



Sandra Egli
Andrea Egbuna-Joss, Sabrina Ghielmini, Eva Maria
Belser, Christine Kaufmann

Grundrechte im Alter – Ein Handbuch

1. Auflage 2019
118 Seiten, Broschur 164 x 234 mm
ISBN 978-3-906036-32-8

Die Publikation erschien im interact Verlag, dem Fachverlag der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit und ist als Open Access erhältlich.

Das Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Lizenz:



- Name muss genannt werden
- keine kommerzielle Nutzung erlaubt
- keine Derivate (Änderungen) erlaubt

interact

Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

interact Verlag
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit
Werftstrasse 1
Postfach 2945
6002 Luzern
www.hslu.ch/interact

Webshop: www.interact-verlag.ch



Sandra Egli

GRUNDRECHTE IM ALTER EIN HANDBUCH

interact

Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

Grundrechte im Alter – Ein Handbuch

Sandra Egli

Grundrechte im Alter

Ein Handbuch

Sandra Egli

Andrea Egbuna-Joss
Sabrina Ghielmini
Eva Maria Belser
Christine Kaufmann

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-906036-32-8

© 2019 interact Verlag Luzern

Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

www.hslu.ch/interact

Bilder: Fotolia.de

Korrektorat: Petra Meyer, korrektorium, Beromünster

Gestaltung: Martina Pelosi, Cyan GmbH, Luzern

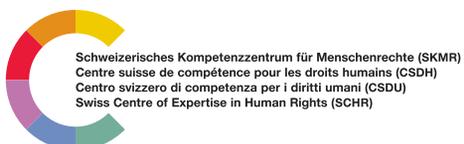
Druck: edubook, Merenschwand

Papier: Mondi DNS

Diese Publikation wurde ausschliesslich in der Schweiz produziert.

Dieses Handbuch ist eine Publikation des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR).
Es steht auf www.interact-verlag.ch kostenlos zum Download zur Verfügung.
www.skmr.ch

Die Herausgabe des Handbuchs wurde durch einen Beitrag der Hirschmann Stiftung ermöglicht.
www.hirschmann-stiftung.ch



Seite

Inhaltsverzeichnis

8 **Dank**

10 **Vorwort**

12 **Einleitung**

15 **Teil 1**
Rechtliche Grundlagen

16 **1 Grund- und Menschenrechte**

16 **1.1** Grundbegriffe

17 **1.2** Unterschiedliche Arten von Grund- und Menschenrechten

19 **1.3** Rechtsquellen

21 **1.4** Unterschiedliche Arten von Ansprüchen

22 **1.5** Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte

23 **1.6** Einschränkung der Grund- und Menschenrechte

26 **2 Ältere Menschen im Recht**

26 **2.1** Begriff des Alters

27 **2.2** Internationale Abkommen

28 **2.3** Verfassungsrecht

29 **2.4** Sozialversicherungsrecht

33 **2.5** Erwachsenenschutzrecht

38 **2.6** Persönlichkeitsschutz im Privatrecht

38 **2.7** Richtlinien und Empfehlungen privater Organisationen

40 **3 Einzelne Grund- und Menschenrechte**

40 **3.1** Schutz der Menschenwürde

41 **3.2** Diskriminierungsverbot

43 **3.3** Recht auf Leben

44 **3.4** Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit

45 **3.5** Verbot der Folter

46 **3.6** Recht auf Gesundheit

47 **3.7** Bewegungsfreiheit

48 **3.8** Recht auf persönliche Freiheit

50 **3.9** Glaubens- und Gewissensfreiheit

51 **3.10** Schutz der Privatsphäre

52 **3.11** Recht auf Familienleben

53 **3.12** Recht auf Arbeit und Beschäftigung

55 **3.13** Recht auf Wohnung

Teil 2

Ausgewählte Fallbeispiele

Arbeit	1	59
Altersangaben in Stelleninseraten	1.1	59
Keine Beteiligung an Weiterbildungskosten aufgrund des Alters	1.2	62
Gesundheitliche Beeinträchtigungen bei älteren Arbeitnehmenden	1.3	64
Wann ist eine Kündigung missbräuchlich?	1.4	66
Auf Stellensuche mit Mitte vierzig	1.5	68
Doppelbelastung Pflege und Beruf	1.6	70
Privatsphäre und Familie	2	74
Mobilität im Alter	2.1	74
Wenn es die Familie besser weiss	2.2	77
Liebe kennt kein Alter	2.3	79
Wohnen und Heimalltag	3	81
Ergänzungsleistungen und Wahlfreiheit	3.1	81
Kompetenzstreitigkeiten bei der Pflegefinanzierung	3.2	84
Unfreiwillig auf einer Warteliste für ein Alters- und Pflegeheim	3.3	86
Was, wann, wo? Fragen rund ums Essen im Heim	3.4	88
Bewegungseinschränkende Massnahmen	3.5	91
Selbstbestimmung versus Menschenwürde?	3.6	94
Gesundheit	4	97
Jagd auf «gute» Risiken	4.1	97
Wenn die Krankenversicherung nicht mehr zahlt	4.2	100
Zwangsmedikation?	4.3	102
Selbstbestimmter Tod?	4.4	104
Die Freiheit, eine medizinische Behandlung abzulehnen	4.5	106
Abkürzungsverzeichnis		110
Literaturverzeichnis		111
Materialienverzeichnis		114
Urteile		117
Autorinnen		118

Dank

Verschiedene Personen und Institutionen haben dieses Handbuch ermöglicht und mit wertvollen fachlichen Anregungen unterstützt. Wir möchten uns an dieser Stelle bei ihnen allen herzlich bedanken.

Ein besonderer Dank gilt Yvo Biderbost, Leiter Rechtsdienst der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, Ulrich Gut, Zentralpräsident von Alzheimer Schweiz, Kathrin Kummer, Ombudsfrau für Alters-, Betreuungs- und Heimfragen des Kantons Bern, Erwin Murer, emeritierter Professor für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Freiburg i. Ue., Adriano Previtali, Professor für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Freiburg i. Ue., Marianne Wolfensberger, Juristin bei Alzheimer Schweiz, und Christina Zweifel, Leiterin Fachstelle Alter und Familie des Kantons Aargau. Das Fachwissen und die Praxiserfahrung dieser Personen waren für das Verfassen des Handbuchs sehr wertvoll.

Das Handbuch wurde im Rahmen des Schwerpunkts «Rechte besonders verletzlicher Gruppen in der Praxis» des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) verfasst. Es basiert auf der SKMR-Studie «Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz» und ergänzt den «Grundrechtskatalog für ältere Menschen» des SKMR.¹ Wir möchten deshalb an dieser Stelle auch nochmals allen Personen und Institutionen danken, welche diese beiden ersten Publikationen ermöglicht haben. Der Dank gilt insbesondere den Expertinnen und Experten von Bund, Kantonen, Wirtschaft und Zivilgesellschaft, welche wir 2016 interviewen durften.

¹ Vgl. Belser/Kaufmann/Egbuna-Joss/Ghielmini/Medici und Belser/Kaufmann/Egbuna/Ghielmini.

Ohne den finanziellen Beitrag der Hirschmann Stiftung wäre die Realisierung dieses Handbuchs nicht möglich gewesen. Für die grosszügige Unterstützung und das Vertrauen in unsere Arbeit möchten wir uns ebenfalls herzlich bedanken.

*Für das SKMR,
Eva Maria Belser, Christine Kaufmann*

Vorwort

Dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte ist herzlich zu diesem Werk zu gratulieren, das alle wichtigen Fragen der Grundrechte älterer Menschen anspricht und beantwortet. Wie der Titel ankündigt, ist das Buch insbesondere für die Praxis gedacht, für diese wird es ein unentbehrlicher Ratgeber im Alltag werden. Man erkennt sofort an den zahlreichen Fallbeispielen, dass das Handbuch nahe an den Erfahrungen der Betroffenen geschrieben wurde. Doch beeindruckt auch die Darstellung der rechtlichen Situation dieser Personen, welche auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte berücksichtigt. Schliesslich belegt das Buch eindrücklich, wie vielseitig sich der Rechtsschutz älterer Menschen in der Schweiz im Lauf der Jahre entwickelt hat, zuletzt beispielsweise mit den neuen, umfassenden Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs von 2008 zum Erwachsenenschutzrecht.

Dieses reiche Konstrukt an Rechten älterer Menschen gründet im Wesentlichen auf zwei fundamentalen menschenrechtlichen Postulaten: diese Personen in ihrer *Verletzlichkeit* zu schützen sowie ihnen zu ermöglichen, ihre *Würde* zu bewahren. Die *Verletzlichkeit* äussert sich unter anderem im Nachlassen der körperlichen und psychischen Gesundheit, in zunehmenden Behinderungen und Einschränkungen, auch in der Mobilität, und im fehlenden Anschluss an die moderne Gesellschaft (z.B. Internet). Die mit dem Alter einhergehende, nachlassende Autonomie führt dazu, dass ältere Menschen oft auf andere angewiesen sind, womit sie riskieren, dass ihre Bedürfnisse nicht mehr durchgängig berücksichtigt, vielleicht sogar verzerrt verstanden werden.

Die *Würde* als zweiter Schlüsselbegriff kann in diesem Zusammenhang mit dem *Respekt* vor sich selbst und dem anderer gleichgesetzt werden. Einerseits gebietet die Würde, dafür Sorge zu tragen, dass ältere Menschen bei allen Schwächen sich weiterhin *selber* respektieren können – zum Beispiel in Bezug auf ihre Leistungen

und Lebenserfahrungen und den von ihnen errungenen Platz in der Gesellschaft. Die Würde verlangt sodann, dass *andere* Menschen, ja die Gesellschaft insgesamt älteren Personen mit ihren Gebrechen und Behinderungen Respekt entgegenbringen und ihre Wünsche und Bedürfnisse achten.

Stets ist in letzter Instanz eine Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte möglich. Er hat diese verschiedenen Grundsätze immer wieder in seiner Rechtsprechung konkretisiert, auch in Bezug auf Schweizer Fälle. Die reichhaltige Praxis betrifft beispielsweise Einschränkungen der Bewegungsfreiheit in Pflege- und Wohnungseinrichtungen, die Rahmenbedingungen der fürsorgerischen Unterbringung, die stets mit der Würde der betreffenden Person zu vereinbaren sind, sowie Fragen hinsichtlich des Todes (Patientenverfügungen, begleitete Sterbehilfe usw.). Ich wünsche dem Buch den grossen Erfolg, den es verdient!

Strassburg, im Juni 2018

Mark E. Villiger,

*Prof. Dr. iur., ehemaliger Richter und Sektionspräsident
am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*

Einleitung

Die von der Bundesverfassung und internationalen Instrumenten geschützten Grund- und Menschenrechte gelten für alle Menschen gleich, unabhängig von ihrem Alter. In der Praxis stossen ältere Menschen aber oft auf Hindernisse, die es ihnen erschweren, ihre Rechte wahrzunehmen. Häufig sind sie und ihr Umfeld sich auch nicht bewusst, dass sie Grund- und Menschenrechte haben und Einschränkungen der Autonomie oder Benachteiligungen gegenüber jüngeren Menschen nicht einfach hinnehmen müssen.

Das vorliegende Handbuch möchte einen Beitrag dazu leisten, Wissenslücken zu schliessen und das Bewusstsein für die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im Alter zu stärken. Es erklärt in verständlicher Sprache die wichtigsten Begriffe und Konzepte, welche nötig sind, um die rechtliche Situation älterer Menschen zu verstehen, und zeigt anhand konkreter Beispiele, zu welchen Beeinträchtigungen von Grund- und Menschenrechten älterer Menschen es kommen kann und wie diese verhindert oder in ihrer Wirkung begrenzt werden können.

Das Handbuch richtet sich an Personen und Einrichtungen, welche beruflich oder im Rahmen eines freiwilligen Engagements mit älteren Menschen in Kontakt stehen, wie etwa Ärztinnen und Ärzte, Pflegefachpersonen, Heime, Mitglieder von Behörden, ehrenamtlich tätige Personen und Vereine. Sie sollen befähigt werden, grundrechtliche Fragestellungen in der Arbeit mit älteren Menschen zu erkennen und Beeinträchtigungen von Grundrechten zu vermeiden. Aber auch ältere Menschen und ihre Angehörigen finden im Handbuch nützliche Anregungen für ihren Alltag.

Das Handbuch besteht aus zwei Teilen. Im ersten Teil werden die rechtlichen Grundlagen erläutert, die notwendig sind, um die im zweiten Teil präsentierten Fallbeispiele einordnen zu können. Die Fallbeispiele greifen Fragen aus den vier Bereichen «Arbeit», «Privatsphäre und Familie», «Wohnen und Heimalltag» und «Gesundheit»

auf. Wir sind uns bewusst, dass die Fallbeispiele nur einen kleinen Ausschnitt der Lebensrealität älterer Menschen abbilden und teils stark vereinfachen. Das Handbuch eignet sich deshalb nicht als Rechtsratgeber.

Das Handbuch soll als Orientierungshilfe in der Praxis dienen und die Diskussion der Frage, was ein selbstbestimmtes Altern in Würde ausmacht, unterstützen.

Der Aufbau des Handbuchs wurde in weiten Teilen von den zwei Publikationen «Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe – Ein Leitfaden für die Praxis» und «Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen – Ein Leitfaden für die Praxis der sozialen Arbeit», welche gemeinsam von der Hochschule Luzern und dem SKMR herausgegeben wurden, übernommen. Wir möchten deshalb den Autorinnen der beiden Leitfäden, Gülcan Akkaya, Eva Maria Belser, Andrea Egbuna-Joss und Jasmin Jung-Blattman, für die dort geleistete konzeptuelle Vorarbeit herzlich danken. Anders als die zwei Leitfäden, wurde die vorliegende Publikation in der alleinigen Verantwortung des SKMR erarbeitet und herausgegeben.



Teil 1

Rechtliche Grundlagen



1 Grund- und Menschenrechte²

1.1 Grundbegriffe

Grund- und Menschenrechte sind durch die Bundesverfassung oder internationale Instrumente garantierte Rechtsansprüche. Sie schützen diejenigen Aspekte des Menschseins, die für die individuelle Entfaltung besonders wichtig sind. Im Mittelpunkt steht dabei die Menschenwürde, verstanden als die Anerkennung jedes Einzelnen in seiner «individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit».³

Grund- und Menschenrechte unterscheiden sich in Bezug auf ihre rechtliche Verankerung: Als *Grundrechte* werden in der Regel diejenigen Ansprüche bezeichnet, welche durch die Bundesverfassung geschützt werden. Der Begriff der *Menschenrechte* hingegen bezieht sich auf die in den internationalen Instrumenten enthaltenen Garantien.

Grund- und Menschenrechte stehen grundsätzlich unterschiedslos allen Menschen zu. Faktoren wie Alter, Staatsangehörigkeit oder Geschlecht spielen definitionsgemäss keine Rolle. Von diesem Grundsatz gibt es in der Schweiz zwei Ausnahmen: Die Niederlassungsfreiheit und die politischen Rechte kommen nur (volljährigen) Schweizer Bürgerinnen und Bürgern zu.

Grund- und Menschenrechte haben zwei Dimensionen: Auf der einen Seite vermitteln sie Menschen subjektive Ansprüche, die sie vor Gericht durchsetzen können. Auf der anderen Seite verpflichten sie staatliche Akteure, sich für die Verwirklichung der Rechte einzusetzen.

² Der Aufbau des Kapitels 1 entspricht dem Aufbau der gleichnamigen Kapitel in den Publikationen Akkaya und Akkaya/Belser/Egbuna-Joss/Jung-Blattmann. Die Ausführungen des Kapitels 1 stützen sich auf Belser/Waldmann/Molinari und Kiener/Kälin.

³ BGE 127 I 6, S. 14 E. 5b.

Die Geschichte der Grund- und Menschenrechte geht weit zurück. Lange Zeit galten diese Rechte aber nur für kleine Teile der Bevölkerung. In der Schweiz waren namentlich Frauen, Juden sowie fürsorgeabhängige Personen lange Zeit von gewissen Grundrechten ausgeschlossen.

Heute haben in der Theorie alle Bevölkerungsgruppen dieselben Grundrechte. Ein in der Bundesverfassung verankertes Recht bedeutet aber nicht automatisch, dass es auch durchgesetzt werden kann. Um Ansprüche vor Gericht geltend machen zu können, braucht es unter anderem Wissen und finanzielle Mittel.⁴ Dies erklärt die zentrale Bedeutung von niederschweligen Beratungsangeboten, welche rechtskundige Personen bei der Wahrnehmung ihrer Rechte unterstützen.

Dass es trotz umfassender Grund- und Menschenrechtsgarantien zu Situationen kommt, in denen Würde, Gleichheit und Selbstbestimmung nicht verwirklicht sind, liegt auch daran, dass die Bundesverfassung und die internationalen Instrumente nur den Staat verpflichten, nicht aber Private wie Familienangehörige oder Vermieterinnen und Vermieter.

1.2 Unterschiedliche Arten von Grund- und Menschenrechten

Je nachdem, welches spezifische Rechtsgut die Grund- und Menschenrechte schützen, sprechen wir von Freiheitsrechten, rechtsstaatlichen Garantien, politischen Rechten und Sozialrechten (vgl. Abb. 1):

Freiheitsrechte definieren einen Raum, in dem jede und jeder unabhängig von staatlicher Beeinflussung denken, entscheiden und handeln kann. Der Staat soll Eingriffe in diesen Raum möglichst unterlassen. Freiheitsrechte sind deshalb in erster Linie auf Abwehr gerichtet. Ein typisches Freiheitsrecht ist der Schutz der Privatsphäre. Dürfen zum Beispiel Angestellte eines Pflegeheims das Zimmer einer Bewohnerin ohne Anklopfen betreten? Grundsätzlich nein, weil das Zimmer Teil der Privatsphäre der Bewohnerin ist. Je nach Gesundheitszustand kann die Antwort aber auch anders ausfallen.

Rechtsstaatliche Garantien gewährleisten dem Einzelnen eine rechtsgleiche, diskriminierungsfreie und faire Behandlung durch den Staat. Wer denkt, dass seine Rechte verletzt wurden, soll die Möglichkeit haben, das Handeln des Staates auf dem Rechtsweg überprüfen zu lassen. Beispielsweise kann der Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde, eine Person zu verbeiständen, vor Gericht angefochten werden. Das Gericht muss der Beschwerdeführerin oder dem Beschwerdeführer die Möglichkeit geben, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen.

⁴ Zur Bedeutung der finanziellen Ressourcen vgl. z. B. Weber und Meier/Schindler.

Politische Rechte schützen unterschiedliche Möglichkeiten der Beteiligung an politischen Entscheidungsprozessen. Zu den politischen Rechten gehört zum Beispiel das passive Wahlrecht, also das Recht, sich für ein politisches Amt aufstellen zu lassen. Gesetzliche Höchstalter für die Wahl in die Exekutive und die Judikative stellen einen Eingriff in das passive Wahlrecht älterer Menschen dar. Sie sind aber in engen Grenzen zulässig, weil diese Ämter zeitlich und persönlich sehr fordernd sind. Gesetzliche Höchstalter für Mitglieder von Parlamenten sind hingegen nicht zulässig.⁵

Sozialrechte garantieren jedem Einzelnen ein Minimum an sozialer Sicherheit. Sie räumen dem Einzelnen einklagbare Rechte auf bestimmte staatliche Leistungen ein. Die Bundesverfassung garantiert nur wenige Sozialrechte. Sie sind aber wichtig für die Verwirklichung der übrigen Grundrechte, denn «die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt».⁶

Bei den verschiedenen Arten von Rechten handelt es sich nicht um eine Auswahlliste. Vielmehr müssen für einen effektiven Grundrechtsschutz die unterschiedlichen Rechte zusammenspielen.

Abbildung 1: Arten von Grund- und Menschenrechten

Freiheitsrechte
<ul style="list-style-type: none">· Recht auf Leben· Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit· Verbot der Folter· Bewegungsfreiheit· Recht auf persönliche Freiheit· Glaubens- und Gewissensfreiheit· Meinungs- und Informationsfreiheit· Wirtschaftsfreiheit· Schutz der Privatsphäre· Recht auf Familienleben

⁵ Schefer/Rhinow, S. 22 N 153 und N 155.

⁶ BGE 121 I 367, S. 371 E. 2b.

Rechtsstaatliche Garantien
<ul style="list-style-type: none"> · Rechtsgleichheit · Diskriminierungsverbot · Willkürverbot · Gebot von Treu und Glauben · Anspruch auf Zugang zu einem Gericht · Anspruch auf rechtliches Gehör und faires Verfahren · Spezielle Rechtsschutzgarantien im Freiheitsentzug
Politische Rechte
<ul style="list-style-type: none"> · Stimm- und Wahlrecht · Initiativ- und Referendumsrecht · Recht auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe
Sozialrechte
<ul style="list-style-type: none"> · Recht auf Hilfe in Notlagen · Anspruch auf Grundschulunterricht · Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

1.3 Rechtsquellen

Nationales Recht

Die geltende Bundesverfassung von 1999 enthält in den Artikeln 7 bis 34 einen umfassenden Katalog von Grundrechten. Einige davon waren bereits in der ersten Bundesverfassung von 1848 enthalten, andere kamen erst im 20. Jahrhundert durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinzu.

Die Grundrechte der Bundesverfassung werden teilweise durch Gesetze konkretisiert. Zum Beispiel präzisiert das eidgenössische Datenschutzgesetz, wie weit das Recht auf Privatsphäre geht, auf welchem Weg es eingefordert und in welchen Fällen es eingeschränkt werden kann. Wenn ein Eingriff in die Privatsphäre beurteilt werden soll, muss deshalb neben der Verfassung auch das Datenschutzgesetz herangezogen werden.

Auch gewisse kantonale Verfassungen enthalten Grundrechtskataloge. Den kantonalen Grundrechten kommt aber nur dann eine Bedeutung zu, wenn sie über die Grundrechte der Bundesverfassung hinausgehen. Dies ist eher selten der Fall.

Neben den Grundrechten enthält die Bundesverfassung eine Reihe von Sozialzielen. *Sozialziele* und *Sozialrechte* dürfen nicht verwechselt werden (vgl. Abb. 2). Die Sozialziele haben, anders als die Sozialrechte, lediglich programmatischen Charakter.

Das heisst, sie verpflichten den Bund und die Kantone zwar, ihr Möglichstes zu tun, um die Ziele zu erreichen. Sie verleihen aber anders als die Grundrechte keine Ansprüche, die von Einzelpersonen gerichtlich durchgesetzt werden können.

Abbildung 2: Unterscheidung Sozialrechte und Sozialziele

Sozialrechte	Sozialziele (Auswahl)
Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)	Teilhabe an sozialer Sicherheit (Art. 41 Abs. 1 lit. a BV)
Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV)	Gesundheitliche Pflege (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV)
Recht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV)	Arbeit zu angemessenen Bedingungen (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV)
	Bezahlbarer Wohnraum (Art. 41 Abs. 1 lit. e BV)

Internationales Recht

Die Schweiz ist Mitglied verschiedener internationaler Abkommen zum Schutz der Menschenrechte. Diese Abkommen geniessen grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht. Ein Bundesgesetz, das ein Menschenrechtsabkommen verletzt, darf deshalb nicht angewendet werden.

Das wichtigste internationale Abkommen ist die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK). Die EMRK ist für die Schweiz seit 1974 verbindlich. Seither können sich Einzelpersonen, die sich in ihren von der EMRK garantierten Rechten verletzt fühlen, nach Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wenden.

Die EMRK enthält vor allem Freiheitsrechte und rechtsstaatliche Garantien. Die *Europäische Sozialcharta* garantiert ergänzend dazu verschiedene Sozialrechte. Die Schweiz ist der Sozialcharta aber bis heute nicht beigetreten.

Eine ähnliche Zweiteilung existiert beim *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (UNO-Sozialpakt) und dem *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* (UNO-Zivilpakt). Die Schweiz ist beiden Pakten beigetreten und muss sich an sie halten. Das Bundesgericht vertritt aber die Auffassung, dass die im UNO-Sozialpakt festgehaltenen Rechte mit wenigen Ausnahmen

nicht direkt durchsetzbar seien. Nach seiner Ansicht müssen die eher offenen und allgemein formulierten Rechte des UNO-Sozialpakts zuerst in einem Gesetz konkretisiert werden. Einzelpersonen könnten sich deshalb in der Schweiz nicht direkt auf diesen Pakt berufen, um ihre Rechte durchzusetzen.⁷ Damit behandelt das Bundesgericht die Rechte des UNO-Sozialpakts ähnlich wie die Sozialziele der Bundesverfassung. Internationale Gremien kritisieren die Schweiz für diese Haltung.⁸

Abbildung 3: Gerichtliche Durchsetzbarkeit der Grund- und Menschenrechte

Rechtsquellen	Gerichtliche Durchsetzbarkeit
EBENE SCHWEIZ	
Grundrechte (Art. 7 bis 34 BV)	Gerichtlich durchsetzbar
Sozialziele (Art. 41 BV)	Nicht gerichtlich durchsetzbar
EUROPÄISCHE EBENE	
EMRK	Gerichtlich durchsetzbar
Europäische Sozialcharta	Schweiz ist nicht Mitglied
INTERNATIONALE EBENE	
UNO-Zivilpakt	Gerichtlich durchsetzbar
UNO-Sozialpakt	Umstritten, gemäss Bundesgericht grundsätzlich nicht gerichtlich durchsetzbar

1.4 Unterschiedliche Arten von Ansprüchen

Grund- und Menschenrechte vermitteln Einzelpersonen drei Arten von Ansprüchen gegenüber dem Staat:

Abwehransprüche haben die Funktion, staatliche Übergriffe auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter abzuwehren. Jede und jeder Einzelne kann verlangen, dass der Staat die Grundrechte achtet und nichts tut, was ihre Ausübung erschwert oder

⁷ BGE 120 Ia 1, S. 11 E. 5c; BGE 122 I 101, S. 103 E. 2.1; BGE 126 I 240, S. 243 E. 2c.

⁸ Vgl. z. B. UN-Sozialausschuss Concluding observation, C.5.

gar verunmöglicht. Patientinnen und Patienten eines Spitals dürfen beispielsweise erwarten, dass ihre persönlichen Daten vertraulich behandelt und nicht ohne Einverständnis an Dritte weitergegeben werden.

Häufig reicht es aber nicht aus, dass der Staat selbst die Grund- und Menschenrechte achtet. Er muss auch Massnahmen ergreifen, damit es nicht zu Grundrechtsbeeinträchtigungen durch private Akteure kommt. Um das Recht auf Leben zu schützen, muss der Staat zum Beispiel Massnahmen ergreifen, um häusliche Gewalt zu verhindern. Dieser *Schutzanspruch* ist jedoch nicht absolut. Er geht umso weiter, je verletzlicher eine Person ist und je näher sie zum Staat steht. Nahe beim Staat stehen zum Beispiel Personen in Gefängnissen, psychiatrischen Einrichtungen und Pflegeheimen.

Leistungsansprüche verpflichten den Staat zu einem aktiven Tun. Sie sind insbesondere bei den Sozialrechten relevant. Ansprüche auf aktive Leistungen des Staates können sich aber auch aus anderen Grundrechten ergeben. Eine Person, die sich in einer psychiatrischen Klinik befindet und dort an einer Angina erkrankt, kann zum Beispiel erwarten, dass die Klinik die notwendigen Medikamente für sie beschafft und so ihre körperliche Unversehrtheit schützt.

1.5 Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte

An die Grundrechte gebunden ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt. Ob es sich dabei um eine Behörde des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde handelt, ist unbedeutend. Ebenso spielt es keine Rolle, ob es sich um ein Parlament, eine Regierung, eine Verwaltungsbehörde oder eine öffentliche oder private Einrichtung handelt. Für die Frage, wer an die Grundrechte gebunden ist, ist einzig entscheidend, ob eine staatliche Aufgabe wahrgenommen wird oder nicht. Dies ist zentral, weil sich der Staat sonst leicht aus der Verantwortung ziehen könnte, indem er staatliche Betriebe privatisiert.

Staatliche Aufgaben sind all diejenigen Aufgaben, welche gemäss der Verfassung oder einem Gesetz in der Verantwortung des Staats liegen. Dazu gehören unter anderem das Gesundheitswesen und die soziale Sicherheit. Alters- und Pflegeheime nehmen immer dann eine staatliche Aufgabe wahr, wenn sie überwiegend über öffentliche Gelder finanziert sind, was auf die grosse Mehrheit der Heime zutrifft.⁹ Die Grundrechte gelten zwischen Privaten und dem Staat. Zwischen Privaten wirken die Grundrechte hingegen nicht direkt. Vielmehr gilt hier der Grundsatz der Privatautonomie und als Ausfluss davon zum Beispiel die Vertragsfreiheit. Eine Hausärztin

⁹ Cherubini, S. 34 N 64 und S. 35 N 65f.

oder ein Hausarzt hat deshalb zum Beispiel das Recht, keine neuen Patientinnen und Patienten aufzunehmen, die älter als 70 Jahre sind, zumindest solange es sich nicht um einen Notfall handelt. Eine Ärztin oder ein Arzt eines öffentlichen Spitals darf dies hingegen nicht, weil sie bzw. er an das Gleichbehandlungsgebot der Verfassung gebunden ist.

Indirekt wirken sich die Grundrechte dennoch auf das Verhältnis zwischen Privaten aus. Die Verfassung verpflichtet nämlich Parlamente, Regierungen und Gerichte dazu beizutragen, dass die Grundrechte auch zwischen Privaten verwirklicht werden. Beispielsweise muss ein Gericht, das eine missbräuchliche Kündigung einer Vermieterin oder eines Vermieters beurteilt, den offenen Begriff «missbräuchlich» im Licht des Diskriminierungsverbots der Verfassung auslegen. Erfolgte die Kündigung wegen eines der in Art. 8 Abs. 2 BV aufgezählten Diskriminierungsmerkmale, wie zum Beispiel der sexuellen Orientierung, wird es die Kündigung deshalb als missbräuchlich bezeichnen – und dies, obwohl die Vermieterin bzw. der Vermieter nicht direkt an die Grundrechte der Verfassung gebunden ist.

1.6 Einschränkung der Grund- und Menschenrechte¹⁰

Artikel 36 Bundesverfassung:

- 1 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.
- 2 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.
- 3 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.
- 4 Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Die Grund- und Menschenrechte gelten nicht absolut. Einschränkungen von Grundrechten, sogenannte Grundrechtseingriffe, sind möglich, jedoch nur unter den in Art. 36 BV festgeschriebenen Voraussetzungen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, spricht man nicht mehr von einem Grundrechtseingriff, sondern von einer Grundrechtsverletzung.

¹⁰ Die Ausführungen des Kapitels 1.6 beruhen teils auf Akkaya und Akkaya/Belser/Egbuna-Joss/Jung-Blattmann.

