



DISSERTATION

Titel der Dissertation

Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen

Das österreichische Heimaufenthaltsrecht unter besonderer
Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung

Verfasserin

Mag. Barbara Salasch

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	6
I. EINLEITUNG.....	11
A. ALLGEMEINES ZUM THEMENKREIS PFLEGE UND BETREUUNG.....	11
B. GEGENSTAND DIESER ARBEIT.....	14
C. KONKRETES PROBLEUMFELD.....	15
II. HISTORISCHE ENTWICKLUNG	18
A. ALLGEMEINES	18
B. VON MULTIFUNKTIONALEN ANSTALTEN BIS ZUR ENTSTEHUNG DES VERSORGUNGSHAUSES LAINZ	19
1. <i>Siechenheime und Versorgungshäuser des 18. und 19. Jahrhunderts</i>	19
2. <i>Versorgungshaus Lainz als weiterer Schritt in Richtung Alters- und Pflegeheim im Begriffsverständnis der heutigen Zeit</i>	20
C. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER FREIHEITSBESCHRÄNKUNG	21
1. <i>Verwaltungsrechtliche Grundlagen der Anhaltung</i>	22
2. <i>„Irrsinnserklärung“ nach § 273 ABGB</i>	23
3. <i>Reformbestrebungen des Liberalismus und Konstitutionalismus</i>	24
4. <i>Verordnung in Betreff des Irrenwesens RGBl 1874/71</i>	25
5. <i>Entmündigungsordnung 1916</i>	25
a) <i>Inhalte der EntmO</i>	25
b) <i>Beschränkungen von geistig Behinderten im Rahmen der EntmO</i>	27
6. <i>Vom KAG 1957 bis zum UbG 1991</i>	28
a) <i>Reform der verwaltungsrechtlichen Vorschriften</i>	28
b) <i>Umstrittener Bereich der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Rahmen des Sachwalterrechts</i> 29	29
c) <i>PersFrG und UbG 1991</i>	31
d) <i>Fehlen einer Regelung für Alten-, Pflege- und Behindertenheime</i>	31
D. ENTWICKLUNG DER RECHTSNORMEN IM PFLEGEHEIMRECHT SEIT DEN 80ER JAHREN DES 20. JAHRHUNDERTS	33
1. <i>Von einer ersten landesrechtlichen Regelung bis hin zu den Lainz-Vorfällen</i>	34
2. <i>Entwurf eines Bundes-Pflegeheimgesetzes 1990</i>	34
3. <i>Pflegevereinbarung 1993</i>	36
4. <i>Pflegeheimgesetze und -verordnungen der Länder</i>	37
E. ENTSTEHUNGSPROZESS DES HEIMAUFG	39
1. <i>Politische Erwägungen ab den 1990er Jahren</i>	39
2. <i>Bericht des Vereins für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft</i>	41
3. <i>SPÖ-Entwurf eines Bundes-Heimvertragsgesetzes</i>	43
4. <i>Entschließungsantrag der Grünen</i>	44
5. <i>Vom VlbG PflegeheimG bis zum Ministerialentwurf für ein HeimAufG</i>	44
6. <i>Begutachtungsverfahren</i>	46
a) <i>Stellungnahmen zum Ministerialentwurf</i>	46
b) <i>Analyse der Stellungnahmen</i>	47
i) <i>Allgemeines</i>	47
ii) <i>Anwendungsbereich (§ 1 ME)</i>	48
iii) <i>Gefährungskriterium (§ 2 ME)</i>	50
iv) <i>Anordnungsbefugnis (§ 3 Abs 1 ME)</i>	51
v) <i>Form bei Aufklärung und Verständigung (§ 3 Abs 3 ME)</i>	53
vi) <i>Vertretungsbefugnis der Bewohnervertretung (§ 4 ME)</i>	53
vii) <i>Antrag versus Amtswegigkeit (§ 6 ME)</i>	55
viii) <i>Fakultativer versus obligatorischer Sachverständiger (§ 7 Abs 3 ME)</i>	55
ix) <i>Frist für die höchstzulässige Dauer einer mit gerichtlichem Beschluss für zulässig erklärten Freiheitsbeschränkung (§ 8 Abs 2 ME)</i>	56
x) <i>Kostentragung der ärztlichen Anordnung</i>	56
xi) <i>Resümee</i>	57
7. <i>Erkenntnis des VfGH vom 28.6.2003</i>	58

8.	<i>Weiterer parlamentarischer Verlauf</i>	59
9.	<i>Novelle BGBl I 2006/94 – Anwendungsbereich</i>	61
10.	<i>Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010</i>	64
	a) Ministerialentwurf 74/ME 24. GP.....	64
	i) Neuregelung der Anordnungsbefugnis von Freiheitsbeschränkungen.....	64
	ii) Zugangsrecht des Bewohnervertreters.....	66
	iii) Änderung bei der Anhörung und Ladung der anordnungsbefugten Person.....	66
	iv) Zulässigkeitserklärung einer Freiheitsbeschränkung und Bindung an Auflagen.....	67
	v) Überprüfung einer bereits aufgehobenen Freiheitsbeschränkung.....	67
	vi) Sonstiges.....	68
	b) Regierungsvorlage 601 BlgNR 24. GP.....	69
	c) Novelle BGBl I 2010/18.....	70
F.	ENTWICKLUNGSTENDENZEN BEI DER BEHANDLUNG DER THEMATIK IN DER LITERATUR.....	70
	1. <i>Juristische Literatur</i>	70
	2. <i>Medizinische und pflegewissenschaftliche Fachzeitschriften</i>	74
	a) Österreichische Pflegezeitschrift.....	75
	b) Österreichische Krankenhauszeitung.....	77
	c) Geriatrie Praxis Österreich.....	79
	3. <i>Konklusion</i>	80
G.	ZUSAMMENFASSENDE BETRACHTUNG DER HISTORISCHEN ANALYSE.....	80
III.	KOMPETENZLAGE	81
	A. KOMPETENZ DER LÄNDER ZUR ERLASSUNG VON PFLEGEHEIMGESETZEN – VfGH 16.10.1992, K II-2/91.....	81
	B. KOMPETENZ DES BUNDES ZUR REGELUNG VON FREIHEITSBESCHRÄNKUNGEN IN HEIMEN – VfGH 28.6.2003, G 208/02.....	85
	1. §§ 12 und 13 VlbG PflegeheimG.....	85
	2. <i>Antrag der Bundesregierung beim VfGH</i>	86
	3. <i>Aus den Entscheidungsgründen des VfGH</i>	88
	4. <i>Ergänzende Bemerkungen zum vorliegenden Erkenntnis</i>	91
IV.	ZIELSETZUNGEN UND GRUNDSÄTZE DES HEIMAUFG	92
	A. UMFASSENDE SCHUTZ BEI EINGRIFFEN IN DAS GRUNDRECHT DER PERSÖNLICHEN FREIHEIT.....	92
	B. WAHRUNG DER MENSCHENWÜRDE.....	93
	C. BESONDERE UNTERSTÜTZUNG DES PFLEGE- UND BETREUUNGSPERSONALS.....	94
	D. SCHAFFUNG EINES EFFIZIENTEN UND RASCHEN RECHTSSCHUTZES.....	94
V.	GELTUNGSBEREICH DES HEIMAUFG	96
	A. ZEITLICHER.....	96
	B. RÄUMLICHER.....	97
	C. SACHLICHER.....	97
	1. <i>Überblick</i>	97
	2. <i>Generalklausel</i>	98
	3. <i>Personenbezogener Anwendungsbereich bei Krankenanstalten</i>	99
	4. <i>Ausnahmen vom Anwendungsbereich</i>	105
	5. <i>Erweiterungen des Anwendungsbereichs gegenüber dem ME</i>	108
VI.	BEGRIFF DER FREIHEITSBESCHRÄNKUNG ISD HEIMAUFG	110
	A. PERSFRG UND HEIMAUFG – GLEICHES BEGRIFFSVERSTÄNDNIS.....	110
	B. MERKMALE DER FREIHEITSBESCHRÄNKUNG.....	111
	1. <i>Allgemeines (insb Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung)</i>	111
	2. <i>Unterbindung der Ortsveränderung gegen oder ohne Willen</i>	113
	3. <i>Einsatz physischer Mittel</i>	113
	a) Mechanische Beschränkungen.....	114
	b) Elektronische Maßnahmen.....	115
	c) Medikamentöse Maßnahmen.....	117
	d) Exkurs: HeimAufG und PatVG – Beurteilung einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung...122	
	e) Sonstige (freiheitsbeschränkende) Maßnahmen.....	124
	4. <i>Androhung physischer, die Freiheit beschränkender Mittel</i>	125
	C. KEINE FREIHEITSBESCHRÄNKUNG ISD HEIMAUFG.....	127

1.	<i>Einwilligung als Ausschlussstatbestand</i>	128
a)	Natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit	128
b)	Aufklärung	131
c)	Freiheit von Willensmängeln	131
d)	Inhaltlich ausreichende Bestimmtheit	132
e)	Formfreiheit	132
2.	<i>Fehlende Möglichkeit zur Fortbewegung</i>	133
VII. MATERIELLE ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN EINER FREIHEITSBESCHRÄNKUNG		137
A.	§ 4 HEIMAUFG	137
1.	<i>Psychische Krankheit oder geistige Behinderung</i>	137
a)	Geistige Behinderung.....	138
b)	Psychische Krankheit	138
c)	Krankheitsbegriff des UbG und des HeimAufG.....	139
2.	<i>Selbst- oder Fremdgefährdung</i>	140
a)	Leben oder Gesundheit.....	141
b)	„Im Zusammenhang damit“	141
c)	Ernstliche Gefährdung.....	142
d)	Erhebliche Gefährdung	144
3.	<i>Verhältnismäßigkeit</i>	145
a)	Allgemeines	145
b)	Konkrete Beispiele für gelindere Mittel	148
c)	Freiheitsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Sturzproblematik – ergänzende Anmerkungen.....	149
d)	Problem zu knapper bzw fehlender Pflege- und Betreuungskapazitäten.....	151
B.	RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE AUßERHALB DES HEIMAUFG.....	154
1.	<i>Allgemeines</i>	154
2.	<i>Anhalterecht Privater</i>	155
3.	<i>(Eigenmächtige) Selbsthilfe</i>	156
4.	<i>Notwehr/Nothilfe</i>	156
5.	<i>Notstand/Notstandshilfe</i>	157
6.	<i>Vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten</i>	157
7.	<i>Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall</i>	158
8.	<i>Einwilligung des Verletzten</i>	158
VIII. ANORDNUNGSBEFUGTE PERSONEN		159
A.	REGELUNG VOR DER UB-HEIMAUF-NOV 2010.....	159
1.	<i>Längerfristige, wiederholte und medikamentöse Beschränkungen</i>	159
2.	<i>Abgestuftes System bei allen anderen Beschränkungen</i>	160
a)	Einrichtungen mit Abteilungen unter ärztlicher Führung bzw Leitung der Einrichtung durch einen Arzt (Z 1)	160
b)	Einrichtungen, die nicht unter ärztlicher Leitung stehen (Z 2)	160
i)	Die mit der ärztlichen Aufsicht betraute Person oder ihr Vertreter	160
ii)	Die mit der Leitung des Pflegedienstes betraute Person oder ihr Vertreter.....	161
c)	Einrichtungen, die weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter pflegerischer Leitung stehen (Z 3)	162
i)	Der mit der Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen betraute Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege oder sein Vertreter.....	162
ii)	Die mit der pädagogischen Leitung betraute Person oder ihr Vertreter	162
B.	PROBLEME BEI DER PRAKTISCHEN HANDHABUNG DES URSPRÜNGLICHEN SYSTEMS DER ANORDNUNGSBEFUGNIS	163
C.	NEUREGLUNG DER ANORDNUNGSBEFUGNIS	165
1.	<i>Anordnung durch den Arzt (Z 1)</i>	165
a)	Dem Arzt gesetzlich vorbehalten Maßnahmen	165
b)	Anordnung durch jeden Arzt mit ius practicandi.....	167
2.	<i>Anordnung von Maßnahmen im Rahmen der Pflege (Z 2)</i>	168
3.	<i>Anordnung von Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe (Z 3)</i>	169
4.	<i>Ärztliches Dokument iSd § 5 Abs 2</i>	169
D.	ANORDNUNGS- UND DURCHFÜHRUNGSVERANTWORTUNG.....	171
E.	FACHGERECHTE DURCHFÜHRUNG DER BESCHRÄNKUNGEN	172

F.	AUFHEBUNG EINER FREIHEITSBESCHRÄNKENDEN MAßNAHME	173
G.	KOSTENTRAGUNG DER ÄRZTLICHEN ANORDNUNG	174
	1. Allgemeines	174
	2. Honorarrichtlinie der ÖÄK	175
	3. Zur Diskussion zwischen Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs, ÖÄK und BMGF	175
	4. Feststellung des Justizausschusses	177
	5. Entscheidung des OLG Linz	178
	6. Weitere mögliche Lösungsansätze	179
	a) Aspekte der Krankenbehandlung nach ASVG	179
	b) Schaffung einer Regelung im ÄrzteG	183
	7. Vereinbarung zwischen der ÖÄK und dem Bundesverband	184
IX.	DOKUMENTATIONS- UND INFORMATIONSPFLICHTEN	187
A.	DOKUMENTATION	189
	1. § 6 HeimAufG	189
	2. Weitere Dokumentationsvorschriften abseits des HeimAufG	190
B.	AUFKLÄRUNG	192
C.	VERSTÄNDIGUNG	193
	1. Verständigung des Einrichtungsleiters	193
	2. Verständigung des Vertreters und der Vertrauensperson	194
	a) Allgemeines	194
	b) Zu informierende Personen	195
	c) Form der Verständigung	196
	3. Begriff der „Einrichtung“	197
	4. Dokumentations- und Meldeformular der Bewohnervertretung	198
X.	VERTRETUNG DER INTERESSEN DER BEWOHNER	200
A.	BESTELLTER VERTRETER (§ 8 ABS 1 HEIMAUFG)	200
B.	BEWOHNERVERTRETER (§ 8 ABS 2 HEIMAUFG)	201
	1. Allgemeines	201
	2. Vertretungsbefugnis des Vereins	202
	3. Rechte und Pflichten des Bewohnervertreters und des bevollmächtigten Vertreters	204
	4. Verhältnis des Bewohnervertreters zum Bewohner	206
C.	VERTRAuensPERSON iSD § 27E KSchG UND GESETZLICHER VERTRETER (SACHWALTER)	209
XI.	RECHTSSCHUTZ DURCH GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG	210
A.	ALLGEMEINES	210
	1. Verfahrensvorschriften	210
	2. Zuständigkeit	211
	3. Antragslegitimation	211
	4. Antragsbedürftigkeit	212
	5. Form und Frist bei Antragstellung	213
	6. Vertretung im Verfahren	215
B.	ABLAUF DES VERFAHRENS IN ERSTER INSTANZ	215
	1. Anhörung des Bewohners (§ 12 HeimAufG)	215
	2. Erste Entscheidung (§ 13 HeimAufG)	217
	3. Mündliche Verhandlung (§ 14 HeimAufG)	220
	a) Anwesenheit des Bewohners und Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes	220
	b) Fragerecht gegenüber dem Sachverständigen	221
	c) Parteien des Überprüfungsverfahrens	223
	d) Mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens	225
	e) Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im heimaufenthaltsrechtlichen Verfahren	227
	4. Beschluss (§ 15 HeimAufG)	228
	a) Entscheidungsvarianten des Gerichts	228
	b) Zulässigkeitserklärung der Maßnahme	229
	c) Unzulässigkeitserklärung der Maßnahme	230
	d) Aufrechterhaltung einer Freiheitsbeschränkung trotz Unzulässigkeitsbeschluss	231
C.	RECHTSMITTEL	232
	1. Rekursverfahren	232

2.	<i>Revisionsrekurs</i>	236
D.	NEUERLICHER ÜBERPRÜFUNGSANTRAG NACH EINGETRETENER RECHTSKRAFT	237
E.	LÄNGER DAUERENDE FREIHEITSBESCHRÄNKUNGEN	239
F.	NACHTRÄGLICHE ÜBERPRÜFUNG	241
XII.	VERLETZUNGSFOLGEN	243
A.	HAFTUNG UND RÜCKERSATZ.....	243
1.	<i>Freiheitsentzug als Hoheitsverwaltung und § 24 HeimAufG</i>	243
2.	<i>Umfang des Schadenersatzes</i>	244
B.	STRAFRECHTLICHE SANKTIONEN	245
XIII.	ABSCHLIEßENDE BEMERKUNGEN	247
XIV.	ANHANG	251
A.	VLBG PFLEGEHEIMG (IDF VLBG LGBL 2002/16) – AUSZUG	251
B.	MINISTERIALENTWURF HEIMAUFG – 366/ME 21. GP	252
C.	REGIERUNGSVORLAGE HEIMAUFG – 353 BLG NR 22. GP	257
D.	HEIMAUFG – BGBL I 2004/11 IDF BGBL I 2006/94	259
E.	MINISTERIALENTWURF UB-HEIMAUFG-NOV 2010 – 74/ME 24. GP.....	267
F.	REGIERUNGSVORLAGE UB-HEIMAUFG-NOV 2010 – 601 BLG NR 24. GP	272
G.	HEIMAUFG – BGBL I 2004/11 IDF BGBL I 2010/18	276
XV.	VERWENDETE JUDIKATUR	285
A.	VFGH.....	285
B.	OGH.....	285
C.	ENTSCHEIDUNGEN ZUM HEIMAUFG	286
XVI.	QUELLENVERZEICHNIS	290
A.	GESETZESQUELLEN.....	290
B.	LANDESRECHTLICHE BESTIMMUNGEN.....	292
C.	GESETZESENTWÜRFE, MATERIALIEN.....	292
1.	<i>HeimAufG</i>	292
2.	<i>Sonstige Materialien</i>	294
D.	SONSTIGE QUELLEN	294
XVII.	LITERATURVERZEICHNIS	297
XVIII.	ABSTRACT	305
XIX.	LEBENS LAUF	307

Abkürzungsverzeichnis

In dieser Arbeit angeführte Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des HeimAufG.

AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
AKH	Allgemeines Krankenhaus
aM	anderer Meinung
AMG	Arzneimittelgesetz
AnfO	Anfechtungsordnung
Anm	Anmerkung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
ARGE PDL	Arbeitsgemeinschaft der Pflegedienstleiter
Art	Artikel
ÄrzteG	Ärztegesetz 1998
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz (Novelle BGBI I 2003/111)
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991
BBG 2011	Budgetbegleitgesetz 2011
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz
BG	Bundesgesetz bzw Bezirksgericht
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
bgld	burgenländisch, -e, -er, -es
BlgBR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Bundesrates
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister, Bundesministerium
BMAA	Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten
BMAGS	Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales
BMBWK	Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMGF	Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BMSG	Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen
BPGG	Bundes-Pflegegeldgesetz
BR	Bundesrat
BReg	Bundesregierung
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
DGKP	Diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger
DGKS	Diplomierte Gesundheits- und Krankenschwester
dh	das heißt
DNQP	Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EntmO	Entmündigungsordnung
EO	Exekutionsordnung
ErgBd	Ergänzungsband

etc	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (veröffentlicht in der ÖJZ)
f (ff)	und der (die) folgende(n)
FMedG	Fortpflanzungsmedizinengesetz
FN	Fußnote
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
FS	Festschrift
F-VG	Finanz-Verfassungsgesetz
G	Gesetz, -e, -es, -en
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GubV	Gubernialverordnung
GuKG	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz
GZ	Geschäftszahl
GZW	Geriatrizentrum am Wienerwald
HeimAufG	Heimaufenthaltsgesetz
HKD	Hofkanzleidekret
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HVerG	Heimvertragsgesetz
ibid	ibidem (ebendort)
id(g)F	in der (geltenden) Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren (eigentlichen) Sinn
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IfS	Institut für Sozialdienste
insb	insbesondere
IRKS	Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JA	Justizausschuss
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JRP	Journal für Rechtspolitik
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
KAG	Bundes-Krankenanstaltengesetz (aF)
KAKuG	Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz
KindRÄG	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBI I 2000/135
KO	Konkursordnung
krnt	kärntner
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG(Z)	Landesgericht (für Zivilrechtssachen)
LGBI	Landesgesetzblatt
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
MPG	Medizinproduktegesetz
MRG	Mietrechtsgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nö	niederösterreichisch, -e, -er, -es
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
ÖÄK	Österreichische Ärztekammer

ÖAV	Der Österreichische Amtsvormund
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖKPZ	Österreichische Krankenpflegezeitschrift
ÖKSA	Österreichisches Komitee für Soziale Arbeit
ÖKZ	Österreichische Krankenhauszeitung
oö	oberösterreichisch, -e, -er, -es
ÖPZ	Österreichische Pflegezeitschrift
ÖRK	Österreichisches Rotes Kreuz
ÖVP	Österreichische Volkspartei
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
PatVG	Patientenverfügungs-Gesetz
PDL	Pflegedienstleiter
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit
PHG	Produkthaftungsgesetz
PrGS	Provincial-Gesetzessammlung (1819-1848)
RDG	Richterdienstgesetz
RdM	Recht der Medizin
RdM-LS	RdM-Leitsätze
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
S	Seite
sbg	salzburger
SHG	Sozialhilfegesetz
SN	Stellungnahme
SozSi	Soziale Sicherheit
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
stmk	steiermärkisch, -e, -er, -es
StPO	Strafprozessordnung
StProt	Stenographisches Protokoll
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWRÄG	Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 BGBl I 2006/92
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivil- (und Justizverwaltungs)sachen
tir	tiroler
ua	unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz
Ub-HeimAuf-Nov	Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010
udgl	und dergleichen
UrlG	Urlaubsgesetz
usw	und so weiter
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
V	Verordnung
va	vor allem
VBG	Vertragsbedienstetengesetz
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
vlbg	vorarlberger
vs	versus

VSP	Verein für Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung; seit September 2006: Verein VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung
VSPAG	Vereinsachwalter- und Patientenanwaltsgesetz
VSPBG	Vereinsachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
wr	wiener
Z	Ziffer
Zak	„Zivilrecht aktuell“
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur Zeitschrift für Verwaltung)
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. Einleitung

A. Allgemeines zum Themenkreis Pflege und Betreuung

Das Altenpflege- und Betreuungsrecht zählte zwar zu den in der Vergangenheit wenig betrachteten Rechtsbereichen, gewinnt aber bereits seit einiger Zeit immer mehr an Bedeutung. Der zunehmende Wohlstand – im Sinne von besserer Versorgung und zum positiven veränderten Lebens- und Umweltbedingungen – sowie neue Behandlungsmöglichkeiten in der Medizin führen dazu, dass das durchschnittliche Lebensalter eines Menschen kontinuierlich im Steigen begriffen ist. Heute ein Alter von weit über 80 Lebensjahren zu erreichen, ist durchaus keine Seltenheit mehr. Der Anteil der Gruppe hochbetagter Menschen – gemeint sind Personen mit 85 Jahren und mehr – stellt den am stärksten wachsenden Teil der Gesamtbevölkerung dar. Gab es im Jahr 1992 noch ca 120.000 Menschen im Alter von 85 und mehr Jahren, so wird sich diese Zahl laut Schätzungen bis 2050 mehr als verdreifacht haben.¹ Auch der Anteil der über 60-Jährigen an der Gesamtbevölkerung wird bis dorthin von derzeit rund 23,3 % auf geschätzte 34,5 % steigen, sodass langfristig gesehen jeder dritte Einwohner² in Österreich über 60 Jahre alt sein wird.³

In den letzten 100 Jahren ist die durchschnittliche Lebenserwartung außerordentlich stark gestiegen, und zwar von 42 Jahren im Jahr 1900 auf bereits 72,9 bei Männern und 79,4 bei Frauen im Jahr 1995.⁴ Die künftige Entwicklung lässt einen weiteren Anstieg erwarten. 2010 war mittlerweile eine durchschnittliche Lebenserwartung (bei der Geburt) von 77,7 Jahren bei Männern und 83,2 Jahren bei

¹ *Matul*, Stationäre Einrichtungen der Altenhilfe: Lösungsvorschläge zur Erfolgsmessung und Qualitätsbeurteilung in Alten- und Pflegeheimen (1995) 32 f; vgl zur Zunahme der Hochaltrigkeit auch *Kytir/Münz*, Demografische Rahmenbedingungen: die alternde Gesellschaft und das älter werdende Individuum, in *BMSG* (Hrsg), Seniorenbericht 2000: Zur Lebenssituation älterer Menschen in Österreich (2000) 22 (30 f).

² Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen in dieser Arbeit gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

³ Vgl *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005) 21; *Statistik Austria*, Bevölkerungsprognosen 2011-2075, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_prognosen/bevoelkerungsprognosen/027308.html (25.10.2011); siehe diesbezüglich weiters die Bevölkerungsvorausschätzung 2009-2050 nach fünfjährigen Altersgruppen und Geschlecht in *Statistik Austria*, Statistisches Jahrbuch Österreichs 2011, 46.

⁴ Vgl dazu *Barta/Ganner*, Betreuung und Wohnen im Alter, JRP 1997, 86 (88).

Frauen erreicht.⁵ Es wird davon ausgegangen, dass sich dieser Trend fortsetzen und somit 2030 die Lebenserwartung bei 82,3 Jahren bei Männern bzw bei 86,8 Jahren bei Frauen liegen wird.⁶

Bedingt durch körperliche Abnutzungserscheinungen und geistige Degenerationsprozesse ist jedoch ein Leben in einem Alters- bzw Pflegeheim oft nicht vermeidbar. *Rosenmayr* ging bereits 1991 davon aus, dass ca jeder zehnte der über

60-Jährigen in irgendeiner Weise hilfs- oder pflegebedürftig in einem weit zu verstehenden Sinn ist.⁷ Eine Untersuchung ergab schließlich, dass in Österreich 1992 insgesamt geschätzte 30,87 % der Bevölkerung (rund 493.000 Personen) jenseits der 60 Jahre betreuungsbedürftig waren, wobei der größte Anteil unter ihnen (22,42 %) nur leichte Betreuungsbedürfnisse hatte, die Betreuungsbedürftigkeit aber generell mit wachsendem Alter rasch ansteigt.⁸ Unter der Grundannahme, dass der relative Anteil der betreuungsbedürftigen Menschen in jeder Altersgruppe in den nächsten Jahrzehnten gleich bleibt, gelangt man hochgerechnet im Ergebnis zu einer Zahl von rund 811.000 betreuungsbedürftigen Personen mit über 60 Jahren im Jahr 2030.⁹

Die Entwicklung in Richtung ständig wachsender Nachfrage an Pflege- und Versorgungsdienstleistungen spiegelt sich in der Anzahl der Pflegegeldbezieher wider. Hier ist ebenfalls ein kontinuierlicher Zuwachs zu verzeichnen. Allein von 1998 bis 2002 trat eine Zunahme von 13 % (40.000 Personen) ein, sodass 2002 österreichweit 360.000 Personen Bundes- oder Landespflegegeld erhielten.¹⁰ Bis 2009 stieg die Zahl weiter an auf insgesamt 433.880 Bundes- oder Landespflegegeld beziehende Personen österreichweit.¹¹

⁵ *Statistik Austria*, Indikatoren zu Sterblichkeit und Lebenserwartung, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_masszahlen/demographische_indikatoren/023576.html (6.7.2011).

⁶ *Statistik Austria*, Bevölkerungsstatistik, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/index.html (25.10.2011).

⁷ Zu den Dimensionen der Hilfsbedürftigkeit der Alten in Österreich bei *Rosenmayr*, *Altenhilfe – ein soziales Anliegen der Jahrhundertwende* (1991) 46.

⁸ *Badelt/Leichsenring*, *Versorgung, Betreuung, Pflege*, in *BMSG* (Hrsg), *Seniorenbericht 2000: Zur Lebenssituation älterer Menschen in Österreich* (2000) 408 (413).

⁹ *Badelt/Leichsenring*, *Versorgung* 415.

¹⁰ Siehe dazu *BMSG*, *Ausbau der Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich – Zwischenbilanz* (2004) 1.

¹¹ *Statistik Austria*, *Bundespflegegeldbezieherinnen und -bezieher 1999-2009*, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/sozialeleistungen_auf_bundesebene/bundespflegegeld/020069.html (25.10.2011); *Statistik Austria*, *Landespflegegeldbezieherinnen und -bezieher 1999-2009*,

Auch die Zahl der Demenzerkrankungen wird im Zusammenhang mit der Betreuungsbedürftigkeit eine immer größer werdende Herausforderung darstellen. Laut einer österreichischen Studie wird ein Anstieg der demenziellen Erkrankungen – den überwiegenden Teil davon bildet die Alzheimererkrankung – von 83.000 im Jahr 1996 auf rund 233.800 im Jahr 2050 erwartet.¹²

Da der Pflege- und Betreuungsbedarf stetig steigen wird, dürfen vor diesen Fakten nicht die Augen verschlossen werden, sondern ist vor allem die Politik aufgerufen, rechtzeitig entsprechende Vorkehrungen zu treffen, um die dem Gesundheitssystem und den Betreuungseinrichtungen bevorstehenden Herausforderungen gut bewältigen und auf erhöhte Anforderungen und Bedürfnisse in diesem Lebensbereich mit hochwertigen Institutionen sowie hoch qualifiziertem Pflege- und Betreuungspersonal antworten zu können.

Vor diesem Hintergrund stellte sich bereits vor längerem das Problem, dass der rechtliche Rahmen im Bereich der Pflegeheime und Betreuungseinrichtungen nur sehr unterentwickelt bzw mitunter sogar überhaupt nicht vorhanden war. Obwohl zwischenzeitlich Bestimmungen über die Organisationsstruktur, den Betrieb und Mindeststandards für solche Einrichtungen geschaffen worden waren¹³, gab es zwei Bereiche von großer Bedeutung, die erst 2004 einer gesetzlichen Regelung zugeführt wurden: der Heimvertrag sowie die den Gegenstand dieser Arbeit bildenden freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Heimen.

Mit dem Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)¹⁴ wurde endlich Klarheit in diesem Bereich geschaffen. Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Behinderten- und Pflegeheimen sowie ähnlichen Einrichtungen werden seit Juli 2005 durch das HeimAufG öffentlich-rechtlich geregelt, sodass die bislang bestehende rechtliche „Grauzone“ beseitigt werden konnte.

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/sozialleistungen_auf_landesebene/landespflagegeld/020136.html (25.10.2011).

¹² Näheres bei *Ganner*, Selbstbestimmung 26.

¹³ Zu den diversen Pflegeheimgesetzen und -verordnungen der Länder siehe S 37 f.

¹⁴ BGBl I 2004/11.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass zeitgleich mit dem HeimAufG das Heimvertragsgesetz¹⁵ kundgemacht wurde, mit dem die §§ 27b bis i in das KSchG eingefügt wurden, welche einheitliche Regelungen für alle Heimverträge beinhalten.

B. Gegenstand dieser Arbeit

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die rechtsdogmatische Untersuchung des österreichischen Heimaufenthaltsrechts, wobei aufgrund des Umfangs der Thematik die Schwerpunkte auf der Analyse der rechtshistorischen Entwicklung und der detaillierten Auseinandersetzung mit den materiellrechtlichen Bestimmungen des HeimAufG liegen. Die Darstellung der verfahrensrechtlichen Regelungen für das gerichtliche Überprüfungsverfahren erfolgt zur vollständigen Abrundung lediglich in einem die wichtigsten Punkte aufzeigenden Überblick.

