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, inwiefern die Regelungen im Erwachsenenschutzrecht über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Urteilsunfähigen in Wohn- oder Pflegeheimen nach [Art. 383–385 ZGB](#) mit dem Grundrecht der Bewegungsfreiheit vereinbar sind. Nach einführenden Erläuterungen zur Bewegungsfreiheit und zur Urteilsfähigkeit (Kapitel II. A. und II. B.), folgt eine Veranschaulichung des Regelungsinhalts der [Art. 383–385 ZGB](#) (Kapitel II.C.). Im Hauptteil wird darauf eingegangen, inwiefern die Regelungen der Einschränkung der Bewegungsfreiheit nach [Art. 383 ff. ZGB](#) mit den grundrechtlichen Vorgaben vereinbar sind (Kapitel III.). Es wird dabei insbesondere auch die Frage behandelt, ob die Garantien bei Freiheitsentzug nach [Art. 31 BV](#) und [Art. 5 EMRK](#) im Rahmen der [Art. 383–385 ZGB](#) anzuwenden sind. Den Abschluss bildet eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse.

II. Grundlagen

Für ein einfacheres Verständnis des Zusammenhangs der [Art. 383 ff. ZGB](#) mit dem Grundrecht der Bewegungsfreiheit und dem Konzept der Urteilsunfähigkeit, werden die-

dalitäten von Freiheitsbeschränkungen als eine zentrale Frage des Pflegeverhältnisses bezeichnet; SCHWEIZERISCHE GESELLSCHAFT FÜR GERONTOLOGIE, Freiheit und Sicherheit, Richtlinien zum Umgang mit bewegungseinschränkenden Massnahmen, 3. Aufl., Liebefeld 2017, S. 2.
² [BGE 133 I 58 E. 6.1 S. 66](#); [BGE 127 I 6 E. 5a S. 11](#).

se im folgenden Kapitel überblicksartig erläutert.

A. Das Grundrecht der Bewegungsfreiheit

Die Bewegungsfreiheit wird in [Art. 10 Abs. 2 BV](#) als Grundrecht geregelt.³ Sie gibt der Einzelperson das Recht, sich gemäss ihrem eigenen Willen zu bewegen.⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst dies sowohl ein, sich an einen Ort hin zu begeben als auch sich von diesem zu entfernen.⁵ Der Einzelne ist vor Eingriffen physischer (etwa polizeiliche Zwangsmassnahmen) oder nicht-physischer Art (Befehle oder Verbote) geschützt.⁶ In der Dimension des Sich-Entfernens ist das Grundrecht tangiert, wenn eine Person in einem eingeschränkten Bereich entgegen ihrem Willen festgehalten wird.⁷ Dies liegt bereits dann vor, wenn jemand nur kurz angehalten wird, um etwa die Ausweispapiere zwecks Personenkontrolle vorzuweisen.⁸ Ein weiteres Beispiel bildet das Einsperren in einem Zimmer im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung.⁹

Damit eine Einschränkung der Bewegung in die Bewegungsfreiheit eingreift, bedarf sie

einer gewissen Intensität.¹⁰ Eine Bewegungshinderung ist erst ab einigen Minuten grundrechtsrelevant, nicht jedoch bei einer Dauer von nur einigen Sekunden.¹¹ Um festzustellen, ob ein relevanter Eingriff vorliegt, sind die Umstände des Einzelfalls zu bewerten.¹² So greift etwa das Verbringen auf die Dienststelle oder eine polizeiliche Anhaltung in die Bewegungsfreiheit ein.¹³ Keinen Eingriff stellt jedoch das Verbot dar, die Naturschutzzone eines Sees zu befahren.¹⁴

Beim in [Art. 31 BV](#) und [Art. 5 EMRK](#) geregelten Freiheitsentzug, handelt es sich um eine besonders starke Einschränkung der Bewegungsfreiheit.¹⁵ Diese unterscheidet sich von der bloss leichten Beschränkung i.S.v. [Art. 10 Abs. 2 BV](#) anhand der gesamten Umstände einer Einschränkungshandlung wie etwa Intensität, Ausmass oder Dauer.¹⁶ Eine abschliessende Definition dafür, ab wann eine Bewegungsfreiheitsbeschränkung eine Entziehung der Freiheit darstellt, gibt es indes nicht.¹⁷ So liegt Freiheitsentzug etwa bei einer Untersuchungshaft oder auch bei einer fürsorgerischen

³ In weniger weitgehender Weise ist auch durch [Art. 8 EMRK](#) ein Schutz der Bewegungsfreiheit gegeben. Siehe m. w. H. [BGE 130 I 369 E. 2 S. 374](#).

⁴ Vgl. [BGE 90 I 29 E. 3a S. 34](#); SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 33 zu Art. 10 BV.

⁵ [BGE 90 I 29 E. 3a S. 34](#); TSCHENTSCHER AXEL, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015, N 62 zu Art. 10 BV.

⁶ [BGE 82 I 234 E. 3 S. 238](#); TSCHENTSCHER (Fn. 5), N 63 zu Art. 10 BV.

⁷ Vgl. [BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143](#); TSCHENTSCHER (Fn. 5), N 63 zu Art. 10 BV.

⁸ [BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 150](#).

⁹ [BGE 134 I 209 E. 2.3.2 S. 211](#);

[BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143](#).

¹⁰ [BGE 108 Ia 59 E. 4a S. 60 f.](#); BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, N 19 zu Art. 10 BV.

¹¹ Vgl. [BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 150](#); BAUMANN FELIX, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit, in: ZBl, 2004/105, S. 505 ff., S. 528.

¹² M. w. Verw. [BGE 108 Ia 59 E. 4a S. 61](#); BIAGGINI (Fn. 10), N 2 zu Art. 31 BV; TSCHENTSCHER (Fn. 5), N 70 zu Art. 10 BV.

¹³ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.3.

¹⁴ [BGE 108 Ia 59](#).

¹⁵ Urteil des EGMR *Guzzardi gegen Italien* vom 6. November 1980, Serie A Bd. 39 § 92; m. w. H. [BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143](#); [BGE 123 II 193 E. 3b S. 197](#); BIAGGINI (Fn. 10), N 19 zu Art. 10 BV.

¹⁶ Urteil des EGMR *Guzzardi gegen Italien* vom 6. November 1980, Serie A Bd. 39 § 93; [BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143](#); [BGE 136 I 87 E. 6.5.3 S. 108 f.](#); SCHÜRMAN FRANK, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015, N 9 zu Art. 31 BV.

¹⁷ BAUMANN (Fn. 11), S. 519.

Unterbringung nach [Art. 426 ZGB](#) vor.¹⁸ Ebenfalls einen Fall von Freiheitsentzug stellt die Isolation zur Vermeidung der Verbreitung ansteckender Krankheiten dar.¹⁹ Dieser Fall ist gerade im Rahmen der Bekämpfung der Covid-19 Pandemie von Bedeutung.²⁰ Kein Freiheitsentzug ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung in einem Rayonverbot zu sehen, da in einem solchen Fall noch eine Vielzahl anderer potentieller Aufenthaltsorte zur Auswahl verbleibt.²¹

Der Kerngehalt der Bewegungsfreiheit ist dann tangiert, wenn einer Person die Möglichkeit der Änderung des Aufenthaltsortes unwiederbringlich genommen wird, etwa bei einer lebenslangen Haft ohne die Möglichkeit der periodischen Überprüfung.²²

1. Voraussetzungen für eine zulässige Beschränkung der Bewegungsfreiheit

Eine Freiheitsbeschränkung i.S.v. [Art. 10 Abs. 2 BV](#) muss den Anforderungen von [Art. 36 BV](#) genügen²³ [Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV](#) setzt für eine Grundrechtseinschränkung eine Gesetzesgrundlage voraus, mithin eine hinreichend bestimmte Norm generell-abstrakter Natur.²⁴ Es wird hierbei nicht generell verlangt, dass es sich um ein Gesetz im formellen Sinn handelt.²⁵ Bei schweren