Grundrechtseingriffe sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind sowie den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen. Je schwerer der Eingriff ist, desto höher sind die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage, desto wichtiger müssen die mit dem Eingriff verfolgten öffentlichen Interessen sein und desto umfassender und differenzierter muss die Verhältnismässigkeitsprüfung ausfallen.¹¹

Der *Kerngehalt* eines Grundrechts ist derjenige Bestandteil eines Grundrechts, ohne den das Grundrecht sinnlos wäre und nur noch auf dem Papier bestünde. Der Kerngehalt ist absolut geschützt. Ein staatlicher Eingriff in den Kerngehalt ist deshalb immer verfassungswidrig.

Jeder Eingriff in ein Grundrecht benötigt eine *gesetzliche Grundlage*. Für besonders schwere Eingriffe braucht es eine präzise und detaillierte Bestimmung in einem durch ein Parlament verabschiedeten Gesetz. Aufgrund der Schwere des Eingriffs beschreibt zum Beispiel das Zivilgesetzbuch die Voraussetzungen einer fürsorglichen Unterbringung ausführlich. Bei leichteren Grundrechtseingriffen genügt auch eine Verordnung einer Regierung oder gar einer untergeordneten Behörde.

Öffentliche Interessen sind Interessen, die als legitime Anliegen der Allgemeinheit in der Rechtsordnung anerkannt sind, wie zum Beispiel der Schutz von Leben und Gesundheit, der Schutz des Religions- und des Sprachfriedens oder der Natur- und Umweltschutz. Ob ein bestimmtes öffentliches Interesse für die Einschränkung eines Grundrechts genügt, wird durch eine allgemeine Interessensabwägung ermittelt.

Schliesslich muss ein Grundrechtseingriff *verhältnismässig*, das heisst geeignet, erforderlich und zumutbar sein. Geeignet ist eine Massnahme, wenn durch sie das angestrebte Ziel tatsächlich verwirklicht werden kann. Beispielsweise ist das Anbringen von Bettschranken grundsätzlich geeignet, um demente Personen in Pflegeeinrichtungen vor Stürzen zu schützen.

Eine Massnahme ist *erforderlich*, wenn kein weniger einschneidendes Mittel besteht, mit welchem dasselbe Ziel erreicht werden kann. Die Erforderlichkeit muss in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht gegeben sein. So ist es im oben genannten Beispiel vermutlich nicht erforderlich, dass bei allen Betten der Pflegeabteilung Schranken angebracht werden. Diese könnten zudem eventuell tagsüber entfernt werden. Vielleicht existiert gar eine mildere Massnahme, mit welcher dasselbe Ziel erreicht werden kann, wie zum Beispiel der Einsatz von Niederflurbetten.

Jede Massnahme muss zudem *zumutbar* sein. Zwischen dem angestrebten Ziel und der Schwere der Beschränkung muss ein vernünftiges Verhältnis bestehen, das

¹¹ Akkaya, S. 25.

heisst, die Massnahme darf die Betroffenen nicht übermässig belasten. Relevant sind die Art und Dauer der Beeinträchtigung und die Auswirkungen auf den Lebensalltag der Betroffenen.¹² Im genannten Beispiel müsste deshalb im Einzelfall geklärt werden, wie stark sich eine Person durch eine Bettschranke bedrängt fühlt. Um festzustellen, ob eine konkrete Massnahme ein Grundrecht verletzt, müssen zusammenfassend folgende Fragen beantwortet werden:¹³

1. Stellt das infrage stehende Verhalten einen Eingriff in ein Grund- oder Menschenrecht dar?

2. Geht das Verhalten von einem Akteur aus, der staatliche Aufgaben erfüllt?

3. Wird der Kerngehalt gewahrt?

4. Besteht eine genügende gesetzliche Grundlage für den Eingriff?

5. Dient der Eingriff einem öffentlichen Interesse?

6. Verfolgt der Eingriff das öffentliche Interesse auf eine Art und Weise, die den Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert? Ist der Eingriff geeignet, erforderlich und zumutbar?

Können alle Fragen mit Ja beantwortet werden, handelt es sich um einen zulässigen Grundrechtseingriff. Wird dagegen eine der Fragen 3–6 mit Nein beantwortet, liegt eine unzulässige Grundrechtsverletzung vor, gegen die sich Betroffene zur Wehr setzen können.

¹² Akkaya, S. 27.

¹³ Vgl. auch Akkaya/Belser/Egbuna-Joss/Jung-Blattmann. S. 36.

2 Ältere Menschen im Recht

2.1 Begriff des Alters

Seit Ende des 19. Jahrhunderts ist die durchschnittliche Lebenserwartung in der Schweiz stetig gestiegen. Aktuell liegt sie bei 82 Jahren für Männer und 85 Jahren für Frauen. Ebenfalls gestiegen ist die behinderungsfreie Lebenserwartung. Immer mehr Menschen sind auch noch im hohen Alter bei guter Gesundheit.¹⁴

Durchschnittswerte dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Prozess des Alterns sehr individuell verläuft. Während die Mehrheit der Menschen ihren Alltag bis ins hohe Alter autonom gestalten kann, sind andere bereits früh auf Unterstützung angewiesen. Die Chance, gesund altern zu können, hängt von unterschiedlichen Faktoren wie Lebensumständen und Bildungsniveau ab.¹⁵

Zudem bestehen je nach Lebensbereich ganz unterschiedliche Vorstellungen darüber, wer als «alt» gilt. Bei der Weiterbildung oder bei der Stellensuche sehen sich in gewissen Branchen bereits Personen ab dem 45. Altersjahr mit Nachteilen konfrontiert; bei der Wohnungssuche oder der Gesundheitsversorgung treten die Benachteiligungen älterer Menschen dagegen meist erst später auf.

Ein Bereich, in dem Frauen bereits früh als «alt» gelten, ist die Familiengründung. Die Übernahme der Kosten einer künstlichen Befruchtung wird zum Beispiel bereits bei 43-jährigen Frauen infrage gestellt. Die Krankenkassen argumentieren, in diesem Alter nähmen die Erfolgchancen der Behandlung ab. Gemäss Bundesgericht

¹⁴ Höpflinger/Bayer-Oglesby/Zumbrunn, S. 21, S. 35 und S. 56 bzw. BFS Statistik Lebenserwartung.

¹⁵ BAG Chancengleichheit.

braucht es aber auf jeden Fall eine Einzelfallbeurteilung. Ein Entscheid *allein* aufgrund des Alters ist nicht zulässig.¹⁶

Aus den genannten Gründen existiert weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene eine einheitliche Definition, ab wann eine Person als «alt» gilt. Eine solche braucht es auch nicht. Vielmehr muss pro Lebensbereich abgeklärt werden, ab wann eine betroffene Person in diesem Bereich aufgrund ihres fortgeschrittenen Alters rechtlichen oder tatsächlichen Benachteiligungen ausgesetzt und damit schutzbedürftig ist.

Ein besonderes Augenmerk muss auf Personen gelegt werden, welche in Alters- und Pflegeheimen leben. Diese Menschen stehen in einem starken Abhängigkeitsverhältnis und brauchen deshalb einen besonderen Schutz.

2.2 Internationale Abkommen

Der UNO-Sozialpakt, der UNO-Zivilpakt und die EMRK enthalten keine spezifischen Bestimmungen zu älteren Menschen. Die in diesen Abkommen verbrieften Menschenrechte gelten aber für alle Menschen gleich. Deshalb können sich auch ältere Menschen auf sie berufen.

Alle drei Abkommen verbieten Diskriminierungen aufgrund bestimmter Merkmale. Das Merkmal «Alter» wird in keinem der Abkommen genannt. Die Liste ist aber nicht abschliessend und Altersdiskriminierungen fallen auch in den Anwendungsbereich dieser Abkommen.

Für Frauen und Kinder wurden im 20. Jahrhundert besondere Abkommen erarbeitet, weil sie als sehr verletzlich gelten. Ein internationales Abkommen für ältere Menschen, die ebenfalls als besonders verletzlich gelten, existiert hingegen nicht.¹⁷

Eine von der UNO-Generalversammlung eingesetzte Arbeitsgruppe ist aktuell daran, einen Entwurf für ein solches Abkommen vorzubereiten. Viele Staaten, darunter die Schweiz, vertreten aber die Haltung, dass es genüge, den bestehenden Instrumenten mehr Durchsetzungskraft zu verleihen.

2008 trat die UNO-Behindertenrechtskonvention (BRK) in Kraft. Ihre Rolle für ältere Menschen ist umstritten, weil ältere Menschen sich teilweise dagegen wehren, als «behindert» bezeichnet zu werden. Die BRK verwendet aber einen sehr umfassenden Begriff der Behinderung. Erfasst sind alle Menschen, «die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in

¹⁶ BGE 142 V 249, S. 256 E. 6.4.

¹⁷ Eine Ausnahme bildet die Interamerikanische Konvention zum Schutz der Menschenrechte Älterer, welcher jedoch erst sechs Staaten beigetreten sind.

Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können».¹⁸

Ältere Menschen, die unter einer Seh- oder Hörbehinderung leiden, in ihrer Mobilität eingeschränkt oder langfristig auf Pflege und Unterstützung angewiesen sind, stehen unter dem Schutz der BRK. In gewissen Bereichen könnte die BRK folglich zu einem wichtigen Instrument zum Schutz der Rechte von älteren Menschen werden.

Neben den für die jeweiligen Vertragsstaaten verbindlichen Abkommen existiert auf der internationalen Ebene eine Reihe von rechtlich nicht verbindlichen, aber dennoch wichtigen Instrumenten. Dazu zählen beispielsweise Empfehlungen der UNO-Generalversammlung, der unabhängigen Expertin für die Menschenrechte älterer Personen des UNO-Menschenrechtsrats oder des Europarats.

2.3 Verfassungsrecht

In der Bundesverfassung gibt es keine Bestimmung, welche sich ausdrücklich den spezifischen Schutzbedürfnissen älterer Menschen widmet.¹⁹ Einzelne Kantonsverfassungen kennen hingegen solche Garantien. Die Freiburgische Kantonsverfassung sieht zum Beispiel in Art. 35 vor, dass ältere Personen Anspruch auf Mitwirkung, Autonomie, Lebensqualität und Achtung ihrer Persönlichkeit haben.²⁰ Auf dieser Basis erliess das Kantonsparlament ein Gesetz «über Seniorinnen und Senioren», das unter anderem Massnahmen zur Verbesserung des intergenerationellen Austauschs vorsieht und dafür finanzielle Mittel zur Verfügung stellt.

Explizit erwähnt wird das Alter in Art. 8 Abs. 2 BV. Demnach ist jegliche Form von Diskriminierung aufgrund des Alters verboten. Allerdings bezeichnet das Bundesgericht das Alter als «atypischen Diskriminierungstatbestand», weil er nicht an eine historisch schlechter gestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpfe.²¹

Erwähnt wird das Alter auch in den Sozialzielen: Gemäss Art. 41 Abs. 2 BV hat der Staat dafür zu sorgen, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen des Alters abgesichert ist. Sehr wichtige Instrumente in diesem Zusammenhang sind die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die berufliche Vorsorge, die Ergänzungsleistungen (EL) und die obligatorische Krankenpflegeversicherung.

¹⁸ Zweiter Satz von Art. 1 BRK.

¹⁹ Für Kinder existiert mit Art. 11 BV hingegen ein solcher Artikel.

²⁰ Vgl. auch Art. 39 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Genf.

²¹ BGE 138 I 265, S. 268 E. 4.3.

2.4 Sozialversicherungsrecht²²

AHV, berufliche Vorsorge, EL und obligatorische Krankenpflegeversicherung sind Sozialversicherungen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie ein soziales Risiko – insbesondere das Alter bzw. die Krankheit – versichern. Alter gilt als soziales Risiko, weil mit zunehmendem Alter das Erzielen eines Einkommens erschwert wird und die Wahrscheinlichkeit gesundheitlicher Beschwerden steigt.

Die Sozialversicherungen sind Aufgaben des Bundes. Die Kantone hingegen sind für die Sozialhilfe und das Gesundheits- und Heimwesen zuständig.²³ Auf kantonaler Ebene existieren denn auch Sozialhilfe-, Gesundheits-, Pflege- und Patientengesetze, welche für die Rechte von älteren Menschen wichtig sind.

Altersvorsorge

Die AHV ist eine Volksversicherung. Sie ist für alle in der Schweiz arbeitenden oder lebenden Personen obligatorisch. Ziel der AHV ist es, den Existenzbedarf älterer Menschen nach der Pensionierung angemessen zu sichern.

Die AHV kennt drei Formen von Leistungen: 1. Renten, 2. Beiträge an Hilfsmittel und 3. Hilfslosenentschädigungen. Anspruch auf eine AHV-Rente haben alle Personen, sobald sie das ordentliche Rentenalter erreicht haben.

Einige Rentnerinnen und Rentner erhalten zusätzlich zur Rente einen Beitrag an ein Hilfsmittel, wie zum Beispiel ein Hörgerät oder einen Rollstuhl. Die Hilfsmittelbeiträge der AHV sind kleiner als die Hilfsmittelbeiträge der Invalidenversicherung (IV). Die IV zahlt beispielsweise einer Person, die auf einen Rollstuhl angewiesen ist, die Kosten für den Rollstuhl, das nötige Gebrauchstraining, die Reparatur und den Unterhalt. Die AHV hingegen kommt bei einer Person in der gleichen Situation nur für den Rollstuhl auf.²⁴

Hilfslosenentschädigungen werden an Rentnerinnen und Rentner ausgerichtet, die für alltägliche Lebensverrichtungen wie Ankleiden oder Essen auf die Hilfe Dritter angewiesen sind. Ziel der Hilfslosenentschädigungen ist es, die Autonomie älterer Menschen möglichst lange zu erhalten. Personen mit einer leichten Hilfslosigkeit erhalten nur eine Entschädigung, solange sie noch zu Hause leben. Personen mit einer mittleren oder schweren Hilfslosigkeit haben auch Anspruch auf eine Hilfslosenentschädigung, wenn sie in einem Heim leben.

²² Die Ausführungen des Kapitels 2.4 stützen sich auf Kieser und Scartazzini/Hürzeler.

²³ Gewisse Kantone haben in diesem Bereich zahlreiche Befugnisse an die Gemeinden delegiert.

²⁴ Inclusion Handicap Schattenbericht BRK, S. 86.

Die AHV (erste Säule) wird ergänzt durch die berufliche Vorsorge (zweite Säule) und die Selbstvorsorge (dritte Säule). Fast ein Drittel der Rentnerinnen und Rentner verfügen aber nur über eine erste Säule, das heisst, sie erhalten nur die Leistungen der AHV. Frauen sind davon doppelt so häufig betroffen wie Männer.²⁵

Die Höhe der AHV-Beiträge hängt von der Höhe des Einkommens ab. Das Alter spielt hingegen bei der Berechnung der Beiträge keine Rolle. Anders bei den Beiträgen an die berufliche Vorsorge: Hier zahlen ältere Personen im Vergleich zu jüngeren Personen anteilmässig mehr ein. Diese Regelung wird teilweise kritisiert, weil sie ältere Mitarbeitende «verteuert». Sie wurde ursprünglich eingeführt, um die erste Generation, welche nur während eines Teils des Arbeitslebens Beiträge einzahlte, zu begünstigen.²⁶

Reichen die Leistungen der AHV nicht, um den Existenzbedarf zu decken, besteht ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen (EL). Da die Kosten für längere Aufenthalte in Alters- oder Pflegeheimen die Maximalrente der AHV bei Weitem übersteigen, ist die Hälfte der Heimbewohnerinnen und -bewohner auf EL angewiesen.²⁷

Ergänzungsleistungen werden gewährt, wenn eine Person höhere Ausgaben als Einnahmen hat. Dabei werden für gewisse Ausgabenposten gesetzliche Ansätze festgesetzt (z. B. maximale Mietzinse), die nicht überschritten werden dürfen. Bei Personen, die längere Zeit in einem Heim leben, gilt die Tagestaxe des Heims als anerkannte Ausgabe.

Krankenversicherung

Auch bei der obligatorischen Krankenpflegeversicherung handelt es sich um eine Volksversicherung. Jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz ist verpflichtet, eine Krankenversicherung abzuschliessen. Sie hat dabei die Auswahl zwischen einer Vielzahl von Anbietern. Anders als in den freiwilligen Zusatzversicherungen besteht in der obligatorischen Grundversicherung eine Aufnahmespflicht. Trifft eine Krankenversicherung Massnahmen, um ältere Personen vor einem Wechsel zu dieser Versicherung abzuschrecken, betreibt sie eine verbotene Risikoselektion.

Die Krankenversicherung übernimmt die Kosten derjenigen Leistungen, die dazu dienen, eine Krankheit zu erkennen (diagnostische Leistungen) und zu behandeln (therapeutische Leistungen). Sie bezahlt also zum Beispiel eine Untersuchung in einer Hausarztpraxis und die Behandlung in einem Spital. Bei einem mehrtägigen Spitalaufenthalt übernimmt sie zusätzlich alle weiteren anfallenden Kosten, insbesondere auch diejenigen für Pflege, Übernachtung und Verpflegung.

²⁵ BFS Statistik Armut, S. 11.

²⁶ Flückiger, Art. 16 BVG N 6.

²⁷ BSV Statistik EL, S. 5.

Anders ist die Situation bei Personen, die altersbedingt auf längerfristige Pflege angewiesen sind. Hier werden Pflege-, Betreuungs- und Hotelleriekosten unterschieden (vgl. Abb. 4).

Die *Pflegekosten* umfassen Leistungen zur Unterstützung in alltäglichen Grundverrichtungen. Sie werden auf drei Akteure aufgeteilt: die Krankenversicherung, den Kanton und die pflegebedürftige Person. Der Beitrag der Krankenversicherung hängt vom Pflegebedarf ab. Im ambulanten Bereich zahlt sie aktuell maximal 15.60 CHF, im stationären Bereich maximal 21.60 CHF pro Tag. Die pflegebedürftige Person muss maximal 20 Prozent des maximalen vom Bundesrat festgesetzten Pflegebeitrags übernehmen. Die allenfalls noch verbleibenden Kosten müssen von den Kantonen vollständig übernommen werden. Die Praxis einiger Kantone, nicht kostendeckende kantonale Höchstansätze festzulegen, ist deshalb rechtswidrig.²⁸

Zu den *Betreuungskosten* gehören alle Kosten für die Unterstützung älterer Menschen bei der Bewältigung des täglichen Lebens, die nicht pflegerischer Art sind. Darunter fallen hauswirtschaftliche Tätigkeiten, administrative Hilfe oder psychische und soziale Unterstützung. Die Betreuungskosten müssen grundsätzlich von der pflegebedürftigen Person selber getragen werden. Teils beteiligen sich aber auch die Kantone oder die Gemeinden.

Die *Hotelleriekosten* umfassen Kosten für Unterkunft und Verpflegung. Sie müssen gesamthaft von der pflegebedürftigen Person bezahlt werden.

²⁸ BGE 144 V 280, S. 295 E. 7.4.3.

Abbildung 4: Finanzierung von Leistungen für pflegebedürftige Personen²⁹

Leistungen	Beispiele	Finanzierung
PFLEGEKOSTEN		
Abklärung, Beratung, Koordination	Beratung bei der Einnahme von Medikamenten	Krankenversicherung, Kantone und pflegebedürftige Person
Behandlung und Untersuchung	Versorgung von Wunden und Messung von Blutdruck	
Grundpflege	Hilfe bei An- und Auskleiden, bei Mund- und Körperpflege sowie bei Essenseinnahme und Trinken	
BETREUUNGSKOSTEN		
Hauswirtschaftliche Tätigkeiten	Unterstützung beim Einkaufen, bei der Essenszubereitung und der Wäsche	Pflegebedürftige Person, ggf. Kanton oder Gemeinden
Administrative Hilfe	Hilfe beim Tätigen von Geldgeschäften	
Psychische und soziale Unterstützung	Gehbegleitung im Garten, gemeinsamer Spaziergang, Fahrdienste	
HOTELLERIE		
Unterkunft und Verpflegung	Morgen-, Mittag- und Abendessen, Zimmerreinigung	Pflegebedürftige Person

²⁹ In Abb. 4 nicht enthalten sind allfällige zusätzliche Leistungen der AHV, der IV oder der EL. Teils gibt es beispielsweise Überschneidungen zwischen den Leistungen der Grundpflege der Krankenversicherungen und den Hilflosenentschädigungen der AHV oder IV.

Die Gefahr bei einem solch komplexen System besteht darin, dass Abgrenzungsprobleme und Lücken entstehen. Beispielsweise gehört die Essenseinnahme zur Grundpflege, die Essenszubereitung hingegen zur Betreuung. Unklar ist, in welche Kategorie das Servieren des Essens und das Zerschneiden in geeignete Stücke fällt.³⁰ Auch setzt das System aus Sicht der Betroffenen teilweise falsche Anreize. Demente Personen, die sehr unruhig sind, können zum Beispiel durch medikamentöse oder nicht medikamentöse Methoden behandelt werden. Weil nur medikamentöse Methoden der Krankenversicherung verrechnet werden können, besteht die Gefahr, dass diese Methoden bevorzugt werden.

2.5 Erwachsenenschutzrecht³¹

Das Erwachsenenschutzrecht regelt Massnahmen zum Schutz von erwachsenen Personen, die hilfs- oder schutzbedürftig sind.

Urteilsfähigkeit

Gewisse Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts, wie zum Beispiel die bewegungseinschränkende Massnahmen nach Art. 383 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), dürfen nur bei urteilsunfähigen Personen angewendet werden. Der Begriff der Urteilsfähigkeit ist deshalb für das Erwachsenenschutzrecht zentral. Nach Art. 16 ZGB ist eine Person urteilsunfähig, der es wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände an der Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Vernunftgemässes Handeln setzt aus rechtlicher Sicht zwei Elemente voraus: Einerseits braucht es die intellektuelle Fähigkeit, eine bestimmte Situation zu verstehen und sich dazu eine Meinung zu bilden. Andererseits braucht es die Fähigkeit, nach dem eigenen Willen handeln und Beeinflussungsversuchen in normaler Weise Widerstand leisten zu können.

Die Urteilsfähigkeit ist relativ. Das heisst, sie muss immer in einer konkreten Situation für eine aktuelle Fragestellung beurteilt werden. Jegliche Generalisierung ist unzulässig. Es ist deshalb nicht erlaubt, die Urteilsfähigkeit schematisch an ein bestimmtes Alter oder an eine bestimmte medizinische Diagnose, wie zum Beispiel Demenz, zu knüpfen. Auch eine demente Person kann bezüglich gewisser Fragen, etwa bezüglich der Menüwahl, urteilsfähig sein.

³⁰ Eugster, Art. 25 KVG N 26.

³¹ Die Ausführungen des Kapitels 2.5 stützen sich auf Hausheer/Geiser/Aebi-Müller und Schmid. Zur Vertiefung vgl. Honsell/Vogt/Geiser.

Weil die Urteilsfähigkeit sich immer auf eine konkrete Situation bezieht, kann eine Person am gleichen Tag betreffend eine einfache Frage mit einer geringen Tragweite als urteilsfähig, betreffend eine schwierige Frage mit grosser Tragweite hingegen als urteilsunfähig beurteilt werden. Deshalb kann ein Heim eine leicht verwirrte Person vielleicht noch selbstständig über den Besuch eines teuren Coiffeurs entscheiden lassen. Möchte die Person aber eine teure Lebensversicherung abschliessen, ist es eventuell angebracht, die gesetzliche Vertretung heranzuziehen.

Bezüglich der beurteilten Situation kann die Person nur urteilsfähig oder urteilsunfähig sein. Zwischenstufen existieren im geltenden Recht nicht, teils wird aber ihre Einführung gefordert.³² Bei erwachsenen Personen wird grundsätzlich von deren Urteilsfähigkeit ausgegangen.

Ist eine Person urteilsunfähig, ist der von ihr geäusserte Wille rechtlich nicht mehr verbindlich. Gewisse Juristinnen und Juristen gehen deshalb so weit, zu sagen, dass Zwang im juristischen Sinn gegenüber urteilsunfähigen Personen gar nicht möglich ist.³³ Diejenige Person, die anstelle der urteilsunfähigen Person entscheidet, muss aber immer den mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person berücksichtigen. Dabei muss sie unter anderem aktuelle Willensbekundungen einbeziehen, auch wenn diese rechtlich nicht verbindlich sind. Insofern ist es doch relevant, ob eine urteilsunfähige Person zu einer Massnahme Ja oder Nein sagt bzw. ob sie eine Massnahme passiv erduldet oder sich aktiv dagegen wehrt.

Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts

Das Erwachsenenschutzrecht unterscheidet drei Arten von Massnahmen (vgl. Abb. 5): Unter dem Titel «Die eigene Vorsorge» regelt das Gesetz den Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung. Beide Instrumente erlauben es Menschen, Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass sie ihre Urteilsfähigkeit verlieren sollten. Sie dienen damit der Autonomie, werden in der Praxis aber vergleichsweise selten genutzt.³⁴ Haben Betroffene keine eigene Vorsorge getroffen, gibt das Gesetz eine Reihe von Vertretungsregelungen vor, die im Moment der Urteilsunfähigkeit greifen («Massnahmen von Gesetzes wegen»). So bestimmt das Gesetz zum Beispiel, dass verheiratete urteilsunfähige Personen normalerweise durch ihre Ehepartnerin oder ihren Ehepartner vertreten werden.

Schliesslich zählt das Gesetz die behördlichen Massnahmen, die unterschiedlichen Beistandschaften und die fürsorgerische Unterbringung, auf.

³² SNF Synthesebericht NFP 67, S. 37.

³³ Bucher, S. 766.

³⁴ Pro Senectute 2017.

Abbildung 5: Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts

Art der Massnahme	Einzelne Massnahme
DIE EIGENE VORSORGE	Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB)
	Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB)
MASSNAHMEN VON GESETZES WEGEN	Vertretung durch Ehegatten oder eingetragene Partner (Art. 374 ZGB)
	Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ZGB)
	Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 382 ff. ZGB)
BEHÖRDLICHE MASSNAHMEN	Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB)
	Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB)
	Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB)
	Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB)
	Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB)

Die Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts stellen – teils schwere – Grundrechtseingriffe dar. Sie dürfen deshalb nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV angeordnet werden. Insbesondere dürfen die Massnahmen wegen des Verhältnismässigkeitsprinzips erst ergriffen werden, wenn der betroffenen Person auf keine andere Art geholfen werden kann. Von den zur Verfügung stehenden Massnahmen muss immer die mildeste, am wenigsten weit gehende gewählt werden.

Unter den Beistandschaften stellt die Begleitbeistandschaft die mildeste Form der Unterstützung dar. Sie kann nur mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet werden und erlaubt dieser weiterhin, selbstständig Rechte und Pflichten zu begründen. Bei der umfassenden Beistandschaft entfällt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person hingegen ganz, das heisst, die Beiständin oder der Beistand ist für alle rechtlichen Handlungen verantwortlich. Die vormundschaftsähn-

liche Massnahme ist deshalb Ultima Ratio und darf nur angeordnet werden, wenn keine andere Massnahme den Schutz der betroffenen Person garantieren kann. Gemäss den neusten Zahlen sind 18 Prozent der bestehenden Beistandschaften umfassend. Das entspricht im Vergleich zum alten System der Vormundschaft einem deutlichen Rückgang. Insgesamt ist jedoch die Anzahl der durch die Erwachsenenschutzbehörden verfügten Massnahmen gestiegen.³⁵ Auch die Anzahl Massnahmen, die gegenüber Pensionärinnen und Pensionären angeordnet wurden, ist signifikant angewachsen.³⁶

Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen

Das neue Erwachsenenschutzrecht regelt gewisse Punkte, die beim Aufenthalt in Alters- und Pflegeheimen beachtet werden müssen. Die Regelung ist aber lückenhaft und einige wichtige Fragen sind nicht geklärt. Weil urteilsfähige Personen selbstständig entscheiden, wo und wie sie wohnen, liegt der Fokus im Gesetz auf urteilsunfähigen Personen.

Beim Eintritt von urteilsunfähigen Personen in eine Alters- oder Pflegeeinrichtung muss ein schriftlicher Betreuungsvertrag abgeschlossen werden. Der Vertrag wird vom Heim und derjenigen Person, welche nach Art. 378 ZGB zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigt ist, unterzeichnet. Häufig ist das die Ehepartnerin bzw. der Ehepartner. Im Gesetz nicht geregelt ist, wer den Entscheid fällt, ob eine urteilsunfähige Person weiterhin zu Hause betreut wird oder in ein Heim wechselt.

Im Betreuungsvertrag muss festgelegt werden, welche Leistungen das Heim zu welchem Preis erbringt. Es wird empfohlen, auch weitere Fragen, zum Beispiel allfällige Besuchsregelungen, zu klären. Dabei müssen immer die gesetzlichen Bestimmungen beachtet werden. Zum Beispiel darf in einem Betreuungsvertrag nicht ein generelles Einverständnis für alle medizinischen Massnahmen erteilt werden.

Das Heim muss die Wünsche der älteren Personen – zum Beispiel bezüglich Zimmereinrichtung, Schlafgewohnheiten, Körperpflege, Seelsorge oder Sterbebegleitung – so weit wie möglich berücksichtigen. Es muss zudem Massnahmen ergreifen, um die Persönlichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner zu achten und zu schützen. Es muss sich um ihr tägliches Wohl kümmern und zum Beispiel Massnahmen gegen Vereinsamung treffen. Eine Möglichkeit ist etwa die Information der Angehörigen über Aktivitäten des Heims.

Die Einrichtungen dürfen die Bewegungsfreiheit der Bewohnerinnen und Bewohner einschränken – jedoch nur unter strengen Voraussetzungen. Bewegungseinschrän-

³⁵ KOKES 5 Jahre KESB.

³⁶ Jud, S. 384.

kende Massnahmen sind – ausser bei der fürsorgerischen Unterbringung – nur bei urteilsunfähigen Personen möglich. Sie müssen dem Schutz der älteren Person dienen und bezüglich Dauer, Intensität und örtlicher Begrenzung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen. Die vertretungsberechtigte Person muss sofort über die Massnahme informiert werden. Ihre Zustimmung ist jedoch nicht erforderlich. Die Heime müssen über jede bewegungseinschränkende Massnahme detailliert Protokoll führen. Die vertretungsberechtigte Person kann das Protokoll einsehen. Ist sie der Meinung, dass eine Massnahme die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, kann sie die Erwachsenenschutzbehörde anrufen.

Auch medizinische Mittel, wie zum Beispiel Beruhigungsmittel, schränken die Bewegungsfreiheit ein. Für sie gelten aber spezielle Bestimmungen. So darf ein Heim ein Beruhigungsmittel nur verabreichen, wenn die vertretungsberechtigte Person ihre Zustimmung erteilt. Bei den übrigen bewegungseinschränkenden Massnahmen braucht es diese Zustimmung nicht.

Ohne die Zustimmung der vertretungsberechtigten Person dürfen medizinische Mittel nur im Notfall oder im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung verabreicht werden.