Bevor auf die den Hauptteil der Arbeit bildenden Vorgaben des HeimAufG näher eingegangen wird, ist der geschichtliche Hintergrund zu erörtern, um einen möglichst umfassenden Einblick in die doch erst junge Materie des Rechts der Altenpflege und der Normen im Heimbereich zu gewähren. Es soll dabei ua eingangs kurz der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit in den letzten zwei Jahrhunderten vergleichbare Institutionen bestanden, die man als „Vorläufer“ der heutigen Heime im Sinne von Alten-, Pflege- und Behindertenheimen bezeichnen kann. Vorweg ist aber gleich zu bemerken, dass Einrichtungen wie Altenwohnheime, Seniorenresidenzen, Geriatriezentren und Pflegeheime im heutigen Begriffsverständnis hauptsächlich erst Erscheinungen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sind. Die nachfolgende historische Darstellung konzentriert sich bedingt durch die doch spät einsetzende Entwicklung daher schwerpunktmäßig auf die letzten ein bis zwei Jahrzehnte. Die Diskussion über Freiheitsbeschränkungen in Heimen ist im Wesentlichen erst im Zuge des Lainz-Skandals 1989 und der Erlassung des UbG 1991 langsam in Gang gekommen. Ausgehend von der geschichtlichen Betrachtung soll schließlich die Brücke zu den in jüngster Zeit geschaffenen gesetzlichen Grundlagen in diesem Rechtsgebiet geschlagen werden.

¹⁵ BG vom 27.2.2004, mit dem im Konsumentenschutzgesetz Bestimmungen über den Heimvertrag eingeführt werden (Heimvertragsgesetz – HVerG) BGBl I 2004/12.

Des Weiteren werden im Anschluss an die ausführliche Darlegung des Anwendungsbereichs des HeimAufG, des Begriffs der unter dieses Gesetz fallenden freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen die zentralen Eckpunkte der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des HeimAufG festgehalten.

Es werden sich auch immer wieder Bezugnahmen auf das Unterbringungsrecht finden, da zahlreiche Bestimmungen des HeimAufG – schon allein bedingt durch die hinter beiden Gesetzen stehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben – stark an das UbG angelehnt sind. Aus eben diesem Grund ist vielfach der Rückgriff auf gefestigte Judikatur und Literatur zum Unterbringungsrecht angebracht.

Wie die Darstellung der rechtsgeschichtlichen Hintergründe und Entwicklungstendenzen umfassend aufzeigen wird, ist das Schrifttum zum Recht der Altenpflege und zum Betreuungsrecht sowie im Besonderen zu Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich noch eher dünn gesät. Durch die seit ungefähr 20 Jahren vermehrt erfolgende Diskussion ist nun eine deutliche Zunahme an diesbezüglichen Veröffentlichungen zu erkennen. Es findet mittlerweile eine bewusste Auseinandersetzung statt, während vor noch nicht allzu langer Zeit das unregelte Problem der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Alten-, Pflege- und Behinderteneinrichtungen weder erkannt noch aufgegriffen wurde.

C. Konkretes Problemumfeld

Vergleichbar mit dem Gebiet der Psychiatrie besteht im Heimaufenthaltsrecht, wenn es zur Notwendigkeit des Einsatzes von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen kommt, ein Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen betroffenen Rechtsgütern. Zu denken ist dabei in erster Linie an die individuelle Freiheit und das Recht auf Selbstbestimmung im Sinne von umfassender Patientenautonomie, denen auf der anderen Seite Aspekte wie die medizinische Indikation, der Wohlfahrts- und Fürsorgegedanke, das Patienten- bzw. Bewohnerwohl sowie die Gefahrenabwehr gegenüberstehen. Für die Verwirklichung eines umfassenden Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit sind daher klare Regelungen auf der Basis einer gründlichen Interessensabwägung vonnöten, was für das Heimaufenthaltsrecht mit dem am 1.7.2005 in Kraft getretenen Gesetz erreicht werden soll.

Wie bereits kurz erwähnt war der Bereich der Freiheitsbeschränkungen in Heimen zuvor rechtlich nicht ausdrücklich geregelt. Es bestand eine rechtliche „Grauzone“, was natürlich zu entsprechender Rechtsunsicherheit auf beiden Seiten führte. Das Pflegepersonal wusste nicht, wie weit es in gewissen Situationen gehen konnte, ohne dem Vorwurf der strafrechtlich relevanten Freiheitsentziehung ausgesetzt zu sein. Die Heimbewohner wiederum befanden sich in der äußerst unbefriedigenden Lage, keinen ausreichenden Rechtsschutz und Fürsprecher zu haben, wenn es um den Schutz ihrer persönlichen Freiheit ging. Ihnen fehlt oft bereits die Fähigkeit, sich ausreichend zu artikulieren und ihren Standpunkt darzulegen.¹⁶ Durch diese allgemein herrschende Unsicherheit wurde die Forderung nach einer gesicherten rechtlichen Basis immer stärker.

Hinzukommende Aspekte der gesellschaftlichen Entwicklung – wie die Zunahme der Überalterung der Bevölkerung und knapper werdende Ressourcen an entsprechenden Pflege- und Betreuungspersonal – verschärften noch zusätzlich das Spannungsfeld von fehlenden gesetzlichen Vorgaben für den Heimbereich. Trotz größter Sorgfalt und Fürsorge können in der Betreuung alter bzw. behinderter Menschen Situationen entstehen, die die Setzung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme zur Hintanhaltung einer massiven Gefährdung unumgänglich machen. Handlungsbedarf war dringend angesagt.

Das HeimAufG kann unter Berücksichtigung diverser, vereinzelt immer wieder aufgetretener Pflegeskandale durchaus im weitesten Sinn als Fall der Anlassgesetzgebung gesehen werden. Es soll wesentlich zur Verbesserung der Rechtslage der Bewohner, aber auch der Bediensteten und der Träger der erfassten Einrichtungen beitragen.¹⁷ Gleichzeitig soll damit ein Problembewusstsein geschaffen und ein Umdenken sowie noch kritischeres Hinterfragen jeder einzelnen durchgeführten Maßnahme angeregt werden. Oft genug wurden bzw. werden noch Freiheitsbeschränkungen voreilig vorgenommen, die bei Offenheit für neue Wege, Kreativität bei der Suche nach alternativen Möglichkeiten und unter erhöhter Flexibilität und Risikobereitschaft seitens der Verantwortlichen zu vermeiden wären.

¹⁶ Allgemeiner Teil der Erläuternden Bemerkungen zur RV, 353 BlgNR 22. GP 3.

¹⁷ 353 BlgNR 22. GP 3.

Das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie zeigte im Rahmen einer Begleitstudie¹⁸ zur Einführung des HeimAufG im Auftrag des BMJ auf, dass die Häufigkeit und die Umsetzung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in den unterschiedlichen Einrichtungstypen neben Determinanten wie Einrichtungsgröße, Lage, Trägerschaft und Organisationskultur auch wesentlich von den drei Faktoren „Risikoorientierung, Flexibilität und Kommunikation“ abhängen.¹⁹ In jenen Einrichtungen, in denen generell eine hohe Risikobereitschaft herrscht, konnte ein relativ geringer Einsatz von Beschränkungen beobachtet werden. Den Aspekt der Flexibilität betreffend ermöglicht eine größere Flexibilität in den routinierten Heimaltagsstrukturen ebenfalls einen selteneren Rückgriff auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Gemeinsam mit einer offenen Teamkommunikation wird schließlich das Denken in Alternativen gefördert.²⁰ Unter Forcierung dieser Punkte soll den Intentionen des HeimAufG Rechnung getragen werden, um einen kritischen und verantwortungsvollen Umgang mit freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zu erreichen und die bewusste Suche nach alternativen Wegen zur Selbstverständlichkeit werden zu lassen.

In Deutschland wird beispielsweise nur etwa ein Drittel der Pflegeheimbewohner ohne freiheitsbeschränkende Maßnahmen gepflegt.²¹ Aufgrund durchaus vergleichbarer Strukturen kann davon ausgegangen werden, dass der Status quo in Österreich vor In-Kraft-Treten des HeimAufG nicht viel anders aussah. Das HeimAufG soll somit langfristig dazu beitragen, dass die Zahl der Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich im Vergleich zu jener aus der Zeit vor seinem In-Kraft-Treten sinkt. Dies kann nicht nur durch die strengen, gesetzlich fixierten Zulässigkeitsvoraussetzungen bewirkt werden, sondern auch durch immer neuere und modernere Pflege- und Betreuungsstandards und durch die schon vor einiger Zeit einsetzende Änderung der Haltung der Einrichtungsträger und des Personals gegenüber in die persönliche Freiheit eingreifenden Maßnahmen.

¹⁸ *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Grundlagen für die Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes (2005), auch veröffentlicht auf der Homepage des IRKS unter <http://www.irks.at/downloads/HeimAufGForschungsberichtIRKS.pdf> (25.10.2011).

¹⁹ *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation 31.

²⁰ *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation 32, 34 und 36.

²¹ Dazu *Ganner*, Selbstbestimmung 366 mwN auf deutsche Erhebungen, nachdem in Österreich umfassende Untersuchungen zu Freiheitsbeschränkungen vor dem HeimAufG fehlen.

II. Historische Entwicklung

A. Allgemeines

Was die Materie der Freiheitsbeschränkungen in Heimen und vergleichbaren Einrichtungen betrifft, ist festzuhalten, dass lange keinerlei Auseinandersetzung mit diesem Themenbereich stattfand. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen wurden gesetzt, ohne im Hinblick auf grundrechtsverletzende Aspekte hinterfragt zu werden. Des Weiteren wurden viele Maßnahmen, die massive Eingriffe in die Freiheitsrechte des Einzelnen darstellen, von vornherein überhaupt nicht als solche qualifiziert. Es existierten auch keine gesetzlichen Bestimmungen, die Regelungen für den gegenständlichen, oft tabuisierten Bereich der Freiheitsentziehungen in Heimen enthielten. Dass hier ein entsprechender Handlungsbedarf bestand, erkannte man zunehmend erst in den letzten zwei Jahrzehnten. Das HeimAufG ist eine Entwicklung der jüngsten Zeit, was für die historische Betrachtung bedeutet, dass es einen direkten Vorläufer dieses Gesetzes nicht gibt. Trotz vereinzelt in der Geschichte vorhandener Ansatzpunkte, wurde es zuvor verabsäumt, daran näher anzuknüpfen und Normen für den Heimbereich zu schaffen.

Etliche Bestimmungen des HeimAufG sind stark an das UbG angelehnt, weshalb des Öfteren auch von einer Art „UbG-light“²² gesprochen wird. Aufgrund der inhaltlichen Nähe ist es angebracht, anfangs überblicksartig einzelne Aspekte der Entwicklung betreffend Freiheitsbeschränkungen vor Entstehung des UbG zu zeigen. Dadurch soll ein Einblick vermittelt werden, mit welcher Sichtweise man früher an die Problematik des Freiheitsentzugs im Anstaltsbereich heranging.

²² So erstmals *Ramharter*, Zur Reformdiskussion im Sachwalterschafts- und Behindertenrecht, ÖJZ 1995, 858 (860); *Ramharter*, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden? ÖJZ 1997, 259 (264).

B. Von multifunktionalen Anstalten bis zur Entstehung des Versorgungshauses Lainz

1. Siechenheime und Versorgungshäuser des 18. und 19. Jahrhunderts

Die Versorgung und Verpflegung von Armen allgemein, worunter sowohl Kranke, Alte, Waisen und nach der damaligen Terminologie als Irre bezeichnete Personen fielen, war bereits seit dem Mittelalter Aufgabe der kirchlichen Institutionen, va der Klöster und Orden.²³ In der Neuzeit trat dann zur kirchlichen auch die städtische soziale Fürsorge für arbeitsunfähige Bettler, zu denen ua die Gruppe der Alten zählte, hinzu. Diese Art von Hilfe war für all jene hilfs- und pflegebedürftigen Menschen von Relevanz, die nicht die Absicherung durch den Verband der Großfamilie genossen. Solange mehrere Generationen unter einem Dach lebten, wurden die Eltern im Alter von den Kindern im Haus mitversorgt und gepflegt. Es waren also die strukturellen Umstände mit heute nicht vergleichbar. Zusätzlich darf man die wesentliche Tatsache nicht außer Augen lassen, dass früher die Lebenserwartung viel geringer war, sodass es die Gruppe der Senioren im heutigen Sinn, die nach Beendigung des Berufslebens entsprechend lange den Ruhestand genießen, nicht gab. Schon aufgrund fehlender staatlicher Versorgungsleistungen arbeitete man so lange, wie es die körperliche Verfassung zuließ, und wurde dann von der Großfamilie betreut.

Die bereits im 18. Jahrhundert existierenden Versorgungshäuser waren Mischtypen, in denen Irre, Alte, Gebrechliche, Sieche, Kriminelle und Kinder gemeinsam untergebracht wurden. Als Beispiel für viele ist das Versorgungshaus Mauerbach²⁴ anzuführen, welches sich aus einer ursprünglichen Kartause zu einer Wiener Lokalanstalt entwickelte. Daneben verstanden sich die Bürgerspitäler dieser Epoche ebenfalls als Einrichtungen der allgemeinen Wohlfahrt. Sie betreuten bis zum Ende des 18. Jahrhunderts Hilfsbedürftige aller Art, darunter alte Menschen, Kranke,

²³ Weidinger, Zur historischen Struktur von Altenheimen – Die Fallstudie Mauerbach, Dissertation, Universität Wien (1978) 12; vgl dazu auch Staudinger, Offene und geschlossene Seniorenbetreuung im Wandel der Zeit unter Berücksichtigung veränderter pädagogischer Anforderungen in der Ausbildung betreuender Personen, Diplomarbeit, Universität Wien (1999) 31.

²⁴ Vgl Weidinger, Zur historischen Struktur von Altenheimen 105 ff.

Obdachlose und Waisenkinder.²⁵ Erst später begann man erstmals innerhalb der geschlossenen Armenpflege die Alten von den Kranken, Siechen und Kindern zu trennen und eigene Sonderanstalten für Irre und auch Kriminelle zu errichten.²⁶ Rechtliche Rahmenbedingungen waren in den einzelnen Anstaltsstatuten und Hausordnungen festgelegt.²⁷

Ein damals bedeutender Schritt war die am 16.8.1784 erfolgte Neueröffnung des Allgemeinen Krankenhauses als öffentliches Hauptspital, welches ursprünglich aus dem eigentlichen Krankenhaustrakt, dem Gebärhaus, dem Findelhaus, den Siechenhäusern und dem Tollhaus („Narrenturm“) bestand. 1820 wurde das Tollhaus schließlich aus der Vermögensgebarung des AKH herausgelöst und zu einer selbständigen Lokalanstalt umgewandelt.²⁸

2. Versorgungshaus Lainz als weiterer Schritt in Richtung Alters- und Pflegeheim im Begriffsverständnis der heutigen Zeit

Bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts waren fast ausschließlich Ausgrenzungs- und Verwahrungsaspekte die wesentlichen Faktoren für die Heimunterbringung. Erst mit der Zeit trat langsam der Versorgungsgedanke in den Vordergrund. Dieses Umdenken manifestierte sich nach außen hin ua auch in der unter Kaiser Franz Joseph am 15.6.1904 erfolgten Eröffnung des neuen Versorgungshauses Lainz für den Bereich der geschlossenen Altenpflege. Hiermit wurde ein bedeutender Grundstein für die Weiterentwicklung des Heimwesens in Richtung modernes Alters- bzw Pflegeheim des 20. und 21. Jahrhunderts gelegt. Anfangs wurden Arme, Alte und Kranke unterschiedslos aufgenommen. Während in den ersten Jahren nur die Unterbringung, Bekleidung und Verpflegung armer, alter Menschen vorgesehen war, zeichnete sich in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts

²⁵ Vgl *Walter*, Zur Entstehung der beruflichen Krankenpflege in Österreich, HISTORICUM Frühling 2003, 22 (22).

²⁶ Siehe *Weidinger*, Zur historischen Struktur von Altenheimen 42 f; *Walter*, Zur beruflichen Pflege in Österreich 1784 bis 1914, in *Walter/Seidl/Kozon* (Hrsg), Wider die Geschichtslosigkeit der Pflege (2004) 25 (30).

²⁷ Vgl *Weidinger*, Zur historischen Struktur von Altenheimen 85.

²⁸ *Weidinger*, Zur historischen Struktur von Altenheimen 41 f.

schrittweise ein Funktionswandel ab. Das Versorgungshaus entwickelte sich langsam zu einem reinen Alterskrankenheim bzw Krankenhaus für chronisch Kranke.²⁹

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde zunehmend zwischen Altersheimen im Sinne von Wohnheimen und reinen Pflegeheimen unterschieden. Seniorenwohnheime und Geriatriezentren in heutiger Form bildeten sich daher erst im letzten halben Jahrhundert heraus und sind seitdem ständig entsprechend den modernen Erkenntnissen der Pflegewissenschaft adaptiert und im Interesse der bestmöglichen Förderung der Selbständigkeit der Bewohner verbessert worden.