Grundrechtseingriffen wird dies jedoch vorausgesetzt ([Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV](#)).²⁶ [Art. 36 Abs. 2 BV](#) verlangt, dass der Grundrechtseingriff einem überwiegenden²⁷ öffentlichen Interesse oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dient. Der Grundrechtseingriff muss zudem verhältnismässig sein ([Art. 36 Abs. 3 BV](#)). Verhältnismässig ist ein Grundrechtseingriff, wenn er geeignet ist das verfolgte Ziel zu erreichen, dazu auch erforderlich und als der Unterworfenen zumutbar zu erachten ist.²⁸ Erforderlich ist ein Eingriff, wenn er das mildeste Mittel darstellt.²⁹ Zumutbarkeit liegt vor, wenn die Relation zwischen dem Eingriff und dem verfolgten Ziel nicht in unvernünftiger Weise zulasten der dem Eingriff Unterworfenen Person erscheint.³⁰ [Art. 36 Abs. 4 BV](#) verbietet schliesslich jeden Eingriff in den Kerngehalt eines Grundrechts.³¹

2. Voraussetzungen für einen zulässigen Freiheitsentzug im Besonderen

[Art. 31 BV](#) definiert die Anforderungen, die für eine rechtmässige Entziehung der Freiheit zu erfüllen sind.³² Diese Norm ist zu grossen Teilen [Art. 5 EMRK](#) und [Art. 9 UNO-Pakt II](#) nachgebildet.³³ Ein Freiheitsentzug ist gemäss [Art. 31 Abs. 1 BV](#) nur in den vom Gesetz definierten Fällen zulässig. Diese sind im Katalog des [Art. 5 Abs. 1](#)

¹⁸ [BGE 134 I 140 E. 3.2 S. 143](#); BIAGGINI (Fn. 10), N 2 zu Art. 31 BV.

¹⁹ KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, Rz. 36 zu § 12.

²⁰ PETRIK ANDREAS, Schutzpflichten der Dienstleistungserbringer, in: *Pflegerecht 2021/1*, S. 40 ff., S. 42.

²¹ [BGE 134 I 140 E. 3.3 S. 144](#); vgl. [BGE 130 I 369 E. 2 S. 374](#); VEST HANS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 1 zu Art. 31 BV.

²² Vgl. [BGE 102 Ia 279 E. 2a S. 283](#); BAUMANN (Fn. 11), S. 532.

²³ [BGE 128 I 184 E. 2.1 S. 186](#); [BGE 127 I 6 E. 6 S. 18](#).

²⁴ Vgl. [BGE 139 I 280 E. 5.1 S. 284](#); BIAGGINI (Fn. 10), N 10 zu Art. 36 BV.

²⁵ Vgl. etwa [BGE 132 I 49 E. 6 S. 57](#); EPINEY ASTRID, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva

Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Basel 2015, N 29 zu Art. 36 BV.

²⁶ [BGE 128 I 184 E. 2.1 S. 186](#).

²⁷ [BGE 138 I 378 E. 8.3 S. 393 f.](#)

²⁸ [BGE 140 I 2 E. 9.2.2 S. 24](#); [BGE 132 I 49 E. 7.2 S. 62](#).

²⁹ [BGE 132 I 49 E. 7.2 S. 62](#); BIAGGINI (Fn. 10), N 23 zu Art. 36 BV.

³⁰ SCHWEIZER (Fn. 4), N 40 zu Art. 36 BV.

³¹ Zum Kerngehalt der Bewegungsfreiheit: siehe Unterkapitel II.A.

³² [BGE 127 I 6 E. 5a S. 11](#); vgl. BIAGGINI (Fn. 10), N 3 zu Art. 31 BV.

³³ Siehe Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.2; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 88.

EMRK abschliessend aufgelistet.³⁴ Beide Normen enthalten die Regelung, dass der Freiheitsentzug auch verfahrenstechnisch auf die im Gesetz beschriebene Weise zu erfolgen hat. Das Bundesgericht erachtet eine Freiheitsentziehung stets als schweren Eingriff in die Bewegungsfreiheit i.S.v. [Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV](#), womit die Grundlage für eine solche in einem Gesetz im formellen Sinne verankert sein muss.³⁵ Eine gesetzeskonforme Freiheitsentziehung muss überdies verhältnismässig sein.³⁶ [Art. 31 Abs. 2 Satz 1 BV](#), [Art. 5 Abs. 2 EMRK](#) sowie [Art. 9 Abs. 2 UNO-Pakt II](#) verpflichten dazu, die betroffene Person über die Gründe für den Freiheitsentzug aufzuklären. [Art. 31 Abs. 2 Satz 1 und 2 BV](#) sehen vor, dass die Person, der die Freiheit entzogen wird, über ihre Rechte informiert und in den Zustand versetzt wird, diese ausüben zu können. [Art. 31 Abs. 4 BV](#) gibt der Einzelperson bei Freiheitsentzug das Recht auf schnellstmögliche richterliche Beurteilung. Diese Norm ist im Vergleich zu [Art. 29a BV](#) als weitergehende Rechtsweggarantie anzusehen.³⁷

B. Urteilsunfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit wird in [Art. 16 ZGB](#) als Befähigung zu vernunftgemässen Handeln definiert. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die Urteilsfähigkeit zwei Merkmale: Das wissensbezogene Charakteristikum ist die Möglichkeit, die Sinnhaftigkeit und die Konsequenzen eines gewissen Tuns zu erfassen. Das zweite Merkmal ist die Fähigkeit, sein Handeln nach dieser Einsicht zu richten.³⁸ Vernunftgemässes Handeln bedeutet nicht, dass eine gegebene Ent-

scheidung sinnvoll sein muss.³⁹ Auch irrationale Entscheidungen schaden der Urteilsfähigkeit einer Person nicht.⁴⁰

Die Urteilsfähigkeit kann nicht in abstrakter Weise festgestellt oder aberkannt werden, viel eher muss sie für jede spezifische Handlung separat hinterfragt werden.⁴¹ Es ist also möglich, dass eine Person für gewisse Handlungen als urteilsfähig anzusehen ist, für andere wiederum nicht.⁴² Voraussetzung ist, dass die Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der Handlung vorliegt.⁴³ Die Urteilsfähigkeit wird grundsätzlich vermutet, wer das Gegenteil behauptet, hat dies zu beweisen.⁴⁴

Urteilsunfähigkeit liegt vor, wenn eine der in [Art. 16 ZGB](#) genannten Prädispositionen, wie etwa eine geistige Behinderung vorliegt und daraus das Unvermögen, vernunftgemäss zu handeln, resultiert.⁴⁵ Wenn eine Person eine dieser Veranlagungen aufweist und diese nach genereller Lebenserfahrung vernünftiges Verhalten verunmöglicht, so wird die Urteilsunfähigkeit vermutet.⁴⁶ In einem solchen Fall ist die Urteilsfähigkeit für

³⁴ SCHÜRMANN (Fn. 16), N 15 zu Art. 31 BV; VEST (Fn. 21), N 4 zu Art. 31 BV.

³⁵ Urteil des BGer 1B_130/2012 vom 23. März 2012 E. 2.1; BGE 128 I 184 E. 2.1 S. 186; BGE 127 I 6 E. 5a S. 11.

³⁶ Urteil des BGer 6B_409/2017 vom 17. Mai 2017 E. 1.2.2; BGE 123 I 268 E. 2c S. 270; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 33), S. 97.

³⁷ Urteil des BGer 1C_350/2013 vom 22. Januar 2014 E. 3.2; VEST (Fn. 21), N 40 zu Art. 31 BV.

³⁸ Zum Ganzen: BGE 144 III 264 E. 6.1.1 S. 271; BGE 124 III 5 E. 1a S. 7.

³⁹ BGE 117 II 231 E. 2a S. 233; FANKHAUSER ROLAND/BLEICHENBACHER ANNA, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, N 18 zu Art. 16 ZGB.

⁴⁰ BGE 39 II 190 E. 3 S. 198; FANKHAUSER/BLEICHENBACHER (Fn. 39), N 18 zu Art. 16 ZGB.

⁴¹ BGE 144 III 264 E. 6.1.1 S. 271; BGE 134 II 235 E. 4.3.2 S. 239.