Fürsorgerische Unterbringung

Personen, die an einer psychischen Störung oder an einer geistigen Behinderung leiden oder schwer verwahrlost sind, können unter gewissen Umständen gegen ihren Willen in einer Einrichtung untergebracht werden. Diese sogenannte fürsorgerische Unterbringung, die einen schweren Grundrechtseingriff darstellt, ist im Gesetz relativ ausführlich geregelt.

Altersdemenz gilt als psychische Störung. Weigert sich eine demenzkranke Person, in eine geeignete Einrichtung überzutreten, obwohl ihre Betreuung anders nicht mehr gewährleistet ist, können die Erwachsenenschutzbehörde oder, je nach Kanton, speziell bezeichnete Ärztinnen und Ärzte eine fürsorgerische Unterbringung anordnen. Die betroffene Person kann gegen die fürsorgerische Unterbringung beim zuständigen Gericht Beschwerde führen und jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen.

Die unfreiwillige Einweisung von Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen ausserhalb der fürsorgerischen Unterbringung ist weder auf eidgenössischer noch auf kantonaler Ebene geregelt. So gibt es keine rechtlichen Vorgaben für den Fall, dass eine Person auf Veranlassung der Angehörigen, aber gegen ihren Willen in einem Heim untergebracht wird. Entsprechend unklar ist, wie sie sich gegen eine solche Unterbringung wehren kann.³⁷

Die Anzahl Zwangseinweisungen ist in der Schweiz im Vergleich zu anderen europäischen Ländern sehr hoch. Zwischen den Kantonen bestehen zudem erhebliche Unterschiede bei den Einweisungszahlen.³⁸

2.6 Persönlichkeitsschutz im Privatrecht

Das Privatrecht regelt die Beziehung zwischen Privaten, also beispielsweise die Beziehung zwischen Eltern und Kindern oder zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. In privatrechtlichen Beziehungen gelten die Grundrechte nicht direkt. Eine ältere Person kann sich deshalb zum Beispiel gegenüber ihren betreuenden Angehörigen nicht auf ein Recht auf Gleichbehandlung berufen.

Häufig finden sich aber im Privatrecht Bestimmungen, die die Werte der Grund- und Menschenrechte aufnehmen und einen vergleichbaren Schutz unter Privaten sicherstellen. Dies gilt ganz besonders im Bereich des Persönlichkeitsschutzes.

Die Persönlichkeit wird durch verschiedene Grundrechte wie das Recht auf Leben, auf körperliche und geistige Unversehrtheit, auf Bewegungsfreiheit und Familie geschützt. Im Privatrecht gibt es ähnliche Schutzbestimmungen. Der wichtigste Artikel ist Art. 28 des Zivilgesetzbuchs (ZGB), nach dem jede Person, deren Persönlichkeit durch eine andere natürliche oder juristische Person widerrechtlich verletzt wurde, das Gericht anrufen kann. Wird eine Person aufgrund ihres Alters von einer Privatperson benachteiligt und gibt es für diese Benachteiligung keine Rechtfertigungsgründe, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, die vor Gericht geltend gemacht werden kann. Die Rechtsprechung in diesem Bereich ist aber dünn. Alle bisherigen Urteile betreffen **Arbeitsverhältnisse**. Zu ähnlichen Persönlichkeitsverletzungen in anderen Lebensbereichen, wie zum Beispiel im Mietrecht, existieren keine Urteile. Neben dem Persönlichkeitsschutz gibt es auch andere Bereiche des Privatrechts, die für den Schutz der Grund- und Menschenrechte besonders wichtig sind. Dies gilt etwa für das **Gleichstellungsgesetz**, das für die Gleichheit zwischen Mann und Frau in der Arbeitswelt sorgen soll, und das Datenschutzgesetz, das unter anderem die Datenbearbeitung durch Private regelt.

2.7 Richtlinien und Empfehlungen privater Organisationen

Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) hat für verschiedene Bereiche, die für ältere Personen relevant sind, Richtlinien und Emp-

³⁸ Schuler/Tuch/Peter, S. 3 und 7.

fehlungen erarbeitet. Zu nennen sind etwa die **Richtlinien** zur Betreuung und Behandlung von **Menschen** mit Demenz, zu Zwangsmassnahmen in der Medizin und zum Umgang mit Sterben und Tod.

Die SAMW-Richtlinien sind grundsätzlich unverbindliche Hilfestellungen für die medizinische Praxis und Forschung. Als solche können sie nicht zwangsweise durchgesetzt werden und ihre Verletzung zieht im Unterschied zu Rechtsverletzungen keine staatliche Sanktion nach sich.

Die Richtlinien spielen aber eine wichtige Rolle bei der Rechtsauslegung. Beispielsweise zieht sie das Bundesgericht häufig als Massstab für den Stand der medizinischen Wissenschaften heran. In einzelnen Fällen sind die Richtlinien auch für die Gerichte verbindlich, nämlich dann, wenn ein Gesetz auf sie verweist.

Ein Teil der SAMW-Richtlinien ist zudem für Mitglieder der Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte verbindlich, da sie in deren Standesordnung übernommen wurden.

3 Einzelne Grund- und Menschenrechte³⁹

3.1 Schutz der Menschenwürde

Artikel 7 Bundesverfassung:

Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.

Die Menschenwürde steht am Anfang des Grundrechtskatalogs der Bundesverfassung. Diese prominente Platzierung ist Ausdruck davon, dass es sich bei der Menschenwürde um ein fundamentales Prinzip handelt, welches die gesamte Verfassungsordnung durchdringt und an welchem sich jedes Staatshandeln auszurichten hat.

Was die Menschenwürde genau umfasst, lässt die Bundesverfassung offen. Auch das Bundesgericht lässt bewusst viel Raum für unterschiedliche Deutungen, wenn es festhält, die Menschenwürde bezeichne das «letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen».⁴⁰ Fest steht, dass die Menschenwürde allen Menschen gleichermaßen zukommt. Lebensunwertes menschliches Leben oder Menschenleben mit weniger Wert gibt es nicht.⁴¹

Nicht mit der Menschenwürde vereinbar ist es, Menschen in Kategorien unterschiedlichen Werts einzuteilen. Es würde deshalb der Menschenwürde widersprechen, einer älteren Person eine medizinische Behandlung mit dem Argument zu verweigern,

³⁹ Die Ausführungen des Kapitels 3 stützen sich auf Belser/Waldmann. Zur Vertiefung vgl. Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender.

⁴⁰ BGE 127 I 6, S. 14 E. 5b.

⁴¹ BGE 98 Ia 508, S. 515 E. 4b.

diese lohne sich aufgrund des fortgeschrittenen Alters nicht mehr. Jedes Menschenleben hat vielmehr bis zum Tod des Menschen den gleichen unantastbaren Wert. Die Menschenwürde verbietet es auch, einen Menschen für einen Zweck, wie zum Beispiel zur Förderung der Forschung, zu instrumentalisieren: Jeder Mensch – unabhängig von Alter oder Gesundheitszustand – ist immer nur Zweck seiner selbst. So darf etwa ein Medikament nur unter strengen Voraussetzungen an einer urteilsunfähigen Person getestet werden.

Die Menschenwürde ist unantastbar, sie kann unter keinen Umständen eingeschränkt werden. Sie ist deshalb zentral, um andere Grundrechte, wie etwa das Diskriminierungs- und das Folterverbot, zu konkretisieren.

3.2 Diskriminierungsverbot

Artikel 8 Absatz 2 Bundesverfassung:

Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen [...] des Alters [...].

Artikel 14 Europäische Menschenrechtskonvention*

Artikel 2 Absatz 2 UNO-Sozialpakt*

Artikel 2 Absatz 1 UNO-Zivilpakt*

Der Begriff der von der Verfassung verbotenen Diskriminierung ist vom Begriff der Diskriminierung, wie er im Alltag für die Beschreibung einer Benachteiligung verwendet wird, zu unterscheiden. Eine verbotene Diskriminierung liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung an einem verpönten Merkmal wie Rasse oder Geschlecht anknüpft, diese Ungleichbehandlung die betroffenen Personen benachteiligt und für die Ungleichbehandlung keine qualifizierte Rechtfertigung vorliegt.

Die Bundesverfassung nennt in Art. 8 Abs. 2 BV «Alter» explizit als verpöntes Anknüpfungsmerkmal. Nach Bundesgericht handelt es sich beim Alter aber um einen «atypischen Diskriminierungstatbestand».⁴² Einerseits ist das Alter nicht nur mit negativen, sondern auch mit positiven Stereotypen verbunden (wie z.B. «weise» oder «erfahren»⁴³). Andererseits gehört die überwiegende Anzahl Personen früher oder

* Diese Bestimmungen enthalten Diskriminierungsverbote, die nur im Rahmen der jeweiligen Abkommen gelten.

⁴² BGE 138 I 265, S. 268 E. 4.3.

⁴³ Rehberg/Moser, S. 159.

später zur Gruppe der älteren Personen. Das unterscheidet das Merkmal «Alter» wesentlich von anderen Merkmalen wie «Geschlecht» oder «Rasse», welche in der Regel im Lauf des Lebens stabil bleiben.⁴⁴ Das Bundesgericht wendet für Altersdiskriminierungen deshalb nicht den gleich strengen Massstab an wie bei Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder des Geschlechts.⁴⁵

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot betrifft nur staatliche Massnahmen. Nicht erfasst wird deshalb die Benachteiligung Älterer durch Privatpersonen oder durch Unternehmen, wie sie verschiedentlich im Miet-, im Arbeits- oder im Privatversicherungsrecht beanstandet werden. Gegen solche Benachteiligungen auf dem Rechtsweg vorzugehen, ist deshalb nur möglich, wenn der Gesetzgeber dem Diskriminierungsverbot für den entsprechenden Rechtsbereich Wirksamkeit verschafft hat, wie zum Beispiel durch das Gleichstellungsgesetz oder das Behindertengleichstellungsgesetz.

Diskriminierungen können direkt oder indirekt sein. Bei einer direkten Diskriminierung knüpft eine benachteiligende Massnahme direkt am Alter der betroffenen Personen an. Bei einer indirekten Diskriminierung erscheint die benachteiligende Massnahme dagegen auf den ersten Blick neutral, weil sie das Alter der betroffenen Personen nicht ausdrücklich erwähnt. Sie wirkt sich aber in der Praxis besonders häufig nachteilig auf ältere (oder jüngere) Menschen aus. Um eine indirekte Diskriminierung könnte es sich zum Beispiel handeln, wenn wichtige staatliche Dienstleistungen nur noch online verfügbar sind. Dies wirkt sich besonders nachteilig auf ältere Personen aus, da sie bei der Internetnutzung stark unterrepräsentiert sind.⁴⁶

Für Altersdiskriminierungen kann folgendes Prüfschema verwendet werden:⁴⁷

-
1. Liegt eine benachteiligende Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation vor?
-
2. Beruht diese Ungleichbehandlung auf dem Alter der Person (direkte Diskriminierung) oder wirkt sich eine unterschiedslos geltende Regelung faktisch nachteilig auf ältere Menschen aus (indirekte Diskriminierung)?
-
3. Fehlen qualifizierte Gründe, welche die Ungleichbehandlung rechtfertigen?
-

⁴⁴ Schefer/Rhinow, S. 7f. N 37.

⁴⁵ BGE 138 I 265, S. 268 E. 4.3.

⁴⁶ BFS Statistik Internetnutzung.

⁴⁷ Naguib/Pärli/Copur/Studer, S. 49f. Vgl. auch Akkaya/Belser/Egbuna-Joss/Jung-Blattmann, S. 39.

Können alle diese Fragen mit Ja beantwortet werden, liegt eine verbotene Diskriminierung aufgrund des Alters vor.

Eine Diskriminierung ist auch zu prüfen, wenn eine Massnahme alle Menschen gleich behandelt, obwohl die Situation von Personen mit bestimmten Merkmalen besondere Massnahmen erfordern würde. Dies gilt zum Beispiel, wenn allen Personen das gleiche Abstimmungsbüchlein zugestellt wird, dies aber für Personen mit Sehschwächen nicht lesbar ist. Weil das Diskriminierungsverbot auch einen Auftrag zum Abbau von Hindernissen beinhaltet, ist in diesen Fällen zu prüfen, ob der Staat seine Pflicht zur tatsächlichen Gleichstellung aller Menschen verletzt hat. In diesen Fällen muss das Prüfschema mit der Frage starten, ob eine benachteiligende Gleichbehandlung vorliegt, die wichtige tatsächliche Unterschiede unbeachtet lässt.

3.3 Recht auf Leben

┌
Artikel 10 Absatz 1 Bundesverfassung:

Jeder Mensch hat das Recht auf Leben.

Artikel 2 Europäische Menschenrechtskonvention

Artikel 6 Absatz 1 UNO-Zivilpakt
└

Das Recht auf Leben wurde traditionell als Abwehrrecht verstanden. Demnach muss der Staat alles unterlassen, was das Leben eines Menschen gefährden könnte. Namentlich sind die Todesstrafe sowie die Auslieferung oder Ausschaffung in einen Staat, in dem die Todesstrafe droht, verboten.

Seit Längerem werden aus dem Recht auf Leben aber auch Schutzpflichten abgeleitet. Der Staat hat demnach alle zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um die Bewohnerinnen und Bewohner seines Staatsgebiets vor Angriffen auf ihr Leben durch Private zu schützen – sei es durch vorausschauende Planung (z. B. im Bereich der Gesundheitsversorgung), durch Aufsicht (z. B. von Heimen) oder durch Eingreifen im Einzelfall (z. B. erwachsenenschutzrechtliche Massnahme). Erhöhte Schutzpflichten bestehen, wenn eine Person in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat steht. Dies ist zum Beispiel in staatlich geführten oder vom Staat subventionierten Alters- und Pflegeheimen der Fall.

Das Recht auf Leben wird unter anderem durch die strafrechtlichen Tötungsverbote konkretisiert. Wird eine Person getötet, obliegt es dem Staat, die Todesursache aufzuklären und Verantwortliche zur Rechenschaft zu ziehen. Spielt sich ein Tötungsdelikt in einem Heim ab, kann sich die staatliche Reaktion aber nicht auf

die strafrechtliche Sanktionierung der oder des Verantwortlichen beschränken. Der Staat muss insbesondere auch prüfen, ob die staatliche Aufsicht über das Heim funktioniert hat. Würde zum Beispiel Vorwürfen, die Bewohnerinnen und Bewohner des Heims würden vernachlässigt, genügend nachgegangen?

Die Schutzpflichten stehen teilweise in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf persönliche Freiheit. Aufgrund der persönlichen Freiheit muss der Staat namentlich den Willen einer Person achten, die mit Unterstützung einer Sterbehilfeorganisation aus dem Leben scheidet möchte. Er muss aber sicherstellen, dass der geäußerte Wunsch tatsächlich dem freien und informierten Willen der Person entspricht und nicht etwa aus der Angst entstanden ist, Kosten zu verursachen oder den eigenen Angehörigen zur Last zu fallen.

Die Frage, wie weit der Schutz des Lebens geht, stellt sich auch bei der sogenannten aktiven indirekten Sterbehilfe. Es geht dabei um die Abgabe von Medikamenten, welche die Schmerzen oder die Angst einer Patientin oder eines Patienten lindern, aber das Leben verkürzen. Dieser wichtige Bestandteil der Palliativmedizin ist rechtlich kaum geregelt, entspricht aber der medizinischen Praxis. Er gilt dann als verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Behandlung dem Willen der betroffenen Person (oder allenfalls den vertretungsberechtigten Personen) entspricht und deren Menschenwürde achtet.

3.4 Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit

Artikel 10 Absatz 2 Bundesverfassung:

Jeder Mensch hat das Recht [...] auf körperliche und geistige Unversehrtheit [...].

Artikel 17 Behindertenrechtskonvention

Das Recht auf *körperliche* Unversehrtheit umfasst das Recht, über den eigenen Körper zu bestimmen. Es schützt vor jeglichen Eingriffen, denen die betroffene Person nicht zustimmt. Dies gilt auch für Eingriffe, die keine Schmerzen verursachen (z. B. Haare schneiden, Bart rasieren), oder für medizinische Massnahmen, die in heilender oder schmerzlindernder Absicht vorgenommen werden (z. B. Spritze, Blutentnahme, Impfung, Operation).

Das Recht auf *geistige* Unversehrtheit schützt die psychische Gesundheit. Staatliche Akteure haben Handlungen zu unterlassen, welche das Selbstwertgefühl angreifen oder seelisches Leid verursachen. Blossstellungen, Herabsetzungen oder Demütigungen durch staatliche Akteure – seien es Polizistinnen und Polizisten,

Ärztinnen und Ärzte oder Sozialarbeiterinnen und -arbeiter – stellen deshalb einen Eingriff in die geistige Unversehrtheit dar.

Das Recht auf geistige Unversehrtheit beinhaltet auch das Recht, Situationen frei von staatlicher Manipulation würdigen zu können. Eine heimliche oder zwangsweise Verabreichung von bewusstseinsverändernden Substanzen, wie zum Beispiel Beruhigungs- oder Schlafmittel, greift deshalb in das Recht auf geistige Unversehrtheit ein. Unter strengen Voraussetzungen ist sie jedoch erlaubt.

Körperliche und geistige Unversehrtheit lassen sich häufig nicht scharf trennen. So kann etwa die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten sowohl die physische als auch die psychische Unversehrtheit beeinträchtigen.

Schwere Eingriffe in die körperliche oder geistige Unversehrtheit brauchen eine Grundlage in einem durch das Parlament erlassenen Gesetz – eine Verordnung des Bundesrats oder einer kantonalen Behörde genügen nicht. Je schwerer der Eingriff ist, desto detaillierter muss die gesetzliche Grundlage sein.

3.5 Verbot der Folter

Artikel 10 Absatz 3 Bundesverfassung:

Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.

Artikel 3 Europäische Menschenrechtskonvention

Artikel 7 UNO-Zivilpakt

Antifolterkonvention der UNO

Artikel 15 und 16 Behindertenrechtskonvention

Das Verbot der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung schützt vor schweren psychischen oder physischen Schädigungen oder Schmerzen. Es gilt absolut, deshalb darf es unter keinen Umständen eingeschränkt werden.

Ob eine Massnahme unter das Folterverbot fällt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Neben Faktoren wie Dauer und Schwere der Misshandlung kann auch der Gesundheitszustand, das Alter oder das Geschlecht des Opfers eine Rolle spielen. In einem Entscheid aus dem Jahr 2008 erkannte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in der Einziehung eines über 70-jährigen Mannes in den Militärdienst in der Türkei eine erniedrigende Behandlung. In seinem Urteil kritisiert der Gerichtshof neben der Einziehung selbst, dass der Militärdienst in

keiner Art und Weise an das Alter und die physische Konstitution des Mannes angepasst wurde.⁴⁸

Auch Verhaltensweisen, die auf den ersten Blick weniger schwer wiegen, können unter das Verbot der Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung fallen. So etwa, wenn eine Person beschimpft, bedroht, ohne triftigen Grund bevormundet, lächerlich gemacht, entblösst oder im Stich gelassen wird.

Eine erniedrigende Behandlung kann gleichzeitig das Folterverbot und die Menschenwürde verletzen. 2009 erregte in der Schweiz der Fall einer Gruppe von Pflegerinnen Aufsehen, welche demenzkranke Personen nackt gefilmt haben sollen. Eine von der Stadt Zürich in Auftrag gegebene Administrativuntersuchung kam zum Schluss, die widerrechtlich aufgenommenen Fotos und Filmaufnahmen «verletzten teils in erschreckender Weise die [...] Würde von Bewohnern».⁴⁹ Um ähnliche Fälle zu verhindern, wurden verschiedene Empfehlungen formuliert. Der Verband der Heime und Institutionen in der Schweiz Curaviva hat zudem Musterrichtlinien für Bild- und Tonaufnahmen erlassen.⁵⁰

Das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung ist auch für das Verhältnis unter Privaten bedeutsam. Aufgrund seiner Schutzpflichten muss der Staat alle erforderlichen Massnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass es unter Privaten – namentlich aufgrund von Überlastung und Überforderung – zu Situationen kommt, die im Widerspruch zu den Werten der Verfassung stehen.

3.6 Recht auf Gesundheit

Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe b Bundesverfassung:

Bund und Kantone setzen sich [...] dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält.

Artikel 12 UNO-Sozialpakt

Artikel 25 und 26 Behindertenrechtskonvention

Das Recht auf Gesundheit ist in der Schweiz nicht als einklagbares Grundrecht anerkannt. Die Bundesverfassung nennt die angemessene Gesundheitsversorgung aber als Sozialziel und verpflichtet Bund und Kantone, sich dafür einzusetzen.

⁴⁸ Urteil des EGMR 63748/00 (Taştan/Türkei) vom 4. März 2008, Rz. 30f.

⁴⁹ Stadt Zürich Entlisberg.

⁵⁰ Curaviva-Richtlinien.

Wichtigstes Instrument in diesem Zusammenhang ist die obligatorische Krankenversicherung, welche Menschen im Krankheitsfall finanziell absichern soll.

Die Krankenversicherung gewährt keinen kostenlosen Anspruch auf medizinische Leistungen. Die Versicherten müssen sich einerseits an den allgemeinen Kosten des Gesundheitswesens beteiligen, sei dies über die Krankenkassenprämien oder die Steuern. Andererseits müssen sie auch die einzelnen Leistungen, die sie beziehen, mitfinanzieren.

Die Krankenversicherung übernimmt auch nicht jede von Versicherten gewünschte Leistung. Sie zahlt nur Leistungen, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind. Für die Beurteilung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit kann das Alter als Kriterium herangezogen werden.⁵¹

Versicherte Personen können frei wählen, von welcher Ärztin bzw. von welchem Arzt oder in welchem Spital sie sich behandeln lassen möchten. Da jedoch in der Regel nur die Kosten, die am Wohn- oder Arbeitsort üblich sind, übernommen werden, ist die Wahlfreiheit für Personen mit tiefem Einkommen faktisch eingeschränkt.

Die freie Arztwahl ist auch in Alters- und Pflegeheimen geschützt, Abweichungen sind nur aus triftigen Gründen zulässig. Wirtschaftliche und organisatorische Gründe, zum Beispiel um die Kommunikation zwischen Pflege und ärztlichem Personal zu erleichtern, genügen nicht.

3.7 Bewegungsfreiheit

┌
Artikel 10 Absatz 2 Bundesverfassung:

Jeder Mensch hat das Recht auf [...] Bewegungsfreiheit.

Artikel 12 Absatz 1 UNO-Zivilpakt

Artikel 9 Behindertenrechtskonvention
└

Die Bewegungsfreiheit garantiert das Recht, sich frei fortzubewegen. Sie wird durch die Verwendung mechanischer (z. B. Zewi-Decken, Bettgitter, die Fixation von Hand- oder Fussgelenken, das Abschliessen von Türen), medizinischer (z. B. Beruhigungsspritzen) oder elektronischer Mittel (z. B. Überwachungskameras, Lichtmelder, GPS-Sender, Matratzensensoren) tangiert.

51 BGE 131 V 271, S. 278 E. 4; BGE 136 I 121, S. 128 E. 5,3.

Die Bewegungsfreiheit kann nicht nur durch aktives, sondern auch durch passives Verhalten verletzt werden, etwa wenn einer hilfsbedürftigen Person ein Hilfsmittel, wie zum Beispiel ein Rollator oder ein Rollstuhl, verweigert wird. Deshalb ist es problematisch, dass die Hilfsmittelliste der AHV sehr viel eingeschränkter ist als diejenige der IV.

Schliesslich kann die Bewegungsfreiheit auch beeinträchtigt sein, wenn bauliche Massnahmen wie Treppengeländer oder Rollstuhlrampen unterbleiben, welche es älteren Menschen ermöglichen würden, sich unbehindert fortzubewegen. Zentral in diesem Zusammenhang ist das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG). Es verpflichtet Bund, Kantone und Gemeinden, Hindernisse für die Mobilität laufend abzubauen. Die Infrastruktur und die Fahrzeuge der Schweizer Transportunternehmen müssen beispielsweise bis Ende 2023 barrierefrei sein. Aktuell entsprechen erst 35 Prozent der Bahnhöfe, über die allerdings 64 Prozent der Passagiere reisen, den gesetzlichen Anforderungen.⁵²

Eine spezifische Ausprägung der Bewegungsfreiheit stellt die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) dar. Sie beinhaltet die Freiheit, seinen Wohnsitz frei zu wählen. Von der Niederlassungsfreiheit profitieren nur Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit sowie in der Schweiz niedergelassene Personen. Sie haben grundsätzlich das Recht, auch noch im hohen Alter umzuziehen und ihre Wohnsitzgemeinde zu wechseln. Einschränkungen können sich jedoch ergeben, wenn sie pflegebedürftig sind und/oder Ergänzungsleistungen beziehen.

3.8 Recht auf persönliche Freiheit

┌
Artikel 10 Absatz 2 Bundesverfassung:

Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit [...].

Artikel 19 Behindertenrechtskonvention
└

Das Recht auf persönliche Freiheit garantiert das Recht auf Selbstbestimmung in elementaren Bereichen des Lebens. Solange eine Person urteilsfähig ist, fällt sie wichtige Entscheide, die ihre Person und ihre Lebensführung betreffen, selbst. Staatliche Behörden und Private haben die Entscheide zu achten.

Das Recht auf persönliche Freiheit bedeutet keine allgemeine Handlungsfreiheit,

52 BAV Gleichstellung öV.

auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt berufen könnte. Geschützt sind nur Entscheide, welche für die Persönlichkeitsentfaltung besonders wichtig sind. Darunter fallen beispielsweise Entscheide über die Gestaltung des Alltags, das soziale Leben und die sexuelle Entfaltung.

Jede Person entscheidet selbst, welche sozialen Kontakte sie pflegen möchte – und welche nicht. Wenn eine Person in einem Heim sich wünscht, alleine an einem Esstisch zu sitzen, muss das Heim diesen Wunsch nach Möglichkeit respektieren. Auch Wünsche bezüglich einer bestimmten Tischnachbarin bzw. eines bestimmten Tischnachbarn sollten beachtet werden.

Ebenfalls von der persönlichen Freiheit erfasst sind Entscheide über die eigene Wohnsituation. Wer sich für ein Leben in einem Heim entscheidet, hat das Recht, sein Zimmer nach den persönlichen Vorstellungen zu gestalten, insbesondere durch eigene Möbel. Dieses Recht gilt aber nicht absolut. Möchte eine ältere Person zum Beispiel ihren Nachttischschrank ins Heim mitnehmen, dürfte dem kaum etwas im Wege stehen. Anders sieht es aus, wenn sie ihr bisheriges Bett behalten möchte. Ist dieses beispielsweise nicht in der Höhe verstellbar, rechtfertigt es der Schutz der Gesundheit der Pflegerinnen und Pfleger, diesen Wunsch abzulehnen.

Gewisse ältere Menschen, die in ein Heim ziehen, möchten ihr Haustier mit ins Heim nehmen. Teils lehnen Heime dies aber ab, zum Beispiel mit Verweis auf Lärm-, Platz- oder Hygienegründe. Da die Trennung von einem Haustier, zu dem eine enge emotionale Beziehung besteht, die persönliche Freiheit betrifft, ist ein generelles Verbot nicht gerechtfertigt. Vielmehr muss der Einzelfall betrachtet werden und zum Beispiel je nach Tierart und -rasse entschieden werden.⁵³

Vom Recht auf Selbstbestimmung geschützt ist auch das Recht auf einen selbstbestimmten Tod und die Verfügung über den Leichnam (z.B. über die Organentnahme, die Forschung oder die Bestattung). Urteilsfähige sterbewillige Personen können den Zeitpunkt und die Art des eigenen Todes selber bestimmen und die Unterstützung von Angehörigen oder Sterbehilfeorganisationen in Anspruch nehmen. Wie der Suizid selbst, so ist auch die Beihilfe zum Suizid in der Schweiz nicht strafbar, solange sie nicht aus selbstsüchtigen Motiven erfolgt. Der Staat muss eine sterbewillige Person aber beim Suizid nicht aktiv unterstützen. Angehörige entscheiden selbst, wie sie sich einem allfälligen Sterbewunsch gegenüber verhalten, denn auch ihre persönliche Freiheit ist betroffen.

53 Cherubini, S. 166 N 337.

3.9 Glaubens- und Gewissensfreiheit

┌
Artikel 15 Absatz 1 Bundesverfassung:

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist gewährleistet.

Artikel 9 Europäische Menschenrechtskonvention

Artikel 18 UNO-Zivilpakt
└

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit hat einen breiten Schutzbereich. Sie schützt Überzeugungen mit und ohne einen Bezug zu Gott. Personen christlichen, jüdischen oder islamischen Glaubens sind deshalb ebenso geschützt wie Atheistinnen und Atheisten, Anthroposophinnen und Anthroposophen oder Pazifistinnen und Pazifisten. Alle Glaubensrichtungen, Religionen und weltanschaulichen Überzeugungen geniessen zudem den gleichen Schutz – und zwar ohne Rücksicht auf ihre traditionelle Verankerung in der Schweiz oder ihre zahlenmässige Verbreitung.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit begründet in erster Linie abwehrrechtliche Ansprüche. Der Staat darf sich nicht in die Frage einmischen, ob jemand an einen Gott glaubt oder nicht und ob er seinen Glauben allein oder mit andern praktizieren möchte. Staatliche Alters- und Pflegeheime, müssen deshalb sowohl akzeptieren, dass Personen an Kultushandlungen wie Gottesdiensten, Weihnachtsfeiern oder Tischgebeten teilnehmen, als auch, dass andere dies nicht tun.

Neben Abwehr- bestehen auch Schutzansprüche. Der Staat soll mit geeigneten Massnahmen verhindern, dass private Akteure die Glaubens- und Gewissensfreiheit von anderen Personen beeinträchtigen. Fällt einer Pflegerin auf, dass Familienangehörige in religiösen Fragen Druck auf eine Bewohnerin oder einen Bewohner ausüben, muss sie deshalb aktiv werden.

In bestimmten Situationen können aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit auch staatliche Leistungspflichten entstehen. Ein Heim, in dem nur christliche Gottesdienste stattfinden, ist zum Beispiel verpflichtet, den Transport einer jüdischen Bewohnerin oder eines jüdischen Bewohners in eine Synagoge zu organisieren.

In seinem eigenen Handeln muss der Staat den Grundsatz der religiösen und konfessionellen Neutralität beachten. Alters- und Pflegeheime müssen deshalb Angehörigen aller Religionen gleichermaßen den Zugang zum Heim gewähren. Trotz des Neutralitätsgrundsatzes darf der Staat auch Einrichtungen subventionieren, die auf Basis eines religiösen Fundaments arbeiten. Die staatliche Subventionierung bringt es aber mit sich, dass die Einrichtung sich gewisse Einschränkungen der eigenen Glaubens- und Gewissensfreiheit gefallen lassen muss. Beispielsweise darf ein Kanton von den von ihm subventionierten Alters- und Pflegeheimen verlangen, den be-

gleiteten Suizid in ihren Räumlichkeiten zuzulassen, auch wenn dies den ethischen Überzeugungen der Heimbetreiberin widerspricht. Gemäss Bundesgericht geht die persönliche Freiheit der Patientinnen und Patienten, den Zeitpunkt und die Form ihres Lebensendes selbst zu wählen, den Interessen der Heimbetreiberin vor.⁵⁴

3.10 Schutz der Privatsphäre

┌
└
Artikel 13 Absatz 1 Bundesverfassung:

Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privatlebens [...].