Aus dem ehemaligen Versorgungshaus Lainz wurde das Pflegeheim Lainz, welches seit den letzten massiven Umstrukturierungen 1994, die ua Folge der sich 1989 ereigneten Vorfälle³⁰ waren, nun den Namen „Geriatriezentrum am Wienerwald“ trägt und mittlerweile von einst 4.000 Betten auf unter 1.200 Betten eingeschränkt wurde.³¹

C. Rechtliche Grundlagen der Freiheitsbeschränkung

Nachdem die Entstehung von Heimen und ähnlichen Einrichtungen iSd HeimAufG noch nicht allzu lange zurückliegt, ist damit die logische Konsequenz verbunden, dass es auch keine spezifischen Regelungen im Hinblick auf den Schutz des Freiheitsrechts in den hier zu behandelnden Institutionen gab. Vielmehr wurden Selbstbestimmungsrechte geradezu negiert, was sich bei Heimunterbringungen früher in Unterdrückung, Abgrenzung von der Außenwelt, übertriebener Bevormundung und obrigkeitstaatlicher Befürsorgung widerspiegelte. Wenn es auch keine direkten Normen gibt, die gleichsam als Art Vorläufer der Bestimmungen des HeimAufG gelten könnten, so finden sich aber sehr wohl ältere Regelungen, die die Freiheitsbeschränkung durch Anhaltung in einer damals so genannten Irrenanstalt näher konkretisierten. Selbstverständlich handelt es sich bei den Bereichen psychiatrische Anstalt einerseits und Alten-, Pflege- und Behindertenheim

²⁹ Vgl dazu Geiger, Das Versorgungshaus Lainz in den 20er Jahren, in Arias/Horn/Hubenstorf (Hrsg), „In der Versorgung“ – Vom Versorgungshaus Lainz zum „Geriatriezentrum am Wienerwald“ (2005) 177 (186 f); Wiener Krankenanstaltenverbund, Geriatriezentrum am Wienerwald – Geschichte unseres Hauses, http://www.wienkav.at/kav/gzw/texte_anzeigen.asp?id=489 (25.10.2011).

³⁰ Siehe weiter unten S 34.

³¹ Wiener Krankenanstaltenverbund, Geriatriezentrum am Wienerwald – Geschichte unseres Hauses, http://www.wienkav.at/kav/gzw/texte_anzeigen.asp?id=489 (25.10.2011).

andererseits um zwei verschiedene Einrichtungen. Was den Schutz vor Eingriffen in das Recht auf persönliche Freiheit betrifft, liegt jedoch eine vergleichbare Situation vor. In beiden Fällen dürfen Beschränkungen nur aufgrund der gesetzlich ausdrücklich festgelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen vorgenommen werden. Wie noch ausführlich zu schildern ist³², bedarf es auch im Heimbereich für die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme jedenfalls des Vorliegens einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung verbunden mit einer daraus resultierenden Selbst- oder Fremdgefährdung. Da das HeimAufG an etlichen Stellen stark an das UbG angelehnt ist und für die psychiatrische Unterbringung im Spannungsfeld des Freiheitsschutzes einzelne historische Regelungen bestehen, wird hier kurz auf diese eingegangen. Dadurch soll in zentralen Eckpunkten ein Einblick ermöglicht werden, wie der Gesetzgeber früher an das Problem der Freiheitsbeschränkungen in Anstalten heranging. Es zeigt sich, dass es ein langer Weg war bis zum umfassenden Schutz des Grundrechts auf persönliche Freiheit in seiner heutigen Ausprägung.

1. Verwaltungsrechtliche Grundlagen der Anhaltung

Ursprünglich war die Rechtslage stark zersplittert, weil viele verschiedene Regelungen für die einzelnen Anstalten bestanden (anfangs va Dienstinstruktionen betreffend die innere Ordnung und später diverse, von den Landtagen erlassene und auf Verordnungsebene stehende Anstaltsstatuten).³³ Diese Verwaltungsbestimmungen hatten idR die Gründung und Führung der „Irrenanstalt“, die Befugnisse des Personals sowie die Bedingungen der Aufnahme zum Gegenstand. Einzige Aufnahmevoraussetzung war die Geisteskrankheit der betroffenen Person.

Einerseits existierte die Möglichkeit der gerichtlichen Anstaltseinweisung, die sich auf das zivilrechtliche Aufenthaltsbestimmungsrecht des Kurators bzw des PflEGschaftsgerichts nach erfolgter Entmündigung stützte. Andererseits entwickelte sich unabhängig davon im aufgeklärten Absolutismus eine zweite – und zwar eine

³² Siehe S 137 ff.

³³ ZB Verfassung und Einrichtung der Irrenanstalt Hall, tir PrGS 1830/104; GubV 27.4.1839 Z 7080, stmk PrGS 1839/60 (Irrenanstalt Graz); HKD 17.7.1845 Z 23647, nö PrGS 1845/138 (Irrenanstalt Ybbs); Statuten der Landesanstalten: sbg LGBI 1859/16 (Salzburg); öö LGBI 1867/19 (Linz); nö LGBI 1869/12 (Wien-Bründlfeld); tir LGBI 1874/26 (Hall); krnt LGBI 1878/9 (Klagenfurt); nö LGBI 1907/142 (Wien-Steinhof).

verwaltungsrechtliche – Ordnung der Anhaltung. Es kam daher neben der bereits bestehenden zivilrechtlichen Unterbringung noch die selbständige Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde hinzu, sodass sich eine Parallelität zweier unterschiedlicher, miteinander nicht in Verbindung stehender Unterbringungswege herausbildete. In zahlreichen Anstalten war sogar die Unterbringung ausschließlich aufgrund der Initiative von Privatpersonen wie etwa von Angehörigen durch Beibringung eines entsprechenden ärztlichen Zeugnisses möglich und zulässig.³⁴ Bis Anfang des 19. Jahrhunderts gab es keinen gerichtlichen Rechtsschutz gegen eine administrative Anhaltung. Eine Änderung dieser Rechtslage trat erst mit dem ABGB 1811 ein.

2. „Irrsinnserklärung“ nach § 273 ABGB

Einen ersten Schritt in Richtung Gewährung eines gerichtlichen Rechtsschutzes stellten die durch das ABGB 1811³⁵ neu geschaffenen Normen zur Vormundschaft und Kuratorbestellung³⁶ dar. Gem § 273 ABGB durfte „für wahn- oder blödsinnig nur derjenige gehalten werden, welcher nach genauer Erforschung seines Betragens und nach Einvernehmung der von dem Gerichte ebenfalls hiezu verordneten Ärzte gerichtlich dafür erklärt wird“.

Da jedoch die verwaltungsbehördlichen Vorschriften weiterhin in Kraft waren, blieb die Rechtslage hinsichtlich der Einweisungspraxis durch Verwaltungsbehörden und Anstaltsdirektionen zuerst unverändert. In der praktischen Anwendung des neuen § 273 ABGB und der diversen verwaltungsbehördlichen Bestimmungen in den Ländern konnte sich der Gedanke einer präventiven Überprüfung der Einweisung durch das Kuratelsgericht nicht durchsetzen. Demnach sollte die Anhaltung in einer Anstalt (mit Ausnahme bei Gefahr im Verzug) nur nach vorangegangener gerichtlicher „Irrsinnserklärung“ zulässig sein.³⁷ Die Praxis begnügte sich mit der Anzeigeerstattung an das Gericht nach erfolgter Einlieferung, was zumindest eine nachträgliche Kontrollmöglichkeit des Gerichts bedeutete. Die richterliche Entscheidung über das Vorliegen einer Geisteskrankheit war zwar nach

³⁴ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I – Historische Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlagen (1995) 36.

³⁵ ABGB vom 1.6.1811 JGS 946.

³⁶ §§ 269 ff ABGB.

³⁷ Vgl dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 43.

wie vor eine Ermessensentscheidung, aber nun durch das Erfordernis eines ärztlichen Gutachtens an besondere Beweisvorschriften geknüpft.

Rechtsschutz war dennoch nur eingeschränkt gegeben. Durch § 273 ABGB wurde nämlich bloß der Gesunde vor einer ungerechtfertigten Irrsinnigkeitserklärung, nicht aber der Geisteskranke vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug geschützt.

Ab Mitte des 19. Jahrhunderts wurde die Auffassung, dass der verwaltungsbehördlichen Einweisungsbefugnis eine gerichtliche „Irrsinnserklärung“ voranzugehen habe bzw dass diese zumindest nachträglich als Rechtsschutzinstrument zu erfolgen habe, wieder zunehmend zurückgedrängt.³⁸

3. Reformbestrebungen des Liberalismus und Konstitutionalismus

Durch die Erlassung des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit³⁹ im Jahr 1862, welches 1867 durch Art 8 StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger⁴⁰ als Bestandteil der Staatsgrundgesetze integriert wurde, wurden Reformbestrebungen für die Schaffung einer umfassenden Ordnung des „Irrenrechts“ und die Institutionalisierung von rechtsstaatlichen Garantien ausgelöst. Ein zentraler Ansatzpunkt für künftige Reformimpulse war § 4 des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit⁴¹, der verankerte, dass ein Freiheitsentzug durch die öffentliche Gewalt jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage bedurfte. Trotz aller Ideen und Bemühungen blieb die erhoffte Reform aus.⁴² Eine wesentliche Änderung der Rechtslage sollte erst Anfang des 20. Jahrhunderts eintreten. Es blieb dabei, dass es nach wie vor keine einheitliche gesetzliche Grundlage und keinen das ganze Reichsgebiet umfassenden, obligatorischen gerichtlichen Rechtsschutz gab.

³⁸ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 71 f.

³⁹ RGBI 1862/87.

⁴⁰ StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142.

⁴¹ RGBI 1862/87.

⁴² Siehe *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 52 und 56.

4. Verordnung in Betreff des Irrenwesens RGBI 1874/71⁴³

Neben den weiterhin bestehenden Anstaltsstatuten kam es 1874 durch die Verordnung in Betreff des Irrenwesens zumindest teilweise zu einer Rechtsvereinheitlichung. Im Wesentlichen traf die Verordnung nur für die Privatirrenanstalten, welche einen geringen Anteil aller Anstalten ausmachten, nähere Regelungen bezüglich der materiellen und formellen Voraussetzungen der Aufnahme (§§ 7 bis 9) und der Entlassung (§§ 10 bis 12). Normiert wurden weiters ua die vor Errichtung der Anstalt einzuholende Bewilligung durch die politische Landesbehörde (§§ 1 bis 5) sowie die staatliche Aufsicht (§§ 18 f). Hinsichtlich der öffentlichen Anstalten galten gem § 22 lediglich die Bestimmungen über die Anzeigepflichten (§§ 9 und 12) und die Führung eines Hauptprotokolls (§ 13). Die Aufnahme- und Entlassungsbedingungen richteten sich wie bisher nach den einzelnen Anstaltsstatuten, auf welche in § 21 der Verordnung verwiesen wurde.

Sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Bereich blieb die Geisteskrankheit die einzige Voraussetzung der Anhaltung.⁴⁴ Das Kriterium der Selbst- oder Fremdgefährdung wurde nicht geprüft. Manchmal ging man vom Erfordernis der Anstaltsbedürftigkeit aus.⁴⁵ Dabei handelte es sich um einen unbestimmten Begriff, der weit auslegbar war und daher auch keinen Schutz vor unrechtmäßigem Freiheitsentzug bot.

5. Entmündigungsordnung 1916⁴⁶

a) Inhalte der EntmO

Mit In-Kraft-Treten der EntmO am 1.9.1916 kam es zu einer bedeutenden Änderung der bisherigen Rechtslage und zur endgültigen Verankerung des

⁴³ Verordnung des Ministeriums des Inneren im Einvernehmen mit dem Justizministerium vom 14.5.1874, mit welcher Bestimmungen in Betreff des Irrenwesens erlassen werden.

⁴⁴ Vgl dazu auch *Jaquemar/Kinzl*, Vom Narrenturm zum HeimAufG, 1811-1915: Unzureichende gesetzliche Regelungen und starker Anstieg der Betroffenen, <http://www.vsp.at/index.php?id=63> (25.10.2011).

⁴⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 66 mwN.

⁴⁶ Kaiserliche Verordnung vom 28.6.1916 über die Entmündigung RGBI 1916/207 (im Folgenden: EntmO).

Rechtsschutzes durch eine obligatorische gerichtliche Kontrolle im Fall einer zwangsweisen Anhaltung.

Da in der EntmO aber sowohl die Entmündigung und das entsprechende Verfahren als auch das Anhalteverfahren geregelt waren⁴⁷, setzte sich erst langsam das neue Verständnis durch, dass eine Anhaltung nicht zwingend zu einer Entmündigung zu führen hatte, wie dies bisher der Fall gewesen war. Entmündigungsverfahren und Anhaltung hatten bislang gleichsam eine nahezu untrennbare Einheit gebildet. Die EntmO enthielt nun in ihrem III. Abschnitt – losgelöst von der Frage einer allenfalls vorzunehmenden Kuratorbestellung – Vorschriften über das „Gerichtliche Verfahren bei Aufnahme in geschlossene Anstalten“ (§§ 16 bis 24). Der I. Abschnitt (§§ 1 bis 11) regelte die Entmündigung und die Bestellung eines vorläufigen Beistands. Das Entmündigungsverfahren selbst war im IV. Abschnitt (§§ 25 bis 55) näheren rechtlichen Determinanten unterworfen.

Einen wesentlichen Kritikpunkt stellte die Tatsache dar, dass in der neuen EntmO nur das Anhalteverfahren selbst, also die gerichtliche Überprüfung der Anhaltung, festgelegt war, während sich die materiellrechtlichen Bestimmungen⁴⁸, die das Gericht bei der Prüfung heranzuziehen hatte, weiterhin in den unzureichenden und zersplitterten verwaltungsrechtlichen Vorschriften (Verordnung über das Irrenwesen, diverse Dekrete und Statuten) befanden.⁴⁹ So musste sich das Gericht auf die Überprüfung der angeblich vorliegenden Geisteskrankheit beschränken⁵⁰ und konnte lediglich bei deren Nichtvorliegen bzw nach erfolgter Heilung die Entlassung des Betroffenen rechtswirksam verfügen.⁵¹ Es wurde daher weiterhin nur der Gesunde durch das Anhalteverfahren geschützt. Der Kranke, der sich in der Anstalt befand, hatte keinen Rechtsschutz gegen Maßnahmen unnötigen Freiheitsentzugs in der Einrichtung.⁵²

⁴⁷ Zur Kritik hinsichtlich der Aufnahme solcher Bestimmungen in die EntmO an Stelle der Verankerung in einem eigenen Irrengesetz *Sternberg*, Entmündigungsordnung II (1917) 55 f.

⁴⁸ Aufnahmevoraussetzungen waren nach wie vor nur „Geisteskrankheit“ und „Anstaltsbedürftigkeit“.

⁴⁹ Siehe *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 78.

⁵⁰ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 92 f.

⁵¹ Siehe *Sternberg*, Entmündigungsordnung I (1917) 34, 105, 121 und 123.

⁵² „Zweifellos wird die Frage der Behandlung des Angehaltenen und seiner Bewegungsfreiheit in der Anstalt noch im gesetzlichen Wege geregelt werden müssen. ... Wenn gewiss auch nicht alle Detailfragen in der kaiserlichen Verordnung zu regeln waren, so hätte sie sich doch über das Wesen dieser Anhaltung und über die Beschränkungen, welche sie sich gefallen lassen muss, kurz verbreiten sollen.“, so *Sternberg*, Entmündigungsordnung I 108 FN 157.