⁴² Urteil des BGer 5A_272/2017 vom 7. November 2017 E. 5.4; BGE 124 III 5 E. 1a S. 8.

⁴³ BGE 134 II 235 E. 4.3.2 S. 239; BGE 117 II 231 E. 2 S. 231 f.

⁴⁴ Urteil des BGer 4A_254/2020 vom 22. Juli 2020 E. 3.2; Urteil des BGer 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 2.1.

⁴⁵ Urteil des BGer 5A_272/2017 vom 7. November 2017 E. 5.4; FANKHAUSER ROLAND, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, N 5 zu Art. 16 ZGB.

⁴⁶ BGE 144 III 264 E. 6.1.3 S. 272; Urteil des BGer 5A_191/2012 vom 12. Oktober 2012 E. 4.1.1.

eine bestimmte Handlung von der diese behauptenden Person zu beweisen.⁴⁷

C. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Urteilsunfähigen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen nach Art. 383–385 ZGB

Bevor die Funktionsweise der Art. 383 ff. ZGB erläutert werden kann, sind im Folgenden der Anwendungsbereich und die Begrifflichkeiten der Normen zu klären.

1. Anwendungsbereich und Begriffliches

Grundsätzlich sind die Regeln nach Art. 383 ff. ZGB im Rahmen eines freiwilligen Aufenthalts in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung anzuwenden.⁴⁸ Der Begriff der Wohn- oder Pflegeeinrichtung bleibt im ZGB undefiniert.⁴⁹ Massgebliche Merkmale sind das Gewähren von Obdach, von Ernährung und Betreuungsleistung in einer kollektiv ausgelegten Form des Wohnens.⁵⁰ Die Art. 382–387 ZGB gelten gleichermaßen für öffentlich-rechtliche und privatrecht-

liche Einrichtungen.⁵¹ Der Aufenthalt muss im Bereich der Art. 383 ff. ZGB nicht auf lange Zeit angelegt sein, was den Anwendungsbereich im Vergleich zu Art. 382 ZGB vergrössert.⁵² Gemäss Art. 438 ZGB sind die Bestimmungen in den Art. 383–385 ZGB analog auch auf Bewegungseinschränkungen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung anwendbar. Der Anwendungsbereich beschränkt sich weiter auf erwachsene Personen,⁵³ die urteilsunfähig sind und kann nicht auf Urteilsfähige erweitert werden.⁵⁴ Die Urteilsunfähigkeit bezieht sich dabei auf die in Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB genannten Tatbestände, also die ernsthafte Gefahr für Leib und Leben oder die schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens.⁵⁵

Betreffend die Einschränkungsmassnahmen geht der Bundesrat in der Botschaft ESR von einem weiten Begriffsverständnis aus.⁵⁶ Grundsätzlich geht es darum, jemanden an

⁴⁷ BGE 124 III 5 E. 1b S. 8 f.

⁴⁸ Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7001 ff., S. 7039; VAERINI MICAELA, in: Buechler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), Erwachsenenschutz, FamKomm, Bern 2013, N 5 zu Art. 383 ZGB.

⁴⁹ BOENTE WALTER, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen Art. 360–387 ZGB, Zürcher Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2015, N 16 zu Art. 382 ZGB; HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021, N 242; vgl. HOTZ SANDRA, Der Betreuungsvertrag, in: Die Praxis des Familienrechts 2016/4, S. 815 ff. S. 823.

⁵⁰ LEUBA AUDREY/VAERINI MICAELA, in: Buechler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), Erwachsenenschutz, FamKomm, Bern 2013, N 16 f. zur Einf. Art. 382–387 ZGB; Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz, Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2012, N 11.2.

⁵¹ BOENTE (Fn. 49), N 79 zu den Vorbemerkungen zu Art. 374–387 ZGB; BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2020, S. 170.

⁵² FASSBIND PATRICK, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021, N 1 zu Art. 383 ZGB; LEUBA/VAERINI (Fn. 50), N 19 zur Einf. Art. 382–387 ZGB.

⁵³ LEUBA/VAERINI (Fn. 50), N 9 zur Einf. Art. 382–387 ZGB; LEUBA AUDREY/TRITTEN CÉLINE, La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen 2003, S. 284 ff., S. 285.

⁵⁴ MÖSCH PAYOT PETER, in: Rosch Daniel/Buechler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, N 4 zu Art. 383–385 ZGB. Dies implizieren wohl auch der Wortlaut des Art. 383 Abs. 1 ZGB sowie die systematische Verortung im zweiten Abschnitt mit dem Titel «Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen», siehe dazu auch LANDOLT HARRY, Pandemie und Patientenrechte – ein spannungsvolles Verhältnis!, in: Pflegerecht, 2021/1, S. 58 ff., S. 59.

⁵⁵ BOENTE (Fn. 49), N 6 zu Art. 383 ZGB.

⁵⁶ Botschaft ESR (Fn. 48), S. 7039.

der körperlichen Bewegung zu hindern oder diese auf einen begrenzten Raum zu beschränken. Dies geschieht etwa durch das Isolieren in geschlossenen Räumen, die Verwendung von Bettgittern, das Fixieren von Gliedmassen oder die Wegnahme von Gehhilfen oder Rollstühlen.⁵⁷ Auch wenn die betreffende Person subjektiv von einer Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit ausgehen darf, etwa aufgrund eines mündlichen Verbotes, ist dies unter [Art. 383 ZGB](#) zu subsumieren.⁵⁸ Überwachungsmaßnahmen, wie etwa das Versehen mit einem Ortungssender sowie rein disziplinierende Massnahmen, werden nicht von [Art. 383 ff. ZGB](#) erfasst.⁵⁹ Werden Medikamente zur Immobilisierung von Betreuten verwendet, ist dies nicht von [Art. 383 ZGB](#) gedeckt, sondern fällt unter die Bestimmungen über medizinische Massnahmen ([Art. 377 ff. ZGB](#)).⁶⁰ Letzteres wird in der Literatur jedoch mitunter kritisiert.⁶¹ Die Einschränkung anderer Freiheitsrechte, etwa durch Konsumationsverbote, ist ebenfalls nicht unter den [Art. 383 ff. ZGB](#) zu behandeln.⁶²

Einschränkungen der Bewegungsfreiheit nach [Art. 383 ff. ZGB](#) entsprechen nicht einem Freiheitsentzug i.S.v. [Art. 31 BV](#) und [Art. 5 EMRK](#), sondern einer Freiheitsbeschränkung.⁶³ Dies ist zutreffend, solange die

Massnahme nicht auf Dauer angelegt ist und unregelmässig getroffen wird.⁶⁴ Bei einer dauerhaften Einschränkung kann nicht mehr von einer blossen Beschränkung der Freiheit i.S.v. [Art. 10 Abs. 2 BV](#) die Rede sein; vielmehr ist von einem Freiheitsentzug auszugehen. Die Abgrenzung ist nicht immer klar.⁶⁵ Wenn die Intensität für einen Freiheitsentzug spricht, so ist der Fall unter der Regelung der fürsorgerischen Unterbringung nach [Art. 426 ff. ZGB](#) zu behandeln und die [Art. 383 ff. ZGB](#) kommen nicht mehr direkt zur Anwendung.⁶⁶ Wenn sich die betroffene Person unabhängig ihrer Urteilsunfähigkeit dagegen wehrt, in eine Einrichtung gebracht zu werden, so liegt ein Freiheitsentzug im Sinne einer fürsorgerischen Unterbringung vor.⁶⁷ Ebenfalls nicht von [Art. 383 ff. ZGB](#) erfasst sind Besuchsbeschränkungen oder -verbote,⁶⁸ wie sie etwa im Rahmen der Bekämpfung der Covid-19 Pandemie vorkamen.⁶⁹ Solche Einschränkungen fallen unter [Art. 386 ZGB](#).⁷⁰

⁵⁷ Vgl. [Urteil des BGer 5A_255/2017 vom 18. Mai 2017 E. 3.3.1](#); M. w. H. MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 5 zu Art. 383–385 ZGB.

⁵⁸ STAVRO-KÖBRICH TIM/STECK DANIEL, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, 6. Aufl., Basel 2018, N 9 zu Art. 383 ZGB; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 51), S. 172.