Artikel 13 Absatz 2 Bundesverfassung:

Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

Artikel 8 Europäische Menschenrechtskonvention

Artikel 17 UNO-Zivilpakt

Artikel 22 Behindertenrechtskonvention
└

Jeder Mensch hat das Recht auf ein Mindestmass an Privatsphäre. Er soll sich an Orte zurückziehen können, zu dem weder der Staat noch unerwünschte Dritte Zugang haben. Sei es die Wohnung (inkl. Balkon und Gartensitzplatz), das Ferienhaus, der Wohnwagen oder das Hotelzimmer – Vertreterinnen und Vertreter von Behörden dürfen nur in Ausnahmefällen und bei ausreichender gesetzlicher Grundlage ohne Erlaubnis in diese Räume eindringen.

Das Zimmer einer älteren Person in einem Alters- oder Pflegeheim bildet Teil ihrer Privatsphäre und ist als solche durch das Pflegepersonal zu respektieren. Dazu gehört, dass das Zimmer normalerweise nicht ohne Anklopfen betreten wird, aber auch, dass die Bewohnerinnen und Bewohner einen abschliessbaren Schrank besitzen, in dem sie ihre persönlichen Sachen aufbewahren können.

Teilweise werden ältere Personen, vor allem wenn sie stark pflegebedürftig sind, in Mehrbettzimmern untergebracht. Um ein Minimum an Privatsphäre zu gewährleisten, müssen solche Zimmer zumindest mit mobilen Trennwänden ausgestattet sein und Platz für die Aufbewahrung persönlicher Gegenstände bieten.

Zum Schutz der Privatsphäre gehört auch die Achtung des Kommunikationsgeheimnisses. Staatliche Akteure dürfen deshalb Post-, Internet- oder Telefonverkehr nur ausnahmsweise überwachen. Angestellte von staatlich (mit-)finanzierten Alters- und

54 BGE 142 I 195, S. 212 E. 5-8.

Pflegeheimen sind ebenfalls staatliche Akteure. Sie dürfen deshalb ohne Einverständnis keine Post oder E-Mails von Bewohnerinnen und Bewohnern lesen. Schliesslich sollen persönliche Daten vor Missbrauch geschützt werden. Private Informationen dürfen nicht an die Öffentlichkeit und an unbefugte Personen weitergegeben werden. Das Recht auf Privatsphäre schützt insbesondere auch die vertrauliche Behandlung von Informationen über den Gesundheitszustand oder die finanzielle Situation älterer Personen. Möchte eine Person beispielsweise nicht, dass ihre Kinder von ihrer Krankheit erfahren, muss das zuständige ärztliche Personal diesen Wunsch respektieren.

3.11 Recht auf Familienleben

┌
Artikel 13 Absatz 1 Bundesverfassung:

Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres [...] Familienlebens [...].

Artikel 14 Bundesverfassung:

Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet.

Artikel 8 Europäische Menschenrechtskonvention

Artikel 17 und 23 UNO-Zivilpakt

Artikel 23 Behindertenrechtskonvention
└

Gleich zwei Artikel der Bundesverfassung widmen sich dem grundrechtlichen Schutz der Familie. Während Art. 13 BV einen weiten Schutzbereich hat und zum Beispiel auch eingetragene Partnerinnen und Partner, nicht verheiratete Paare und deren Kinder sowie andere Personen erfasst, zu denen enge familiäre Bande bestehen, geht Art. 14 BV von einem klassischen Ehe- und Familienverständnis aus und schützt nur verheiratete (heterosexuelle) Paare und allfällige Kinder.

Art. 14 BV gewährleistet das Recht, mit einer frei gewählten Person des *anderen* Geschlechts eine Ehe einzugehen. Dieses Recht wird beispielsweise durch das Verbot, allein aus ausländerrechtlichen Motiven eine Ehe zu schliessen, eingeschränkt. Um diese sogenannten «Scheinehen» zu verhindern, stellen die Zivilstandsämter teilweise umfassende Nachforschungen an. Ob diese immer vor dem in Art. 36 BV festgehaltenen Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten, ist fraglich. Einen hohen Altersunterschied als Indiz für eine «Scheinehe» zu werten, scheint mit Blick auf das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot besonders heikel.

Art. 14 BV schützt das Recht, eine Familie zu gründen. Darauf berufen können sich jedoch nur heterosexuelle und verheiratete Paare. Das Recht auf Familiengründung

gilt auch für sie nicht absolut. So kann das Recht auf Adoption beispielsweise mit Hinblick auf das Kindeswohl auf Personen einer gewissen Alterskategorie eingeschränkt werden.

Art. 13 BV schützt das Recht auf Familienleben in einem weiteren Sinn. Jeder Einzelne hat demnach das Recht, familiäre Bindungen einzugehen, zu gestalten und zu pflegen. Geschützt ist aber auch die Freiheit, familiäre Kontakte abzubrechen. Der Wunsch einer älteren Person, keinen Besuch von ihrem Sohn oder ihrer Tochter zu erhalten, muss deshalb von der Pflegeeinrichtung respektiert werden.

Nimmt die Mobilität im Alter ab, wird auch die Pflege von Beziehungen schwieriger. Oft wünschen sich ältere Personen deshalb, in ein Heim in der Nähe des Wohnorts ihrer Kinder zu ziehen. Die aktuelle Pflegefinanzierung steht ihnen dabei aber manchmal im Weg.

3.12 Recht auf Arbeit und Beschäftigung

Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe d Bundesverfassung:

Bund und Kantone setzen sich [...] dafür ein, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.

Artikel 6 und 7 UNO-Sozialpakt

Das Recht auf Arbeit ist in der Bundesverfassung nicht als einklagbares Grundrecht, sondern nur als Sozialziel verankert. Danach haben sich Bund und Kantone mit entsprechenden (aber in der Verfassung nicht näher bestimmten) Massnahmen dafür einzusetzen, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt zu angemessenen Bedingungen bestreiten können.

Was angemessene Arbeitsbedingungen sind, hat der Gesetzgeber unter anderem im Arbeitsgesetz festgelegt. Dort finden sich zwar spezifische Schutzbestimmungen für jüngere Arbeitnehmende – tiefere Höchstarbeitszeit, höhere Ruhezeit, Verbot der Nachtarbeit – nicht aber für ältere Arbeitnehmende. Verschiedene Gesamtarbeitsverträge sehen aber auch für ältere Personen besondere Regelungen, wie zum Beispiel mehr Ferien, vor.⁵⁵ Gewisse Arbeitgeber ergreifen zudem freiwillig Massnahmen, um ältere Arbeitnehmende länger im Betrieb zu halten.

55 Vgl. z. B. SBB GAV, S. 47 Ziff. 73.

Ältere Arbeitnehmende sind in der Schweiz zwar weniger häufig von Arbeitslosigkeit betroffen als jüngere. Einmal arbeitslos, haben sie aber mehr Mühe, wieder eine Stelle zu finden.⁵⁶ Die Gründe dafür sind vielseitig. Neben fehlenden Ausbildungen oder Kompetenzen spielen auch Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt eine Rolle.

Für ältere Arbeitnehmende ist es deshalb besonders wichtig, die Stelle nicht zu verlieren. Grundsätzlich gilt in der Schweiz zwar das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Das heisst, die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber kann auch ohne besondere Gründe ein Arbeitsverhältnis kündigen. Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen im Missbrauchsverbot. Ob eine Kündigung als missbräuchlich beurteilt wird oder nicht, hängt auch vom Alter der entlassenen Person und der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab.⁵⁷

Einmal arbeitslos, profitieren Personen ab dem 55. Lebensjahr von einem speziellen Entschädigungs- und Taggeldsystem in der Arbeitslosenversicherung. Bei einer Beitragszeit von mindestens 22 Monaten haben sie Anspruch auf 520 Taggelder. Vier Jahre vor dem ordentlichen Pensionsalter können ältere Versicherte zusätzliche 120 Taggelder beanspruchen.

Grundsätzlich haben ältere Menschen das Recht, auch über das Pensionsalter hinaus erwerbstätig zu sein. Das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht begünstigen allerdings die Altersarbeit nicht. Für gewisse Funktionen bestehen ausserdem Altersgrenzen.

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid eine Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notarinnen und Notare im Kanton Neuenburg als zulässig beurteilt. In seinem Urteil verweist es auf die generell abnehmenden körperlichen und geistigen Fähigkeiten und die Notwendigkeit, den Bestand der Notarinnen und Notare zu erneuern.⁵⁸ Eine solch generalisierende Betrachtungsweise ist zwar problematisch, weil der Alterungsprozess sehr individuell verläuft und viele Personen noch bis ins hohe Alter körperlich und geistig sehr fit sind. Da die Altersgrenze relativ hoch angesetzt ist und es sich um zeitlich und persönlich fordernde Stellen handelt, schien dem Bundesgericht die Schematisierung aber gerade noch zulässig.

56 Seco ältere Arbeitslose.

57 Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2014 vom 12. November 2014, E. 4.2.2.

58 BGE 124 I 297, S. 301 und 303 E. 4c.

3.13 Recht auf Wohnung

Artikel 41 Absatz 2 Buchstabe e Bundesverfassung:

Bund und Kantone setzen sich [...] dafür ein, dass Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können.

Artikel 11 UNO-Sozialpakt⁵⁹

Die Bundesverfassung anerkennt das Recht auf Wohnung nicht als einklagbares Grundrecht. Bund und Kantone müssen sich aber dafür einsetzen, dass Wohnungssuchende eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können. Um dieses Ziel zu erreichen, fördert der Bund zum Beispiel den Wohnungsbau. Dabei berücksichtigt er die besonderen Bedürfnisse älterer Menschen. So hat er beispielsweise ein Merkblatt für die Gestaltung altersgerechter Wohnbauten erlassen und unterstützt innovative Projekte für das Wohnen im Alter.

Wo und wie sie wohnen, bestimmen ältere Personen grundsätzlich selbst. Sie entscheiden, ob sie in der Stadt oder auf dem Land leben möchten. Sie wählen zwischen Eigenheim, gemieteter Wohnung oder Zimmer eines Alters- und Pflegeheims. Ihre Freiheit wird aber durch zahlreiche Faktoren eingeschränkt. Beispielsweise können in einzelnen Kantonen aufgrund des Platzmangels nur Personen, die einen gewissen Grad an Pflegebedürftigkeit aufweisen, in ein Pflegeheim eintreten. In diesen Kantonen kann es sein, dass Personen länger als gewünscht zu Hause wohnen bleiben müssen.

Aber auch das umgekehrte Problem existiert. Ab einem gewissen Grad der Pflegebedürftigkeit ist die Pflege zu Hause teurer als die Pflege in einem Heim. Betragen die Kosten der Pflege zu Hause das Vier- oder Fünffache der Kosten der Pflege in einem Heim oder mehr als 100'000 CHF pro Jahr, müssen sie von den Krankenversicherungen grundsätzlich nicht mehr übernommen werden.⁶⁰ Dies zwingt gewisse Personen dazu, in ein Heim zu ziehen. Damit das Recht auf freie Wahl des Wohnorts nicht verletzt wird, darf die Kostengrenze nicht schematisch angewendet werden.⁶¹ Vielmehr muss immer eine Einzelfallbetrachtung gewährleistet sein, die zum Beispiel auch Faktoren wie die familiäre Situation einbezieht.

⁵⁹ Als Teil des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard.

⁶⁰ BGE 136 V 395, S. 411 E. 7.6.2.

⁶¹ Kälin/Künzli/Wytenbach/Schneider/Akagündüz, S. 71.



Teil 2

Ausgewählte Fallbeispiele



In diesem Teil wird anhand konkreter Beispiele gezeigt, welche grund- und menschenrechtlichen Fragestellungen sich in Bezug auf ältere Menschen stellen und wie diese angegangen werden können.

Bei der Auswahl der Fallbeispiele wurde darauf geachtet, dass möglichst unterschiedliche Alterskategorien und Lebenssituationen abgedeckt sind. Die Fallbeispiele wurden vier Themenblöcken zugeteilt, die für ältere Personen besonders relevant sind: 1. Arbeit, 2. Privatsphäre und Familie, 3. Wohnen und Heimaltag, 4. Gesundheit. In all diesen Bereichen stellen sich Fragen von Diskriminierung, Autonomie, Partizipation, Mobilität und Gewalt. Diese Querschnittsthemen werden deshalb nicht separat, sondern im Rahmen der vier Themenblöcke behandelt.

Da Grundrechtseingriffe nur erlaubt sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind, müsste bei allen Fallbeispielen das in Kapitel 1.6 vorgestellte Prüfschema durchgegangen werden. Da dies den Rahmen dieses Handbuchs sprengen würde, werden jeweils nur die wichtigsten Punkte hervorgehoben.

1 Arbeit

In der öffentlichen Diskussion wird regelmässig eine «Diskriminierung» von älteren Menschen im Arbeitsleben diagnostiziert. Bei den dabei beobachteten Benachteiligungen handelt es sich aber nicht immer um Diskriminierungen im rechtlichen Sinn. Dies wird in diesem Kapitel anhand unterschiedlicher Fallbeispiele aufgezeigt. Bei allen Fallbeispielen wird jeweils kurz darauf eingegangen, wie die Situation rechtlich zu beurteilen ist, wenn ein privater bzw. wenn ein staatlicher Arbeitgeber involviert ist. Aus Platzgründen werden aber jeweils nicht beide Varianten ausführlich erläutert. Die Unterscheidung ist deshalb zentral, weil nur staatliche Arbeitgeber direkt an das Diskriminierungsverbot der Verfassung gebunden sind. Für gewisse Merkmale, wie Geschlecht und Behinderung, existieren zwar Spezialgesetze, welche auch private Arbeitgeber in die Pflicht nehmen. Für Diskriminierungen aufgrund des Alters gibt es aber kein solches Spezialgesetz.

1.1 Altersangaben in Stelleninseraten

Fallbeispiel

Eine 45-jährige Frau ist auf der Suche nach einer neuen beruflichen Herausforderung. Im Internet stösst sie auf ein Stelleninserat, das ihr Interesse weckt. Da für die Stelle eine «junge und dynamische Person» gesucht wird, schätzt sie ihre Chancen, zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen zu werden, jedoch als gering ein und bewirbt sich nicht.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf Arbeit und Beschäftigung

Rechtliche Fragestellungen

Altersobergrenzen in Stelleninseraten werden von vielen Menschen als diskriminierend empfunden. Handelt es sich aber auch um eine Diskriminierung im rechtlichen Sinn? Wie kann gegen ein diskriminierendes Stelleninserat vorgegangen werden?

Rechtliche Beurteilung

Um vor Gericht eine Diskriminierung geltend machen zu können, braucht es ein schutzwürdiges Interesse. Ein solches liegt erst vor, wenn sich die Frau auf die Stelle bewirbt und eine Absage erhält. Ist dies der Fall, muss unterschieden werden, ob das Inserat von einem staatlichen oder einem privaten Arbeitgeber stammt.

Staatliche Arbeitgeber sind direkt an das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung gebunden. Dem Bund, den Kantonen, den Gemeinden, den Universitäten, staatlichen Gesundheitseinrichtungen, den SBB, der Post usw. ist es deshalb grundsätzlich untersagt, Personen unterschiedlichen Alters ungleich zu behandeln. Das Diskriminierungsverbot gilt bereits im Anstellungsprozess. Es sind aber Gründe denkbar, die eine Ungleichbehandlung von jüngeren und älteren Kandidierenden ausnahmsweise rechtfertigen, wie bestimmte Fähigkeiten, Ausbildung oder Erfahrung. Beispielsweise ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn bei der Besetzung einer Führungsfunktion eine ältere gegenüber einer jüngeren Kandidatin bevorzugt wird, weil sie mehr Führungserfahrung besitzt. Problematisch ist aber, wenn vom Alter generell auf die Führungserfahrung geschlossen wird. Schliesslich ist es möglich, dass die jüngere Kandidatin im Einzelfall gleich viel oder mehr Führungserfahrung hat als die ältere Kandidatin.

Altersgrenzen in Stelleninseraten stellen solche Generalisierungen dar, die eine Einzelfallbetrachtung verunmöglichen. Sie reduzieren die potenziellen Kandidierenden pauschal auf ihr Alter und nehmen ihnen die Möglichkeit, ihre fachliche und persönliche Eignung für die Stelle, zum Beispiel in einem persönlichen Gespräch, unter Beweis zu stellen. Schematische Altersgrenzen in staatlichen Stelleninseraten sind deshalb mit dem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar. Der Begriff «jung» im Fallbeispiel lässt zwar einen gewissen Interpretationsspielraum, impliziert aber dennoch eine Altersgrenze und ist deshalb zu vermeiden.

Einer qualifizierten Rechtfertigung standhalten dürfte eine Altersgrenze eines Arbeitgebers, welcher die Interessen einer bestimmten Gruppe vertritt (wie zum Beispiel eine Fachstelle für Altersfragen).

Private Arbeitgeber haben mehr Freiheit als staatliche – insbesondere im frühen Stadium des Anstellungsprozesses, wo zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite noch kein Vertragsverhältnis besteht. Es gibt denn auch kaum Fälle, in denen Gerichte private Arbeitgeber aufgrund ihres «diskriminierenden» Verhaltens im Anstellungsprozess verurteilt haben. Die bekannten Fälle beziehen sich auf Benachteiligungen aufgrund der Hautfarbe oder der Herkunft. In allen Fällen war zudem

der Anstellungsprozess bereits fortgeschritten. Durch schriftliche Äusserungen der Arbeitgeber konnte jeweils bewiesen werden, dass der Grund der Absage die Hautfarbe bzw. die Herkunft war.⁶² Das zeigt, dass private Arbeitgeber nur in besonders schweren Fällen für ein Verhalten während des Anstellungsverfahrens zur Verantwortung gezogen werden.⁶³ Im Fallbeispiel sind die Voraussetzungen nicht gegeben.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Die Frau kann gegen das Stelleninserat als solches nicht vorgehen, auch wenn es eine Formulierung verwendet, die problematisch erscheint. Erst wenn sie sich auf das Inserat bewirbt und eine Absage erhält, sind die grundlegenden Voraussetzungen für ein rechtliches Vorgehen gegeben.

Stammt das Inserat von einem staatlichen Arbeitgeber und lädt dieser die Frau aufgrund ihres Alters nicht zu einem Bewerbungsgespräch ein, liegt allenfalls ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor. Dagegen kann auf dem Weg des Verwaltungsverfahrens vorgegangen werden. Stammt das Inserat hingegen von einem privaten Arbeitgeber, muss im zivilrechtlichen Verfahren eine Persönlichkeitsverletzung geltend gemacht werden. Jedoch gibt es bisher keinen Fall, in dem ein privater Arbeitgeber verurteilt wurde, weil er ältere Personen im Anstellungsverfahren benachteiligt hat.

Arbeitgeber riskieren also kaum, wegen eines solchen Inserats rechtlich belangt zu werden. Trotzdem schaden ihnen stereotype Formulierungen in Stelleninseraten, weil sie qualifizierte Kandidatinnen und Kandidaten abschrecken. Es ist deshalb möglich, dass Altersgrenzen in Stelleninseraten aufgrund des zunehmenden Fachkräftemangels von selbst abnehmen. Aus grundrechtlicher Sicht ist die aktuelle Situation dennoch unbefriedigend. Der Schutz der Grundrechte darf nicht von ökonomischen Entwicklungen abhängig sein. Der Gesetzgeber steht deshalb in der Pflicht, den rechtlichen Schutz vor Anstellungsdiskriminierungen zu verbessern.

Weiterführende Hinweise

11 Prozent der Stelleninserate in der Schweiz enthalten eine Altersobergrenze. Zwischen 2006 und 2015 hat der Anteil der Stellenausschreibungen mit Altersobergrenzen insgesamt signifikant abgenommen. Je höher die Personalnachfrage, desto tiefer der Anteil der Stellenausschreibungen mit Altersobergrenzen. Das zeigt die Untersuchung «Altersgrenzen in Stelleninseraten 2006–2015», die auf folgender Seite abrufbar ist: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsmarktanalyse > Ältere Arbeitnehmende.

⁶² Kälin/Locher, S. 45 und 47; Pärli 2006, S. 23–26.

⁶³ Pärli 2009, S. 492 N 1273.

1.2 Keine Beteiligung an Weiterbildungskosten aufgrund des Alters

Fallbeispiel

Ein 52-jähriger Teamleiter einer Personalabteilung eines grösseren Unternehmens möchte sich im Bereich Change Management weiterbilden lassen. Aufgrund einer bevorstehenden Reorganisation hat ihm seine Vorgesetzte im letzten Mitarbeitergespräch ihre Unterstützung zugesagt. Die zuständige Stelle lehnt den Antrag für eine Kostenbeteiligung jedoch mit dem Hinweis ab, die Investition lohne sich nicht mehr.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf Bildung⁶⁴

Rechtliche Fragestellungen

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Erhalt und die Erweiterung von Kompetenzen im Erwerbsleben zentral sind. Gibt es aber auch ein *Recht* auf Weiterbildung? Wann ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Weiterbildung zu bezahlen? Mit welchen Gründen darf er eine Kostenbeteiligung ablehnen?

Rechtliche Beurteilung

Die Schweiz anerkennt nur wenige Sozialrechte. Dazu gehört der Anspruch auf Grundschulunterricht. Er gilt aber nur für Kinder und Jugendliche. Erwachsene, die keine oder keine genügende Grundausbildung genossen haben (z. B. Analphabetinnen und Analphabeten), können sich nicht darauf berufen.

Ein durchsetzbarer grund- oder menschenrechtlicher Anspruch auf Weiterbildung existiert hingegen nicht.⁶⁵ Allfällige Ansprüche müssen sich deshalb aus anderen rechtlichen Grundlagen ergeben. Seit 2017 kennt die Schweiz ein Weiterbildungsgesetz. Es sieht vor, dass öffentliche und private Arbeitgeber die Weiterbildung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter *begünstigen*. Arbeitgeber dürfen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die sich weiterbilden möchten, deshalb keine Steine in den Weg legen.

In gewissen Fällen sind die Arbeitgeber gar verpflichtet, Weiterbildungen aktiv zu unterstützen. Dies ist dann der Fall, wenn die Weiterbildung zur Ausübung des Berufs notwendig ist. Notwendig bedeutet, dass die Weiterbildung gesetzlich vorgeschrieben ist oder vom Arbeitgeber verlangt wird. In diesen Fällen müssen die Arbeitgeber alle Auslagen bezahlen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen staatlichen oder privaten Arbeitgeber handelt.

⁶⁴ Art. 41 Abs. 1 lit. f BV und Art. 13 UNO-Sozialpakt.

⁶⁵ Vgl. aber Art. 3 lit. b der Verfassung des Kantons St. Gallen.

Bei Weiterbildungen, die nicht notwendig sind, besteht in der Regel ein Anspruch auf unbezahlten Urlaub, nicht aber auf Arbeitszeitreduktion oder Kostenbeteiligung. Der Zeitpunkt des Urlaubs muss mit dem Arbeitgeber abgesprochen werden. Im Beispiel dürfte es sich um eine nicht notwendige, aber wünschenswerte Weiterbildung handeln. Das heisst, dass die Unterstützung durch den Arbeitgeber grundsätzlich freiwillig ist.

Trotz Freiwilligkeit sind den Arbeitgebern aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes aber Grenzen gesetzt.⁶⁶ Staatliche Arbeitgeber sind direkt an die Grundrechte gebunden. Sie müssen deshalb den Entscheid über die Kostenbeteiligung bei jüngeren und älteren Arbeitnehmenden auf der Basis der gleichen Kriterien fällen. Üblicherweise ist das entscheidende Kriterium für den Arbeitgeber, ob sich die Investition für ihn auszahlen wird oder nicht. Dies ist gegeben, wenn die neu erworbenen Kompetenzen in das Unternehmen eingebracht und so ein Mehrwert geschaffen werden kann. Deshalb verlangen Arbeitgeber normalerweise, dass unterstützte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach der Weiterbildung noch eine bestimmte Zeit im Unternehmen bleiben. Kündigen sie vor dem vereinbarten Zeitpunkt, müssen sie die Weiterbildungskosten (anteilmässig) zurückzahlen.

Entscheidend ist deshalb nicht das Alter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern wie lange sie potenziell noch im Unternehmen bleiben werden. Bei einem 62-jährigen Mann könnte sich ein Arbeitgeber eventuell wegen der bevorstehenden Pensionierung auf den Standpunkt stellen, die Zeit bis zur Pensionierung sei zu kurz, um die investierten Kosten amortisieren zu können. Bei dem 52-jährigen Mann im Fallbeispiel würde dieses Argument aber nicht zutreffen.

Private Arbeitgeber haben grösseren Gestaltungsspielraum als staatliche. Dennoch sind aufgrund des Persönlichkeitsschutzes auch ihnen Grenzen gesetzt. Eine Ungleichbehandlung durch Anknüpfung an diskriminierungssensible Merkmale kann eine Missachtung der Arbeitnehmerpersönlichkeit darstellen. Die Grenze für eine unzulässige Ungleichbehandlung ist aber hoch. Sie liegt dort, wo eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sachlich ungerechtfertigt deutlich schlechter gestellt wird und dadurch eine die Persönlichkeit verletzende Geringschätzung zum Ausdruck kommt.⁶⁷ Ein Arbeitgeber kann deshalb zum Beispiel nicht allen jüngeren Angestellten einen Bonus gewähren und allen älteren diesen verweigern. Die Grenze dürfte im Fallbeispiel nicht erreicht werden, da der Mann nicht der einzige ist, der keine Unterstützungsbeiträge erhält.

⁶⁶ Pärli 2009, S. 497 N 1284.

⁶⁷ Pärli 2009, S. 545 N 1389.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Arbeitgeber sind nur in wenigen Fällen verpflichtet, Weiterbildungskosten zu übernehmen. Begründen sie die Absage aber mit dem Alter der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers, wie dies im Beispiel indirekt geschehen ist, kann dies rechtliche Konsequenzen haben. Der Mann sollte deshalb von der zuständigen Stelle eine schriftliche Begründung für den Entscheid verlangen. Nimmt diese erneut auf sein Alter Bezug, kann er dagegen verwaltungsrechtlich (staatlicher Arbeitgeber) oder zivilrechtlich (privater Arbeitgeber) vorgehen. Die Hürden sind aber insbesondere im zivilrechtlichen Verfahren hoch.

Es ist bedauerlich, dass das Weiterbildungsgesetz gar nicht auf die Problematik von Diskriminierungen eingeht und beispielsweise keine Grundsätze für den Zugang zu Weiterbildungseinrichtungen festlegt. Damit hat der Gesetzgeber die Chance verpasst, die Grundrechte älterer Menschen in der Weiterbildung umzusetzen.

Weiterführende Hinweise

Ältere Arbeitnehmende nehmen seltener an Weiterbildungsveranstaltungen teil als jüngere.⁶⁸ Auf politischer Ebene wurde deshalb gefordert, die Weiterbildung von älteren Personen durch Anreize zu fördern. Der Nationalrat lehnte dies aber 2015 ab. Gewisse Anreize werden jedoch durch die Abzüge von Weiterbildungskosten im Steuerrecht geschaffen.

1.3 Gesundheitliche Beeinträchtigungen bei älteren Arbeitnehmenden

Fallbeispiel

Bei einer 56-jährigen Lehrerin lässt seit einigen Monaten die Konzentration am Nachmittag deutlich nach. Sie wünscht sich deshalb einen Ort, wo sie sich nach dem Mittag eine halbe Stunde hinlegen kann. Der Schulleiter lehnt den Wunsch mit dem Hinweis auf Platzprobleme ab.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit

Recht auf Gesundheit

Recht auf Arbeit und Beschäftigung

⁶⁸ Pärli 2009, S. 47.

Rechtliche Fragestellungen

Mit zunehmendem Alter wächst das Risiko gesundheitlicher Beeinträchtigungen. Die Fragen, die sich daraus ergeben, werden häufig aus arbeits- oder sozialversicherungsrechtlicher Perspektive beantwortet. Gibt es aber auch grundrechtliche Ansprüche, die gesundheitlich beeinträchtigte Personen gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen können?

Rechtliche Beurteilung

Alle Arbeitgeber – ob staatlich oder privat – sind verpflichtet, die Gesundheit ihrer Mitarbeitenden zu schützen. Unterlassen sie es, geeignete Schutzvorkehrungen zu treffen, drohen Konsequenzen sozialversicherungsrechtlicher oder strafrechtlicher Natur. Stellt ein Arbeitgeber seinen Mitarbeitenden beispielsweise keine geeignete Schutzausrüstung zur Verfügung, kann die Unfallversicherung seine Prämienbeiträge erhöhen. Setzt eine Vorgesetzte eine Mitarbeiterin, die über Schwindel klagt, auf einer Baustelle ein und erleidet diese daraufhin einen Unfall, kann sie dafür strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Als Vorgesetzte hätte sie der Mitarbeiterin nahelegen müssen, eine Ärztin aufzusuchen und sich krankschreiben zu lassen.

Wie sieht es aber bei längerfristigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus? Grundsätzlich können Leistungseinbussen ein Kündigungsgrund sein. Bei Leistungseinbussen, welche krankheitsbedingt sind, gelten aber Schutzfristen, während denen eine Kündigung nicht möglich ist.

Gewisse gesundheitliche Beeinträchtigungen können zudem, wie im Beispiel der Lehrerin, durch geeignete Massnahmen neutralisiert werden. Muss also die Schule die erforderlichen Massnahmen ergreifen, weil sie so die Leistungseinbüsse wettmachen kann, oder darf sie passiv bleiben und später allenfalls gar eine Kündigung aussprechen?

Bei älteren, langjährigen Mitarbeitenden müssen Arbeitgeber gewisse Anstrengungen unternehmen, um ihnen trotz gesundheitlicher Beeinträchtigungen einen Verbleib am Arbeitsplatz zu ermöglichen. Die Anstrengungen müssen für den Arbeitgeber zumutbar sein. Zumutbar heisst, dass die Aufwendung des Arbeitgebers in einem vernünftigen Verhältnis zum beabsichtigten Nutzen der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers steht. Wie viel verlangt werden kann, hängt von unterschiedlichen Faktoren ab. Tendenziell darf von staatlichen Arbeitgebern mehr verlangt werden als von privaten und von grossen mehr als von kleinen.