Ausgenommen von der Durchführung dieses Anhalteverfahrens waren die Fälle der zivilrechtlichen Unterbringung, in denen bereits aufgrund einer erfolgten Entmündigung die Einweisung in eine geschlossene Anstalt vom PflEGschaftsgericht oder vom Kurator selbst im Rahmen der Personenfürsorge verfügt worden war. Das Verfahren der §§ 16 ff EntmO war daher bei der Anhaltung von Personen, die nicht entmündigt waren, durchzuführen (Bereich der öffentlich-rechtlichen Anhaltung).⁵³

Gem § 16 Abs 1 EntmO hatte der Anstaltsleiter die Aufnahme eines Geisteskranken dem Bezirksgericht, in dessen Sprengel die Anstalt lag, binnen 48 Stunden anzuzeigen. Wurde jemand auf eigenes Verlangen aufgenommen, so bestand gem Abs 2 leg cit die Anzeigepflicht erst, wenn der Betreffende in der Freiheit der Bewegung oder des Verkehrs mit der Außenwelt beschränkt wurde. Das Anhaltegericht hatte daraufhin binnen drei Wochen nach Durchführung eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens über die Zulässigkeit der Anhaltung mit Beschluss zu entscheiden.⁵⁴ § 22 EntmO bestimmte, dass der Beschluss entweder die weitere Anhaltung für zulässig zu erklären oder die Entlassung des geistig Gesunden zu verfügen hatte. Die Anhaltung konnte für maximal ein Jahr zulässig erklärt werden. War danach noch immer eine Anhaltung erforderlich, musste – wenn nicht bereits in der Zwischenzeit das PflEGschaftsgericht die weitere Unterbringung in der Anstalt veranlasst hatte – ein neuerliches Verfahren (abermals mit Vernehmung des Kranken und ärztlicher Untersuchung) durchgeführt werden.⁵⁵ Der Beschluss des Gerichts war gem § 24 EntmO mit Rekurs bekämpfbar.

b) Beschränkungen von geistig Behinderten im Rahmen der EntmO

Ein Aspekt ist in diesem Zusammenhang noch herauszugreifen, und zwar die Freiheitsbeschränkung von geistig Behinderten unter der EntmO. Die EntmO verwendete die Begriffe „Geisteskrankheit“, heute zu verstehen als psychische Krankheit, und „Geistesschwäche“, welche nach heutigem Begriffsverständnis mit geistiger Behinderung gleichzusetzen ist.⁵⁶ Geisteskrankheit oder Geistesschwäche waren zwingendes Erfordernis für die Vornahme einer vollen oder einer zumindest

⁵³ Vgl *Sternberg*, Entmündigungsordnung I 111.

⁵⁴ § 17 EntmO.

⁵⁵ § 23 Abs 1 und Abs 3 EntmO.

⁵⁶ Vgl *Ramharter*, ÖJZ 1997, 259.

beschränkten Entmündigung. Trotz der grundsätzlichen begrifflichen Trennung wurde aber in der EntmO nicht weiter zwischen diesen beiden Erscheinungsbildern einer Geistesstörung unterschieden. Vielmehr wurde die Geistesschwäche mit der Geisteskrankheit nahezu gleichgesetzt und umgekehrt. So wurden geistig behinderte Personen ebenfalls in geschlossenen Anstalten untergebracht⁵⁷, obwohl § 16 EntmO vom Wortlaut her nur von der Aufnahme Geisteskranker sprach. Die uneinheitliche Formulierung zeigte sich auch in § 19 Abs 2 leg cit (Bestimmung über die Beiziehung von Sachverständigen), wo plötzlich wieder beide Begriffe – Geisteskrankheit und Geistesschwäche – auftauchten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass während der Geltung der EntmO⁵⁸ geistig Behinderte in Krankenanstalten und speziellen Heil- und Pflegeanstalten⁵⁹ geschlossen angehalten werden durften.

6. Vom KAG 1957 bis zum UbG 1991

a) Reform der verwaltungsrechtlichen Vorschriften

Zu einer grundlegenden Reform der Verwaltungsvorschriften kam es erst im Zuge der Neuordnung des Krankenanstaltenrechts. Im KAG 1957⁶⁰ wurden die §§ 49 bis 54 über die „Aufnahme, Anhaltung und Entlassung von Geisteskranken“ aufgenommen⁶¹, welche von nun an die formellgesetzliche Grundlage für die öffentlich-rechtliche Anhaltung bildeten. Die Verordnung über das Irrenwesen wurde ausdrücklich aufgehoben.⁶² Durch die umfassende Rechtsbereinigung kam es hinsichtlich der Anstaltsstatuten zu einer materiellen Derogation⁶³, sodass diese ebenfalls außer Kraft traten. Zur materiellen Voraussetzung der Geisteskrankheit kam endlich erstmals das Gefährdungskriterium hinzu.⁶⁴

⁵⁷ Ramharter, ÖJZ 1997, 259.

⁵⁸ Der III. Abschnitt der EntmO wurde erst 1991 mit Erlassung des UbG aufgehoben.

⁵⁹ Vgl § 16 Abs 3 EntmO.

⁶⁰ BG vom 18.12.1956 über Krankenanstalten (Krankenanstaltengesetz – KAG) BGBl 1957/1.

⁶¹ Im KAG 1920, StGBI 1920/327, waren Irrenanstalten vom Anwendungsbereich des Gesetzes gem § 3 lit d noch ausdrücklich ausgenommen gewesen.

⁶² § 66 Z 4 KAG.

⁶³ Kopetzki, Unterbringungsrecht I 104 FN 722.

⁶⁴ § 49 KAG verlangte, dass „die aufzunehmende Person infolge einer Geisteskrankheit ihre oder die Sicherheit anderer Personen gefährdet“.

Was den Rechtsschutz betrifft, gab es anfangs noch immer große Defizite, weil gemäß der weiterhin geltenden⁶⁵ EntmO das Anhaltegericht nur die Voraussetzung der Geisteskrankheit, nicht aber auch die der Gefährdung prüfen durfte. Hier entstand ein massives Spannungsverhältnis zu Art 5 EMRK (Recht auf Freiheit und Sicherheit), welcher in Abs 4 eine uneingeschränkte Überprüfung der Rechtmäßigkeit⁶⁶ der Anhaltung durch ein Gericht fordert. Ein Umdenken fand nur zögerlich statt. Erst in den späten 70er bzw frühen 80er Jahren wurde die Auffassung, dass das Gericht seiner Prüfung alle Voraussetzungen des § 49 KAG zu Grunde zu legen hatte, auch von der Judikatur anerkannt.⁶⁷

b) *Umstrittener Bereich der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Rahmen des Sachwalterrechts*

Mit dem Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen⁶⁸ wurde 1983 das Rechtsinstitut der Entmündigung durch die flexiblere und vom Grundsatz der Subsidiarität geprägte Sachwalterschaft ersetzt. Die EntmO wurde mit Ausnahme der Vorschriften des III. Abschnitts über das Anhalteverfahren aufgehoben. Trotz dieser Neuerung war die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Unterbringung von besachwalteten Personen durch den Sachwalter selbst⁶⁹ oder sogar auch nur durch das nunmehrige Sachwaltergericht parallel neben der öffentlich-rechtlichen Anhaltung nach wie vor gegeben.⁷⁰ Man leitete diese Vorgangsweise wiederholt aus der dem PflEG zukommenden und dem Wohl des Besachwalteten dienenden Personensorge bzw aus dem einen Teil dieser Personensorge darstellenden Aufenthaltsbestimmungsrecht des Sachwalters ab. Relevant war dabei § 282 iVm § 216 Abs 1 ABGB, über welchen wiederum auf § 146b ABGB (elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht) zurückgegriffen werden

⁶⁵ § 54 KAG lautete: „Durch die Bestimmungen der §§ 49 bis einschließlich 53 werden die Vorschriften des III. Abschnittes der Entmündigungsordnung, RGBI 1916/207, betreffend das gerichtliche Verfahren bei Aufnahme in geschlossenen Anstalten, nicht berührt.“

⁶⁶ Vgl *Frowein/Peukert*, EMRK³ (2009) 133 Rz 141.

⁶⁷ Dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 114.

⁶⁸ Novelle zum ABGB BGBl 1983/136.

⁶⁹ Dieser bedurfte allerdings der Genehmigung des Gerichts, da es sich um eine wichtige Angelegenheit iSd § 216 Abs 2 ABGB handelte.

⁷⁰ Vgl zB OGH 28.1.1987, 1 Ob 709/86, SZ 60/12 = JBl 1988, 105 = NZ 1988, 78. Der OGH bestätigte in dieser Entscheidung, dass das PflEG auch von sich aus – ohne Antrag oder Zustimmung des Sachwalters – die Anhaltung einer behinderten Person in einer psychiatrischen Krankenanstalt nach § 282 ABGB anordnen kann.

konnte. Gem § 282 ABGB waren die Bestimmungen für den Vormund auch für die Rechte und Pflichten des Sachwalters maßgebend. Weiters wurde dem Sachwalter darin die „erforderliche Personensorge“ übertragen. § 216 Abs 1 ABGB legte fest, dass dem Vormund subsidiär die Pflege und Erziehung des Minderjährigen zukommt, welche in diesem Rahmen auch die Aufenthaltsbestimmung umfasste. Aufgrund dieser Verweiskette wurde auf ein vergleichbares Aufenthaltsbestimmungsrecht des Sachwalters als Element der Personensorge geschlossen.⁷¹

Erst mit Schaffung des UbG wurde die zivilrechtliche Unterbringung in einer geschlossenen Abteilung durch das PflEGsgerichtsgericht endgültig unzulässig. Der Sachwalter hatte keine auf das ABGB gründbaren Zwangsbefugnisse mehr, da diesen durch das UbG materiell derogiert wurde. Es gab somit keine mit den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen konkurrierende psychiatrische Einweisung auf zivilrechtlicher Grundlage mehr.

Außerhalb psychiatrischer Einrichtungen ging man anfangs weiterhin von der Möglichkeit eines zivilrechtlichen, mit freiheitsbeschränkenden Maßnahmen verbundenen Aufenthaltsbestimmungsrechts des Sachwalters aus. Man beschränkte das Rechtsinstitut der zivilrechtlichen Unterbringung bloß in seinem Anwendungsbereich auf Anhaltungen in nicht-psychiatrischen Anstalten (insb auf Pflegeheime und Pflegeanstalten).⁷² Es zeigte sich aber, dass die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten freiheitsentziehenden Maßnahmen im Rahmen des Sachwalterrechts⁷³ nicht den Anforderungen des grundrechtlichen Freiheitsschutzes entsprachen. Diese Konstruktion ist aufgrund des Fehlens einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage sowie der Nichteinhaltung der vom PersFrG 1988 vorgegebenen Eingriffsschranken als verfassungswidrig anzusehen.⁷⁴ Im Ergebnis hatte dies die Unzulässigkeit jedweder im Sachwalterrecht begründeten freiheitsbeschränkenden Maßnahme auch abseits des Bereichs der psychiatrischen Anstalten zur Folge.

⁷¹ Vgl dazu ausführlich *Kopetzki*, Freiheitsentzug im Sachwalterrecht, in FS Rill (1995) 153 (156 f).

⁷² *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II – Materielles Recht, Verfahren und Vollzug (1995) 955; *Kopetzki* in FS Rill 154.

⁷³ Vgl eingehend *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 119 f.

⁷⁴ Siehe *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 978 ff; *Kopetzki* in FS Rill 175 f; *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 240 Rz 420.

c) *PersFrG und UbG 1991*

Die Neuordnung des persönlichen Freiheitsschutzes durch das BVG vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit⁷⁵ und die dadurch festgelegten Vorgaben bildeten den verfassungsrechtlichen Hintergrund der letzten, bahnbrechenden Reform des Anhaltungsrechts, die in der Erlassung des Bundesgesetzes vom 1.3.1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG)⁷⁶ mündete. Beide Gesetze traten mit 1.1.1991 in Kraft. Ebenfalls neu war das Bundesgesetz über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern und Patientenanwälten (Vereinssachwalter- und Patientenanwaltsgesetz – VSPAG)⁷⁷. Seit 1991 fungiert daher die Patientenanwaltschaft als professionelle und kostenlose obligatorische Vertretung der untergebrachten Patienten. Weiters wurden die §§ 49 ff KAG und die §§ 16 ff EntmO aufgehoben. Damit waren nach langer Zeit des Dualismus der verwaltungs- und der justizrechtliche Teil der Anhaltung in einem einheitlichen Gesetz vereint.

d) *Fehlen einer Regelung für Alten-, Pflege- und Behindertenheime*

Das Problem der Vornahme von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen an alten, pflegebedürftigen oder behinderten Menschen blieb aber weiterhin ungeregelt. Das UbG ist nämlich nur auf Personen anzuwenden, die aufgrund einer psychischen Krankheit in einer Krankenanstalt oder Abteilung für Psychiatrie in einem geschlossenen Bereich angehalten oder sonst Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit unterworfen werden.⁷⁸ Geistige Behinderung fällt somit nicht unter den Anwendungsbereich des UbG. Nachdem auch keine Zwangsbefugnisse (kein Aufenthaltsbestimmungsrecht⁷⁹, soweit damit freiheitsbeschränkende Maßnahmen iSd PersFrG verbunden sind) des Sachwalters mehr bestehen, ist der

⁷⁵ PersFrG BGBl 1988/684.

⁷⁶ BGBl 1990/155.

⁷⁷ BGBl 1990/156.

⁷⁸ § 2 iVm § 3 Z 1 UbG; vgl zum Anwendungsbereich *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 441 ff.

⁷⁹ Die gegenwärtige Frage nach der grundsätzlichen Existenz eines Aufenthaltsbestimmungsrechts des Sachwalters wurde mit 1.7.2007 – mit In-Kraft-Treten des SWRÄG 2006 – einer ausdrücklichen gesetzlichen Klärung zugeführt. Siehe dazu § 284a ABGB idF SWRÄG 2006 und mit weiteren Ausführungen zur Aufnahme in ein Heim oder eine vergleichbare Einrichtung *Barth*, Am „Schauplatz“ Pflegeheim oder von der Freiheit, zu stürzen bzw eine Behandlung abzulehnen, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 124 (127 ff).

Weg der zivilrechtlichen, pflegschaftsgerichtlichen Unterbringung sowie jegliche sonstige Freiheitsentziehung im Rahmen des Sachwalterrechts nicht mehr zulässig.⁸⁰

Dass die Personensorge keine entsprechende Rechtsgrundlage für Freiheitsbeschränkungen im Sachwalterrecht mehr darstellt, ergibt sich darüber hinaus aus einer Entscheidung des OGH, in der er in einer Sozialrechtssache über ein Begehren hinsichtlich der Erhöhung der zuerkannten Pflegegeldstufe zu entscheiden hatte. Der OGH⁸¹ sprach hier Folgendes aus: „Eine gesetzliche Regelung, die außerhalb solcher Anstalten im Sinne des § 2 UbG freiheitsbeschränkende Maßnahmen [ermöglicht], wie sie im Pflegealltag zum Wohl der Betreuten erforderlich erscheinen, und auch aus den Gründen des Art 2 Abs 1 Z 5 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit (BGBl 1988/684) – nämlich im Falle der Selbst- oder Fremdgefährdung zufolge einer psychischen Erkrankung – für zulässig erklärt werden, besteht (derzeit noch) nicht.“ Weiters wurde in der Entscheidung noch angeführt, dass diese Rechtslage zwar als unbefriedigend erscheinen mag, es sich aber hierbei um Regelungsversäumnisse des Gesetzgebers handle, die nicht durch die unabhängigen Gerichte substituiert werden können.

Die Arbeit in Alten- und Pflegeheimen sowie in Behinderteneinrichtungen gestaltete sich daher äußerst problematisch. Freiheitsbeschränkungen wurden mitunter auch im Rahmen der sorgfalts- und standesgemäßen Pflege und Betreuung erforderlich, entbehrten aber einer gesetzlichen Grundlage. Das Fehlen von Regelungen zog verständlicherweise massive Rechtsunsicherheit nach sich, sodass die Forderungen nach einer umfassenden, den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung tragenden Rechtsgrundlage immer lauter wurden.

Die Pflege- und Betreuungspraxis versuchte dennoch vorgenommene, unumgängliche Freiheitsbeschränkungen auf die Rechtfertigungsgründe der Notwehr, Nothilfe bzw Notstand(shilfe) zu stützen, um nicht der Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Freiheitsentziehung nach § 99 StGB ausgesetzt zu sein. Doch diese Rechtsinstitute sind nur für einzelne unerwartete Akutfälle grundlegend geeignet, nicht jedoch für immer wiederkehrende – wenn auch in Art und Umfang

⁸⁰ Dieser Auffassung ist seit der letzten Änderung des § 282 ABGB durch das KindRÄG 2001, BGBl I 2000/135, wohl endgültig nichts mehr zu entgegen. Es kam ua auch zur Beseitigung des häufig für freiheitsentziehende Aufenthaltsbestimmungen instrumentalisierten Begriffs der „Personensorge“. Vgl *Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275 (279); *Stabentheiner in Rummel*³, 1. ErgBd (2003) § 282 Rz 4.