⁵⁹ M.w.H. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 51), S. 172; HÄFELI (Fn. 49), N 252.

⁶⁰ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7039; FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 383 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 8 zu Art. 383 ZGB.

⁶¹ So etwa MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 7 zu Art. 383–385 ZGB, der dafür plädiert, dass nicht auf die Mittel, sondern auf den bei den Betroffenen eintretenden Erfolg abgestellt wird; siehe auch BOENTE (Fn. 49), N 32 zu Art. 383 ZGB.

⁶² VAERINI (Fn. 48), N 11 zu Art. 383 ZGB.

⁶³ Vgl. auch [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7039, wo auf die entsprechende Rechtsprechung des EGMR, mit welcher dieser ebenjene begriffliche Unterscheidung trifft, explizit Bezug genommen

wird. Siehe auch BREITSCHMID PETER, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, N 2 zu Art. 383–385 ZGB; STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Bern 2014, N 1036; MEIER PHILIPPE, *Droit de la protection de l'adulte, Articles 360–456 CC*, Genf/Zürich/Basel 2016, N 634; zur Auseinandersetzung mit der abweichenden Meinung siehe Unterkapitel III.A.

⁶⁴ VAERINI (Fn. 48), N 2 zu Art. 383 ZGB.

⁶⁵ Zum Ganzen: MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 6 zu Art. 383–385 ZGB; Vgl. TSCHENTSCHER (Fn. 5), N 65 zu Art. 10 BV.

⁶⁶ MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 6 zu Art. 383–385 ZGB.

⁶⁷ LEUBA/VAERINI (Fn. 50), N 12 zur Einf. Art. 382–387 ZGB.

⁶⁸ STAVRO-KÖRICH/STECK (Fn. 58), N 11 zu Art. 383 ZGB.

⁶⁹ HÄRING DANIEL/MÜLLER MERET T., *Das Recht auf Selbstbestimmung von Bewohnerinnen und Bewohnern von Alters- und Pflegeheimen in Zeiten von Corona (Covid 19)*, in: *Pflegerecht* 2021/1, S. 52 ff., S. 53.

⁷⁰ STAVRO-KÖRICH/STECK (Fn. 58), N 7a zu Art. 386 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 12 zu Art. 386 ZGB.

2. Regelungsinhalt

Art. 383 Abs. 1 ZGB setzt für die Beschränkung der Bewegungsfreiheit voraus, dass weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von Beginn weg von deren Wirkungslosigkeit auszugehen ist. Darüber hinaus hat die Beschränkung einem der beiden im **selben Absatz unter Ziff. 1 und 2** genannten Ziele zu dienen. Als zulässige Zwecke gelten die Beseitigung einer ernststen Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit des Betroffenen bzw. Dritter (**Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB**) oder einer schweren Beeinträchtigung des Gemeinschaftslebens (**Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB**). Die Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit muss gerade stattfinden oder kurz bevorstehen und kann psychischer oder physischer Art sein.⁷¹ Dritte sind bereits bei Gewaltdrohungen, physischen Übergriffen oder generell aggressivem Gebaren gefährdet.⁷²

Der Tatbestand des **Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB** ist erfüllt, wenn die Störung für andere Personen als einzelne Mitglieder der Gemeinschaft nicht mehr zumutbar ist.⁷³ Es ist dabei darauf abzustellen, was im Einzelfall den Grad des Tolerierbaren darstellt, der von den übrigen Bewohnenden erwartet werden darf.⁷⁴ Die Beschränkung der Bewegungsfreiheit darf nur als letztes Mittel dienen.⁷⁵ Sie ist insbesondere nicht durch Einsparungen beim Pflegepersonal zu rechtfertigen, durch die etwa eine Störung des Gemeinschaftslebens erst entstehen kann.⁷⁶

Vor der einschränkenden Massnahme ist die betroffene Person mündlich⁷⁷ über den Grund, die Dauer und die Ausgestaltung der Massnahme aufzuklären sowie über die Identität der sie während der Massnahme betreuenden Person (**Art. 383 Abs. 2 ZGB**). In Notfällen kann dies auch im Nachgang der Massnahme geschehen.⁷⁸ Dies soll der Vorbeugung voreiliger Entschlüsse der Betreuenden dienen sowie bei den Betroffenen ein gewisses Verständnis für die Situation generieren und somit Unmut verringern.⁷⁹ Nicht verlangt wird eine Orientierung über die verfügbaren Rechtsmittel.⁸⁰ Die Einschränkung ist schnellstmöglich aufzuheben und die Möglichkeit der Aufhebung regelmässig zu überprüfen (**Art. 383 Abs. 3 ZGB**).

Über alle bewegungseinschränkende Massnahmen ist gemäss **Art. 384 Abs. 1 Satz 1 ZGB** Protokoll zu führen. Dieses muss Aufschluss über die anweisende Person, das Ziel, die Dauer und die Natur der Massnahme geben (**Art. 384 Abs. 1 Satz 2 ZGB**). Das Protokoll ist auch bezüglich der regelmässigen Prüfung der Möglichkeit zur Aufhebung der Massnahme nach **Art. 383 Abs. 3 ZGB** zu führen.⁸¹ In dieses Protokoll hat die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechnete Person ein Einsichtsrecht (**Art. 384 Abs. 2 Satz 2 ZGB**). Diese Person ist ausserdem gemäss **Art. 384 Abs. 2 Satz 2 ZGB** über die fragliche Massnahme zu informieren. Die Identität der bei medizinischen Massnahmen zur Vertretung berechtigten Person definiert sich nach **Art. 378 ZGB**.⁸² Das Einsichtsrecht kommt nach **Art. 384 Abs. 3 ZGB** auch der die Einrich-

⁷¹ FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 383 ZGB; mit Beispielen: LEUBA/TRITTEN (Fn. 53), S. 294.

⁷² VAERINI (Fn. 48), N 16 zu Art. 383 ZGB; mit Beispielen: LEUBA/TRITTEN (Fn. 53), S. 294.

⁷³ BOENTE (Fn. 49), N 49 zu Art. 386 ZGB.

⁷⁴ **Botschaft ESR** (Fn. 48), S. 7040.

⁷⁵ Siehe den **Wortlaut des Art. 383 Abs. 1 ZGB**: «wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen»; **Botschaft ESR** (Fn. 48), S. 7040; VAERINI (Fn. 48), N 19 zu Art. 383 ZGB.

⁷⁶ **Botschaft ESR** (Fn. 48), S. 7040; Vgl. BÜCHLER/MICHEL (Fn. 51), S. 173.

⁷⁷ BOENTE (Fn. 49), N 61 zu Art. 383 ZGB.

⁷⁸ STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 63), N 1043; VAERINI (Fn. 48), N 25 zu Art. 383 ZGB.

⁷⁹ **Botschaft ESR** (Fn. 48), S. 7040; LEUBA/TRITTEN (Fn. 53), S. 295.

⁸⁰ BOENTE (Fn. 49), N 65 zu Art. 383 ZGB.

⁸¹ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 5 zu Art. 384 ZGB.

⁸² SCHMID HERMANN, *Erwachsenenschutz*, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 384 ZGB.

tung beaufsichtigenden Behörde zu.⁸³ Die Erstellung des Protokolls sowie die Information der vertretungsberechtigten Person haben schnellstmöglich zu erfolgen.⁸⁴

Gegen eine Massnahme i.S.v. [Art. 383 ZGB](#) kann sich die Betroffene, aber auch eine dieser nahestehende Person, jederzeit schriftlich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) beschweren ([Art. 385 Abs. 1 ZGB](#)). Die schriftliche Form ist dabei keine Gültigkeitsvoraussetzung, dient aber der Rechtssicherheit.⁸⁵ Eine nahestehende Person ist jede Person, die faktisch eine Verbindung zur Betroffenen hat.⁸⁶ Die Beschwerde ist an keine Frist gebunden,⁸⁷ jedoch muss die Massnahme andauern, da ansonsten kein Interesse mehr an einer Beurteilung besteht.⁸⁸ Die Behörde stellt fest, ob eine Massnahme gesetzlich zulässig ist und wird sie gegebenenfalls ändern, eine behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes anordnen oder die Massnahme aufheben ([Art. 385 Abs. 2 ZGB](#)). Die Beurteilung durch die KESB nach [Art. 385 ZGB](#) erfolgt als erstinstanzliches Verfahren nach [Art. 443 ff. ZGB](#).⁸⁹ Es handelt sich bei der Anrufung der KESB denn auch nicht um eine Beschwerde im Sinne eines Rechtsmittels.⁹⁰ Gegen den Entscheid der KESB kann beim zuständigen Gericht Beschwerde eingereicht werden.⁹¹

⁸³ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 6 zu Art. 387 ZGB; LEUBA/VAERINI (Fn. 50), N 7 zu Art. 387 ZGB.