Im Fallbeispiel geht es um eine staatliche Arbeitgeberin, von der eine Massnahme gefordert wird, die weder sehr kostspielig noch organisatorisch komplex ist. Zudem besteht die Möglichkeit, Synergien zu nutzen. Die Schule könnte der Frau zum Beispiel die Ruhegelegenheiten für schwangere Frauen, zu deren Bereitstellung sie ohnehin verpflichtet ist, zur Verfügung stellen. Bei einem finanziellen Aufwand kann

eventuell geprüft werden, ob die Invalidenversicherung im Rahmen der Früherfassung eine Kostengutsprache erteilt.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Als staatliche Arbeitgeberin ist die Schule verpflichtet, vertieft abzuklären, ob es eine für die Schule zumutbare Lösung gibt, welche es der Frau erlaubt, trotz gesundheitlicher Beeinträchtigungen ihre Arbeit weiterzuführen. Auch von einem privaten Arbeitgeber dürften gewisse Anstrengungen erwartet werden. Pauschale Absagen ohne vertiefte Prüfung sind in keinem Fall angemessen.

Die Frau sollte deshalb nochmals das Gespräch mit der Schulleitung suchen und dabei auf ihre Ansprüche aufmerksam machen. Führt dies nicht zum Erfolg, kann der Rechtsweg bestritten werden. Das genaue Verfahren ist je nach Kanton unterschiedlich.

1.4 Wann ist eine Kündigung missbräuchlich?

Fallbeispiel

Einem 58-jährigen Mann wird nach 20 Jahren Anstellung in derselben Firma unerwartet und ohne Angabe von Gründen gekündigt. Später erfährt er, dass seine Stelle mit einem jüngeren Kollegen neu besetzt wurde.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf Arbeit und Beschäftigung

Rechtliche Fragestellungen

Handelt es sich im Fallbeispiel um eine missbräuchliche Kündigung? Welche rechtlichen Möglichkeiten hat der Mann, gegen die Kündigung vorzugehen?

Rechtliche Beurteilung

Staatliche Arbeitgeber sind direkt an das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung gebunden. Es ist ihnen deshalb untersagt, einer Person allein aufgrund ihres Alters zu kündigen. Aber auch eine Kündigung aufgrund der höheren Lohnkosten, welche eine ältere Person verursacht, wäre missbräuchlich. Sie käme nämlich einer indirekten Diskriminierung gleich.

Für *private Arbeitgeber* gilt in der Schweiz grundsätzlich das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Das heisst, der Arbeitgeber kann auch ohne besondere Gründe ein Arbeitsverhältnis kündigen. Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen im Missbrauchsverbot. Missbräuchliche Kündigungen können angefochten werden. Ist

die Anfechtung erfolgreich, besteht ein Recht auf eine Entschädigung. Eine Wiederanstellung ist nicht vorgesehen.

Als Beispiel für eine missbräuchliche Kündigung nennt das Obligationenrecht eine Kündigung wegen einer Eigenschaft, die eng mit der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers verbunden ist. Darunter fällt auch die Kündigung aufgrund des Alters.

Schwierig ist, dass die betroffene Person beweisen muss, dass die Kündigung aufgrund des Alters erfolgt ist und damit missbräuchlich ist. Zwar kann eine schriftliche Begründung für die Kündigung verlangt werden. In aller Regel wird ein Arbeitgeber als Begründung aber nicht ausdrücklich auf das Alter verweisen. Aufgrund dieser praktischen Schwierigkeiten lassen es die Gerichte zu, Indizien darzulegen, die eine Kündigung aus missbräuchlichen Motiven als sehr wahrscheinlich erscheinen lassen.

Häufig werden Kündigungen mit der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens begründet. Grundsätzlich sind solche Kündigungen nicht missbräuchlich.⁶⁹ Gegenüber älteren Arbeitnehmenden haben Arbeitgeber aber eine erhöhte Fürsorgepflicht. Sie müssen deshalb bei älteren Arbeitnehmenden auch in schwierigen wirtschaftlichen Situationen zuerst prüfen, ob alternative Massnahmen, wie zum Beispiel eine Frühpensionierung, zur Verfügung stehen. Ist die Kündigung unvermeidlich, ist das Kündigungsrecht besonders schonend auszuüben. Die betroffene Person muss zum Beispiel möglichst früh informiert werden.⁷⁰

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann heute älteren Mitarbeitenden auch in privaten Arbeitsverhältnissen nicht mehr so einfach gekündigt werden. Die Schwellen für eine missbräuchliche Kündigung sind aber hoch. Neben dem fortgeschrittenen Alter verlangt das Bundesgericht beispielsweise eine lange Betriebszugehörigkeit. Beides ist im Fallbeispiel gegeben. Es ist deshalb wichtig, dass der Mann sogleich eine Begründung der Kündigung verlangt. Wird darin auf wirtschaftliche Schwierigkeiten der Firma verwiesen, müssen folgende Fragen geklärt werden: Hat der Arbeitgeber Alternativen zur Kündigung geprüft? Hat er den Mann frühzeitig über die Kündigung informiert? Weshalb konnte er trotz wirtschaftlicher Probleme einen jüngeren Mitarbeiter anstellen? Wurde der jüngere Mitarbeiter zu einem tieferen Lohn angestellt? Je nachdem, wie die Antworten auf diese Fragen ausfallen, ist eine Anfechtung der Kündigung Erfolg versprechend oder nicht. Privatrechtliche Arbeitsstreitigkeiten werden zuerst vor einer Schlichtungsstelle verhandelt. Da das entsprechende Verfahren kostenlos ist, ist das Prozessrisiko gering.

69 Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2008 vom 2. April 2008, E. 5.

70 BGE 132 III 115, S. 121f. E. 5.3 und 5.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2014 vom 12. November 2014, E. 4.2.2.

Bisher basiert der erhöhte Kündigungsschutz für ältere Mitarbeitende nur auf Rechtsprechung. Dies bringt einige Unsicherheiten mit sich. Expertinnen und Experten plädieren deshalb dafür, auch im Gesetz einen erhöhten Schutz von älteren Mitarbeitenden zu verankern. Dies wurde vom Nationalrat im März 2018 aber abgelehnt. In der parlamentarischen Debatte wurde unter anderem auf die möglichen kontraproduktiven Effekte eines besseren Kündigungsschutzes hingewiesen: Dieser könnte Arbeitgeber zum Beispiel veranlassen, keine älteren Arbeitnehmenden mehr anzustellen. Das Parlament hätte es aber in der Hand gehabt, eine gesetzliche Regelung vorzusehen, die Diskriminierungen aufgrund des Alters von der Anstellung bis zur Kündigung bekämpft. Zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts existieren solche Regelungen.

Weiterführende Hinweise

Am 12. November 2014 beurteilte das Bundesgericht den Fall eines 59-jährigen Mannes, dem nach 35 Jahren in einem Unternehmen gekündigt wurde. Es bezeichnete die Kündigung als missbräuchlich und sprach dem Mann zwei Monatslöhne als Entschädigung zu.⁷¹

1.5 Auf Stellensuche mit Mitte vierzig

Fallbeispiel

Eine 47-jährige Frau hat die letzten 15 Jahre im mittleren Kader einer Versicherung gearbeitet. Aufgrund einer Reorganisation hat sie vor einigen Monaten ihre Stelle verloren. Sie ist nun beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) gemeldet, bezieht Arbeitslosengeld und bemüht sich intensiv um eine neue Stelle. Sie weigert sich jedoch, die vom RAV verlangten zwölf Bewerbungen pro Monat zu schreiben und sich auf Stellen zu bewerben, die ihren Qualifikationen nicht entsprechen. Sie ist der Meinung, dass sie wegen der hohen Beiträge an die berufliche Vorsorge noch keine Stelle gefunden hat.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf persönliche Freiheit

Wirtschaftsfreiheit⁷²

Recht auf Arbeit und Beschäftigung

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2014 vom 12. November 2014.

⁷² Art. 27 BV.

Rechtliche Fragestellungen

Die 130 RAV unterstützen arbeitslose Personen bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt. Müssen sie auf das Alter der arbeitslosen Person Rücksicht nehmen? Was ist von dem Argument der Frau zu halten, sie finde aufgrund der hohen BVG-Beiträge keine Arbeit?

Rechtliche Beurteilung

Personen, die bei der Arbeitslosenversicherung gemeldet sind, haben verschiedene Pflichten. Sie müssen sich zum Beispiel gezielt um Arbeit bemühen und an den regelmässigen Beratungs- und Kontrollgesprächen teilnehmen. Das RAV kann Sanktionen ergreifen, wenn die Pflichten nicht befolgt werden.

Diese Pflichten schränken die persönliche Freiheit und die Wirtschaftsfreiheit ein. Sie müssen deshalb den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen. Die gesetzliche Grundlage für die Einschränkungen bildet das Arbeitslosenversicherungsgesetz. Ziel der Bestimmungen über die Pflichten der versicherten Personen ist es, sie möglichst schnell wieder in die Arbeitswelt zu integrieren. Dies stellt ein genügendes öffentliches Interesse dar.

Bei der Konkretisierung der Pflichten ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Ob die Arbeitsbemühungen genügend sind oder nicht, muss deshalb im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden. Im Fallbeispiel muss die Frau pro Monat zwölf Bewerbungen schreiben, was in der Praxis üblich ist. Es gibt zudem keine Hinweise darauf, dass sie die Vorgabe aufgrund persönlicher Umstände (z.B. familiäre oder gesundheitliche Situation) oder ihrer Möglichkeiten (z.B. Schulbildung) nicht erfüllen kann.

Nicht entscheidend ist, ob die Bewerbungen erfolgreich sind.⁷³ Nur wenn keine reelle Aussicht besteht, dass die Person eine Stelle findet (z.B. weil sie schon sehr kurz vor der Pensionierung steht oder es keine passenden Ausschreibungen gibt), ist die Pflicht, sich auf Stellen zu bewerben, nicht geeignet, die Arbeitslosigkeit zu überwinden. Nicht geeignete Massnahmen sind nicht verhältnismässig und deshalb auch nicht zulässig.

Im Fallbeispiel stellt sich weiter die Frage, ob die Frau sich auch auf Stellen bewerben muss, die ihren Qualifikationen nicht entsprechen. Grundsätzlich muss jede zumutbare Arbeit angenommen werden. Nicht zumutbar sind Stellen, die eine Überforderung darstellen. Ob eine Person eine Stelle, für die sie überqualifiziert ist (Unterforderung), annehmen muss, hängt von der Dauer der Arbeitslosigkeit ab. Vor allem zu Beginn der Arbeitslosigkeit ist der Frau die Gelegenheit einzuräumen, eine Stelle zu finden, welche ihren Fähigkeiten und der bisherigen Tätigkeit entspricht.

73 BGE 124 V 225, S. 234 E. 6.

Mit länger dauernder Arbeitslosigkeit nimmt die Rücksichtnahme auf die Fähigkeiten oder die bisherige Tätigkeit ab.

Es stellt sich abschliessend noch die Frage der steigenden Beiträge an die berufliche Vorsorge. Die entsprechenden Abzüge sind gesetzlich vorgegeben und zwingend. Auch im Einvernehmen dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer deshalb nicht davon abweichen und einen tieferen Satz festlegen. Die Ungleichbehandlung von Personen unterschiedlichen Alters ist damit bereits im Gesetz angelegt. Dagegen kann auf rechtllichem Weg nicht vorgegangen werden. Die Gründe für das progressive Beitragssystem, wonach für ältere Arbeitnehmende prozentual höhere Beiträge zu entrichten sind, sind heute schwer nachvollziehbar. Absolut steigen die Beiträge aufgrund der normalerweise wachsenden Löhne im Alter ohnehin an. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die gesetzliche Vorschrift eine indirekte Diskriminierung darstellt.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Von einer 47-jährigen, gesunden Frau kann ohne Weiteres erwartet werden, dass sie sich sehr intensiv um eine Stelle bemüht. Eine starre Handhabung der Vorgabe von zwölf Bewerbungen wäre aber nicht verhältnismässig. Schreibt die Frau zum Beispiel zehn sehr gute Bewerbungen pro Monat, müsste dies ebenfalls ausreichen. Wenn die Frau dem RAV aufzeigen kann, dass ihre Chancen, eine Stelle im bisherigen Bereich zu finden, nach wie vor intakt sind, dürfte das RAV auch akzeptieren, dass sie im Moment noch keine Bewerbungen für weniger qualifizierte Stellen verfasst. Nach einer gewissen Wartezeit kann das RAV aber auch verlangen, dass sie sich auf solche Stellen bewirbt.

Hat die Frau den Eindruck, dass die Anweisungen des RAV auf ihren Fall zu wenig Rücksicht nehmen, kann sie eine schriftliche Verfügung zu den Anordnungen verlangen und dagegen Einsprache erheben.

Dagegen, dass gewisse Arbeitgeber wegen der BVG-Beiträge vielleicht lieber jüngere Personen anstellen, kann die Frau nichts unternehmen. Mit Blick auf das Gleichstellungsgebot sollte der Gesetzgeber das bestehende System aber überdenken.

1.6 Doppelbelastung Pflege und Beruf

Fallbeispiel

Eine 62-jährige arbeitstätige Frau betreut zu Hause ihren dementen Ehemann. Dieser steht häufig mitten in der Nacht auf und will das Haus verlassen. Die Frau schläft deshalb meist nur wenige Stunden pro Nacht. Eines Tages bemerkt ihre Vorgesetzte, sie wirke unkonzentriert und mache häufig Fehler. Zurück zu Hause beschimpft die überforderte Frau ihren Mann und macht ihn für ihre Probleme am Arbeitsplatz ver-

antwortlich. Daraufhin schliesst sie ihn im Schlafzimmer ein und verbringt die Nacht bei ihrer Schwester.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf Gesundheit

Recht auf Arbeit und Beschäftigung

Rechtliche Fragestellungen

Pflegende Angehörige sind mit grossen Herausforderungen konfrontiert. Wie können bzw. müssen sie unterstützt werden? Hat die Frau im Fallbeispiel Anspruch auf Unterstützung durch ihre Vorgesetzte?

Rechtliche Beurteilung

Die Frau im Fallbeispiel steht von zwei Seiten unter Druck. Auf der einen Seite verlangt ihre Vorgesetzte, dass sie konzentriert und fehlerfrei arbeitet. Auf der anderen Seite ist ihre private Situation sehr belastend. Das Risiko, dass die Frau krank wird und kurz vor ihrer Pensionierung aus dem Arbeitsleben ausscheiden muss, ist deshalb gross.

Obwohl in solchen Fällen das Recht auf Gesundheit und das Recht auf Arbeit und Beschäftigung tangiert sind, finden sich im Arbeitsrecht keine Bestimmungen, die auf die Bedürfnisse arbeitstätiger und pflegender Angehöriger eingehen. Zwar haben Arbeitnehmende das Recht, der Arbeit ein bis drei Tage fernzubleiben, um sich um kranke Angehörige zu kümmern und eine zumutbare Ersatzlösung zu organisieren. Ob in diesen Fällen der Lohn weiter gezahlt werden muss, ist aber umstritten. Auch einen Anspruch auf einen längeren Betreuungsurlaub oder auf eine Reduktion der Arbeitszeit kennt das Arbeitsrecht nicht.⁷⁴ Die Frau im Fallbeispiel kann deshalb maximal drei Tage freinehmen, um sich kurzfristig etwas von dem grossen Druck zu entlasten. Längerfristige Lösungen muss sie selber entwickeln, das Gesetz schweigt dazu.

Das Fallbeispiel zeigt, dass der fehlende Schutz sich nicht nur negativ auf die Frau auswirkt. Dass ältere, demente Personen wie im Fallbeispiel von ihren überforderten Angehörigen angeschrien, beleidigt, vernachlässigt oder eingesperrt werden, kommt denn auch in der Realität vor. In solchen Fällen kann es aufgrund der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen nötig sein, dass der Staat eingreift. Zuständig für die Abklärung geeigneter Massnahmen ist die Erwachsenenschutzbehörde. Sie wird in einem ersten Schritt prüfen, ob es reicht, die Frau in der Betreuung zu entlasten. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage nach der Einweisung

74 Bundesrat Pflegende Angehörige, S. 22.

des Mannes in ein Pflegeheim. Wehrt sich die Frau dagegen, kann die Erwachsenenschutzbehörde eine Verbeiständung anordnen. Da auch eine solche Massnahme Grundrechte beeinträchtigen kann, ist dabei allerdings Zurückhaltung geboten. Bei der Abwägung zwischen dem Schutz der Gesundheit des Mannes und der Achtung des Entscheids der Frau muss auch das Recht auf Zusammenleben mit der Familie beachtet werden.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Das aktuelle Arbeitsrecht trägt der Situation von arbeitstätigen und betreuenden Angehörigen kaum Rechnung. Die Frau im Beispiel ist deshalb weitgehend auf das Wohlwollen ihrer Vorgesetzten angewiesen, wenn es darum geht, eine Lösung zu finden, welche die Vereinbarkeit zwischen Beruf und Pflege besser gewährleistet. Zu denken ist beispielsweise an eine Reduktion der Arbeitszeit oder einen Betreuungsurlaub.

Zudem kann sie prüfen, wie sie im Bereich der Pflege und Betreuung entlastet werden kann. In den meisten Kantonen existieren kommunale oder regionale Beratungsstellen, die unterstützende Betreuungsangebote (wie z. B. Tages- und/oder Nachtstrukturen für demenzkranke Personen) vermitteln.

Eine medizinische Fachperson kann aufzeigen, wie mit Medikamenten, wie zum Beispiel Schlafmitteln, eine Entspannung der Situation bewirkt werden kann und welche Risiken damit verbunden sind. Dabei ist zwischen dem Eingriff in die psychische Unversehrtheit des Mannes und dem Schutz der Gesundheit der Frau abzuwägen. Bei Verhaltensstörungen und psychischen Problemen sollten immer nicht-medikamentöse Behandlungen und Massnahmen im Vordergrund stehen.

Aktuell wird auf Bundesebene erwogen, Abwesenheiten am Arbeitsplatz aufgrund der Betreuung kranker Angehöriger im Arbeitsrecht neu zu regeln. Ziel ist es, «die Situation für betreuende und pflegende Angehörige so [zu] verbessern, dass sie sich engagieren können, ohne sich zu überfordern oder in finanzielle Engpässe zu geraten».⁷⁵ Eine solche Regelung – für alle pflegenden Angehörigen – wäre aus grundrechtlicher Sicht zu begrüssen.

Weiterführende Hinweise

In der Schweiz pflegen und betreuen pro Jahr mindestens 140'000 Personen im Erwerbsalter regelmässig Angehörige.⁷⁶ Sie leiden besonders häufig unter Erschöpfung und anderen Gesundheitsstörungen.⁷⁷ Der Bericht «Unterstützung für betreu-

75 BAG Pflegende Angehörige.

76 BAG Pflegende Angehörige.

77 Bundesrat Pflegende Angehörige, S. 17.

ende und pflegende Angehörige» zeigt verschiedene Szenarien auf, wie sie besser unterstützt werden können. Er ist auf folgender Seite abrufbar: www.bag.admin.ch › Strategie & Politik › Politische Aufträge & Aktionspläne › Aktionsplan pflegende Angehörige.

In anderen Ländern wird der Situation von pflegenden Angehörigen besser Rechnung getragen. In Österreich beispielsweise können Arbeitnehmende bis zu einer Woche pro Jahr bezahlten Urlaub für die Pflege von erwachsenen Angehörigen nehmen. Gar bis zu sechs Monate Urlaub wird zur Pflege von schwerkranken Verwandten ermöglicht, dies jedoch unbezahlt.⁷⁸

78 Bundesrat Pflegende Angehörige, S. 42.

2 Privatsphäre und Familie

Im Alter wird die Pflege von Kontakten häufig schwieriger. Hindernisse, die früher kaum wahrgenommen wurden, werden plötzlich zu unüberwindbaren Barrieren, die den Bewegungsradius erheblich einschränken. Aber auch Vorurteile oder gar Missgunst können dazu führen, dass es schwierig ist, im Alter neue Kontakte zu knüpfen. Die folgenden Fallbeispiele behandeln grundrechtliche Fragen rund um die Themen Mobilität, Kontaktpflege, Sexualität, Privatsphäre und Familie.

2.1 Mobilität im Alter

Fallbeispiel

Ein 78-jähriger Mann besucht seine Ehefrau täglich im Pflegeheim. Er benützt dazu normalerweise den Ortsbus. Da der Einstieg zum Bus sehr hoch ist, fragt er sich, ob er die Besuche auch noch absolvieren kann, falls er einmal auf einen Rollator angewiesen sein wird.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Bewegungsfreiheit

Recht auf Familienleben

Rechtliche Fragestellungen

Hilfsmittel wie Rollatoren ermöglichen es älteren Menschen, ihre Mobilität länger zu erhalten. Dies setzt aber voraus, dass die öffentliche Infrastruktur entsprechend angepasst ist. Besteht ein Anspruch auf einen barrierefreien öffentlichen Verkehr? Kann der Mann verlangen, dass die von ihm benutzten Bushaltestellen angepasst werden?

Rechtliche Beurteilung

Die Sichtbarkeit von bewegungseinschränkenden Massnahmen ist sehr unterschiedlich. Wird beispielsweise eine Person an einem Bett fixiert, ist für Aussenstehende sofort erkennbar, dass ihre Bewegungsfreiheit eingeschränkt ist. Erhält sie hingegen ein Rayonverbot, ist die Einschränkung für Aussenstehende nur sichtbar, wenn die Person wegen eines Verstosses gegen das Verbot von der Polizei angehalten wird.

Für Aussenstehende noch weniger erkennbar sind Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit, die mit der Gestaltung des öffentlichen Raums zusammenhängen. Viele Menschen nehmen zum Beispiel hohe Randsteine, steile Treppen oder defekte Lifts kaum wahr. Für gesundheitlich beeinträchtigte Personen stellen sie aber oft unüberwindbare Hindernisse dar. Ihre Bewegungsfreiheit wird in diesen Fällen dadurch eingeschränkt, dass der Staat untätig bleibt und Hindernisse nicht abbaut. Kann eine Einzelperson gegen dieses Untätigbleiben vorgehen?

In gewissen Fällen, die im Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG) geregelt sind, besteht diese Möglichkeit. Voraussetzung nach BehiG ist, dass durch das Untätigbleiben eine behinderte Person benachteiligt wird. Auch ältere Menschen gelten unter Umständen als behindert im Sinne des BehiG. Sie sind benachteiligt, wenn ihnen der Zugang zu einem Fahrzeug des öffentlichen Verkehrs aus baulichen Gründen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.

Ist der Mann im Fallbeispiel im Alter auf einen Rollator angewiesen, ist er behindert im Sinne des BehiG. Der Zugang zum Bus ist ihm zudem aus baulichen Gründen (hoher Einstieg) nur unter erschwerten Bedingungen möglich. Damit sind die Voraussetzungen für eine Beschwerde grundsätzlich erfüllt. Gemäss BehiG wird aber in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung vorgenommen, bevor bauliche Massnahmen ergriffen werden.

Konkret muss also zwischen dem Nutzen, den der Mann aus der Anpassung der Haltestelle zieht, und dem Aufwand, den eine Anpassung für das Busunternehmen bedeutet, abgewogen werden. Ein wichtiges Element bei der Abwägung ist die Übergangsfrist, welche den Verkehrsbetrieben bis Ende 2023 gewährt wird. Je näher das Ende der Frist rückt, desto höher ist das Interesse des Mannes auf Zugang zum Bus und desto geringer sind die wirtschaftlichen Interessen des Busunternehmens zu gewichten. Weitere Faktoren sind zum Beispiel die Zahl der Menschen, die von der Benachteiligung betroffen sind.⁷⁹ Gerade bei Bushaltestellen, die von relativ wenigen Personen benützt werden, dürfte die Interessenabwägung häufig zuungunsten der behinderten Person ausfallen, zumindest so lange, bis die Übergangsfrist abgelaufen ist. Bushaltestellen in der Nähe von Alters- und Pflegeheimen oder Spitälern sollten dagegen prioritär umgestaltet werden.

⁷⁹ BASS 2015, S. 101f. und 104; Schefer/Hess-Klein, S. 231f.

Fällt die Interessenabwägung zuungunsten der behinderten Person aus, muss eine Ersatzlösung gefunden werden. Ersatzlösungen sichern die Mobilität, sind aber mit Einschränkungen bezüglich Teilhabe und Autonomie verbunden. Eine beliebte Ersatzlösung bei Bussen sind beispielsweise Rampen, die bei Bedarf manuell angebracht werden. Teils haben die städtischen oder regionalen Verkehrsbetriebe aber auch spezielle Fahrdienste für behinderte Personen eingerichtet. Die Rampenlösung hat den Nachteil, dass behinderte Personen sich den Blicken der übrigen Passagiere ausgesetzt sehen und eventuell auch für allfällige Verspätungen verantwortlich gemacht werden. Dafür ist diese Massnahme weniger ausgrenzend als spezielle ÖV-Taxis ohne Kontakt zu anderen Personen.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Solange der Mann noch gut zu Fuss ist, kann er keine rechtlichen Ansprüche stellen. Sobald er aber auf einen Rollator oder gar einen Rollstuhl angewiesen ist, kann er von der zuständigen Stelle⁸⁰ verlangen, dass die Benachteiligung beseitigt wird. Er muss dafür den Ablauf der Übergangsfrist Ende 2023 nicht unbedingt abwarten.⁸¹ Vor Ablauf der Übergangsfrist wird er aber nur erfolgreich sein, wenn auch weitere Menschen mit Behinderungen die Busstrecke benützen. Das Busunternehmen muss aber auf jeden Fall eine Ersatzlösung anbieten. Das ist zwar für die Betroffenen teilweise unangenehm, muss aber hingenommen werden.

Bei der Suche nach einer Ersatzlösung sollten die betroffenen Personen einbezogen werden. Dies kann beispielsweise über eine Interessenorganisation älterer oder behinderter Personen erfolgen.

Weiterführende Hinweise

Die behindertengerechte Umgestaltung des öffentlichen Verkehrs ist bei den schweizweit schätzungsweise 25'000 Bushaltestellen am wenigsten weit fortgeschritten.⁸² Zwar sind mehrheitlich Niederflurbusse im Einsatz. Die Höhendifferenz beim Einstieg verhindert aber in vielen Fällen ein autonomes Einsteigen. Für viele ältere Menschen stellt dies eine grosse Einschränkung ihrer Mobilität dar.

80 Je nachdem ist es das Busunternehmen oder die Gemeinde.

81 Schefer/Hess-Klein, S. 231 und 233.

82 BASS 2015, S. 115.

2.2 Wenn es die Familie besser weiss

Fallbeispiel

Eine 84-jährige Frau vermietet seit einiger Zeit ein Zimmer ihres grossen Hauses günstig an eine Psychologiestudentin. Im Gegenzug erledigt die Studentin für sie den Einkauf. Eines Tages beschliesst die Frau, der Studentin die Ausbildung zur Psychotherapeutin zu finanzieren. Ihre Kinder, die sie selten besuchen, glauben, die Studentin manipuliere ihre Mutter, und drohen, die Erwachsenenschutzbehörde einzuschalten.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Recht auf Familienleben

Rechtliche Fragestellungen

Es kommt immer wieder vor, dass Kinder sich «zu deren Schutz» in Entscheide ihrer Eltern einmischen. Wann entscheiden ältere Personen selbst und wann dürfen oder sollen sich ihre Kinder einmischen?

Rechtliche Beurteilung

Aufgrund des Rechts auf persönliche Freiheit entscheidet jede urteilsfähige Person selbst über ihre finanziellen Angelegenheiten. Im Fallbeispiel finden sich keine Hinweise auf eine Urteilsunfähigkeit der Frau. Es steht ihr deshalb grundsätzlich frei, wem sie wie viel Geld gibt. Wenn sie es für richtig hält, kann sie auch jemandem, den sie erst seit Kurzem kennt, einen hohen Betrag schenken.

Natürlich gibt es Situationen, in denen es wichtig ist, dass Familienangehörige oder andere Personen hellhörig werden. Bei der Studentin könnte es sich ja beispielsweise um eine Betrügerin handeln, welche die Psychotherapie-Ausbildung nur erfunden hat, um die Frau dazu zu bringen, ihr einen grösseren Betrag zu überweisen. Haben die Kinder im Fallbeispiel also richtig reagiert?

Es mag sein, dass die Studentin auch nett zu der Frau war, weil sie sich erhofft hatte, von ihr finanziell unterstützt zu werden. Das reicht aber noch nicht, um von Betrug zu sprechen. Es ist nicht strafbar, sich gezielt um die Gunst einer Person zu bemühen, auch wenn damit gewisse (finanzielle) Eigeninteressen verfolgt werden. Auch Familienangehörige «erschleichen» sich manchmal Gefälligkeiten von älteren Verwandten, indem sie ihnen gegenüber eine Zeit lang besonders aufmerksam sind. Ein Betrug liegt erst vor, wenn eine Person strategisch vorgeht, um eine andere Person zu täuschen. Im Beispiel wäre das etwa gegeben, wenn die Studentin die ältere Frau gezielt ausgewählt hat, weil sie wohlhabend ist und sehr isoliert lebt, und sich dann unter falschem Namen und Erfindung eines Psychologiestudiums bei ihr «eingeschlichen» hat.

Aber auch wenn nicht gleich von einem strafbaren Betrug ausgegangen werden kann, sollten die Kinder aktiv werden, wenn sie das Gefühl haben, ihre Mutter handle gegen ihre eigenen Interessen. Bevor sie die Erwachsenenschutzbehörde einbeziehen, sollten sie aber mit ihrer Mutter das Gespräch suchen, ihr mögliche Risiken aufzeigen und über Lösungsansätze, wie zum Beispiel eine Auszahlung der Gelder in Raten, diskutieren.

Die Erwachsenenschutzbehörde greift erst ein, wenn die Frau finanzielle Entscheide fällt, die ihren eigenen Interessen offensichtlich zuwiderlaufen, sie dies nicht mehr erfasst und die Tragweite der Entscheide nicht abschätzen kann. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der Betrag, den die Frau verschenken möchte, ihre finanziellen Möglichkeiten klar übersteigt. Hingegen greift die Erwachsenenschutzbehörde nicht ein, nur weil die Kinder fürchten, dass durch die Schenkung ihr eigenes Erbe geschmälert wird.

Die Erwachsenenschutzbehörde hat unterschiedliche Möglichkeiten, wie sie die Freiheit der Frau, ihr eigenes Vermögen zu verwalten, einschränken kann. Von allen Möglichkeiten muss sie diejenige wählen, welche am wenigsten weit geht. Beispielsweise schränkt sie die Handlungsfreiheit in Bezug auf das Vermögen, wenn immer möglich, nur punktuell und nicht gesamthaft ein. Im Fallbeispiel könnte die Erwachsenenschutzbehörde zum Beispiel festlegen, dass die Frau bis zu einem Betrag von 3'000 CHF noch frei über ihr Vermögen verfügen kann. Nur für höhere Beträge müsste dann eine Beiständin oder ein Beistand die Zustimmung erteilen.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Grundsätzlich steht es der Frau frei, der Studentin Geld zu geben. Haben die Kinder den Eindruck, dass ihre Mutter von der Studentin ausgenützt wird, sollen sie zuerst mit ihr das Gespräch suchen. Der Gang zur Erwachsenenschutzbehörde ist nur in schweren Fällen sinnvoll. Im Beispiel könnte dies etwa der Fall sein, wenn bekannt wird, dass die Frau auch noch zahlreichen anderen Studentinnen Geld schenken wollte. Falls die Erwachsenenschutzbehörde eingreift und beispielsweise die Verfügungsfreiheit über das Vermögen einschränkt, kann die Frau dagegen Beschwerde erheben.