⁸¹ OGH 8.7.1997, 10 ObS 183/97b, SZ 70/130.

variierende – die persönliche Freiheit einschränkende Maßnahmen.⁸² Außerdem griff man teilweise auf die Rechtsinstitute der mutmaßlichen Einwilligung⁸³, der vertraglichen Schutzpflichten und der Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall für den Fall eines fehlenden Vertrags zurück.

Zusammenfassend betrachtet lag ein äußerst unzufriedenstellender und unsicherer Zustand vor, für den erst mit In-Kraft-Treten des HeimAufG im Jahr 2005 eine gesetzliche Regelung verankert wurde.

D. Entwicklung der Rechtsnormen im Pflegeheimrecht seit den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts

Wie bereits erwähnt waren Familie und Kirche lange Zeit die Träger der sozialen Fürsorge zur Absicherung von kranken und alten Menschen. Die Entstehung bzw die Führung von Seniorenresidenzen, Alterswohnheimen, Wohnstiften sowie Altersheimen, Geriatriezentren und Pflegeheimen⁸⁴ ist hauptsächlich eine Erscheinung der letzten etwa 40 Jahre. Kurz zusammengefasst sind die Gründe, die dazu geführt haben, folgende: zunehmender Anstieg der Lebenserwartung, bessere medizinische Versorgung und Hygiene, geänderte Sozialstrukturen, zerfallende Familienverbände usw.⁸⁵ Nachdem die Menschen immer älter, aber mit hohem Alter auch pflegebedürftiger werden und sich zugleich die Familienstrukturen von der mehrere Generationen umfassenden Großfamilie, die die Pflege im Familienverband übernahm, zur Kleinfamilie gewandelt haben, hat die Institution Heim in unserer Gesellschaft immer größere Bedeutung erlangt. Umso wichtiger wurde es, die das Heimleben betreffenden Sachverhalte einer gesetzlichen Regelung zuzuführen.

⁸² Vgl *Ganner*, Selbstbestimmung 368.

⁸³ So zB als Rechtfertigungsgrund für das vorübergehende Versperren der Zimmer von verwirrten Heimbewohnern genannt bei *Schwaighofer* in WK² § 99 Rz 36.

⁸⁴ Die Benennung ist hier sehr vielfältig.

⁸⁵ Vgl *Staudinger*, Seniorenbetreuung 36 f und 43 ff.

1. Von einer ersten landesrechtlichen Regelung bis hin zu den Lainz-Vorfällen

Salzburg wurde 1978 als erstes Bundesland zu diesem Regelungsbereich aktiv, indem es eine Verordnung zum Sozialhilfegesetz⁸⁶ erließ. Diese Verordnung statuierte „Richtlinien für die Errichtung und den Betrieb von Altenheimen, Pflegeheimen und Pflegestationen“. Sie regelte hauptsächlich die technische Grundausstattung (Situierung und Einrichtung) von Heimen. Sonst bestanden in Österreich zum damaligen Zeitpunkt keine gesundheitsrechtlichen Regelungen, die medizinische oder pflegerische Standards für diesen Bereich festlegten.

Als Mitauslöser für die ab 1990 erfolgten Vorarbeiten und Diskussionen zur Erlassung von umfassenden Normen im Heimbereich sind die Vorfälle im Pavillon V des Krankenhauses Lainz anzusehen. Im April 1989 wurde bekannt, dass seit 1987 durch Pflegepersonal mehrere Patienten durch Verabreichung von Rohypnol-Injektionen getötet worden waren. Es wurde eine Untersuchungskommission eingesetzt, die den so genannten „Lainz-Bericht“ zu erstellen hatte. Als Ergebnis wurden zahlreiche Missstände in der Pflege sowie unzureichende personelle und strukturelle Gegebenheiten festgestellt.⁸⁷ Auch in der Lehre wurde abermals betont, dass das nahezu völlige Fehlen rechtlicher Vorschriften, die Mindeststandards für den Betrieb von Altenwohn- und Pflegeheimen festlegen, ein unhaltbarer Zustand sei.⁸⁸

2. Entwurf eines Bundes-Pflegeheimgesetzes 1990

Als Konsequenz entstand 1990 ein Entwurf der Bundesregierung für ein Bundes-Pflegeheimgesetz⁸⁹ in der Form eines Grundsatzgesetzes iSd Art 12 B-VG. Vorgesehen waren medizinische und pflegerische Mindeststandards für die

⁸⁶ Verordnung der Salzburger Landesregierung, mit der Richtlinien für die Errichtung und den Betrieb von Altenheimen, Pflegeheimen und Pflegestationen erlassen werden sbg LGBl 1978/12. 1987 kam es zu einer Neufassung dieser Regelung durch sbg LGBl 1987/74. Die Verordnung beruht auf der Ermächtigung des § 25 Abs 2 Sbg SHG sbg LGBl 1975/19. Aufgrund dieser Bestimmung kann die Landesregierung für den genannten Bereich bauliche, technische, hygienische und sozialhygienische Bedingungen festlegen, denen die Einrichtungen zu entsprechen haben.

⁸⁷ Siehe *Jilge/Pfabigan*, Einblicke und Ausblicke, in *Arias/Horn/Hubenstorf* (Hrsg), „In der Versorgung“ – Vom Versorgungshaus Lainz zum „Geriatrizentrum am Wienerwald“ (2005) 283 (316).

⁸⁸ *Ganner*, Die Kompetenzlage in der Alten- und Pflegebetreuung, *SozSi* 1997, 938 (938).

⁸⁹ BKA GZ 61.605/6-VI/C/16/90.

Betreuung pflegebedürftiger Personen in Pflegeheimen. Neben Begriffsbestimmungen⁹⁰ sah der Entwurf eine Errichtungs- und Betriebsbewilligung durch die Landesregierung⁹¹, eine Heimordnung zur Regelung des inneren Betriebs⁹², weiters die ärztliche Aufsicht über jedes Pflegeheim⁹³, die Person des Pflegeheimhygienikers⁹⁴, die Errichtung eines „Ombudrates“⁹⁵ sowie Bestimmungen zur Dokumentation⁹⁶ und zur Verschwiegenheit⁹⁷ vor. Es sollte darüber hinaus zusätzlich festgelegt werden, dass in jedem Heim ausreichendes und geeignetes Pflegepersonal zur Verfügung stehen muss.⁹⁸

Mit Beschluss vom 9.7.1991⁹⁹ stellte die Bundesregierung beim VfGH gem Art 138 Abs 2 B-VG einen Kompetenzfeststellungsantrag. Der VfGH hatte festzustellen, ob die Erlassung einer gesetzlichen Regelung, mit der vom gesundheitlichen Standpunkt aus an Pflegeheime zu stellende Anforderungen getroffen werden, wie es im dem Antrag angeschlossenen Entwurf eines PflegeheimG der Fall ist, in die Zuständigkeit des Bundes oder in die der Länder fällt.

Nachdem der VfGH alle in Frage kommenden Kompetenztatbestände geprüft hatte, und unter Heranziehung der Versteinerungstheorie die Kompetenzen gem Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG (Volkspflegestätten; Heil- und Pflegeanstalten), auf die sich die Bundesregierung berufen hatte, und diejenigen gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG (Angelegenheiten des Gewerbes) sowie gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen) verneint hatte, kam er in seinem Erkenntnis vom 16.10.1992¹⁰⁰ zu folgendem Ergebnis: Die Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebes von Heimen für Personen, die wohl ständiger Pflege, aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen (Pflegeheimen), fällt gem Art 15 Abs 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder.¹⁰¹

⁹⁰ § 1 Entwurf Bundes-PflegeheimG.

⁹¹ §§ 2 bis 6.

⁹² §§ 7, 8.

⁹³ §§ 9 bis 13.

⁹⁴ § 17.

⁹⁵ §§ 18, 19.

⁹⁶ §§ 14, 15.

⁹⁷ §§ 20, 21.

⁹⁸ § 16.

⁹⁹ BReg 27. Session B-Zahl: 351.235/9-I/6/91.

¹⁰⁰ VfGH 16.10.1992, K II-2/91, VfSlg 13.237 = JBl 1993, 382 = ÖJZ 1993/24 (672) = ZfVB 1994/398 (124).

¹⁰¹ Im Spruch formulierter Rechtssatz, kundgemacht gem § 56 Abs 4 VfGG in BGBl 1992/790; nähere Ausführungen zum Inhalt dieses Erkenntnisses und zu den Entscheidungsgründen des VfGH siehe weiter unten S 81 ff.

3. Pflegevereinbarung 1993

Da nunmehr klargestellt war, dass für Pflegeheime keine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, sondern die Erlassung von entsprechenden Normen den Ländern allein obliegt, war man bestrebt, doch einheitliche Vorgaben zu statuieren, damit die Rechtslagen in den einzelnen Bundesländern nicht zu sehr voneinander abweichen. So wurde am 6.5.1993 die so genannte Pflegevereinbarung¹⁰² abgeschlossen. Es handelt sich dabei um einen Gliedstaatsvertrag iSd Art 15a B-VG, den der Bund mit allen Ländern abschloss. Solche Gliedstaatsverträge begründen lediglich Rechte und Pflichten zwischen den abschließenden Parteien (also Bund und Ländern), jedoch keine unmittelbaren Wirkungen für die einzelnen Rechtsunterworfenen. Durch die Pflegevereinbarung sollen österreichweit Mindeststandards für Geld- und Sachleistungen sichergestellt werden. Zu bemerken ist, dass sich die Vereinbarung nicht nur auf den Bereich der Pflegeheime bezieht, sondern für die gesamte Pflegevorsorge im stationären und ambulanten Bereich gilt. Bevor der weitere Entwicklungsverlauf aufgezeigt wird, ist zu statuieren, dass seit diesem Zeitpunkt eine beachtliche rechtliche und auch faktische Entwicklung¹⁰³ im bisher doch stark vernachlässigten Heimbereich stattgefunden hat. In der Schaffung der Pflegevereinbarung kann zu Recht die Grundsteinlegung für die künftige Entwicklung von heimrechtlichen Bestimmungen gesehen werden.

Noch im selben Jahr wurden das Bundespflegegeldgesetz¹⁰⁴ sowie die jeweiligen Landespflegegeldgesetze¹⁰⁵ erlassen, um der Verpflichtung hinsichtlich eines umfassenden und effizienten Geldleistungssystems nachzukommen.¹⁰⁶

¹⁰² Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen samt Anlagen BGBl 1993/866, in Kraft seit 1.1.1994.

¹⁰³ Die auf der Grundlage der Pflegevereinbarung vorgelegten Bedarfs- und Entwicklungspläne der Länder, die die Basis für den Aufbau eines bedarfsgerechten und vernetzten Angebots an Dienstleitungen für pflegebedürftige Personen darstellen, sollten zur Behebung von Versorgungsdefiziten bzw zur Abdeckung der Entwicklungserfordernisse bis spätestens 2010 beitragen. Vgl allgemein dazu *BMAGS*, Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich

– Übersicht über die Bedarfs- und Entwicklungspläne der Länder (1999); *BMSG*, Ausbau der Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich – Zwischenbilanz (2004).

¹⁰⁴ BPGG BGBl 1993/110.

¹⁰⁵ Bgld PGG bgld LGBI 1993/58; Krnt PGG krnt LGBI 1993/76; Nö PGG nö LGBI 1993/47; Oö PGG oö LGBI 1993/64; Sbg PGG sbg LGBI 1993/99; Stmk PGG stmk LGBI 1993/80; VlbG PGG vlbG LGBI 1993/38; Wr PGG wr LGBI 1993/42; Tir PGG tir LGBI 1997/8.

4. Pflegeheimgesetze und -verordnungen der Länder

Schließlich folgten die diversen Pflegeheimgesetze und -verordnungen (zu den SHG) der Länder. Die nähere inhaltliche Darstellung dieser Gesetze ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung, da dieser Abschnitt vor Eingehen auf die Problematik der Freiheitsbeschränkungen nur einen Überblick über die historischen Hintergründe und Entwicklungen vor dem HeimAufG aufzeigen soll. Der Vollständigkeit halber folgt an dieser Stelle eine Aufzählung der landesrechtlichen Bestimmungen (unter Nennung der jeweiligen Stammfassung):

- Steiermärkisches Pflegeheimgesetz stmk LGBI 1994/108; 2003 ersetzt durch stmk LGBI 2003/77
- Kärntner Heimgesetz krnt LGBI 1996/7
- Oberösterreichische Alten- und Pflegeheimverordnung (aufgrund § 37 Abs 9 und 10 Oö SHG oö LGBI 1973/66¹⁰⁷) oö LGBI 1996/29
- Burgenländisches Altenwohn- und Pflegeheimgesetz bgld LGBI 1996/61; Burgenländische Altenwohn- und Pflegeheimverordnung (aufgrund § 4 Abs 4 und § 7 Abs 2 bis 4 Bgld Altenwohn- und Pflegeheimgesetz) bgld LGBI 1998/55
- Salzburger Pflegegesetz sbg LGBI 2000/52
- Niederösterreichische Pflegeheim-Verordnung (aufgrund § 51 Abs 3 Nö SHG nö LGBI 2000/15) nö LGBI 2002/92
- Vorarlberger Pflegeheimgesetz vlbg LGBI 2002/16
- Tiroler Heimgesetz tir LGBI 2005/23 (Anzumerken ist, dass Tirol und Vorarlberg zwar bereits 1993 einen gemeinsamen Entwurf für ein Heimgesetz ausgearbeitet hatten, dieser in weiterer Folge aber nicht umgesetzt wurde.)
- Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz (WWPG) wr LGBI 2005/15; Durchführungsverordnung (betreffend Mindeststandards von Pflegeheimen und Pflegestationen) zum WWPG (gem § 30 WWPG) wr LGBI 2005/31. Wien zählte gemeinsam mit Tirol zu den letzten Bundesländern, die entsprechende Normen erließen. Dass längst dringender Handlungsbedarf bestand, um Strukturmängel zu

¹⁰⁶ Vgl Art 2 Pflegevereinbarung.

¹⁰⁷ Ersetzt durch das neu beschlossene Oö SHG 1998 oö LGBI 1998/82. Nach § 70 Abs 12 Z 3 des neuen Oö SHG gilt die auf der Grundlage der alten Bestimmungen erlassene Oö Alten- und Pflegeheimverordnung als Verordnung aufgrund dieses neuen Landesgesetzes.

beseitigen und Qualitätsstandards für die Pflege zu sichern, zeigte sich etwa im Juli 2003, als Lainz als Folge einer unangemeldeten Überprüfung von zwei Stationen im Pavillon I des GZW abermals mit negativen Schlagzeilen in die Medien kam. Zwei Sachwalter hatten sich zuvor bei der zuständigen Magistratsabteilung 47 über zahlreiche Mängel bei der Pflege und Betreuung der Bewohner beschwert. Als Reaktion auf die aufgezeigten Vorfälle wurde Dr. Werner Vogt zum Wiener Pflegeombudsmann bestellt.¹⁰⁸

Da keine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes vorliegt, besteht in den einzelnen Bundesländern eine oft stark differierende Ausgestaltung, was den Bereich der Errichtung und des Betriebs von Heimen betrifft. Da die den Ausgangspunkt der Landesgesetze bildende Pflegevereinbarung aus 1993 größtenteils rein programmatische Bestimmungen enthält und die meisten Regelungen durch ihre zu allgemeine Formulierung nicht ausreichend konkretisiert sind, wäre es im Sinne der Rechtseinheitlichkeit angebracht, sie neu zu überarbeiten, um dort umfassendere inhaltliche Vorgaben für die landesrechtlichen Normen zu determinieren.¹⁰⁹ Dies setzt wiederum die Bereitschaft zum Konsens seitens aller Bundesländer voraus, was mitunter nicht einfach ist, da jedes Land seinen Strukturen entsprechende Regelungen setzen möchte, ohne dabei durch zu restriktive Vorgaben eingeengt zu sein. Mit gutem Willen sollte es mE aber unter gleichmäßiger Berücksichtigung aller Länderinteressen möglich sein, gemeinsam in eine Richtung hinzuarbeiten, damit die Bestimmungen im Pflegeheimbereich von Land zu Land nicht zu sehr auseinandergehen.