⁸⁴ VAERINI (Fn. 48), N 4 zu Art. 384 ZGB.

⁸⁵ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7041; BREITSCHMID (Fn. 63), N 12 zu Art. 383–385 ZGB.

⁸⁶ MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 14 zu Art. 383–385 ZGB.

⁸⁷ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7041; FASSBIND (Fn. 52), OFK ZGB, N1 zu Art. 385 ZGB.

⁸⁸ Vgl. [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7056; VAERINI (Fn. 48), N 15 zu Art. 385 ZGB.

⁸⁹ FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 450 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 16 zu Art. 385 ZGB.

⁹⁰ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 3 zu Art. 385 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 9 zu Art. 385 ZGB.

⁹¹ HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der

Gemäss [Art. 385 Abs. 3 ZGB](#) ist der KESB jedes Ersuchen um eine Beurteilung weiterzuleiten. Sie kann die Überprüfung einer Massnahme auch von Amtes wegen einleiten.⁹² Die Behörde ist dazu sogar verpflichtet, sofern ihr Hinweise zukommen, die eine widerrechtliche Einschränkung nahelegen.⁹³ Der betroffenen Person steht es offen, die Beschwerde an die KESB selbst vorzunehmen, wenn sie diesbezüglich urteilsfähig ist.⁹⁴ Dies ist sie jedenfalls dann, wenn sie in der Lage ist, ihr Missbehagen bezüglich der fraglichen Massnahme schriftlich auszudrücken.⁹⁵

III. Vereinbarkeit der [Art. 383–385 ZGB](#) mit den grundrechtlichen Garantien

Für die Frage der Vereinbarkeit mit den grundrechtlichen Normierungen (B.) muss zunächst geklärt werden, ob die verfassungs- und völkerrechtlich garantierte Bewegungsfreiheit überhaupt im Bereich der [Art. 383 ff. ZGB](#) zur Anwendung kommt (A.).

A. Anwendbarkeit der Grundrechte im Kontext der Wohn- und Pflegeeinrichtungen

Die EMRK und der UNO-Pakt II sind in der Schweiz direkt anwendbar.⁹⁶ Dasselbe

Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, Konkubinats, 6. Aufl., Bern 2018, Rz. 20.213; zum Instanzenzug siehe auch Unterkapitel III.B.2.

⁹² STEINAUER/FOUNTOLAKIS (Fn. 63), N 1046b; a.A. BOENTE (Fn. 49), N 15 zu Art. 385 ZGB.

⁹³ BREITSCHMID (Fn. 63), N 12 zu Art. 383–385 ZGB.

⁹⁴ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7041; SCHMID (Fn. 82), N 3 zu Art. 385 ZGB.

⁹⁵ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7041; FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 385 ZGB.

⁹⁶ Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, [BBl 2013 661 ff.](#), S. 675; KÜNZLI JÖRG, Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler

gilt für die Behindertenrechtskonvention im Rahmen von Unterlassungs- und Schutzpflichten.⁹⁷ Durch das Umfassende Verständnis des Behindertenbegriffs in der Behindertenrechtskonvention⁹⁸ untersteht ihr zumindest ein Teil des personellen Anwendungsbereichs der Art. 383 ff. ZGB.⁹⁹

An die Grundrechte ist primär der Staat gebunden.¹⁰⁰ Art. 35 BV verlangt aber von all denjenigen, die eine staatliche Aufgabe wahrnehmen, die Achtung der Grundrechte.

Nach LANDOLT ist die Pflege eine solche staatliche Aufgabe, womit auch privatrechtliche Pflegeeinrichtungen zur Achtung der Grundrechte gehalten sind.¹⁰¹ Das Bundesgericht erachtet die Krankenpflege als staatliche Aufgabe, soweit sie in einer staatlichen Einrichtung erfolgt.¹⁰² Weiter erfüllen private Institutionen eine staatliche Aufgabe wenn sie in eine kantonale Gesundheitsplanung integriert sind und hierfür staatliche Gelder,

beziehungsweise solche der obligatorischen Krankenkasse erhalten.¹⁰³

Gemäss CHERUBINI sind diejenigen Pflegeeinrichtungen, die keine Berührungspunkte mit der öffentlichen Verwaltung aufweisen, nicht per se nach Art. 35 Abs. 2 BV zur Achtung der Grundrechte verpflichtet.¹⁰⁴ MÖSCH PAYOT sieht die Bewegungsfreiheit in diesen Institutionen durch Art. 28 ZGB geschützt.¹⁰⁵

Ob alle im Rahmen der Art. 383 ff. ZGB tätig werdenden Wohn- oder Pflegeheime direkt an die Grundrechte gebunden sind, kann folglich nicht abschliessend festgestellt werden. Aus dem Gesagten ergibt sich aber zumindest, dass dies auf einen beträchtlichen Teil der Institutionen sehr wohl zutrifft.¹⁰⁶

Es ist weiter zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Art. 31 BV und Art. 5 EMRK im Rahmen der Art. 383 ff. ZGB zu beachten sind. Von den Art. 383–385 ZGB ist kein Verhalten erfasst, das einen Freiheitsentzug darstellt.¹⁰⁷ Diese Ansicht teilen jedoch nicht alle Autoren und Autorinnen.¹⁰⁸ VEST bezeichnet gar jeden Anwendungsfall des Art. 383 ZGB als Freiheitsentziehung.¹⁰⁹ STAVRO-KÖBRICH/STECK bezeichnen jede Einschränkung der Bewegungsfreiheit als schweren Grundrechtseingriff und somit als Freiheitsentzug i.S.v. Art. 31 BV.¹¹⁰ Eine Unterscheidung nach der Intensität des Eingriffs, in Anlehnung an die EGMR-

Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band 2, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1245 ff., N 28.

⁹⁷ Botschaft BRK (Fn. 96), S. 675.

⁹⁸ Vgl. BGE 135 I 49 E. 6.1 S. 58 f.; siehe auch DANIEL ROSCH, Die Begleitbeistandschaft unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2017, N 608.

⁹⁹ Vgl. MÖSCH PAYOT PETER, in: Bächler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018, N 2 zu den Vorbemerkungen Art. 382–387 ZGB; LEUBA/VAERINI (Fn. 50), N 9 zur Einf. Art. 382–387 ZGB.

¹⁰⁰ BIAGGINI (Fn. 10), N 1 zu den Vorbemerkungen zu Art. 7–41 BV.

¹⁰¹ LANDOLT (Fn. 54), S. 58. Die Anwendbarkeit von grundrechtlichen Normen implizieren m.E. auch jene Autoren und Autorinnen, die im Rahmen ihrer Ausführungen zu den Art. 383–385 ZGB die Bewegungsfreiheit aus grundrechtlicher Perspektive erläutern, so etwa: BOENTE (Fn. 49), N 9 ff. zu Art. 383 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 1 zu Art. 383 ZGB; STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 2 zu Art. 383 ZGB.

¹⁰² BGE 133 III 462 E. 2.1 S. 465.

¹⁰³ CHERUBINI MARIE, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, Diss. Fribourg, Genf/Zürich/Basel 2016, N 64.

¹⁰⁴ CHERUBINI (Fn. 103), N 65.

¹⁰⁵ MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 1 zu Art. 383–385 ZGB.

¹⁰⁶ Vgl. auch CHERUBINI (Fn. 103), N 65, nach der die rein privaten Einrichtungen «qu'une petite minorité» darstellen.