2.3 Liebe kennt kein Alter⁸³

Fallbeispiel

Ein 73-jähriger Mann und eine 70-jährige Frau haben sich im Altersheim kennengelernt und verliebt. Sie bedauern, dass im Heim kaum Möglichkeiten für sexuelle Kontakte bestehen.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Schutz der Privatsphäre

Recht auf Familienleben

Rechtliche Fragestellungen

Sex im Alter ist ein Tabuthema. Wie können Bewohnerinnen und Bewohner von Alters- und Pflegeheimen ihre sexuellen Bedürfnisse ausleben? Haben sie Anspruch auf Räumlichkeiten, wo sie intime Beziehungen ungestört leben können? Darf ein Heimbewohner eine Prostituierte auf sein Zimmer einladen?

Rechtliche Beurteilung

Bewohnerinnen und Bewohner von Alters- und Pflegeheimen sind häufig sozial isoliert. Es ist deshalb zentral, dass ihnen die Kontaktpflege möglichst erleichtert wird. Dazu braucht es unter anderem Räumlichkeiten, die für das gesellige Beisammensein bestimmt sind und solche, die als Rückzugsort für vertrauliche Gespräche dienen können. Müssen aber auch sexuelle Kontakte zwischen den Bewohnerinnen und Bewohnern ermöglicht werden?

Sexualität ist ein wichtiger Bestandteil der Persönlichkeit und damit grundrechtlich geschützt. Sexuelle Kontakte in Heimen zu pflegen, ist aber häufig schwierig. Knappe Platzverhältnisse, ein Mangel an Privatsphäre oder unterschiedliche Moralvorstellungen können die sexuelle Entfaltung der Bewohnerinnen und Bewohner erschweren.

Heime können sich deshalb nicht darauf beschränken, die sexuellen Aktivitäten ihrer Bewohnerinnen und Bewohner zu tolerieren. Sie müssen auch aktiv Massnahmen ergreifen, damit die Bewohnerinnen und Bewohner ihre Sexualität leben können. Eine mögliche Massnahme ist beispielsweise die Einrichtung eines Intimzimmers, das den Heimbewohnerinnen und -bewohnern für sexuelle Kontakte untereinander oder mit Besucherinnen und Besuchern zur Verfügung gestellt wird. Der Nachteil solcher Intimzimmer ist, dass sie häufig nur zu bestimmten Zeiten

⁸³ Zur Vertiefung vgl. Cherubini, S. 154–159.

gebraucht werden können. Sie lassen deshalb wenig Raum für spontane Formen von Sexualität. Solche Einschränkungen der Freiheit, die in erster Linie aus organisatorischen Gründen erfolgen, müssen Bewohnerinnen und Bewohner von Heimen aber akzeptieren. Nicht hinnehmen müssten sie hingegen, wenn das Intimzimmer nur für heterosexuelle, nicht aber für homosexuelle Kontakte zur Verfügung gestellt würde oder wenn gewisse sexuelle Praktiken untersagt würden. Moralvorstellungen der Heimleitung oder des Personals stellen kein legitimes öffentliches Interesse dar. Darf also ein Heim auch nicht verbieten, dass ein Bewohner im Intimzimmer eine Sexarbeiterin empfängt?

Dieser Fall liegt etwas anders, weil es nicht nur um Moralvorstellungen, sondern auch um Fragen von Schutz, Ruhe und Ordnung geht. Hier darf deshalb eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Ein Verbot ist aber eine sehr einschneidende Massnahme und dürfte insbesondere gegenüber Personen, die aus gesundheitlichen Gründen das Heim nicht mehr selbstständig verlassen können, unverhältnismässig sein. Die Heimleitung könnte aber zum Beispiel anordnen, dass Sexarbeiterinnen im öffentlichen Bereich des Heims gewisse Kleidervorschriften beachten. Im Fallbeispiel wäre es für das Paar vermutlich am besten, wenn es ein gemeinsames Zimmer beziehen könnte. Mithilfe eines «Bitte nicht stören»-Schilds, das auch das Pflegepersonal zu beachten hätte, könnte es seine sexuelle Beziehung problemlos leben. Häufig sind aber solche Zimmer rar. Es dürfte deshalb legitim sein, wenn das Heim denjenigen Paaren, die schon eine längere Zeit zusammen sind, Priorität einräumt.

Konflikte können dort entstehen, wo unklar ist, ob die sexuellen Kontakte einvernehmlich sind. Der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner stellt ein legitimes öffentliches Interesse dar, das eine Einschränkung der sexuellen Freiheit erlaubt. Besonders bei dementen Personen ist aufgrund ihrer grossen Verletzlichkeit Vorsicht geboten.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Heime müssen sexuelle Aktivitäten ihrer Bewohnerinnen und Bewohner tolerieren. Wenn nötig, müssen sie zudem aktive Massnahmen ergreifen, damit die Sexualität auch im Alter gelebt werden kann. Einschränkungen sind nur erlaubt, wenn ein legitimes öffentliches Interesse vorhanden ist und die Verhältnismässigkeit beachtet wird. Dabei fällt der Schutz der übrigen Bewohnerinnen und Bewohner vor sexuellen Übergriffen oder der reibungslose Ablauf des Heimbetriebs in Betracht. Ein generelles Verbot ginge aber wohl in den meisten Fällen zu weit. Stärkere Einschränkungen sind dort möglich, wo Bewohnerinnen und Bewohner nicht mehr urteilsfähig sind.

3 Wohnen und Heimalltag

Privathaushalt, Hausgemeinschaft oder Heim? Die freie Wahl zwischen unterschiedlichen Wohnformen wird nicht nur von deren Verfügbarkeit, sondern auch von deren Finanzierbarkeit bestimmt. Einmal im Heim, stellt sich die Frage, wie frei die Bewohnerinnen und Bewohner ihren Alltag gestalten können. Die folgenden Beispiele geben Einblick in grundrechtliche Fragestellungen in diesem Bereich.

3.1 Ergänzungsleistungen und Wahlfreiheit

Fallbeispiel

Eine 65-jährige Frau ist seit Kurzem auf Ergänzungsleistungen (EL) angewiesen. Da der Mietzins ihrer bisherigen Wohnung oberhalb des vom Gesetz vorgesehenen Maximalbetrags liegt, wird ihr geraten, eine neue Wohnung zu suchen. Sie schätzt jedoch die Chance, im gleichen Quartier eine günstigere Wohnung zu finden, als gering ein. Um weiterhin täglich ihre zwei Enkel, die in der gleichen Strasse wohnen, sehen zu können, erwägt sie, in das Alters- und Pflegeheim in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft zu ziehen.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Niederlassungsfreiheit

Recht auf Wohnung

Rechtliche Fragestellungen

EL erhalten Personen, deren minimale Lebenskosten durch die AHV nicht gedeckt sind. Kann die zuständige Stelle der Frau vorschreiben, eine neue Wohnung zu suchen, wenn ihre Miete einen gewissen Betrag übersteigt? Weshalb erwägt die Frau, in ein Heim zu ziehen?

Rechtliche Beurteilung

Die freie Wahl der Wohnform ist Teil der persönlichen Freiheit. Die Frau im Fallbeispiel darf deshalb grundsätzlich selbst entscheiden, wo und wie sie wohnen möchte. Der Staat muss ihren Entscheid für die eine oder andere Wohnform respektieren, ist aber nicht verpflichtet, die gewünschte Wohnung oder Wohnmöglichkeit tatsächlich zur Verfügung zu stellen.

Die Frau wünscht sich, nach der Pensionierung in ihrer bisherigen Wohnung zu bleiben. Da es ihr gesundheitlich gut geht und sie nicht auf Betreuung angewiesen ist, steht diesem Wunsch auf den ersten Blick nichts im Weg. Nun sind ihre finanziellen Verhältnisse aber knapp und sie ist auf EL angewiesen. Im Gesetz zu den EL steht, dass der Mietzins bei alleinstehenden Personen maximal 13'200 CHF pro Jahr betragen darf. Ist er höher, wird die Person faktisch gezwungen, eine neue Wohnung zu suchen. In der Praxis kommt dies häufig vor, da der Maximalbetrag seit 15 Jahren nicht an die Teuerung angepasst worden ist. Die Ausgestaltung der EL schränkt also das Recht auf freie Wahl der Wohnform der Frau ein. Ist dies zulässig?

Es ist grundsätzlich unbestritten, dass sich Bezügerinnen und Bezüger staatlicher Leistungen stärkere Eingriffe in ihre Rechte gefallen lassen müssen als andere Personen. Die finanziellen Mittel des Staates sind begrenzt. Er kann deshalb nicht auf alle Wünsche von unterstützungsbedürftigen Personen Rücksicht nehmen und darf seine Leistungen auf das für die Zielerreichung Notwendige begrenzen. Die Begrenzung muss aber im Einzelfall verhältnismässig sein.

Es muss deshalb geprüft werden, ob es der Frau zumutbar ist, eine billigere Wohnung zu suchen. Grundsätzlich sind ihr alle Massnahmen zuzumuten, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei staatliche Unterstützung erhalten würde.⁸⁴ Wäre dem nicht so, würden Bezügerinnen und Bezüger staatlicher Leistungen gegenüber anderen Personen bessergestellt – im Fall der EL auf Kosten allgemeiner Steuermittel. Das wäre aber mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar.

Ein Umzug kann – gerade im Alter – sehr belastend sein. Dennoch wird er älteren Personen, die keine EL beziehen und ihre bisherige Miete nicht mehr bezahlen können, zugemutet. Der Frau im Fallbeispiel, die noch relativ jung und gesund

⁸⁴ BGE 133 V 504, S. 509 E. 4.2.

ist, kann deshalb auch zugemutet werden, in eine neue Wohnung in einem neuen Quartier zu ziehen – ansonsten würde sie gegenüber Nicht-EL-Bezügerinnen und -Bezüger bessergestellt. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips müsste der Frau aber eine gewisse Frist gewährt werden, in der sie eine neue Wohnung suchen kann. Findet sie trotz intensiver Bemühungen keine preisgünstigere Wohnung, müsste die EL die Frist verlängern.

Um die Mietobergrenze der EL und damit den Umzug in ein anderes Quartier zu «umgehen», erwägt die Frau, in das Heim in ihrer unmittelbaren Nachbarschaft zu ziehen. Weshalb? Bei Heimen ist die Tagestaxe des Heims durch die EL gedeckt. Die Tagestaxe umfasst sämtliche regelmässig wiederkehrenden Kosten für Unterkunft, Verpflegung, Pflege und Betreuung. Die Regelung ist zwar im Grundsatz richtig und wichtig. Im Beispiel kann sie aber dazu führen, dass die Frau entgegen ihres eigentlichen Wunsches in ein Heim zieht, obwohl dies für den Staat letztlich teurer ist.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Es ist aus grundrechtlicher Sicht nicht grundsätzlich zu beanstanden, dass die anrechenbaren Mietzinse in der EL begrenzt werden. Problematisch ist, wenn die festgelegten Mietzinse so tief sind, dass die Wahlfreiheit der EL-Bezügerinnen und -Bezüger extrem eingeschränkt wird, weil sie zum Beispiel nur noch die Kosten von Wohnungen in abgelegenen Regionen decken. Heute decken die Höchstbeträge durchschnittlich nur 70 Prozent der Mietzinse.⁸⁵

Dass bei der Höhe der anrechenbaren Mietzinse Handlungsbedarf besteht, wurde auch vom Gesetzgeber erkannt. Kürzlich hat das Parlament deshalb eine leichte Erhöhung beschlossen.

Problematisch ist, dass die EL nicht neutral ausgestaltet sind, sondern Lebensformen im Heim günstiger behandeln. Im Hinblick auf die persönliche Freiheit ist der Gesetzgeber verpflichtet, das System der sozialen Sicherheit so auszugestalten, dass die Grundrechte möglichst umfassend zum Tragen kommen. Er darf dabei knappe Mittel berücksichtigen; Grundrechte dürfen aber nicht wegen mangelnder Koordination der Regelungen (oder Versuchen, Kosten von einem Träger auf einen anderen abzuwälzen) rechtlich oder tatsächlich beeinträchtigt werden.

Weiterführende Hinweise

Rund 13 Prozent der AHV-Rentnerinnen und -Rentner beziehen EL. Je älter, desto eher werden EL benötigt. Diese Tendenz hängt mit der steigenden Wahrscheinlichkeit eines Heimeintritts im Alter und den damit verbundenen Kosten zusammen.

85 Bundesrat Botschaft ELG, S. 850.

Besonders häufig auf EL angewiesen sind auch ausländische Personen, die erst im Erwachsenenalter in die Schweiz eingereist sind und deshalb nur eine Teilrente beziehen.⁸⁶

3.2 Kompetenzstreitigkeiten bei der Pflegefinanzierung

Fallbeispiel

Ein 79-jähriger Mann lebte bisher in seinem Privathaus im Tessin. Da er zunehmend Mühe hat, den Haushalt selbst zu besorgen, entscheidet er sich, in ein Alters- und Pflegeheim im Kanton Zürich zu ziehen. So kann ihn sein Sohn, der im Kanton Zürich lebt, häufiger besuchen. Der Kanton Tessin weigert sich, die Kosten des Heims im Kanton Zürich zu übernehmen.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Niederlassungsfreiheit

Recht auf Wohnung

Recht auf Familienleben

Rechtliche Fragestellungen

Die Übernahme von Kosten ausserkantonaler Heimaufenthalte ist stark umstritten. Welchen Einfluss hat dies auf die Niederlassungsfreiheit älterer Personen? Muss der Kanton Tessin die Kosten des Zürcher Heims übernehmen?

Rechtliche Beurteilung

Aufgrund der Niederlassungsfreiheit ist es den Kantonen grundsätzlich untersagt, den Wegzug einer Person in einen anderen Kanton oder den Zuzug in einen Kanton zu verhindern oder zu erschweren. Die Niederlassungsfreiheit kann aber, unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV, eingeschränkt werden.

Direkte Einschränkungen für Personen mit beschränkten finanziellen Mitteln, wie sie früher existierten, gibt es heute nicht mehr. Der Mann im Fallbeispiel darf deshalb theoretisch den Kanton wechseln. Aufgrund seiner beschränkten finanziellen Mittel hängen seine Möglichkeiten für einen Kantonswechsel faktisch aber von der Ausgestaltung der Pflegefinanzierung ab. Nur wenn der Kanton Tessin zumindest einen Teil der Heimkosten im Kanton Zürich übernimmt, kann er dorthin ziehen. Muss also der Kanton Tessin einen Teil der Kosten übernehmen?

⁸⁶ BSV Statistik EL, S. 4f. bzw. BSV Statistik EL Tabellen, S. 5.

Die Kantone legten die gesetzlichen Bestimmungen zur Pflegefinanzierung sehr unterschiedlich aus. Umstritten war insbesondere, wer die Kosten bei ausserkantonalen Heimaufenthalten übernehmen muss. Die Rechtsunsicherheit führte dazu, dass etliche Heime generell keine ausserkantonalen Bewohnerinnen und Bewohner mehr aufnahmen.⁸⁷ Das schränkte die Niederlassungsfreiheit von allen älteren Personen, nicht nur denjenigen, welche knappe finanzielle Mittel haben, erheblich ein. Dies fand auch das Bundesparlament unbefriedigend und hat kürzlich das Krankenversicherungsgesetz angepasst. Die neue Regelung schränkte die Handlungsfreiheit der Kantone etwas ein. Sie ist seit dem 1. Januar 2019 in Kraft.

Neu ist immer der Herkunftskanton für die Übernahme der Kosten verantwortlich, im Beispiel also der Kanton Tessin. Er muss allerdings nur den im Kanton Tessin üblichen Tarif zahlen – ausser der Mann würde nach Zürich ziehen, weil ihm der Kanton Tessin keinen Pflegeheimplatz in geografischer Nähe seines ursprünglichen Wohnorts zur Verfügung stellen kann. Aus dem Fallbeispiel ergeben sich aber keine Anhaltspunkte dafür. Der Mann will aus rein persönlichen Motiven nach Zürich ziehen und nicht aufgrund eines Mangels an Heimplätzen im Tessin.

Die neue Regelung schränkt die Niederlassungsfreiheit von Personen in schlechten finanziellen Verhältnissen faktisch immer noch ein. Neu können aber bestimmte Gründe für den Kantonswechsel in die Beurteilung der Kostenübernahme einfließen. Das ermöglicht eine Verhältnismässigkeitsprüfung und ist mit den Grundrechten besser vereinbar.

Der Mann im Fallbeispiel müsste also vermutlich die Differenz zwischen dem Tessiner und dem Zürcher Tarif selbst bezahlen. Wenn ihm dies nicht möglich ist, muss er im Kanton Tessin wohnen bleiben, wodurch die Kontaktpflege zu seiner Familie erschwert wird. Es besteht aber kein Anspruch, das Familienleben an dem dafür geeignetsten Ort zu leben. Auch Personen, die keine staatlichen Leistungen beziehen, müssen aus unterschiedlichen Gründen gewisse Hürden, wie längere Wege, auf sich nehmen, um den Kontakt mit ihrer Familie zu pflegen. Im Fallbeispiel kann das Familienleben auch im Kanton Tessin stattfinden, beispielsweise, indem der Sohn den Vater regelmässig besucht oder gar ins Tessin zieht. Anders müsste der Fall beurteilt werden, wenn der Sohn selbst wenig mobil wäre, etwa weil er einen Rollstuhl braucht.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Bisher regelten die Kantone die Übernahme von Kosten bei ausserkantonalen Heimaufenthalten unterschiedlich. Es war deshalb schwierig zu sagen, ob und wie weit der Kanton Tessin die Kosten des Heims im Kanton Zürich übernehmen muss. Neu

87 SGK-N 2013, S. 15.

muss der Kanton Tessin mindestens einen Teil der Kosten des Heims im Kanton Zürich übernehmen.

Die neue Regelung der Pflegefinanzierung sollte die gravierendsten Probleme in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit beheben. Es gilt aber genau zu beobachten, wie die Kantone die neuen Bestimmungen handhaben werden, da ihnen weiterhin ein gewisser Handlungsspielraum zukommt.

3.3 Unfreiwillig auf einer Warteliste für ein Alters- und Pflegeheim

Fallbeispiel

Eine 80-jährige Frau erfährt zufällig, dass ihr Sohn sie auf die Warteliste eines Alters- und Pflegeheims gesetzt hat. Trotz gewisser gesundheitlicher Beeinträchtigungen hat sie sich ihrem Sohn gegenüber immer deutlich gegen einen Umzug ins Heim ausgesprochen. Da sie nur gebrochen Deutsch spricht, kann sie ihren Wunsch gegenüber anderen Personen nicht klar artikulieren.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Rechtliche Fragestellungen

Darf der Sohn seine Mutter ohne deren Zustimmung auf die Warteliste eines Heims setzen? Wie müsste die Situation rechtlich beurteilt werden, wenn eine Ärztin die Frau als urteilsunfähig bezeichnen würde?

Rechtliche Beurteilung

Zur persönlichen Freiheit der Frau gehört das Recht, selbst zu entscheiden, ob sie in ein Heim ziehen möchte oder nicht. Erst wenn sie in Bezug auf die Wohnsituation nicht mehr urteilsfähig ist, darf bzw. muss eine andere Person an ihrer Stelle über die Wohnsituation entscheiden.

Ob die Frau bezüglich ihrer Wohnsituation urteilsfähig ist, muss aufgrund der konkreten Umstände beurteilt werden. Dabei dürfen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden, da es sich bei der Frage der Wohnsituation um eine eher einfache Frage handelt, die meist kein spezielles Sachwissen erfordert. Folgende Fragen können helfen, die Urteilsfähigkeit zu ermitteln: Ist die Frau fähig, ihre gesundheitliche Situation richtig einzuschätzen? Ist sie sich bewusst, wie viel Betreuung sie benötigt? Sieht sie mögliche Risiken, welche die bisherige Wohnsituation mit sich bringen? Die Sprachkenntnisse der Frau haben keinen Zusammenhang mit der Urteilsfähigkeit der Frau und dürfen bei der Beurteilung keine Rolle spielen.

Im Fallbeispiel hat die Frau zur Wohnfrage eine klare Haltung, die sich seit längerer Zeit nicht geändert hat. Dies deutet auf einen gefestigten Willen, der aufgrund von reiflicher Überlegung und Abwägung von unterschiedlichen Alternativen entstanden ist.

Angenommen also, die Frau ist *urteilsfähig*. Dann entscheidet sie autonom, ob sie in ein Heim ziehen will – und damit auch, ob sie auf eine Warteliste gesetzt werden will oder nicht. Der Sohn hat deshalb in die Autonomie seiner Mutter eingegriffen, selbst wenn er es vielleicht «gut gemeint hat». Als Privatperson kann der Sohn nicht direkt für den Grundrechtseingriff in die Pflicht genommen werden. Indem das Heim aber nicht das Einverständnis der Frau eingeholt hat, hat es ihre persönliche Freiheit verletzt.

Zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit werden teilweise Arztberichte herangezogen. Hat eine Ärztin festgehalten, die Frau habe starke Orientierungsprobleme und Schwindelgefühle und verweigere sich dieser Diagnose, kann dies ein Hinweis auf eine mangelnde Urteilsfähigkeit sein.

Angenommen also, die Frau ist *urteilsunfähig*. In diesen Fällen muss eine andere Person anstelle der Frau entscheiden, wo sie wohnen soll. Besteht ein Vorsorgeauftrag, ist es die im Vorsorgeauftrag bezeichnete Person. Ist sie verbeiständet, ist es die Beiständin oder der Beistand. In allen anderen Fällen ist die Rechtslage unklar. Das Gesetz sagt zwar, wer den Betreuungsvertrag für die urteilsunfähige Person unterzeichnet (nämlich die gesetzliche Vertretung nach Art. 378 ZGB, also z. B. die Tochter oder der Sohn). Es ist aber umstritten, ob diese Regelung auf den Entscheid über den Eintritt selbst übertragen werden kann.

Solange die ältere Person und ihre nächsten Angehörigen sich einig sind, dass ein Umzug ins Alters- und Pflegeheim sinnvoll ist, ist das Problem vor allem theoretischer Natur. Bestehen aber Meinungsverschiedenheiten wie im Fallbeispiel, kann es problematisch sein, wenn die Angehörigen im Namen der Frau entscheiden.

Unabhängig davon, wer für die Frau entscheidet, muss ihr mutmasslicher Wille stets berücksichtigt werden. Zur Eruiierung des mutmasslichen Willens sind frühere Willensäußerungen, Werthaltungen sowie die Art der Lebensführung zu beachten. Aber auch nonverbale Äusserungen wie Gesten können einen Hinweis auf den Willen der Person geben. Auch eine vertretungsberechtigte Person kann deshalb einen Heimeintritt nicht gegen den aktiven Widerstand der betroffenen Person durchsetzen – auch wenn diese gänzlich urteilsunfähig ist. Hier steht einzig der Weg über die fürsorgerische Unterbringung offen.

Schwieriger ist, wenn eine urteilsunfähige Person zwar gegenüber ihren Angehörigen sagt, sie wolle nicht in ein Heim, sich aber nicht von aussen sichtbar gegen einen Heimeintritt wehrt. Dann wird zwar der mutmassliche Wille der Person verletzt, jedoch bleibt die Rechtsverletzung für Aussenstehende unsichtbar.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Kinder haben zwar eine gewisse Pflicht, ihre betagten Eltern zu unterstützen. Sie dürfen aber nur in wenigen, gesetzlich geregelten Fällen anstelle oder gar gegen den Willen ihrer Eltern handeln. Urteilsfähige Personen entscheiden immer für sich selbst. War die Frau urteilsfähig, hat der Sohn seine Kompetenzen überschritten.

War die Person urteilsunfähig, ist umstritten, ob der Sohn als gesetzlicher Vertreter für seine Mutter handeln durfte oder nicht. Gerade bei Meinungsverschiedenheiten kann es sinnvoll sein, die Erwachsenenschutzbehörde beizuziehen. Diese kann beraten und vermitteln und bei Bedarf eine Beiständin oder einen Beistand ernennen, der anstelle der Frau entscheidet.

Unabhängig davon, wer für die Frau entscheidet: Die Person muss immer deren mutmasslichen Willen berücksichtigen. Da die Frau im Beispiel konstant den Wunsch geäussert hat, zu Hause wohnen zu bleiben, sollten auf jeden Fall zuerst ambulante Unterstützungsmassnahmen geprüft werden.

Hat die Frau das Gefühl, dass ihre Rechte verletzt wurden, kann sie oder eine ihr nahestehende Person sich an eine Ombudsstelle für Patienten- und Heimfragen oder an die Heimaufsichtsbehörde ihres Kantons wenden.

Ein staatliches Heim, das befürchtet, dass eine Person gegen ihren Willen in ein Heim eingetreten ist, hat seine Schutzpflichten wahrzunehmen und beispielsweise (bei Bedarf mithilfe von Dolmetscherinnen oder Dolmetschern), die Situation abzuklären und allenfalls die Erwachsenenschutzbehörde zu informieren.

Weiterführende Hinweise

Im internationalen Vergleich leben in der Schweiz überdurchschnittlich viele Personen in einem Heim.⁸⁸ Wenn umstritten ist, ob der Eintritt freiwillig erfolgte oder nicht, können die kantonalen Ombudsstellen für Altersfragen unterstützen. Auf der Seite der Unabhängigen Beschwerdestelle für das Alter (UBA) findet sich eine Liste der kantonalen Ombudsstellen: www.uba.ch > Aktuell > Informationen.

3.4 Was, wann, wo? Fragen rund ums Essen im Heim⁸⁹

Fallbeispiel

In einem Altersheim in der Romandie wird das Abendessen jeweils um 17.00 Uhr serviert. Einer 77-jährigen Bewohnerin ist das zu früh. Sie kommt im Sommer jeweils erst gegen 18.00 Uhr von ihren Zugfahrten durch die ganze Schweiz zurück.

⁸⁸ Höpflinger/Bayer-Oglesby/Zumbrunn, S. 106.

⁸⁹ Zur Vertiefung vgl. Cherubini, S. 175–177, S. 184–186 und S. 276–278.

Ihre 82-jährige Tischnachbarin stört sich daran, dass ihr der Konsum von Alkohol verweigert wird, weil dieser sich schlecht mit ihren Medikamenten vertrage.

Im gleichen Heim lebt eine 81-jährige muslimische Bewohnerin. Aufgrund ihres Glaubens möchte sie nur Halal-Fleisch essen. Das Heim verweist sie auf das vegetarische Menü.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Glaubens- und Gewissensfreiheit

Rechtliche Fragestellungen

Heime werden mit sehr unterschiedlichen Wünschen konfrontiert. Müssen sie auf alle Wünsche eingehen? Welche Rolle spielen die Kosten, welche die Wünsche auslösen können?

Rechtliche Beurteilung

Der Eintritt in ein Heim bedeutet für ältere Personen häufig eine grosse Veränderung. Vieles ist neu – von den Menschen über die Umgebung bis zum Tagesrhythmus. Alte Gewohnheiten werden teils auf den Kopf gestellt, individuelle Präferenzen können nur eingeschränkt berücksichtigt werden. Die persönliche Freiheit der Heimbewohnerinnen und -bewohner wird durch all diese Faktoren eingeschränkt – täglich und meist für längere Zeit. Es handelt sich deshalb um eine erhebliche Einschränkung der persönlichen Freiheit. Diese ist nur erlaubt, wenn die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind.

Die gesetzliche Grundlage bildet in den meisten Fällen ein Heimreglement. Obwohl Heimreglemente keine hohe demokratische Legitimität geniessen, dürften sie oft als Grundlage reichen, weil nicht der gesamte Heimaltag vom Gesetzgeber reguliert werden kann.

Die Eingriffe in die persönliche Freiheit geschehen normalerweise, um einen geordneten und kostengünstigen Heimbetrieb sicherstellen zu können. Bei der Abwägung zwischen den beiden Interessen spielt deshalb unter anderem eine grosse Rolle, wie aufwendig und teuer die vorgebrachten Wünsche sind.

Im ersten Beispiel geht es darum, wie strikt die Vorgaben eines Heims bezüglich des Tagesablaufs sein dürfen. Gewisse Vorgaben sind nötig, weil das Heim sonst zum Beispiel keine Personalplanung machen könnte. Sehr weit gehende Vorgaben, die relativ strikt gehandhabt werden, sind aber mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar. Im Fallbeispiel wäre es unverhältnismässig, wenn von der Frau verlangt würde, dass sie sich pünktlich um 17.00 Uhr im Speisesaal einfindet. Besser mit der persönlichen Freiheit vereinbar ist deshalb, wenn das Heim einen (nicht allzu kurzen) Zeitraum definiert, während dem das Abendessen eingenommen werden kann.

Im zweiten Beispiel geht es um Essens- oder Trinkvorschriften, die Heimbewohnerinnen und -bewohnern gemacht werden, um sie vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen. Sind diese gut gemeinten Vorschriften mit der persönlichen Freiheit vereinbar? Auch hier muss abgewogen werden: Einerseits hat das Heim die Pflicht, die Gesundheit und das Leben der Frau zu schützen. Andererseits muss es ihre persönliche Freiheit achten. Bei der Abwägung spielt eine Rolle, ob die Frau urteilsfähig ist. Ist sie urteilsfähig, hat sie – wie auch Personen ausserhalb eines Heims – grundsätzlich auch das Recht, sich selbst zu schaden. Bringt der Alkoholkonsum mit sich, dass die Frau sich gegenüber dem Personal aggressiv verhält, muss auch der Schutz des Personals in die Abwägung einbezogen werden.

Im dritten Beispiel geht es um spezielle Essenswünsche. Dabei muss zwischen der persönlichen Freiheit und anderen Freiheiten, namentlich der Religionsfreiheit, und den organisatorischen und finanziellen Möglichkeiten der Heime abgewogen werden. Die Beschaffung von Zutaten für koschere Mahlzeiten oder Mahlzeiten, die halal sind, ist eher aufwendig. Gerade kleineren Heimen kann deshalb eher nicht zugemutet werden, solche Wünsche zu berücksichtigen. Ein vegetarisches Menü muss aber auf jeden Fall angeboten werden, weil dessen Zubereitung keine hohen Anforderungen an die Heime stellt. Eventuell besteht auch die Möglichkeit, dass die gewünschten Mahlzeiten für die Frau ins Heim bestellt werden. Die Zusatzkosten dürften ihr aber verrechnet werden.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Bei allen genannten Beispielen geht es darum, zwischen den Bedürfnissen der einzelnen Bewohnerinnen und Bewohnern und den Möglichkeiten des Heims abzuwägen. Allzu strikte Vorgaben bezüglich des Tagesablaufs (neben Essenszeiten geht es auch um die Frage, wann Personen geweckt werden oder wann sie duschen dürfen usw.) sind mit der persönlichen Freiheit nicht vereinbar. Konsumvorschriften können allenfalls zum Schutz urteilsunfähiger Personen oder des Personals gerechtfertigt sein.