Im Jahr 2004 wurden letztendlich zwei bedeutende, schon seit einiger Zeit geforderte Gesetze beschlossen, die nun den Kreis der Vorschriften auf dem Gebiet des Pflege- und Heimrechts vervollständigen: das Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG BGBl I 2004/11) und das Heimvertragsgesetz (HVerG BGBl I 2004/12).

¹⁰⁸ Vgl. *Jilge/Pfabigan*, Einblicke und Ausblicke 318 f; detaillierte Hintergrundinformationen bei *Vogt*, Reise in die Welt der Altenpflege – Ein kritisches Tagebuch (2005) 16 ff.

¹⁰⁹ Vgl. auch *Ganner*, *SozSi* 1997, 946.

E. Entstehungsprozess des HeimAufG

Vor allem seit dem Abschluss der Pflegevereinbarung im Jahr 1993 war man sehr bemüht, die unbefriedigende Situation im Bereich des Heimrechts im Sinne der Rechtssicherheit sowie der Verankerung eines umfassenden rechtsstaatlichen Schutzes zu verbessern. Nachdem schließlich nach und nach die einzelnen Bundesländer diverse Pflegeheimgesetze und -verordnungen erlassen hatten, waren bis vor kurzem die Bereiche des Heimvertragsrechts und des Schutzes der persönlichen Freiheit nach wie vor nicht in ausreichendem Maß gesetzlich festgeschrieben.

1. Politische Erwägungen ab den 1990er Jahren

In der Politik hat man dem Thema der Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behinderteneinrichtungen und somit dem Problem der rechtlichen „Grauzone“ trotz der allmählich nun doch erfolgenden Auseinandersetzung in der Literatur nicht ausreichend Beachtung geschenkt. Die Analyse der Koalitionsabkommen zeigt Folgendes: Unter dem Punkt „Justiz“ wurde erstmals 1994¹¹⁰ und dann schließlich auch 1996¹¹¹ zwar erwähnt, dass das Pflegschaftsrecht mit dem Ziel eines Ausbaus der Personensorge für Pflegebefohlene reformiert werden solle und dazu auch eine Weiterentwicklung des Sachwalterrechts im Interesse psychisch kranker und geistig behinderter Menschen gehöre. Die Lösung des Problemkreises der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Heimen im nahezu rechtsfreien Raum wurde aber nicht dezidiert angesprochen. Gleiches gilt für das Koalitionsabkommen 2000.¹¹² Hier war kein entsprechender Punkt enthalten, obwohl letztlich doch noch in dieser 21. GP ein Ministerialentwurf betreffend ein HeimAufG

¹¹⁰ *Bundespressdienst*, Arbeitsübereinkommen zwischen der Sozialdemokratischen Partei Österreichs und der Österreichischen Volkspartei 29.11.1994, Österreich Dokumentation (1994) 10 = Götz, Das Koalitionsübereinkommen 1994 und seine Entstehung, in *Kohl/Ofner/Stirnemann* (Hrsg), Österreichisches Jahrbuch für Politik 1994 (1995) 723 (730 ff).

¹¹¹ *Bundesregierung*, Koalitionsübereinkommen zwischen der Sozialdemokratischen Partei Österreichs und der Österreichischen Volkspartei 11.3.1996, Mitarbeiter-Magazin 20. Jahrhundert 1996/3, 38.

¹¹² *Bundesregierung*, Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die 21. Gesetzgebungsperiode 4.2.2000, <http://www.bundesregierung.at/2004/4/7/Regprogr.pdf> (31.10.2011).

vorgelegt wurde. Erst im Regierungsprogramm für die 22. GP (2003-2006)¹¹³ findet sich dann unter dem Punkt „Justiz“ das Anliegen eines geplanten Heimaufenthaltsgesetzes. Als Anmerkung dazu wird die Sicherung der Patientenrechte in Alten- und Behindertenheimen durch Kontrolle freiheitsbeschränkender Maßnahmen, die zum Schutz des Heimbewohners unter ärztlicher Anordnung getroffen werden, angeführt. Die nun in diesem Regierungsprogramm erfolgte Nennung war zu erwarten und zu diesem Zeitpunkt insofern nicht überraschend, als ja bereits im August 2002 ein entsprechender Ministerialentwurf dem Nationalrat zum Begutachtungsverfahren zugeleitet worden war¹¹⁴.

Auf der Suche nach adäquaten Lösungen stand längere Zeit auch die Schaffung einer entsprechenden Regelung im Rahmen einer Reform des Sachwalterrechts im Raum. Ein 1998 vom BMJ erstellter Diskussionsentwurf¹¹⁵ zur Abänderung des Sachwalterrechts wurde jedoch heftig kritisiert. *Ramharter* führt dazu aus, dass dieser Entwurf, der ua die Aufenthaltsbestimmung ohne und gegen den Willen Pflegebedürftiger hätte regeln sollen, „im Anhörungsverfahren von den Teilnehmern derart zerpfückt wurde, dass nicht einmal eine Linie erkennbar geblieben ist, in welche Richtung sich die Reform künftig bewegen soll“¹¹⁶. Eine derart zwangsbehaftete Befugnis des Sachwalters wäre mit der Gefahr eines Schritts zurück in das alte Entmündigungsverständnis verbunden und außerdem für das Gericht auch nur schwer kontrollierbar.¹¹⁷ Dass man über die Neugestaltung des Sachwalterrechts eine den grundrechtlichen Anforderungen bestmöglich entsprechende Regelung hätte schaffen können, bleibt rückblickend zu bezweifeln. Schließlich ist man davon zugunsten der später in der Form des HeimAufG getroffenen Normierung ohnehin wieder abgekommen.

¹¹³ *Bundesregierung*, Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die 22. Gesetzgebungsperiode 28.2.2003, <http://www.bundesregierung.at/2004/4/7/Regierprogr28.2.03.pdf> (31.10.2011) 10.

¹¹⁴ Siehe unten S 45.

¹¹⁵ JMZ 4.973/21-I/1998.

¹¹⁶ *Ramharter*, Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen nach der derzeitigen Rechtslage; ist eine Gesetzesänderung erforderlich? ÖJZ 2001, 592 (594 bei FN 9).

¹¹⁷ So *Müller*, Zulässigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Pflegeeinrichtungen, http://www.geronto.at/Artikel/Recht/freiheitsentzug/hauptteil_freiheitsentzug.html (16.8.2006).

2. Bericht des Vereins für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft

Im April 1999 übermittelte der Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft an den Bundesminister für Justiz Dr. Michalek einen Bericht¹¹⁸ über die Erfahrungen und Beobachtungen der Vereinssachwalter betreffend Freiheitsbeschränkungen in Behinderteneinrichtungen, Alten- und Pflegeheimen.

Der Bericht umfasst zwar nicht alle Heime flächendeckend, sondern nur jene, in denen Vereinssachwalter Klienten haben. Dennoch lassen sich daraus ungefähre quantitative Aussagen ableiten. Es zeigt sich, dass in allen Bundesländern „Zwangmaßnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit und im Rahmen von Heilbehandlungen behinderter Personen Teil der Wirklichkeit in Heimen und Einrichtungen sind“¹¹⁹. Als Rechtfertigung für freiheitsbeschränkende Maßnahmen wurden von den Heimleitungen und den Pflegebediensteten unterschiedliche, oft mehr oder weniger zweifelhafte Argumente angeführt, wie (angebliche) medizinische Notwendigkeit, übertriebener „Selbstschutz für den Betroffenen“, Ausübung der Fürsorge- oder Aufsichtspflicht der Einrichtung gegenüber den Bewohnern und Zwang als pädagogische Maßnahme¹²⁰. Die in der Praxis am häufigsten genannten Gründe für Beschränkungen sind Schwindel, Sturzgefahr, Unruhe, Sicherung von Sonden, Gehunfähigkeit, Verhindern des Weglaufens von Patienten mit zu großem Bewegungsdrang und von verwirrten Patienten, Suizidgefahr und Schutz der Mitbewohner.¹²¹ Die daraufhin ergriffenen Maßnahmen reichen von verschlossenen Zimmertüren und Ausgängen, komplizierten Türöffnungsvorrichtungen, elektronischen Sendern und Chips für einzelne Kleidungsstücke mit Rückholung nach ausgelöstem Alarm über Bettgitter, in seltenen Fällen Netzbetten, Fixierungen an Sesseln, Rollstühlen und in Betten bis hin zu sedierender Medikation. Besonders problematisch ist die Tatsache, dass etliche der angeführten Einrichtungen durch

¹¹⁸ *Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft*, Im rechtsfreien Raum... (1999), auch veröffentlicht auf der Homepage des Vereins unter http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/1_SERVICE_Publikationen/Im_rechtsfreien_Raum_02.pdf (31.10.2011).

¹¹⁹ *VSP*, Im rechtsfreien Raum 4.

¹²⁰ Vgl zB den Fall einer geistig behinderten Person (autistische Enzephalopathie, psychoorganisches Syndrom), die aggressives Verhalten zeigte, bei *VSP*, Im rechtsfreien Raum 10 f; Sperre in ein Netzbett „zur Strafe“ nach unerwünschten Verhaltensweisen, *VSP*, ibid 30.

¹²¹ Dazu *VSP*, Im rechtsfreien Raum 44 (als Beispiel für viele).

fehlende personelle Ressourcen keinen alternativen Weg zur Vornahme von den Arbeitsablauf des Personals vereinfachenden Beschränkungen der Pfleglinge sahen.¹²² Trotz zahlreicher Kritikpunkte bei einigen Heimen gab es aber zum Erhebungszeitpunkt auch Einrichtungen, die bereits damals einen hohen Bewusstseinsstand hinsichtlich des Schutzes der persönlichen Freiheit hatten und sehr um Alternativlösungen im Interesse der Sicherung und Erhaltung der Lebensqualität der Bewohner bemüht waren, wie das Beispiel von Heimen im Gebiet der Geschäftsstelle Korneuburg zeigt.¹²³

Die Ausführungen des VSP fallen in die Zeit der Diskussion über die damals geplante Novellierung des Sachwalterrechts, wonach dem Sachwalter weit reichende Befugnisse zum Eingriff in Persönlichkeitsrechte¹²⁴ übertragen werden sollten. Dieser Ansatz, gegen den sich auch der VSP ausgesprochen hatte¹²⁵, wurde – wie zuvor schon angesprochen – letztlich nicht verwirklicht. Die Umsetzung eines solchen Entwurfs hätte eine gesetzlich festgeschriebene Rückkehr zu freiheitsentziehenden Maßnahmen durch den Sachwalter bedeutet, von denen man sich ja bereits seit der Schaffung des UbG abgewandt hatte. Selbst wenn man die Ausgestaltung der Bestimmungen unter Einhaltung der grundrechtlichen Vorgaben des PersFrG vorgenommen hätte, wäre dennoch zu kritisieren gewesen, dass der Staat somit Privatpersonen im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts und weiterer freiheitsbeschränkender Maßnahmen Befugnisse übertragen hätte, die ansonsten im Rahmen der Hoheitsverwaltung wahrgenommen werden (vgl Straf-, Maßnahmen- und Unterbringungsrecht). Gefordert wurde vielmehr eine Regelung in Anlehnung an die Bestimmungen und Schutzstandards des UbG, eine Art „UbG-light“ bzw „Heim-UbG“.¹²⁶

¹²² VSP, Im rechtsfreien Raum 8, 14, 17, 26, 39 und 44.

¹²³ Vgl VSP, Im rechtsfreien Raum 16 ff.

¹²⁴ Zwangsweise Verbringung ins Pflegeheim und Zustimmung zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen. Die Maßnahmen sollten dann im pflegschaftsgerichtlichen Verfahren überprüft und bei Rechtmäßigkeit genehmigt werden.

¹²⁵ Näheres bei VSP, Im rechtsfreien Raum 43 und 45 f.

¹²⁶ So zB Ramharter, ÖJZ 1995, 860; Ramharter, ÖJZ 1997, 264; VSP, Im rechtsfreien Raum 46; Zierl, Zum Freiheitsentzug in Altenheimen, ÖJZ 2000, 753 (761); Ramharter, ÖJZ 2001, 595.

3. SPÖ-Entwurf eines Bundes-Heimvertragsgesetzes

Den ersten Schritt in Richtung HeimAufG setzte die SPÖ mit einem Entwurf für ein Bundesgesetz über ein Bundes-Heimvertragsgesetz. Der von der sozialdemokratischen Fraktion am 27.4.2000 im Nationalrat eingebrachte Initiativantrag¹²⁷ scheiterte jedoch letztlich ua wegen kompetenzrechtlicher Bedenken an der dafür erforderlichen parlamentarischen Mehrheit. Es war bereits ein Unterausschuss des Justizausschusses¹²⁸ eingesetzt worden¹²⁹, in dem von September 2001 bis Mai 2002 mehrere Vorbehandlungen der Materie durchgeführt wurden, als dann doch die Vorlage für ein einheitliches Gesetz wieder erheblich verändert und in ein HVerG (in der Form von in das KSchG einzufügenden Bestimmungen) und ein neu zu schaffendes HeimAufG gesplittet wurde.

Der Antrag der SPÖ-Fraktion vom April 2000 hatte demgegenüber die Schaffung eines eigenen Gesetzes vorgesehen, dessen Hauptgegenstand die Regelung der vertragsrechtlichen Beziehungen zwischen Heimträgern und Bewohnern bilden sollte. Dieser Gesetzesentwurf erwähnte auch erstmals explizit das Problem der Freiheitsbeschränkungen in Heimen. § 9 über den Persönlichkeitsschutz von Heimbewohnern sah in einer Art Grundsatzbestimmung (Abs 1) vor, dass der Heimträger die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts (insb die §§ 16, 17 ABGB) ebenso zu achten habe wie die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte sowie straf- und verwaltungsrechtliche Schutzbestimmungen. Abs 2 listete in einer demonstrativen Aufzählung die vom Heimträger zu gewährleistenden Rechte auf, wobei an erster Stelle unter Z 1 „das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit; freiheitsbeschränkende Maßnahmen dürfen nur nach Maßgabe gesetzlicher Vorschriften gesetzt werden“ genannt wurde. Abs 3 lautete: „Vereinbarungen über freiheitsbeschränkende Maßnahmen können nicht Gegenstand des Heimvertrags sein.“ In § 10 Abs 2 wurde die Möglichkeit vorgesehen, dass „weitergehende Regelungen betreffend die Mitbestimmung und den Persönlichkeitsschutz in Heimen für alte oder pflegebedürftige oder behinderte Heimbewohner in einer Ausführungsverordnung zu regeln sind“. Darüber hinausgehende Vorschriften fanden

¹²⁷ Antrag der Abgeordneten Dr. Peter Kostelka, Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz über ein Bundes-Heimvertragsgesetz, 139/A 21. GP.

¹²⁸ 4/A-JU 21. GP.

¹²⁹ Siehe Parlamentskorrespondenz vom 21.6.2001, Nr 479.

sich zwar nicht, doch war das grundlegende Ansprechen¹³⁰ dieser bislang vernachlässigten Problematik ein wesentlicher Schritt zur baldigen Schaffung der für Rechtsschutz und Rechtssicherheit dringend notwendigen Regelungen.

4. Entschließungsantrag der Grünen

Am 30.1.2002 langte im Nationalrat ein Entschließungsantrag¹³¹ der Grünen betreffend eine bundesweite Regelung zu Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen ein, der dem Justizausschuss zur Behandlung zugewiesen wurde. In diesem Antrag wurde der Bundesminister für Justiz aufgefordert, dem Nationalrat bis 30.6.2002 eine Regierungsvorlage für eine bundesweite Regelung betreffend Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen vorzulegen. Anlass für den Entschließungsantrag war der bevorstehende Beschluss des Vorarlberger Landtags über ein Pflegeheimgesetz¹³², das ua Bestimmungen über Freiheitsbeschränkungen enthalten sollte, die jedoch nach Ansicht der einbringenden Fraktion keine ausreichenden staatlichen Schutz- und Vorsorgepflichten enthielten, „da weder eine verpflichtende Kontrolle noch eine ex lege-Vertretung der BewohnerInnen vorgesehen sind“¹³³.