¹⁰⁷ Vgl. Unterkapitel II.C.1.

¹⁰⁸ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 2 zu Art. 385 ZGB; Vgl. BOENTE (Fn. 49), N 19 zu Art. 383 ZGB; VEST (Fn. 21), N 6 zu Art. 31 BV.

¹⁰⁹ VEST (Fn. 21), N 6 zu Art. 31 BV.

¹¹⁰ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 2 zu Art. 385 ZGB.

Rechtsprechung, unternimmt VAERINI.¹¹¹ Nach ihr fallen Einschränkungen im Sinne von Freiheitsbeschränkungen in den Anwendungsbereich der Art. 383 ff. ZGB, während Massnahmen deren Intensität einen Freiheitsentzug nahelegen, dem Regime der fürsorglichen Unterbringung (FU) nach Art. 426 ff. ZGB unterstehen.¹¹²

Zwar äussert sich die Botschaft ESR nicht explizit zur Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 31 BV, jedoch legt sie durch die Nennung der EGMR-Rechtsprechung nahe, die Unterscheidung zwischen Freiheitsbeschränkung und -entzug analog auf die Art. 383 ff. ZGB bzw. die Art. 426 ff. ZGB zu übertragen und somit erstere als Freiheitsbeschränkung und letztere als Freiheitsentzug zu behandeln.¹¹³ Dieser Interpretation wird vorliegend gefolgt.

Nach BOENTE ist dieser Analogieschluss aber nicht sachgemäss, da zumindest teilweise die unter Art. 383 ZGB zu subsumierenden Handlungsweisen eine Entziehung der Freiheit darstellten.¹¹⁴ Viel eher sei die Abgrenzung zwischen der FU und Art. 383–385 ZGB danach vorzunehmen, ob eine Person davon abgehalten wird, sich von einem selbst gewählten Aufenthaltsort zu entfernen (Art. 383 ZGB) oder, ob sie gegen

ihren Willen an einen Ort verbracht wird (FU).¹¹⁵

Meines Erachtens ist diese Argumentation aus zwei Gründen unzutreffend: Zum einen erfolgt die Abgrenzung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung immer anhand einer Würdigung der gesamten Umstände.¹¹⁶ Die Aussage, einzelne Verhaltensweisen seien grundsätzlich als Freiheitsentzug zu betrachten, wird dem m.E. nicht gerecht. Stattdessen würde die Qualifikation als Freiheitsentzug dadurch einzig anhand der gewählten Mittel und eben nicht anhand der gesamten Umstände einer konkreten Beschränkung der Bewegungsfreiheit vorgenommen. Zum anderen kann das zwangsweise Festhalten an einem selbst gewählten Aufenthaltsort seiner Intensität genauso schwer wiegen, wie die zwangsweise Unterbringung in einer Einrichtung.¹¹⁷ So hat das Bundesgericht etwa eine Festnahme von vier bis sechs Stunden nicht als Freiheitsentzug bewertet.¹¹⁸ Es leuchtet dann nicht ein, für den einen Fall den umfassenderen¹¹⁹ Schutz des Art. 426 ff. ZGB zu gewähren und für den anderen nicht.

STAVRO-KÖBRICH/STECK begründen ihre Ansicht, Art. 31 BV sei auf jede Einschränkung der Bewegungsfreiheit anwendbar, nicht explizit.¹²⁰ Im Gesetzestext der Art. 383–385 ZGB wird der Begriff der «Einschränkung der Bewegungsfreiheit» verwendet, es ist nicht von einem Entzug die Rede.

¹¹¹ VAERINI (Fn. 48), N 2 zu Art. 383 ZGB.

¹¹² VAERINI (Fn. 48), N 2 zu Art. 383 ZGB; ähnlich auch MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 6 zu Art. 383–385 ZGB; MEIER (Fn. 63), N 634; BREITSCHMID (Fn. 63), N 2 zu Art. 383–385 ZGB. VAERINI setzt allerdings voraus, dass gegen jede Bewegungseinschränkung ein Gericht anzurufen möglich sei, wobei die oben erwähnte Aussage von STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 2 zu Art. 385 ZGB als Quelle genannt wird. Siehe VAERINI (Fn. 48), N 7 zu Art. 835 ZGB. Vorliegend wird daraus geschlossen, dass VAERINI nicht klar einer der beiden Seiten der Auseinandersetzung über die Anwendbarkeit des Art. 31 BV und Art. 5 EMRK auf Art. 383 ff. ZGB zuzuordnen ist.

¹¹³ Vgl. Botschaft ESR (Fn. 48), S. 7039; BOENTE (Fn. 49), N 19 zu Art. 383 ZGB; wohl auch BREITSCHMID (Fn. 63), N 2 zu Art. 383–385 ZGB.

¹¹⁴ BOENTE (Fn. 49), N 19 zu Art. 383 ZGB.

¹¹⁵ BOENTE (Fn. 49), N 20 zu Art. 383 ZGB.

¹¹⁶ Siehe oben Unterkapitel II.A.

¹¹⁷ Dies ist m.E. die logische Konsequenz daraus, dass die Unterscheidung zwischen Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung eben nicht alleine anhand der konkret verwendeten Methode getroffen werden kann, vgl. Unterkapitel II.A.; Vgl. BIAGGINI (Fn. 10), N 2 zu Art. 31 BV.

¹¹⁸ BGE 107 Ia 138 E. 4a S.140.

¹¹⁹ FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 383 ZGB; ROSCH DANIEL, in: Rosch Daniel/Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, N 2a zu Art. 426 ZGB.

¹²⁰ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 2 ff. zu Art. 385 ZGB.

Für die Qualifikation als Freiheitsentzug könnte m.E. gerade der Umstand sprechen, dass es sich bei den von [Art. 383–385 ZGB](#) betroffenen Personen um Urteilsunfähige handelt, die einen erhöhten Schutzbedarf haben.¹²¹ Jedoch ist es gerade der Zweck dieser Bestimmungen, ein aufwendiges Verfahren –wie es für eine fürsorgerische Unterbringung vorgesehen ist – zu vermeiden, wenn die Intensität der Einschränkung dies nahelegt.¹²²

Sowohl der Wortlaut als auch der Zweck der [Art. 383–385 ZGB](#) legen es m.E. nahe, sie nicht im Anwendungsbereich der Bestimmungen über den Freiheitsentzug zu verorten. Dasselbe lässt sich aus dem Wortlaut der Botschaft folgern.¹²³ Ergo wird im Folgenden auf eine eingehende Auseinandersetzung mit [Art. 31 BV](#), [Art. 5 EMRK](#) und [Art. 14 BRK](#) verzichtet.

B. Die Vereinbarkeit im Einzelnen

Die Bewegungsfreiheit spielt als Grundrecht im Rahmen der [Art. 383 ff. ZGB](#) also eine Rolle. Es bleibt nun zu klären, inwiefern die genannten Bestimmungen mit dem anwendbaren Verfassungsrecht vereinbar sind.

1. [Art. 383 ZGB](#) als gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff i.S.v. [Art. 36 Abs. 1 BV](#)

Die von [Art. 383 ZGB](#) erfassten Verhaltensweisen stellen, wie oben festgestellt, Freiheitsbeschränkungen i.S.v. [Art. 10 Abs. 2 BV](#) dar.¹²⁴ [Art. 383 ZGB](#) findet sich in einem Bundesgesetz im formellen Sinne.

¹²¹ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7042; MEIER (Fn. 63), N 615.

¹²² [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7039; BREITSCHMID (Fn. 63), N 2 zu [Art. 383–385 ZGB](#).

¹²³ Siehe auch: Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts, Erwachsenenschutz, [Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs \(Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht\)](#), Bern 2003, S. 75, welcher m.E. die vorliegende Auslegung ebenso unterstützt.

¹²⁴ Siehe Unterkapitel III.A.