Bei Leistungsansprüchen muss immer eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Dabei spielt auch die Grösse des Heims eine Rolle. Grösseren Heimen dürfte es eher zumutbar sein, eine Auswahl von Menüs anzubieten, die auch unterschiedliche religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen abdeckt.

Alle Beispiele sprechen auch die Frage an, ob Heimbewohnerinnen und -bewohner über wichtige Fragen des Heimalltags mitbestimmen dürfen. Die Richtlinien der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) zur Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen sehen vor, dass Bewohnerinnen und Bewohner normalerweise bei Entscheiden beigezogen werden, die Fragen des Tagesablaufs, des Zusammenlebens oder gemeinsame Ver-

anstaltungen betreffen.⁹⁰ Die Richtlinien tragen damit der Menschenwürde Rechnung, gemäss welcher Menschen nicht bloss Objekte von Entscheidungen sein dürfen.

Regelmässige Informationen und Gespräche über die Gestaltung des Heimaltags und die rechtzeitige Ankündigung von Veränderungen können auch die Akzeptanz von Entscheiden erhöhen und Konflikte präventiv verhindern.

In Bezug auf Heime für behinderte Personen ist ein Recht auf Mitbestimmung gesetzlich vorgesehen. Aus Gründen der Rechtsgleichheit sollte ein Recht auf Mitbestimmung auch bei Alters- und Pflegeheimen bejaht werden.

Weiterführende Hinweise

Wie muss ein Rauchverbot in einem Heim beurteilt werden? Das Bundesgericht hat bisher die Frage offengelassen, ob das Rauchen grundrechtlich geschützt ist.⁹¹ Ein komplettes Rauchverbot im und um das Heim wäre aber problematisch, weil Heimbewohnerinnen und -bewohner häufig weniger mobil sind und deshalb kaum Ausweichmöglichkeiten haben. Wenn das Heim aber Raucherzonen definiert hat, darf es das Rauchen in gewissen Räumen verbieten. Schliesslich muss ein Heim auch auf die Gesundheit und das Wohlbefinden der übrigen Bewohnerinnen und Bewohner und des Personals Rücksicht nehmen.

3.5 Bewegungseinschränkende Massnahmen

Fallbeispiel

Ein 88-jähriger, auf den Rollstuhl angewiesener Mann lebt in einem Alters- und Pflegeheim. Seit einigen Tagen ist der Mann sehr unruhig. Vor zwei Tagen stürzte er beim Versuch, selber aus dem Rollstuhl aufzustehen. Die leitende Pflegerin beschliesst, dass der Mann neu tagsüber im Rollstuhl angegurtet wird. Die Tochter des Mannes findet diese Massnahme sinnvoll. Sie stört sich aber daran, dass ihr Vater, der schon immer ein Einzelgänger war, tagsüber in den Gemeinschaftssaal gebracht wird.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Bewegungsfreiheit

⁹⁰ SAMW Ältere Menschen, S. 20.

⁹¹ BGE 133 I 110, S. 120 E. 5.2.2.

Rechtliche Fragestellungen

Fallen die Massnahmen des Pflegeheims in den Schutzbereich der Bewegungsfreiheit? Verletzen sie die Bewegungsfreiheit des Mannes?

Rechtliche Beurteilung

Das Angurten fällt in den Schutzbereich der Bewegungsfreiheit. Die Bewegungsfreiheit gilt aber nicht absolut. Sie kann unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Es braucht also insbesondere eine gesetzliche Grundlage.

Im Erwachsenenschutz besteht nur eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit von *urteilsunfähigen* Heimbewohnerinnen und -bewohnern. Urteilsfähige Heimbewohnerinnen und -bewohner können deshalb nicht ohne ihre Zustimmung in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden.⁹² Es wird deshalb im Folgenden davon ausgegangen, dass der Mann im Beispiel urteilsunfähig ist.

Die Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Personen kann unter anderem eingeschränkt werden, um eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen. Dabei ist eine gewisse Intensität der Störung erforderlich. Diese muss sich in einer unerträglichen Weise auf die ganze Gemeinschaft in der Einrichtung auswirken. Eine vorsorgliche Einschränkungsmassnahme – lediglich zum Zweck der Verhinderung einer befürchteten Störung – ist unzulässig. Die Einrichtung ist zudem verpflichtet, präventiv Massnahmen zu ergreifen, um Störungen des Gemeinschaftslebens zu verhindern. Im Fallbeispiel handelt es sich nicht um eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens.

Die Bewegungsfreiheit kann auch eingeschränkt werden, um eine ernste Gefahr für Drittpersonen zu vermeiden. Dies kann etwa bei einem besonders aggressiven Verhalten der urteilsunfähigen Person gegenüber dem Personal der Fall sein. Im Fallbeispiel besteht keine solche Gefahr für Dritte.

Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob eine Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des Mannes selbst besteht, was ebenfalls eine bewegungseinschränkende Massnahme rechtfertigen kann. Im Fallbeispiel ist der Mann bereits einmal gestürzt, weshalb weitere Stürze möglich sind und damit das Risiko einer gesundheitlichen Beeinträchtigung hoch ist. Da das Heim verpflichtet ist, die Gesundheit des Mannes zu schützen, stand es unter einem gewissen Druck, eine Massnahme zu ergreifen.

Es stellt sich aber die Frage, ob die gewählte Massnahme verhältnismässig ist. Wäre eine mildere Massnahme als das Angurten möglich gewesen? Sturzgefährdete Personen können zum Beispiel durch Hüftschutzhosen oder Sturzhelme vor Verletzungen geschützt werden. Bei der Wahl des geeigneten Mittels ist der Meinung der

⁹² Eine Ausnahme bildet die fürsorgliche Unterbringung.

betroffenen Person Rechnung zu tragen; selbst wenn diese urteilsunfähig ist, kann sie möglicherweise klar zum Ausdruck bringen, welche der möglichen Massnahmen sie am Wenigsten stört.

Nicht zulässig ist es, die Bewegungsfreiheit einzuschränken, um den Personalbedarf und damit Kosten zu senken. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, den Mann gegen seinen Willen in den Gemeinschaftsraum zu bringen, nur um dem Personal die Arbeit zu erleichtern. Auch unerwünschte Aufenthalte in Gemeinschaftsräumen können aber unter Umständen zulässig sein, wenn sie als erforderliche, geeignete und zumutbare Massnahme erscheinen, um gesundheitlichen Schäden vorzubeugen, die durch Vereinsamung hervorgerufen werden.

Der Entscheid über bewegungseinschränkende Massnahmen liegt bei der Einrichtung. Die vertretungsberechtigte Person muss, anders als bei medizinischen Massnahmen, nicht zustimmen. Sie muss aber sofort über die Massnahme informiert werden und kann nötigenfalls auch an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen. Für die bessere Abstützung der Massnahme ist es deshalb sinnvoll, den Entscheid zusammen mit den Angehörigen zu fällen.

Welche Personen innerhalb der Einrichtung den Entscheid fällen können – nur die Direktion, auch die Abteilungsleitung – ist im Gesetz nicht geregelt. Die Einrichtungen sollten dies aber in einem Reglement klären. Wünschbar ist, dass der Entscheid über die Beschränkung der Bewegungsfreiheit in einem Team besprochen wird. Im Fallbeispiel wurde der Entscheid von der leitenden Pflegerin gefällt. Tendenziell dürfte die gewählte Hierarchiestufe eher zu tief sein, da es sich beim Angurten nicht um einen rein pflegerischen Entscheid handelt, sondern um einen Grundrechtseingriff.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Heime dürfen die Bewegungsfreiheit von urteilsunfähigen Personen einschränken – aber nur unter engen Voraussetzungen. Ist die Tochter der Meinung, dass die Voraussetzungen im Fall ihres Vaters nicht gegeben sind, kann sie sich an eine Ombudsstelle für Heim- und Patientenfragen oder direkt an die Erwachsenenschutzbehörde wenden. Die Erwachsenenschutzbehörde überprüft auf der einen Seite, ob die Massnahmen inhaltlich gerechtfertigt sind. Auf der anderen Seite kontrolliert sie, ob die formellen Voraussetzungen eingehalten wurden, zum Beispiel ob dem Mann vorgängig erklärt wurde, warum man ihn am Rollstuhl angurtert, wer seine Ansprechperson im Heim ist und ob die Tochter als vertretungsberechtigte Person zeitnah informiert wurde. Die Erwachsenenschutzbehörde stellt bei der Prüfung unter anderem auf die Protokolle des Heims ab, in denen die Massnahmen dokumentiert werden. Damit dienen solche Protokolle auch dem Schutz des Heims vor ungerechtfertigten Beschwerden.

Weiterführende Hinweise

Bewegungseinschränkende Massnahmen werden häufig bei Demenzbetroffenen angewendet, meist mit dem Ziel, sie zu schützen. Die Massnahmen können aber auch negative Folgen für die Betroffenen haben, beispielsweise erhöhen sie das Risiko von Lungenentzündungen oder Thrombose. Häufig reagieren demenzkranke Personen auch mit erhöhtem Stress auf Einschränkungen der Bewegungsfreiheit.⁹³

3.6 Selbstbestimmung versus Menschenwürde?

Fallbeispiel

Eine Enkelin besucht ihren 95-jährigen Grossvater, der unter Demenz leidet, im Pflegeheim. Er sitzt gut gelaunt, aber unrasiert und nur in Unterhosen im Gemeinschaftsraum. Die Enkelin ist schockiert. Der ehemalige Diplomat legte stets grossen Wert auf sein Äusseres. Gemäss Heimleiterin weigert sich der Mann kategorisch, sich anzukleiden und sich zu rasieren. Biete ihm das Pflegepersonal seine Unterstützung an, reagiere er aggressiv.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Schutz der Menschenwürde

Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit

Recht auf persönliche Freiheit

Bewegungsfreiheit

Rechtliche Fragestellungen

Im Fallbeispiel wird die schwierige Frage angesprochen, wo die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts liegen. Gibt es Fälle, wo der Schutz der Menschenwürde es gebietet, den Willen einer Person zu missachten?

Rechtliche Beurteilung

Zur Menschenwürde gehört die Möglichkeit, selbst zu bestimmen, was die eigene Würde ausmacht. Grundsätzlich entscheidet deshalb jede Person selbst, wie sie sich in der Öffentlichkeit präsentiert. Ob rasiert oder unrasiert, ob frisch geduscht oder nicht, ob in neuen oder alten Kleidern – zumindest urteilsfähige Personen müssen sich diesbezüglich keine Vorschriften machen lassen, auch nicht von nahen Angehörigen, die ihren Auftritt als «unwürdig» erleben.

⁹³ Lindemann/Schmuck/Schmid, S. 34.

Für das Fallbeispiel ist deshalb die Frage zentral, ob der Mann urteilsfähig ist oder nicht. Dabei darf nicht schematisch von der Demenz auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. Auch demente Personen sind manchmal noch in der Lage, über gewisse Fragen, wie zum Beispiel ihr Äusseres oder ihre Kontakte, selbst zu entscheiden.

Dass der Mann sich sehr weit von seinen früheren Werten entfernt hat, könnte auf seine Urteilsunfähigkeit hindeuten. Angenommen also, der Mann ist *urteilsunfähig*. In diesem Fall müssen andere an seiner Stelle entscheiden, wie seine Würde zu achten und zu schützen ist, und damit zum Beispiel auch über die Frage, ob er gegen seinen Wunsch angekleidet und rasiert werden darf. Wer sind diese «anderen» im Fallbeispiel?

Über Fragen, welche die alltägliche Pflege und Betreuung betreffen, entscheiden normalerweise die Heime autonom. Betrifft aber eine solche Frage – wie im Fallbeispiel – gleichzeitig die Menschenwürde, ist es sinnvoll, das weitere Vorgehen mit den (gemäss Erwachsenenschutzrecht) vertretungsberechtigten Personen zu besprechen.

Wer immer anstelle des Mannes entscheidet: Er oder sie muss den Entscheid auf Basis des mutmasslichen Willens des Mannes fällen. Frühere Einstellungen und Werthaltungen, wie sie die Enkelin vorbringt, können dabei wichtige Hinweise geben. Aber auch aktuelle Willensbekundungen müssen einbezogen werden. Werden diese missachtet, löst dies bei den Betroffenen Gefühle von Fremdbestimmung und Ausgeliefertsein aus, die mit der Menschenwürde nicht vereinbar sind.⁹⁴

Im Fallbeispiel ist gesichert, dass sich der Mann weigert, sich anzuziehen und sich zu rasieren. Die Gründe dafür sind aber nicht bekannt. Ist die Weigerung, sich anzuziehen, Ausdruck des Wunsches, sich nur leicht bekleidet im Heim zu bewegen? Dafür spricht, dass er sich offensichtlich wohlfühlt, als ihn die Enkelin besucht. Dennoch könnte es auch sein, dass er sich zwar ankleiden möchte, aber ihm die angebotenen Kleider zu eng oder zu heiss sind. Seine Aggressivität gegenüber dem Personal könnte auch darauf hinweisen, dass er sich von dem Pflegepersonal bedrängt fühlt. Es wäre deshalb interessant zu schauen, ob er sich auch weigert, sich anzuziehen, wenn ihn eine Vertrauensperson unterstützt.

Möchte man den Mann gegen seinen Willen ankleiden oder rasieren, muss man beachten, dass Betreuungshandlungen, die gegen den Willen einer Person erfolgen, auch Bewegungseinschränkungen darstellen. Sie dürfen deshalb nur vorgenommen werden, wenn sie verhältnismässig erscheinen, um das jeweilige Ziel – zum Beispiel Schutz des Personals, Schutz der Gesundheit des Mannes oder Aufrechterhaltung eines geordneten Anstaltsbetriebs – zu erreichen. Es muss also eine Abwägung im

Einzelfall vorgenommen werden. Dabei ist es möglich, dass die Abwägung bezüglich Ankleiden und Rasieren unterschiedlich ausfällt, weil beim Rasieren schneller Verletzungen entstehen, oder dass die Weigerung zur Bekleidung so lange akzeptiert wird, als sich der Mann nicht in Gemeinschaftsräumen aufhält.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Heime sehen sich häufig mit schwierigen Fragen konfrontiert, in denen unterschiedliche Rechte wie das Recht auf persönliche Freiheit und der Schutz der Menschenwürde gegeneinander abgewogen werden müssen. Jeder Einzelfall ist anders; eine generelle Empfehlung kann nicht gemacht werden. Im Fallbeispiel besteht eine Divergenz zwischen den Einschätzungen der Angehörigen und jenen des Heims. In solchen Fällen ist das Gespräch zwischen Heim und Angehörigen entscheidend. Gemeinsam kann so eruiert werden, was die Person wirklich braucht. Wenn immer möglich soll dabei natürlich auch die betroffene urteilsunfähige Person selbst einbezogen werden. Durch solche Gespräche kann auch verhindert werden, dass die betroffene Person oder deren Angehörige von einer Massnahme überrascht werden.

Natürlich muss in solchen Fällen auch sichergestellt werden, dass die Erklärungen der Heimleiterin nicht dazu dienen, Fehler der Pflege zu vertuschen. Möglich ist, dass der Mann sich gar nicht gewehrt hat, sich anzuziehen, sondern die Pflegefachperson am Morgen keine Zeit hatte, ihn zu unterstützen. Da die personellen Ressourcen in Pflegeheimen teilweise knapp sind, kann es zu solchem Fehlverhalten in Heimen kommen. Umso wichtiger scheint es, dass das Personal in Bezug auf rechtliche, ethische und medizinische Fragen eine fundierte Ausbildung erhält, die es ermöglicht, auch in Zeiten von Fachkräftemangel und Spardruck professionell und grundrechtskonform auf herausfordernde Situationen zu reagieren. Als ebenso wichtig erscheint, dass das Heim eine Fehlerkultur pflegt, die das Thematisieren von schwierigen Situationen und problematischen Pflegeentscheidungen erlaubt, in belastenden Fällen Unterstützung anbietet und bei Bedarf Anpassungen in der Arbeitsplanung vornimmt.

4 Gesundheit

Medizinische Leistungen sind teuer. In der Schweiz wird deshalb heute offen darüber diskutiert, medizinische Leistungen zu begrenzen. Zwei der folgenden Beispiele zeigen, welche grundrechtlichen Fragen sich dabei stellen.

Eine Begrenzung der medizinischen Versorgung kann aber auch von der betroffenen Person selbst ausgehen, wenn sie sich entscheidet, eine Therapie nicht in Anspruch zu nehmen oder freiwillig aus dem Leben zu scheiden. Dazu folgen ebenfalls zwei Beispiele.

4.1 Jagd auf «gute» Risiken

Fallbeispiel

Eine 60-jährige Frau möchte die Grundversicherung wechseln. Sie stellt bei einem Versicherer über ein Online-Formular einen Antrag auf Aufnahme. Die Antwort des Versicherers trifft erst einen Monat später bei ihr ein.

Ihre Nachbarin, ebenfalls 60 Jahre alt, erzählt ihr, sie habe bei derselben Versicherung einen Antrag zum Abschluss einer Zusatzversicherung gestellt. Die ihr in der Offerte unterbreiteten Prämien empfindet sie als unverschämt.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Diskriminierungsverbot

Recht auf Gesundheit

Rechtliche Fragestellungen

Die hohen Krankenkassenprämien in der Schweiz sind ein ständiges Politikum. Dürfen die Krankenversicherer die Prämien altersabhängig gestalten? Welche Regeln gelten im Bereich der Grund-, welche im Bereich der Zusatzversicherung?

Rechtliche Beurteilung

Für Grund- und Zusatzversicherer gelten unterschiedliche rechtliche Regelungen. Nur die Grundversicherer nehmen eine staatliche Aufgabe wahr und sind deshalb direkt an die Grundrechte gebunden.

Die Frau *im ersten Beispiel* möchte ihre Grundversicherung wechseln. In der Grundversicherung zahlen alle versicherten Personen desselben Kantons, mit wenigen Ausnahmen, gleich hohe Prämien. Risikoabhängige Prämien sind nicht erlaubt. Eine ältere Person zahlt deshalb gleich viel wie eine jüngere Person, auch wenn sie statistisch gesehen ein höheres Risiko hat, krank zu werden. Ältere Personen sind deshalb für Grundversicherer weniger attraktiv. Um zu verhindern, dass ältere oder kranke Personen keinen Versicherer finden, wurde im Krankenversicherungsgesetz eine Aufnahmepflicht verankert. Das heisst, dass ein Grundversicherer eine Person, die einen Aufnahmeantrag stellt, nicht abweisen darf.

Unzulässig ist nicht nur die förmliche Abweisung, sondern jede Behinderung der Aufnahme oder des Wechsels. Ein Grundversicherer, der den Beitritt durch administrative Hürden oder andere Schikanen erschwert oder verunmöglicht, macht sich strafbar. Beispielsweise darf der Versicherer nicht verlangen, dass eine beitriftswilige Person bei ihm persönlich vorspricht oder Informationen über die bisherige Versicherungspolice preisgibt.

Im ersten Fallbeispiel hat der Versicherer den Antrag erst nach einem Monat behandelt. Die lange Behandlungsdauer könnte ein Hinweis darauf sein, dass der Versicherer Anträge jüngerer Personen intern priorisiert und darauf hofft, dass sich ältere Personen in der Zwischenzeit an andere Versicherer wenden. Ein solches Verhalten wäre zwar klar rechtswidrig, es lässt sich aber nur schwer nachweisen.

Im zweiten Fallbeispiel geht es um eine private Zusatzversicherung. Im Bereich der Zusatzversicherung besteht Vertragsfreiheit. Die Versicherung darf den Gesundheitszustand der Antragstellerin überprüfen und bei «schlechten» Risiken die Versicherung ganz verweigern. Es ist auch durchaus üblich, dass Versicherer für bestimmte Versicherungen ein Höchsteintrittsalter festlegen.

Die Zusatzversicherung kann auch Vorbehalte anbringen oder von älteren und kranken Personen höhere Prämien verlangen. Den Zusatzversicherern ist es gar gestattet, ab einem bestimmten Alter Versicherungsleistungen zu kürzen. Gewisse Kapitalversicherungen kürzen beispielsweise die Versicherungssumme bei Tod oder Invalidität nach dem 70. Altersjahr um 10'000 bis 30'000 CHF.

Die Beispiele zeigen, dass die Vertragsfreiheit sehr weit geht. Sie findet erst dort ihre Schranke, wo Vertragsinhalte gegen das Recht oder die Sittlichkeit verstoßen oder eine übermässige Bindung darstellen. Verträge, die auf einem Irrtum oder einer Nötigung beruhen oder die ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung darstellen und durch die Ausbeutung einer Notlage zustande gekommen sind, können angefochten werden.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Mit der Ombudsstelle für Krankenversicherungen existiert eine niederschwellige Anlaufstelle, die bei Konflikten im Bereich der Grund- und Zusatzversicherungen vermittelt. Die Frau aus dem ersten Beispiel könnte mit einer Beschwerde an die Ombudsstelle durchaus Erfolg haben, weil im Bereich der obligatorischen Grundversicherungen jüngere und ältere Personen gleich behandelt werden müssen. Es ist deshalb nicht zulässig, dass eine Krankenversicherung Anfragen von älteren Personen langsamer behandelt als solche von jüngeren Personen. Die Chancen der zweiten Frau, eine Prämienanpassung zu erreichen, sind hingegen klein, weil im Bereich der Zusatzversicherungen Vertragsfreiheit gilt.

Eine einfache Massnahme, um allfällige Diskriminierungen in der Grundversicherung zu verhindern, schlug der Datenschutzbeauftragte bereits 1999 vor. Er hatte – allerdings erfolglos – verlangt, dass Krankenversicherer für die Aufnahme in die Grundversicherung und die Zusatzversicherung unterschiedliche Formulare verwenden und es ihnen nur im Formular für die Zusatzversicherung gestattet ist, Fragen zu Alter und Gesundheitszustand zu stellen.⁹⁵

Weiterführende Hinweise

In einer Studie wurden 47 im Kanton Bern tätigen Krankenversicherern je fünf Offerten von «guten» (junge Männer) und «schlechten» Risiken (ältere Frauen) geschickt. Die Antworten liessen bei den «schlechten» Risiken signifikant länger auf sich warten, was auf eine verbotene Risikoselektion hindeutet. Die Studie ist auf folgender Seite abrufbar: www.hausarztmedizin.uzh.ch › Presse/Medien › Mitteilung vom 20. März 2012.

Die Ombudsstelle der Krankenversicherungen hat folgende Internetadresse:
www.om-kv.ch

4.2 Wenn die Krankenversicherung nicht mehr zahlt

Fallbeispiel

Ein stark übergewichtiger Mann (66) möchte sich ein Magenband setzen lassen. Die Krankenkasse verweigert mit Hinweis auf sein Alter die Kostenübernahme.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Schutz der Menschenwürde

Diskriminierungsverbot

Recht auf Gesundheit

Rechtliche Fragestellungen

Dürfen Krankenkassen bei einem Entscheid zur Kostenübernahme auf das Alter der versicherten Person abstellen? Welche Voraussetzungen müssen dafür gegeben sein? Was ist aus grundrechtlicher Sicht von generellen Altersgrenzen in Gesetzen oder Verordnungen zu halten?

Rechtliche Beurteilung

Grundversicherer sind direkt an die Grundrechte gebunden. Sie dürfen deshalb ältere und jüngere Patientinnen und Patienten nur unterschiedlich behandeln, wenn sie dies qualifiziert rechtfertigen können. Ansonsten handelt es sich um eine verbotene Diskriminierung.

Bis Mitte 2009 legte eine Verordnung des Bundes fest, dass die Kosten einer chirurgischen Behandlung von Fettleibigkeit (Adipositas) bei Patientinnen und Patienten, die älter als 60 Jahre sind, nicht von der Krankenversicherung übernommen werden. Die Altersgrenze wurde damit gerechtfertigt, dass das Risiko von Komplikationen bei der entsprechenden Operation im Alter steigt, während gleichzeitig die Sterblichkeit aufgrund von Übergewicht abnimmt.

Das Bundesgericht stützte diese Argumentation und kam in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 zum Schluss, die in der Verordnung vorgesehene Altersobergrenze sei medizinisch begründet und damit sachlich gerechtfertigt.⁹⁶ Auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ging das Bundesgericht nicht ein. Dies ist aus grundrechtlicher Sicht problematisch. Um eine altersgestützte Diskriminierung zu rechtfertigen, sind qualifizierte – nicht nur sachliche – Gründe notwendig. Im Bundesgerichtsfall ging es um einen 67-jährigen Mann, der unter erheblichem Übergewicht litt. Zwei Ärzte kamen zum Schluss, die Setzung eines Magenbandes stelle in seinem Fall das beste therapeutische Vorgehen dar. Das Risiko von Komplikationen

⁹⁶ BGE 136 I 121, S. 127 E. 5.1 und 5.2.

beurteilten sie als gering, weshalb in seinem Fall keine medizinischen Gründe gegen eine Behandlung sprachen.⁹⁷ Das Beharren auf der Altersgrenze erscheint in diesem Fall denn auch als nicht gerechtfertigt.

Das der Verordnung übergeordnete Gesetz sah und sieht, anders als die Verordnung, keine Altersgrenze vor. Es hält aber fest, dass die Krankenkassen nur Leistungen übernehmen müssen, die wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sind. Gemäss Bundesgericht stellte die Altersgrenze in der Verordnung lediglich eine Konkretisierung dieser Kriterien dar.⁹⁸ Diese Argumentation ist aber problematisch. Bei älteren Personen, die ansonsten physisch und psychisch relativ fit sind, kann eine solche Operation durchaus wirksam und zweckmässig sein. Wird unter diesen Umständen die Wirtschaftlichkeit verneint, wird der Lebenswert älterer Menschen tiefer beurteilt, was mit dem Diskriminierungsverbot und mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Die Verweigerung der Krankenversicherung, die Behandlung zu übernehmen, stellt eine verbotene Diskriminierung dar, wenn sie sich alleine auf das Alter einer Person stützt. Wie das erwähnte Bundesgerichtsurteil zeigt, ist es aber häufig schwierig, eine solche im Einzelfall geltend zu machen.

Eventuell war das Bundesgerichtsurteil aber mit ein Grund dafür, dass die Altersgrenze für chirurgische Behandlungen bei Adipositas zuerst erhöht und dann ganz abgeschafft wurde. Heute verweist die Verordnung auf Richtlinien zur operativen Behandlung von Übergewicht einer spezialisierten Vereinigung. Diese nennt keine Altersobergrenzen mehr, hält aber fest: «Bei Patienten, die mehr als 65 Jahre alt sind, sind Operationsrisiken und Rest-Lebenserwartung aufgrund der Co-Morbiditäten abzuwägen.»⁹⁹ Diese Bestimmung ermöglicht eine Beurteilung im Einzelfall und ist deshalb geeignet, die Grundrechte der betroffenen Personen zu schützen. Die Heranziehung des Kriteriums Alter bei der Einzelfallbeurteilung, namentlich in Bezug auf die Komplikationen, ist aus Grundrechtssicht erlaubt. Allerdings ist zu beachten, dass es sich um eine Richtlinie einer privaten Vereinigung handelt und grundrechtsbeschränkende Massnahmen (z. B. Rationierungen von Gesundheitsleistungen) einer gesetzlichen Grundlage mit demokratischer Legitimation bedürfen. Die Aufhebung der Altersgrenze für Adipositas ist zu begrüssen. Abstrakte Altersobergrenzen im Bereich der Krankenversicherung verunmöglichen eine Einzelfallprüfung und sollten deshalb generell unterlassen werden.

⁹⁷ BGE 136 I 121, S. 122 A.

⁹⁸ BGE 136 I 121, S. 128 E. 5-3.

⁹⁹ SMOB Richtlinien, Ziff. 4.2.

Weiterführende Hinweise

Der Fall ist dem Bundesgerichtsurteil mit der Nummer BGE 136 I 121 nachgebildet. Die Kosten der Behandlungen lagen bei 24'955 CHF, also weit tiefer als die maximalen Kosten, welche das Bundesgericht in einem anderen Entscheid aus Kosten-Nutzen-Überlegungen als Obergrenze bezeichnet hatte.¹⁰⁰

4.3 Zwangsmedikation?

Fallbeispiel

Eine 92-jährige Frau, die an einer fortgeschrittenen Demenz leidet, erkennt seit Kurzem selbst ihre nächsten Angehörigen nicht mehr. Kommt ihr Ehemann zu Besuch, wird sie ihm gegenüber ausfällig. Nachdem sie versucht hat, ein Glas kaltes Wasser in seine Richtung zu werfen, spritzt ihr der zuständige Heimarzt ein starkes Beruhigungsmittel.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit
Bewegungsfreiheit

Rechtliche Fragestellungen

Wer entscheidet bei urteilsunfähigen Personen, welche Medikamente sie einnehmen müssen? Welche Rolle spielt eine allfällige Patientenverfügung?

Rechtliche Beurteilung

Die Verabreichung von Schlaf- und Beruhigungsmitteln stellt einen Eingriff in die physische und psychische Unversehrtheit dar. Sie ist normalerweise nur zulässig, wenn die betroffene Person eingewilligt hat. Auf die Einwilligung darf nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn eine akute Gefährdung einer Drittperson vorliegt, der nicht durch andere Massnahmen begegnet werden kann. Eine solche liegt im Fallbeispiel eher nicht vor, da die Frau nur ein Glas kaltes Wasser gegen den Mann geworfen hat. Es braucht also eine Einwilligung.

Eine Einwilligung im rechtlichen Sinn können nur urteilsfähige Personen erteilen. Die Frau im Beispiel ist vermutlich urteilsunfähig, da sie an einer fortgeschrittenen Demenz leidet. Das heisst, dass sie nicht mehr gültig in eine medizinische Intervention einwilligen kann. An die Stelle der Einwilligung muss deshalb ein rechtliches Surrogat treten. Dies kann zum Beispiel eine Patientenverfügung sein.

¹⁰⁰ BGE 136 V 395, S. 408f. E. 7.4 und 7.5 und S. 413f. E. 7.8.

Eine Patientenverfügung legt fest, welchen medizinischen Massnahmen eine Person im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit zustimmt und welche sie ablehnt bzw. wer über die zu treffenden medizinischen Massnahmen entscheiden soll. Hat sich die Frau in einer Patientenverfügung konkret dazu geäussert, ob und inwieweit Schlaf- oder Beruhigungsmittel bei ihr eingesetzt werden sollen, ist dies für die Behandlung massgebend. Der Arzt im Fallbeispiel muss sich daran orientieren, auch wenn er aus medizinischer Sicht vielleicht zu einem anderen Schluss kommen würde. Ebenfalls keine Rolle spielt, ob die vertretungsberechtigte Person einverstanden ist oder nicht.