Diesbezüglich wäre die Norm prinzipiell auch als Grundlage für einen schweren Grundrechtseingriff i.S.v. [Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV](#) geeignet.¹²⁵

Weiter muss die Norm dem Bestimmtheitsgebot entsprechen.¹²⁶ Dafür muss eine Norm erkennbar machen, unter welchen Bedingungen eine Person einen Grundrechtseingriff erwarten kann.¹²⁷ In welchem Ausmass eine Norm bestimmt sein muss, lässt sich nicht allgemein festhalten; vielmehr kommt es auf den Kontext der jeweiligen Norm an, wie etwa die Adressatinnen oder die Schwere des damit geregelten Grundrechtseingriffs.¹²⁸

[Art. 383 ZGB](#) erlaubt Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bei urteilsunfähigen Erwachsenen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen.¹²⁹ M.E. ist durch diese enge Umschreibung des betroffenen Personenkreises, in personeller Hinsicht, hinreichende Bestimmtheit gegeben, da klar zu erkennen ist, wer adressiert wird.

Eine Beschränkung ist nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erlaubt ([Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB](#)). So verlangt [Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB](#) etwa eine ernstliche Gefährdung für die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen oder Dritter. Die dazu alternative Voraussetzung der schweren Perturbation der Gemeinschaft nach [Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB](#) setzt voraus, dass nicht einmal ein Minimum an Rücksicht vonseiten der Grundrechtsträgerin zu erkennen ist.¹³⁰ Sinn und Zweck der

¹²⁵ Vgl. EPINEY (Fn. 25), N 33 zu [Art. 36 BV](#).

¹²⁶ [BGE 124 I 40 E. 3b S. 43](#); MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel Suisse*, Bd. II, les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021, N 196.

¹²⁷ [Urteil des BGE 1B_119/2016 vom 21. März 2017 E. 3.3.1](#); EPINEY (Fn. 25), N 37 zu [Art. 36 BV](#).

¹²⁸ [BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58](#); m.w.H. [BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 340](#).

¹²⁹ Siehe Unterkapitel II.C.1.

¹³⁰ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 14 zu [Art. 383 ZGB](#); BREITSCHMID (Fn. 63), N 5 zu [Art. 383–385 ZGB](#).

Norm ist es, Gefahren zu begegnen, die von Menschen hervorgerufen werden, die bzgl. der Ursächlichkeit ihres Verhaltens für diese Gefahren nicht urteilsfähig sind.¹³¹ Wenn nun die Bestimmtheitsanforderungen an eine Norm i.S.v. [Art. 36 Abs. 1 BV](#) von einer Würdigung ihrer Gesamtumstände abhängen,¹³² so muss es m.E. genügen, dass der Wortlaut beider Voraussetzungen soweit ausreichend bestimmt ist, dass es einer urteilsfähigen erwachsenen Person möglich ist, ihren Schutzgehalt und die Voraussetzungen der Bewegungseinschränkung zu erkennen.

[Art. 383 ZGB](#) äussert sich über die Natur der Einschränkungen nur insoweit, als dass diese die Bewegungsfreiheit betreffen müssen ([Art. 383 ZGB](#)). Die Bestimmung enthält keinen abschliessenden oder beispielhaften Katalog von möglichen oder eben unerlaubten Handlungsformen ([Art. 383 ZGB](#)). Nach MÖSCH PAYOT ist der Anwendungsbeereich des [Art. 383 ZGB](#) bezüglich der Einschränkungen nicht anhand der Mittel, sondern anhand der Auswirkungen für die Einzelne zu definieren.¹³³ Gleichzeitig ist anerkannt, dass beispielsweise Massnahmen unter Anwendung von Arzneimitteln gerade nicht zu den von [Art. 383 ZGB](#) erfassten Einschränkungshandlungen gehören.¹³⁴

M.E. wäre es erstrebenswert diesbezüglich im Gesetzestext mehr Klarheit zu schaffen, insbesondere da die Frage in der Botschaft geklärt wird, welche klarstellt, dass die medikamentöse Ruhigstellung nicht in den Anwendungsbereich von [Art. 383 ZGB](#) fällt.¹³⁵ Durch die Wirkung innerhalb des Körpers und das damit verbundene Risiko von unvorhersehbaren Nebenwirkungen, erscheinen chemische Massnahmen zur Bewegungseinschränkung ungleich schwerer als

nichtchemische.¹³⁶ Es ist anzunehmen, dass ein Pfleger die Dauer und die Intensität von mechanischen Massnahmen direkter und zuverlässiger beurteilen und beeinflussen kann als von chemischen. Der Gesetzgeber hat die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten an Urteilsunfähige mit einem besonderen Verfahren geregelt.¹³⁷ Damit nicht der Anschein entsteht, dass dieses Verfahren über [Art. 383 ZGB](#) umgangen werden kann, wäre m.E. ein ausdrücklicher Ausschluss von medikamentösen Einschränkungen oder zumindest ein Verweis auf die [Art. 377 ff. ZGB](#) wünschenswert.

Abgesehen von der medikamentösen Bewegungseinschränkung ist jedoch von einem breiten Spektrum zulässiger Beschränkungsmassnahmen auszugehen.¹³⁸ Vorliegend wird die Auffassung vertreten, dieses breite Spektrum sei durch den Begriff der Einschränkung der Bewegungsfreiheit abgebildet. Damit ist dieser genügend bestimmt um ebensolchen Bewegungsbeschränkungen als Grundlage zu dienen.

Das Bundesgericht befand vor Inkrafttreten des [Art. 383 ZGB](#) eine ähnlich lautende Norm des damaligen Zuger Gesundheitsgesetzes für eine ausreichende gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff.¹³⁹ Dies, weil die Norm «Zwangsmassnahmen nur als zulässig erklärt, wenn sie notwendig sind, um eine unmittelbare und schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der Patientin oder Dritter abzuwenden beziehungsweise um eine akute schwerwiegende Störung des Zusammenlebens zu beseitigen».¹⁴⁰ Der Wortlaut der Zuger Bestimmung ähnelt demjenigen des [Art. 383 Abs. 1 ZGB](#) derart, dass sich die Aussage

¹³¹ BOENTE (Fn. 49), N 6 zu Art. 383 ZGB; BOENTE (Fn. 49), N 43 zu Art. 383 ZGB.

¹³² Siehe [BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58](#).

¹³³ MÖSCH PAYOT (Fn. 54), N 7 zu Art. 383–385 ZGB.

¹³⁴ Siehe Unterkapitel II.C.1.

¹³⁵ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7039.

¹³⁶ Vgl. STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 7a zu Art. 383 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 8 zu Art. 383 ZGB.

¹³⁷ [Botschaft ESR](#) (Fn. 48), S. 7039; BOENTE (Fn. 49), N 80 ff. zu Art. 378 ZGB; vgl. STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 10 zu Art. 383 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 8 zu Art. 383 ZGB.

¹³⁸ Siehe Unterkapitel II.C.1.

¹³⁹ [BGE 130 I 16 E. 5 S. 19](#).

¹⁴⁰ [BGE 130 I 16 E. 5 S. 19](#).

des Bundesgerichts m.E. analog auf die heute geltende Norm im ZGB anwenden lässt.

Typische öffentliche Interessen sind die Vermeidung von Gefährdungen menschlichen Lebens, der körperlichen Integrität sowie des öffentlichen Friedens.¹⁴¹ Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sieht gerade den Schutz vor schweren Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit vor. M.E. ist die Vermeidung der schweren Störung des Gemeinschaftslebens nach Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB als Schutz des öffentlichen Friedens oder als Schutz Grundrechte Dritter zu betrachten.

Eine Massnahme nach Art. 383 ZGB ist nur zulässig, wenn sie als einziges wirksames Mittel erscheint (Art. 383 Abs. 1 ZGB). Somit und mit der Ausrichtung auf die soeben erwähnten Ziele, wird in Art. 383 ZGB das Verhältnismässigkeitsprinzip konkretisiert.¹⁴² Die vorgesehene regelmässige Überprüfung und zeitliche Begrenzung auf das Nötigste (Art. 383 Abs. 3 ZGB) sind ebenfalls Ausflüsse des Verhältnismässigkeitsprinzips, da somit von vornherein die Bewegungsfreiheit nur soweit als absolut notwendig eingeschränkt wird.¹⁴³ Ob eine Bewegungseinschränkung letztlich tatsächlich verhältnismässig ist, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen.

2. Verfahrenstechnisches Vorgehen nach Art. 383 ff. ZGB im Vergleich zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Die verfahrensrechtlichen Garantien nach Art. 31 BV kommen bei Freiheitsbeschränkungen nicht zur Anwendung.¹⁴⁴ Bei Beschränkungen der Freiheit grundsätzlich anwendbar ist hingegen Art. 29a BV.¹⁴⁵ Die-

se Norm garantiert den Zugang zu einem Gericht mit der Möglichkeit der vollen Überprüfung einer Streitsache.¹⁴⁶ Dieser Überprüfung unterliegen auch Realakte.¹⁴⁷ Der Weg zu einem Gericht muss dabei nicht erstinstanzlich offenstehen. Nach Art. 29a BV ist es zulässig, wenn vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren eine Verwaltungsbehörde entscheidet.¹⁴⁸

Nach Art. 385 ZGB kann gegen eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit nach Art. 383 ZGB jederzeit eine Beurteilung durch die KESB beantragt werden.¹⁴⁹ Gegen diese Entscheidung steht eine Beschwerde vor Gericht nach Art. 450 ZGB offen.¹⁵⁰ Das Gericht unterzieht den Entscheid der KESB einer umfassenden Überprüfung.¹⁵¹ Die Protokollierungs- und Informationspflichten nach Art. 384 ZGB dienen dazu, die dafür notwendige Transparenz zu schaffen.¹⁵² Somit ist in zweiter Instanz eine gerichtliche Überprüfung möglich.¹⁵³ Durch diese Möglichkeit ist die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV formaljuristisch gewährleistet. Gemäss FASSBIND sind jedoch zumindest in den Kantonen Bern und Basel-Stadt noch keine Beschwerden i.S.v. Art. 385 ZGB erhoben worden.¹⁵⁴

hard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel 2015, N 10 zu Art. 29a BV.

¹⁴¹ Vgl. BGE 142 I 49 E. 8.1 S. 66; SCHWEIZER (Fn. 4), N 32 zu Art. 36 BV.

¹⁴² FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 383 ZGB; VAERINI (Fn. 48), N 12 zu Art. 383 ZGB.

¹⁴³ STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 22 zu Art. 383 ZGB.

¹⁴⁴ BAUMANN (Fn. 11), S. 525; vgl. Unterkapitel II.A.

¹⁴⁵ Vgl. BGE 143 I 336 E. 4.1 S. 338 f.; vgl. WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bern-

¹⁴⁶ BGE 142 II 433 E. 3.4.3 S. 442; BIAGGINI (Fn. 10), N 8 zu Art. 29a BV.

¹⁴⁷ Vgl. BGE 140 II 315 E. 4.4 S. 325 f.; BGE 136 I 323 E. 4.3 S. 329.

¹⁴⁸ Zum Ganzen: Bundesrat, Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 S. 1 ff., S. 523; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 19), Rz. 9 zu § 42.

¹⁴⁹ Siehe Unterkapitel II.C.2.

¹⁵⁰ Botschaft ESR (Fn. 48), S. 7083; STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 19 zu Art. 385 ZGB.

¹⁵¹ Botschaft ESR (Fn. 48), S. 7083; HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl. Bern 2014, Rz. 1.87.

¹⁵² Vgl. Botschaft ESR (Fn. 48), S. 7040 f.; SCHMID (Fn. 82), N 1 zu Art. 384 ZGB; LEUBA/TRITTEN (Fn. 53), S. 295.

¹⁵³ Vgl. STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 19 zu Art. 385 ZGB.

¹⁵⁴ FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 385 ZGB.

M.E. ist dies dem Umstand geschuldet, dass der Rechtsbehelf nach [Art. 385 ZGB](#) wenig Sachgerecht ist: Es ist zumindest zu bezweifeln, dass die Betroffenen häufig in der Lage sind ihre Ablehnung einer Massnahme selbst bis zur KESB zu tragen.¹⁵⁵ Eine Weiterleitung durch die Institution gegen die sich die Beschwerde richtet¹⁵⁶ ist in der Praxis wohl ebenfalls nicht leichthin anzunehmen. Zwar wäre eine Anrufung der KESB durch Verwandte und Bekannte oder Mitarbeitende der Institution denkbar.¹⁵⁷ Jedoch sind erstere hierfür nicht immer genügend informiert¹⁵⁸ oder interessiert und letztere stehen bei einer Beschwerde gegen ihre Arbeitgeberin wohl in einem gewissen Interessenkonflikt. M.E. wurde bei der Ausgestaltung des Beschwerderechts nach [Art. 385 ZGB](#) somit zu wenig Rücksicht auf die tatsächlichen Lebensumstände derjenigen genommen, auf die es gerade ausgerichtet ist.

IV. Zusammenfassung und Fazit

Die [Art. 383–385 ZGB](#) regeln die Zulässigkeit von Beschränkungen der Bewegungsfreiheit gegenüber urteilsunfähigen Erwachsenen in Wohn- und Pflegeheimen. Bei Einschränkungen der Bewegungsfreiheit nach [Art. 383 ZGB](#) handelt es sich um Grundrechtseingriffe in den [Art. 10 Abs. 2 BV](#) und es sind grundsätzlich die Anforderungen des [Art. 36 BV](#) sowie die Rechtsweggarantie nach [Art. 29a BV](#) zu beachten.¹⁵⁹

Nicht einschlägig sind die Regelungen über den Freiheitsentzug nach [Art. 31 BV](#) sowie [Art. 5 EMRK](#). In der Literatur wird dies zum Teil anders gesehen. M.E. ist bei grammatischer, teleologischer und historischer Auslegung der Anwendungsbereich des Freiheitsentzugs allerdings nicht eröff-

net. Sollte eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit i.S.v. [Art. 383 ZGB](#) eine Intensität erreichen, wonach sie einen Freiheitsentzug darstellt, so sind statt [Art. 383 ff. ZGB](#), die Regelungen über die fürsorgliche Unterbringung nach [Art. 426 ff. ZGB](#) zu beachten. Der Übergang hierzu kann mitunter fließend sein.¹⁶⁰

Nach der hier vertretenen Ansicht sind die Regelungen nach [Art. 383–385 ZGB](#) mit den grundrechtlichen Anforderungen an einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit nach [Art. 10 Abs. 2 BV](#) und [Art. 36 BV](#) vereinbar. Die Normen sind i.S.v. [Art. 36 Abs. 1 BV](#) grundsätzlich genügend bestimmt, um für klar definierte Zustände mehr oder weniger vorhersehbare Konsequenzen vorzusehen. Konkret werden in den [Art. 383–385 ZGB](#) die Voraussetzungen und die Modalitäten des Eingriffs geregelt (vgl. [Art. 383 ZGB](#)). Die Frage der Verwendung von Medikamenten im Rahmen der Freiheitsbeschränkungen nach [Art. 383 ZGB](#) hätte jedoch im Gesetzestext beantwortet werden sollen. Die Rechtsweggarantie nach [Art. 29a BV](#) wird m.E. durch die Möglichkeit, eine Massnahme zunächst durch die KESB beurteilen zu lassen ([Art. 385 ZGB](#)) und dagegen Beschwerde bei Gericht einzureichen formell hinreichend berücksichtigt. Bei der Ausgestaltung des Verfahrens hätte m.E. jedoch mehr Rücksicht auf die tatsächlichen Lebensumstände der Betroffenen genommen werden sollen.

¹⁵⁵ Vgl. STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 18 zu Art. 385 ZGB.

¹⁵⁶ Vgl. STAVRO-KÖBRICH/STECK (Fn. 58), N 18 zu Art. 385 ZGB.

¹⁵⁷ Siehe Unterkapitel II.C.2.

¹⁵⁸ Vgl. auch FASSBIND (Fn. 52), N 1 zu Art. 385 ZGB, der die Frage in den Raum wirft, ob der Rechtsbehelf zu wenig bekannt sei.

¹⁵⁹ Siehe Unterkapitel III.B.

¹⁶⁰ Zum Ganzen Unterkapitel III.A.