Liegt keine Patientenverfügung vor, kommt der vertretungsberechtigten Person eine zentrale Rolle zu. Sie muss allen medizinischen Massnahmen von einer gewissen Tragweite explizit zustimmen. Die Zustimmung muss im Einzelfall erfolgen. Eine Blankoermächtigung, also ein generelles Einverständnis für alle in Zukunft notwendigen Massnahmen, ist nicht erlaubt. Anders ist es bei medizinischen Alltagsmassnahmen: Hier kann die vertretungsberechtigte Person auch im Vorhinein ihr Einverständnis für die erforderlichen Massnahmen erteilen.

Das Spritzen eines starken Beruhigungsmittels ist keine medizinische Alltagsmassnahme. Vor der Verabreichung muss deshalb die Einwilligung der vertretungsberechtigten Person eingeholt werden – ausgenommen sind Notfälle. Mit der vertretungsberechtigten Person kann dann auch festgelegt werden, ob das Beruhigungsmittel in die Medikation aufgenommen werden soll. Wenn ja, sollte dies im schriftlichen Behandlungsplan festgehalten werden. Soll die Dosis gesteigert werden, muss erneut Rücksprache mit der vertretungsberechtigten Person genommen werden.

Wer vertretungsberechtigt ist, kann nicht generell gesagt werden. Bei verheirateten Personen ist es aber häufig die Ehepartnerin bzw. der Ehepartner. Der Arzt im Fallbeispiel hätte also zuerst die Einwilligung des Ehemanns einholen müssen. Dies wird vonseiten der Ärzteschaft teilweise kritisiert. Es wird geltend gemacht, vertretungsberechtigten Angehörigen fehle es meist an den nötigen Sachkenntnissen, weshalb sie mit solchen Entscheiden überfordert seien. Im Fallbeispiel kommt hinzu, dass der Ehemann in einem Konflikt zwischen seinen eigenen Interessen und denjenigen der Ehefrau steht. Der Gesetzgeber hat sich aber für die Einwilligung der vertretungsberechtigten Person entschieden, um zu verhindern, dass diejenige Person entscheiden darf, welche die medizinische Massnahme ausführt. Gibt es Probleme mit dieser Regelung, kann die Erwachsenenschutzbehörde intervenieren. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Ehemann nicht nach dem mutmasslichen Willen der Ehefrau handelt oder die Zustimmung zu einer notwendigen, medizinisch indizierten Massnahme verweigert.

Liegt weder eine indirekte Zustimmung über die Patientenverfügung noch über die vertretungsberechtigte Person vor, handelt es sich normalerweise um einen unzu-

lässigen Eingriff in die körperliche und geistige Unversehrtheit. In Fällen, wo die Betroffenen sich wie im Fallbeispiel passiv verhalten, wird aber nicht von Zwangsmedikation gesprochen. Von einer Zwangsmedikation spricht man erst, wenn die Behandlung gegen den klaren Willen oder aktiven Widerstand der Person erfolgt.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Der Frau dürfen Beruhigungsmittel nur verabreicht werden, wenn eine entsprechende Patientenverfügung oder die Zustimmung der vertretungsberechtigten Person vorliegt. Unter Umständen kann es genügen, die Zustimmung bei der erstmaligen Verabreichung solcher Mittel und bei der Änderung der Dosis oder der Zusammensetzung der Medikation einzuholen. Im vorliegenden Fall lag keine Zustimmung vor, weshalb die Handlung des Arztes nicht zulässig war.

In Notfallsituationen kann auf die Einwilligung verzichtet werden. Eine solche lag im Fallbeispiel aber eher nicht vor.

In der Praxis dürfte das Vorgehen des Arztes eher die Regel sein. Die Heime sehen die Verabreichung von Schlaf- und Beruhigungsmitteln als Teil der alltäglichen pflegerischen und ärztlichen Massnahmen und holen deshalb keine separate Zustimmung ein. Vor dem Hintergrund des starken Eingriffs in die geistige wie auch körperliche Unversehrtheit ist dies kritisch zu beurteilen. Personen, die sich gegen dieses Vorgehen wehren möchten, können sich an die Erwachsenenschutz- oder die Heimaufsichtsbehörde wenden.

4.4 Selbstbestimmter Tod?

Fallbeispiel

Eine 83-jährige Frau, die an Krebs leidet, möchte mit einer Sterbehilfeorganisation aus dem Leben scheiden.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Rechtliche Fragestellungen

Die Regelung der Suizidhilfe in der Schweiz gilt als vergleichsweise liberal. Welche Regeln gelten für die Frau? Wie stellt die Schweiz sicher, dass im Bereich der Suizidhilfe kein Missbrauch stattfindet?

Rechtliche Beurteilung

Zur persönlichen Freiheit gehört das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Suizid und die Beihilfe zum Suizid sind des-

halb in der Regel nicht strafbar. Eine Sterbehilfeorganisation, welche der Frau im Beispiel auf deren ausdrücklichen Wunsch eine tödliche Substanz besorgt, macht sich deshalb nicht strafbar. Die Frau muss die Substanz aber selber einnehmen, damit sie bis zum Schluss die Herrschaft über die Tat hat. Verabreicht die Sterbehilfeorganisation der Frau die Substanz, beispielsweise indem sie ihr eine tödliche Spritze setzt, macht sie sich strafbar – selbst wenn die Frau sie eindringlich dazu aufgefordert hat.

Die Beschaffung tödlicher Substanzen für den begleiteten Suizid ist nicht ganz einfach, weil diese Substanzen rezeptpflichtig sind. Gemäss der Schweizerischen Akademie für medizinische Wissenschaften (SAMW) darf ein Rezept nur ausgestellt werden, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Unter anderem wird verlangt, dass die Patientin bzw. der Patient in Bezug auf den assistierten Suizid urteilsfähig ist und der Wunsch wohlervogen und ohne äusseren Druck entstanden ist. Zudem müssen die Krankheitssymptome und/oder Funktionseinschränkungen der Patientin bzw. des Patienten für diese bzw. diesen Ursache unerträglichen Leidens sein.¹⁰¹

In der Vergangenheit wurde noch gefordert, dass die betroffenen Personen an einer tödlich verlaufenden Krankheit leiden. Deshalb wurde beispielsweise einer Frau, die aus dem Leben scheiden wollte, weil «sie immer älter und schwächer werde und keinen Sinn darin sehe, einen weiteren körperlichen und seelischen Verfall über sich ergehen zu lassen»,¹⁰² der Zugang zu einer tödlichen Substanz verweigert. Mit der neuen Formulierung kann in Zukunft vermutlich auch solchen Personen ein Rezept ausgestellt werden. Sie müssten dann nicht wie bisher auf stärker risikobehaftete oder schmerzhaftere Suizidmethoden ausweichen.

Dass weiterhin an der Rezeptpflicht festgehalten wird, ist aus grundrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. So kann der Staat besser überprüfen, dass der Suizidentscheid tatsächlich dem freien Willen der betroffenen Person entspricht.¹⁰³

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Grundsätzlich entscheidet die Frau selbst, ob sie aus dem Leben scheiden möchte oder nicht. Jedoch muss sichergestellt werden, dass sie urteilsfähig und ihr Wille selbstbestimmt und unbeeinflusst zustande gekommen ist. Dabei unterstützen die Richtlinien der SAMW.

Im Beispiel dürften die Voraussetzungen der SAMW erfüllt sein. Es sollte der Frau also möglich sein, ihren Wunsch umzusetzen. Lebt sie in einem Heim, sollte sie frühzeitig mit der Heimleitung klären, wo der begleitete Suizid stattfinden kann.

¹⁰¹ SAMW Sterben und Tod, S. 26f.

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 2C_9/2010 vom 12. April 2010, E. 3.1.

¹⁰³ BGE 133 I 58, S. 68 E. 6.2.1.

Das Sterben im Heim bietet Vor- und Nachteile. Positiv für die Betroffenen ist häufig, dass sie in gewohnter Umgebung sterben können. Jedoch kann es für das Personal und die übrigen Bewohnerinnen und Bewohner auch eine Belastung sein. Hier muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Ein generelles Verbot, in einem staatlich finanzierten Heim einen begleiteten Suizid durchzuführen, ist mit der persönlichen Freiheit nicht vereinbar.¹⁰⁴

Weiterführende Hinweise

Die Anzahl der begleiteten Suizide hat in der Schweiz in den letzten Jahren stark zugenommen. Während 2005 erst 205 in der Schweiz wohnhafte Personen auf diese Art aus dem Leben schieden, waren es zehn Jahre später bereits 965 Personen, also fast fünf Mal mehr.¹⁰⁵

4.5 Die Freiheit, eine medizinische Behandlung abzulehnen

Fallbeispiel

Bei einem 74-jährigen Mann wird zum zweiten Mal ein bösartiger Tumor entdeckt. Nach reiflicher Überlegung entscheidet er, auf eine erneute Chemotherapie zu verzichten. Die Angehörigen akzeptieren den Entscheid nicht und bitten die zuständige Ärztin, die Chemotherapie trotzdem durchzuführen. Der Ärztin liegt eine Patientenverfügung vor, die festhält, dass im Zweifelsfall auf lebensverlängernde Massnahmen verzichtet werden soll.

Betroffene Grund- und Menschenrechte

Recht auf persönliche Freiheit

Rechtliche Fragestellungen

Am Ende des Lebens stellen sich oft sehr schwierige Fragen. Wer entscheidet darüber, ob eine medizinische Behandlung durchgeführt wird? Dürfen schwer kranke Personen eine medizinische Massnahme, die für den Erhalt des Lebens zentral ist, ablehnen?

Rechtliche Beurteilung

Die Debatte um assistierte Suizide wird in der Schweiz teilweise heftig geführt. Die tatsächliche Anzahl assistierter Suizide ist aber verhältnismässig klein. Häufiger

¹⁰⁴ BGE 142 I 195, S. 212 E 5.8.

¹⁰⁵ BFS Statistik Suizid.

kommt es vor, dass kranke Menschen auf eine therapeutische Massnahme verzichten, im Wissen darum, dass ihre Lebenserwartung sich dadurch reduziert. Solche Entscheide sind Teil der persönlichen Freiheit und als solche geschützt.

Angehörige haben, wie im Fallbeispiel, manchmal Mühe, solche Entscheide zu akzeptieren. Solange der Mann aber urteilsfähig ist, ist für die behandelnde Ärztin einzig dessen Willen ausschlaggebend. Auf allfällige Wünsche der Angehörigen darf sie nicht Rücksicht nehmen.

Vielleicht argumentieren die Angehörigen gegenüber der Ärztin, wer so einen Entscheid fälle, könne unmöglich urteilsfähig sein. Für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist aber unbedeutend, ob ein Entscheid einem Aussenstehenden vernünftig erscheint oder nicht. Relevant ist, ob der Mann fähig ist, Vor- und Nachteile einer Behandlung gegeneinander abzuwägen und die Konsequenzen einer Nicht-Behandlung vorherzusehen. Bei Menschen, die ein Lebensende wünschen, ohne an einer Krankheit im Endstadium zu leiden, ist zudem sorgfältig abzuklären, ob der Sterbewille frei zustande gekommen und beständig ist oder auf einen Schock über eine Diagnose oder eine psychische Krankheit zurückzuführen ist.

Vielleicht erfährt die Ärztin, dass der Mann sich nur gegen die Chemotherapie wendet, weil er der Gesellschaft oder den Angehörigen (finanziell) nicht weiter zur Last fallen will oder weil er eine Altersdepression hat. Hier wäre es wichtig, dass die Ärztin dem Mann aufzeigt, dass er ein Recht auf Leben und einen Anspruch auf Behandlung hat.

Hat sich der Mann definitiv gegen eine Chemotherapie entschieden, hat die Ärztin die Pflicht, ihn im weiteren Prozess medizinisch zu begleiten und zum Beispiel Möglichkeiten zur Schmerzlinderung aufzuzeigen.

Ist der Mann nicht mehr urteilsfähig, muss sich die Ärztin nach der Patientenverfügung richten. Was in der Patientenverfügung steht, gilt als wirklicher und aktueller Wille der Person und geht gar allfälligen neuen Willensbekundungen des (urteilsunfähigen) Mannes vor. Nur wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung auf dem freien Willen der verfügenden Person beruht, darf davon abgewichen werden. Die Zweifel müssen sich aber auf konkrete Anhaltspunkte stützen und von einer gewissen Intensität sein. Es reicht also nicht, dass Angehörige behaupten, die Patientenverfügung würde dem wirklichen Willen der Person nicht entsprechen.

Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen

Der Mann im Beispiel hat sich klar für einen Behandlungsabbruch ausgesprochen. Dieser Wunsch steht im Einklang mit einer von ihm verfassten Patientenverfügung. Selbst wenn die Urteilsfähigkeit des Mannes zweifelhaft wäre, müsste die Ärztin deshalb die Behandlung abbrechen. Die Angehörigen müssen dies respektieren. Das Beispiel zeigt, wie eine klare Patientenverfügung helfen kann, dem Willen der

betroffenen Person zum Durchbruch zu verhelfen. Personen, welchen die Selbstbestimmung wichtig ist, sollten sich deshalb gut überlegen, eine Patientenverfügung zu verfassen. Damit sie sicher sind, dass ihre Wünsche später auch in ihrem Sinn interpretiert werden, sollten sie sich dabei unterstützen und beraten lassen, zum Beispiel von ihrer Hausärztin oder ihrem Hausarzt. Auch Alters- und Pflegeheime sollten mit urteilsfähigen Personen das Thema Patientenverfügung aktiv angehen. Empfohlen wird auch, die Patientenverfügung regelmässig zu erneuern, damit keine Zweifel bestehen, dass sie dem aktuellen Willen der Person entspricht. Bestehen solche Zweifel, kann die Erwachsenenschutzbehörde einbezogen werden.

Weiterführende Hinweise

Die Patientenverfügung ist bis heute das einzige Instrument, das einer Person ermöglicht, ihr Selbstbestimmungsrecht über die Urteilsfähigkeit hinaus auszuüben. Dennoch hat heute nur gut ein Fünftel der in der Schweiz lebenden Personen eine Patientenverfügung ausgefüllt.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Dabei bestehen deutliche Unterschiede zwischen den Sprachregionen: Während 27 Prozent der Deutschschweizer und -schweizerinnen angeben, eine Patientenverfügung ausgefüllt zu haben, sind es in der Westschweiz nur zehn und im Tessin nur fünf Prozent (Pro Senectute 2017).

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
Art.	Artikel
BehiG	Behindertengleichstellungsgesetz
BRK	Behindertenrechtskonvention
BV	Bundesverfassung
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungsleistungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Gleichstellungsgesetz	Gesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann
IV	Invalidenversicherung
KVG	Krankenversicherungsgesetz
lit.	litera / Buchstabe
OR	Obligationenrecht
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
UNO	Vereinte Nationen
UNO-Sozialpakt	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
UNO-Zivilpakt	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
UVG	Unfallversicherungsgesetz
ZGB	Zivilgesetzbuch

Literaturverzeichnis

- Akkaya Gülcan, Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe – Ein Leitfaden für die Praxis, Luzern 2015.
- Akkaya Gülcan/Belser Eva Maria/Egbuna-Joss Andrea/Jung-Blattmann Jasmin, Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen – Ein Leitfaden für die Praxis der sozialen Arbeit, Luzern 2016.
- Belser Eva Maria/Kaufmann Christine/Egbuna Andrea/Ghielmini Sabrina, Gleiche Rechte im Alter – Ein Grundrechtskatalog für ältere Menschen in der Schweiz, http://skmr.ch/cms/epaper/SKMR_aeltere_Menschen/ (besucht am 10. April 2018).
- Belser Eva Maria/Kaufmann Christine/Egbuna-Joss Andrea/Ghielmini Sabrina/Medici Gabriela, Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz, http://skmr.ch/cms/upload/pdf/180423_Studie_Menschenrechte_im_Alter.pdf (besucht am 1. Mai 2018).
- Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard/Molinari Eva, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren, Zürich/Basel/Genf 2012.
- Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard, Grundrechte II – Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- Bucher Eugen, Das Horror-Konstrukt der «Zwangsmedikation»: zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana. Zu BGE 126 I 112–121 und BGE 127 I 6–30, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 137/2001, S. 764–807.
- Cherubini Marie, Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2016.
- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014.
- Eugster Gebhard, Kommentar zu Art. 25 KVG, in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zürich/Basel/Genf 2010.

- Flückiger Thomas, Kommentar zu Art. 16 BV, in: Schneider Jacques-André, Geiser Thomas, Gächter Thomas (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar, BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Bern 2010.
- Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010.
- Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–465 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014.
- Höpflinger François/Bayer-Oglesby Lucy/Zumbrunn Andrea, Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter – Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2015/2011_hh_pflegebed_d.pdf (besucht am 4. Dezember 2017).
- Jud Andreas, Fallzahlen im Kindes- und Erwachsenenschutz in den Jahren 2002–2011: Eine ständige Zunahme? Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz 2014 69 (5), S. 375–393.
- Kälin Walter/Locher Reto, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen – Synthesebericht, http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160526_studie_diskrimination_Synthesebericht.pdf (besucht am 7. November 2017).
- Kälin Walter/Künzli Jörg/Wytenbach Judith/Schneider Annina/Akagündüz Sabiha, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz, Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf.download.pdf/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf (besucht am 30. Januar 2018).
- Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, Bern 2013.
- Kieser Ueli, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2017.
- Künzli Jörg/Frei Nula/Fernandes-Veerakatty Vijitha, Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen dargestellt am Beispiel von Personen mit Altersdemenz, http://skmr.ch/cms/upload/pdf/160308_Kurzgutachten_Altersdemenz.pdf (besucht am 7. November 2017).
- Lindemann Ruth/Schmucki Simone/Schmid Christoph, Bewegungseinschränkende Massnahmen – nur, wenn es nicht anders geht, in: Curaviva Schweiz, Fachbereich Alter (Hrsg.), Neues Erwachsenenschutzrecht, Basisinformationen, Arbeitshilfen und Musterdokumente für Alters- und Pflegeinstitutionen, https://www.curaviva.ch/files/P1CKQRW/brosch_neues_erwachsenenschutzrecht_maerz2016.pdf (besucht am 29. Mai 2018).
- Meier Isaak/Schindler Riccarda, Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung – eine Verweigerung des Zugangs zum Gericht?, HAVE 2015.
- Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie, Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014.
- Pärli Kurt, Besprechung von Tribunal de Prud’Hommes de l’arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH), in ARV 2006, S. 23–26. Zit. Pärli 2006.

- Pärli Kurt, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. St. Gallen, Bern 2009. Zit. Pärli 2009.
- Rehberg Walter/Moser Benjamin, Altersdiskriminierung in Europa und der Schweiz: Die Sicht der Betroffenen, in: Bühlmann Felix/Botkine Céline Schmid/Farago Peter/Höpflinger François/Joye Dominique/Levy René/Perrig-Chiello Pasqualina/Suter Christian (Hrsg.): Sozialbericht 2012: Fokus Generationen, Zürich 2012, S. 156–176.
- Scartazzini Gustavo/Hürzeler Marc, Bundessozialversicherungsrecht, 1. Auflage, Basel 2012.
- Schefer Markus/Hess-Klein Caroline, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014.
- Schefer Markus/Rhinow René, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte – Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Seniorenrats, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/060410_altersgrenzen.pdf (besucht am 7. November 2017).
- Schmid Hermann, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010.
- Schuler Daniela/Tuch Alexandre/Peter Claudio, Fürsorgerische Unterbringung in Schweizer Psychiatrien, in: Schweizerisches Gesundheitsobservatorium OBSAN (Hrsg.), OBSAN Bulletin 02/2018, https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2018/obsan_bulletin_2018_02_d.pdf (besucht am 12. Juni 2018).
- Weber Linda, Die Prozesskosten und der Zugang zum Gericht – Eine kritische Würdigung der Kostenregelung im schweizerischen Zivilprozess, https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/160916_Prozesskosten_und_der_Zugang_zum_Gericht_Linda_Weber.pdf (besucht am 20. Juni 2018).

Materialienverzeichnis

Bundesamt für Gesundheit, Chancengleichheit: den Einfluss sozioökonomischer Faktoren auf die Gesundheit ausgleichen, Medienmitteilung vom 18. Januar 2018, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-69527.html> (besucht am 19. Februar 2018).
Zit. BAG Chancengleichheit.

Bundesamt für Gesundheit, Der Bund will pflegende und betreuende Angehörige finanziell und zeitlich entlasten, Medienmitteilung vom 1. Februar 2017, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-65472.html> (besucht am 19. Februar 2018). Zit. BAG Pflegende Angehörige.

Bundesamt für Sozialversicherungen, Statistik der Ergänzungsleistungen zur AHV und IV 2016, https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/el/statistiken/el_stat_2016_d.pdf.download.pdf/Statistik%20der%20Erg%C3%A4nzungsleistungen%20zur%20AHV%20und%20IV%202016.pdf (besucht am 4. Dezember 2017). Zit. BSV Statistik EL.

Bundesamt für Sozialversicherungen, Statistik der Ergänzungsleistungen zur AHV und IV 2016 – Tabellenteil, https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/de/dokumente/el/statistiken/el-tab_2016_d.pdf.download.pdf/Statistik%20der%20Erg%C3%A4nzungsleistungen%20zur%20AHV%20und%20IV%202016,%20Tabellenteil.pdf (besucht am 1. Mai 2018). Zit. BSV Statistik EL Tabellen.

Bundesamt für Statistik, Armut im Alter, 2014, <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/349389/master> (besucht am 6. November 2017). Zit. BFS Statistik Armut.

Bundesamt für Statistik, Assistierter Suizid nach Geschlecht und Alter, veröffentlicht am 14. November 2017, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home.assetdetail.3742880.html> (besucht am 1. Mai 2018). Zit. BFS Statistik Suizid.

Bundesamt für Statistik, Internetnutzung, veröffentlicht am 29. Mai 2018, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtdikatoren/haushalte-bevoelkerung/internetnutzung.html> (besucht am 20. Juni 2018). Zit. BFS Statistik Internetnutzung.

- Bundesamt für Statistik, Lebenserwartung, veröffentlicht am 30. August 2017, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle/lebenserwartung.html> (besucht am 19. Februar 2018). Zit. BFS Statistik Lebenserwartung.
- Bundesamt für Verkehr, Gleichstellung von Menschen mit eingeschränkter Mobilität im öV; Stand der Umsetzung, Faktenblatt, November 2017, https://www.bav.admin.ch/dam/bav/de/dokumente/themen/barrierefreiheit/faktenblatt-umsetzung-behig-2017.pdf.download.pdf/Faktenblatt_Umsetzung_BehiG_2017.pdf (besucht am 19. Februar 2018). Zit. BAV Gleichstellung öV.
- Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) (Anrechenbare Mietzinsmaxima), 17. Dezember 2014, BBl 14.098, <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/849.pdf> (besucht am 29. Mai 2018). Zit. Bundesrat Botschaft ELG.
- Bundesrat, Unterstützung für betreuende und pflegende Angehörige – Situationsanalyse und Handlungsbedarf für die Schweiz – Bericht des Bundesrates, 5. Dezember 2014, https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitspolitik/aktionsplan_pfleg_angehoerige/bericht_des_br_angehoerige.pdf.download.pdf/bericht_des_br_zur_angehoerigenpflege_de.pdf (besucht am 19. Februar 2018). Zit. Bundesrat Pflegende Angehörige.
- Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, Evaluation des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen – BehiG, Integraler Schlussbericht, <https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/evaluationsberichtintegralefassung.pdf.download.pdf/evaluationsberichtintegralefassung.pdf> (besucht am 14. November 2018). Zit. Bass 2015.
- Curaviva, Richtlinien für Bild- und Tonaufnahmen, August 2017, https://www.curaviva.ch/files/S5GEY7Q2_richtlinien_bild__und_tonaufnahmen_d.docx (besucht am 12. April 2018). Zit. Curaviva Richtlinien.
- Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter, Jahresbericht 1998/99, https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2006/04/6_taeatigkeitsbericht19981999.pdf.download.pdf/6_taeatigkeitsbericht_19981999.pdf (besucht am 13. März 2018). Zit. EDÖB Jahresbericht.
- Inclusion Handicap, Schattenbericht, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, 16. Juni 2017, https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/424/dok_schattenbericht_unobr_inclusion_handicap_barrierefrei.pdf?lm=1528210534 (besucht am 20. Juni 2018). Zit. Inclusion Handicap Schattenbericht BRK.
- Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats, Erläuternder Bericht vom 3. Oktober 2013, Umsetzung des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Pflegefinanzierung vom 13. Juni 2008 in den Kantonen, <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-sgk-n-10-09-pflegefinanzierung-2013-10-03-d.pdf> (besucht am 29. Mai 2018). Zit. SGK-N 2013.
- Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz, 5 Jahre KESB: Niederschwellige Unterstützungen und einvernehmliche Lösungen bei gefährdeten Kindern und Erwachsenen im Vordergrund, Medienmitteilung vom 29. August 2017, https://www.kokes.ch/application/files/5015/0399/0398/Medienmitteilung_KOKES_29.8.2017.pdf (besucht am 19. Februar 2018). Zit. KOKES 5 Jahre KESB.

- Pro Senectute, Selbstbestimmung bei Urteilsunfähigkeit – Zahlen und Fakten, 1. Oktober 2017, https://www.prosenectute.ch/dam/jcr:e916dfbd-4bbf-4662-8f9a-cobd090d1e19/Selbstbestimmung-bei-Urteilsunfaehigkeit_Zahlen-Fakten-01.10.2017.pdf (besucht am 19. Februar 2018). Zit. Pro Senectute 2017.
- SAMW, Richtlinien zur Behandlung und Betreuung von älteren pflegebedürftigen Menschen, 18. Mai 2014, https://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewisns7ksMfeAhXDLIAKHUWCwQFJAegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.samw.ch%2Fdam%2Fjcr%3A93fcob19-8e69-40dc-9417-9878bc348e48%2Frichtlinien_samw_aeltere_menschen.pdf&usg=AOvVaw2K1hPMoqfyDiACPcOsNJNE (besucht am 9. November 2018). Zit. SAMW Ältere Menschen.
- SAMW, Richtlinien zum Umgang mit Sterben und Tod, Juni 2018, https://www.samw.ch/dam/jcr:78b58416-c3f2-445f-8767-5deboe84b762/richtlinien_samw_sterben_und_tod.pdf (besucht am 11. Juni 2018). Zit. SAMW Sterben und Tod.
- SBB, GAV SBB – Gesamtarbeitsvertrag 2015, https://company.sbb.ch/content/dam/sbb/de/pdf/sbb-konzern/jobs-karriere/Arbeitgeberin/GAV-SBB_2015.pdf (besucht am 29. Mai 2018). Zit. SBB GAV.
- Staatssekretariat für Wirtschaft, Ältere Arbeitslose, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere_arbeitnehmende.html (besucht am 19. Februar 2018). Zit. Seco ältere Arbeitslose.
- Stadt Zürich, Abschluss der Administrativuntersuchungen im Fall Entlisberg, Medienmitteilung vom 10. Dezember 2009, <https://www.stadt-zuerich.ch/gud/de/index/departement/medien/medienmitteilungen/2009/dezember/091210a.html> (besucht am 19. Februar 2018). Zit. Stadt Zürich Entlisberg.
- Schweizerischer Nationalfonds, Synthesebericht NFP 67 Lebensende, <http://www.nfp67.ch/SiteCollectionDocuments/nfp67-synthesebericht-de.pdf> (besucht am 10. April 2018). Zit. SNF Synthesebericht NFP 67.
- UN-Sozialausschuss, Concluding observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Switzerland, 26/11/2010, UN Doc. E/C.12/CHE/CO/2-3, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW%2bALqOml1btoJd4YxREVF2XSAk769%2fl3br4CyaryWlJVKsmkTQ1m4jqUCb7SMok6YULB5tdcAyEs7tPhiouKj3KKQflZqxbMEWhP3gggzD1> (besucht am 11. Juni 2018). Zit. UN-Sozialausschuss Concluding observation.
- Swiss Society for the Study of Morbid Obesity and Metabolic Disorders, Richtlinien zur operativen Behandlung von Übergewicht (Medizinische Richtlinien), gültig ab 1. Januar 2018, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-leistungen/referenzdokumente-klv-anhang-1/01-1-richtlinien-smob-operativen-behandlung-uebergewicht-medizinische-richtlinien-guelteig-1-1-2018.pdf.download.pdf/01.1%20Richtlinien%20der%20SMOB%20zur%20operativen%20Behandlung%20von%20%C3%9Cbergewicht%20\(Medizinische%20Richtlinien\)%20G%C3%BCltig%20ab%2001.01.2018.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/kuv-leistungen/referenzdokumente-klv-anhang-1/01-1-richtlinien-smob-operativen-behandlung-uebergewicht-medizinische-richtlinien-guelteig-1-1-2018.pdf.download.pdf/01.1%20Richtlinien%20der%20SMOB%20zur%20operativen%20Behandlung%20von%20%C3%9Cbergewicht%20(Medizinische%20Richtlinien)%20G%C3%BCltig%20ab%2001.01.2018.pdf) (besucht am 18. Januar 2018). Zit. SMOB Richtlinien.

Urteile

BGE 144 V 280

BGE 142 V 249

BGE 142 I 195

BGE 138 I 265

BGE 136 V 395

BGE 136 I 121

BGE 133 V 504

BGE 133 I 110

BGE 133 I 58

BGE 132 III 115

BGE 131 V 271

BGE 127 I 6

BGE 126 I 240

BGE 124 I 297

BGE 124 V 225

BGE 122 I 101

BGE 121 I 367

BGE 120 Ia 1

BGE 98 Ia 508

Urteil des Bundesgerichts 4A_384/2014 vom 12. November 2014

Urteil des Bundesgerichts 2C_9/2010 vom 12. April 2010

Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2008 vom 2. April 2008

Urteil des EGMR 63748/00 (Taştan/Türkei) vom 4. März 2008

Autorinnen

Sandra Egli

Lic. phil., BLaw, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Institut für Föderalismus, Universität Freiburg i. Ue., wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Institutionelle Fragen des SKMR

Eva Maria Belser

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht, Co-Direktorin des Instituts für Föderalismus, Universität Freiburg i. Ue., Themenbereichsleiterin Institutionelle Fragen des SKMR

Andrea Egbuna-Joss

Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Völker- und Europarecht, Universität Freiburg i. Ue., ehemalige wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Institutionelle Fragen des SKMR

Sabrina Ghielmini

MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Kompetenzzentrum für Menschenrechte (MRZ), Universität Zürich, wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Themenbereich Menschenrechte und Wirtschaft des SKMR

Christine Kaufmann

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Vorsitzende Leitungsausschuss Kompetenzzentrum für Menschenrechte (MRZ), Universität Zürich, Themenbereichsleiterin Menschenrechte und Wirtschaft des SKMR