5. Vom VlbG PflegeheimG bis zum Ministerialentwurf für ein HeimAufG

Bevor das Bundesministerium für Justiz schließlich im August 2002 einen Entwurf für ein entsprechendes Bundesgesetz über Freiheitsbeschränkungen in Heimen vorlegte, musste noch die Zuständigkeit nach der Kompetenzverteilung des B-VG geklärt werden. Am 17.4.2002 trat nämlich das neue Vorarlberger Pflegeheimgesetz¹³⁴ in Kraft, welches erstmals konkrete gesetzliche Regelungen hinsichtlich des Freiheitsentzugs in Heimen vorsah. § 12 VlbG PflegeheimG unterschied zwischen bloßen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit und denjenigen

¹³⁰ Vgl dazu auch die Anmerkungen zu Art I in den Erläuternden Bemerkungen zu 139/A 21. GP.

¹³¹ Antrag der Abgeordneten Dr. Kurt Grünwald, Kolleginnen und Kollegen betreffend bundesweite Regelung zu Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen, 593/A (E) 21. GP.

¹³² Näheres zum VlbG PflegeheimG im Zusammenhang mit der Kompetenzfrage; siehe dazu S 85 f.

¹³³ 593/A (E) 21. GP.

¹³⁴ VlbG LGBl 2002/16.

Beschränkungen, die mit einem Freiheitsentzug verbunden sind, welche im Gesetz weiters als freiheitsentziehende Maßnahmen bezeichnet wurden. Für beide Fälle wurden materielle und formelle Voraussetzungen festgelegt. Gem § 13 leg cit bestand für die in ihrem Recht auf persönliche Freiheit verletzten Bewohner die Möglichkeit, den UVS anzurufen.

Die Bundesregierung sah in diesen Bestimmungen einen Verstoß gegen die bundesstaatliche Kompetenzverteilung und fasste daher am 4.6.2002 den Beschluss, gem Art 140 Abs 1 zweiter Satz B-VG den Antrag an den VfGH zu stellen, bestimmte Teile des VlbG PflegeheimG als verfassungswidrig aufzuheben.¹³⁵ Sie stützte sich in ihrer Argumentation auf die Bundeszuständigkeiten nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) und Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen). Die Zuständigkeit zur Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebs von Heimen für Personen, die wohl ständiger Pflege, aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen, liegt gem Art 15 Abs 1 B-VG bei den Ländern. Dies wurde mit Erkenntnis des VfGH vom 16.10.1992¹³⁶ eindeutig festgestellt. Nach der Ansicht der Bundesregierung umfasst diese Zuständigkeit jedoch nicht die Regelung freiheitsbeschränkender Maßnahmen. Durch die Befassung des VfGH mit dieser Fragestellung sollte darüber endgültig Klarheit geschaffen werden.

Zwei Monate später kam es am 1.8.2002 zur Aussendung eines Ministerialentwurfs¹³⁷ des Bundesministeriums für Justiz für ein Bundesgesetz, mit dem das Konsumentenschutzgesetz und das Produkthaftungsgesetz geändert werden und mit dem ein Bundesgesetz über Freiheitsbeschränkungen in Heimen und ähnlichen Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) erlassen wird. Der Ministerialentwurf langte am 23.8.2002 im Präsidium des Nationalrates¹³⁸ ein und wurde dem Begutachtungsverfahren zugeleitet, wobei eine Begutachtungsfrist bis 15.10.2002 vorgesehen war, in der 13 Stellungnahmen eintrafen. Bis 27.1.2003 (letztes Einlangungsdatum) wurden weitere 25 Stellungnahmen dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

¹³⁵ Vgl VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1132).

¹³⁶ VfGH 16.10.1992, K II-2/91, VfSlg 13.237 = JBl 1993, 382 = ÖJZ 1993/24 (672) = ZfVB 1994/398 (124).

¹³⁷ BMJ GZ 7.054/62-I.2/2002.

¹³⁸ 366/ME 21. GP.

6. Begutachtungsverfahren

a) *Stellungnahmen zum Ministerialentwurf*¹³⁹

Folgende Einrichtungen, Personen und Behörden bezogen zum ME Stellung.¹⁴⁰

1/SN – 366/ME 21. GP:	BMSG
2/SN – 366/ME 21. GP:	Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Univ.-Prof. Dr. Schauer
3/SN – 366/ME 21. GP:	Rechnungshof
4/SN – 366/ME 21. GP:	Amt der Tiroler Landesregierung
5/SN – 366/ME 21. GP:	Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft
6/SN – 366/ME 21. GP:	BMF
7/SN – 366/ME 21. GP:	Amt der Niederösterreichischen Landesregierung
8/SN – 366/ME 21. GP:	Pro mente Oberösterreich
9/SN – 366/ME 21. GP:	Gewerkschaft Öffentlicher Dienst
10/SN – 366/ME 21. GP:	IfS – Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft
11/SN – 366/ME 21. GP:	Verein für Konsumenteninformation
12/SN – 366/ME 21. GP:	Bund Österreichischer Frauenvereine
13/SN – 366/ME 21. GP:	Österreichischer Rechtsanzwaltskammertag
14/SN – 366/ME 21. GP:	Lebenshilfe Österreich
15/SN – 366/ME 21. GP:	BMSG
16/SN – 366/ME 21. GP:	BMaA
17/SN – 366/ME 21. GP:	BMBWK
18/SN – 366/ME 21. GP:	Amt der Wiener Landesregierung
19/SN – 366/ME 21. GP:	Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs
20/SN – 366/ME 21. GP:	Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation
21/SN – 366/ME 21. GP:	Österreichische Bischofskonferenz
22/SN – 366/ME 21. GP:	Österreichische Notariatskammer

¹³⁹ Im Folgenden: ME; siehe auch FN142.

¹⁴⁰ Die Aufzählung erfolgt in der Reihenfolge des Einlangens im Präsidium des Nationalrates.

- 23/SN – 366/ME 21. GP: Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der
HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs
- 24/SN – 366/ME 21. GP: Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs
- 25/SN – 366/ME 21. GP: ÖAMTC
- 26/SN – 366/ME 21. GP: Österreichischer Städtebund
- 27/SN – 366/ME 21. GP: OGH
- 28/SN – 366/ME 21. GP: Univ.-Prof. Dr. Rudolf Forster
- 29/SN – 366/ME 21. GP: Amt der Kärntner Landesregierung
- 30/SN – 366/ME 21. GP: Österreichisches Rotes Kreuz
- 31/SN – 366/ME 21. GP: ARGE PDL der stationären geriatrischen Einrichtungen
- 32/SN – 366/ME 21. GP: Österreichische Ärztekammer
- 33/SN – 366/ME 21. GP: Österreichischer Seniorenrat (Bundesaltenrat
Österreichs)
- 34/SN – 366/ME 21. GP: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte
- 35/SN – 366/ME 21. GP: Wirtschaftskammer Österreich, Fachverband für
Unternehmensberatung und Informationstechnologie
- 36/SN – 366/ME 21. GP: Amt der Vorarlberger Landesregierung
- 37/SN – 366/ME 21. GP: Bundeskanzleramt
- 38/SN – 366/ME 21. GP: Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich
zertifizierten Sachverständigen Österreichs

b) Analyse der Stellungnahmen

i) Allgemeines

Der Verein für Konsumenteninformation, der ÖAMTC und die Wirtschaftskammer bezogen sich in ihren Schreiben aufgrund der persönlichen Sachnähe lediglich auf Art I (Änderung des KSchG) und Art II (Änderung des PHG) des Entwurfs. Andere¹⁴¹ wiederum begrüßten bloß die Schaffung der vorgesehenen Regelungen zum Heimaufenthalt und erteilten allgemein Zustimmung, nahmen aber nicht näher zu den einzelnen Bestimmungen Stellung. Im Großteil der eingetroffenen Stellungnahmen waren zahlreiche positive Ideen und konstruktive

¹⁴¹ Bund Österreichischer Frauenvereine, Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, BMBWK und Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs.

Verbesserungs- bzw Abänderungsvorschläge enthalten, die zum Teil tatsächlich beachtet wurden und Eingang in die schließlich erstellte Regierungsvorlage fanden. Generell zeigt sich, dass trotz punktuell geübter Kritik das Gesetzesvorhaben insgesamt sehr positiv aufgenommen wurde.

Die jeweils überarbeiteten Bestimmungen werden in dieser Arbeit im Rahmen der Behandlung der geltenden Fassung des HeimAufG an den entsprechenden Stellen ausführlich betrachtet. Trotzdem sei bereits jetzt auf die aufgrund des Begutachtungsverfahrens und der daran anschließenden Diskussionen durchgeführten Änderungen bei der nachfolgenden Anführung der einzelnen Kritikpunkte kurz hingewiesen.

Als Hauptkritikpunkte kristallisierten sich folgende Elemente heraus:

- Anwendungsbereich und Definition der Freiheitsbeschränkung
- geringeres Gefährdungskriterium als im UbG (konkrete versus ernstliche und erhebliche Gefährdung)
- Anordnungsbefugnis
- Form der Aufklärung des Bewohners und der Verständigung der im Gesetz genannten Personen
- Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis bei der Bewohnervertretung
- Antrag versus Amtswegigkeit bei der Überprüfung durch das Gericht
- fakultativer versus obligatorischer Sachverständiger
- Frist für die höchstzulässige Dauer einer mit gerichtlichem Beschluss für zulässig erklärten Freiheitsbeschränkung

ii) *Anwendungsbereich (§ 1 ME¹⁴²)*

Zum in § 1 Abs 1 festgelegten Anwendungsbereich wurde va in den Stellungnahmen der Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, des Dachverbands der ARGE Heimleiter, des Roten Kreuzes, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte und des Österreichischen Städtebunds kritisiert, dass der Anwendungsbereich zu eng gefasst sei und auf die Bereiche Tagespflegeeinrichtungen und andere teilstationäre Betreuungsformen,

¹⁴² Alle in Punkt 6 zitierten Paragraphen ohne weitere Bezeichnung sind solche des ME zum HeimAufG.

Krankenanstalten allgemein, Pflegeanstalten für chronisch Kranke iSd § 2 Abs 1 Z 4 KAKuG, Nachsorgeeinrichtungen, mobile Dienste sowie Hauskrankenpflege erweitert werden müsse, weil hier ebenfalls Situationen auftreten könnten, die Freiheitsbeschränkungen erforderlich machen. Mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen sollte eine möglichst umfangreiche Regelung geschaffen werden, die nicht einzelne Bereiche weiterhin im mehr oder weniger rechtsfreien Raum belässt. Pro mente Oberösterreich¹⁴³ übte zB auch allgemein Kritik an der Formulierung des Geltungsbereichs, da nicht zweifelsfrei ersichtlich sei, welche Einrichtungen unter den Anwendungsbereich fallen. Für die Wiener Landesregierung¹⁴⁴ stellte sich die Frage, ob nun stationäre Einrichtungen für medizinische Maßnahmen der Rehabilitation generell ausgenommen seien¹⁴⁵ oder ob das Gesetz doch gelten solle, falls sich diese Einrichtungen (ausschließlich) um alte, pflegebedürftige oder behinderte Menschen kümmern. Die Fassung des ME warf also zahlreiche Fragen auf.

Die im Zuge der Überarbeitung des ME erfolgte Neuformulierung des Anwendungsbereichs ist klarer als die Version des ME und erfasst jetzt zusätzlich heimähnlich organisierte oder an Heime angeschlossene Tagesbetreuungseinrichtungen zur ständigen Pflege und Betreuung alter Menschen. Seit der im Juni 2006 erfolgten Novellierung¹⁴⁶ des HeimAufG bezieht sich der Anwendungsbereich darüber hinaus auf Einrichtungen der nicht-stationären Behindertenhilfe. Hinsichtlich Krankenanstalten¹⁴⁷ wurde eine personenbezogene Regelung getroffen. Nicht entsprochen wurde der Forderung, Nachsorgeeinrichtungen und mobile Betreuungsdienste auch in den Anwendungsbereich hineinzunehmen.

Die Definition der Freiheitsbeschränkung in § 1 Abs 2 wurde aufgrund mehrfacher Änderungsvorschläge ebenfalls neu gefasst und ist nun gelungener, weil durch die Umformulierung¹⁴⁸ zuvor geäußerte Bedenken ausgeräumt und aufgeworfene Fragen geklärt werden konnten.

¹⁴³ 8/SN – 366/ME 21. GP 1.

¹⁴⁴ 18/SN – 366/ME 21. GP 3.

¹⁴⁵ Wie es sich etwa aus den Erläuterungen zu § 1 Abs 1 ergibt; vgl dazu 366/ME 21. GP 24.

¹⁴⁶ Siehe weiter unten S 61 ff.

¹⁴⁷ Davon sind auch Pflegeanstalten für chronisch Kranke und Spitalsabteilungen in Pflegeheimen erfasst.

¹⁴⁸ So kam es etwa zur Streichung der Wortfolge „oder auf andere Weise“.

iii) *Gefährungskriterium (§ 2 ME)*

In etlichen Stellungnahmen¹⁴⁹ wurde die im ME festgelegte Qualifikation des Gefährungskriteriums kritisiert: Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung – nämlich die einer „konkreten Gefährdung“ – im HeimAufG geringer sein solle als jene des UbG, wo das Vorliegen einer „ernstlichen und erheblichen Gefährdung“¹⁵⁰ gefordert wird. Auch die Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft betonten in ihrer Stellungnahme¹⁵¹, dass es selbst unter Berücksichtigung der Unterschiede zwischen Heimaufenthalt und psychiatrischer Unterbringung keine sachliche Rechtfertigung für unterschiedliche Kriterien der Selbst- oder Fremdgefährdung gäbe.

Unter logischen Gesichtspunkten ebenfalls nicht nachvollziehbar ist mE die widersprüchliche Begründung in den Erläuterungen¹⁵². Dort wird behauptet, dass die zwangsweise Einweisung bzw Anhaltung psychisch Kranker, bei der es um eine rasche polizeiliche und psychiatrische Intervention bei selbst- oder fremdgefährlichen Kranken geht, die sich in der Regel nicht bereits in der Anstalt aufhalten, ein erhöhtes Gefahrenpotential erfordert. Dem ist an sich nichts entgegenzuhalten. Nicht einzusehen sind jedoch die nachfolgenden Ausführungen, die davon ausgehen, dass allein Aspekte der Fürsorge sowie besondere pflegerische Bedürfnisse für alte, pflegebedürftige oder behinderte Menschen, die sich bereits auf Dauer in einer unter das HeimAufG fallenden Einrichtung befinden, eine solch unterschiedliche Regelung des Gefährungskriteriums erfordern und rechtfertigen. Die Tatsache, dass die betreffenden Personen sich freiwillig in einem Heim oder einer ähnlichen Einrichtung aufhalten, kann für den Fall, dass Beschränkungen der Freiheit unerlässlich werden sollten, ebenso wenig ein Argument für die hier vorgesehene Differenzierung sein wie die angeführten pflegerischen Aspekte.

Den Anregungen zufolge wurde somit statt einer „konkreten Gefährdung“ die Voraussetzung einer „ernstlichen und erheblichen Gefährdung“ in § 4 Z 1 HeimAufG festgeschrieben, um damit den rechtsstaatlichen Erfordernissen gerecht zu werden.

¹⁴⁹ IfS – Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP 4; Forster, 28/SN – 366/ME 21. GP 1; Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 34/SN – 366/ME 21. GP 8.

¹⁵⁰ Vgl § 3 Z 1 UbG.

¹⁵¹ 5/SN – 366/ME 21. GP 12.

¹⁵² 366/ME 21. GP 25.

Weiters ist anzumerken, dass die Verwendung des unbestimmten Begriffs „konkret“ die Frage aufgeworfen hätte, was denn nun genau unter einer „konkreten Gefährdung“ iSd HeimAufG zu verstehen sei. Bei der Auslegung der Wortfolge „ernstliche und erhebliche Gefährdung“ kann hingegen auf die dazu schon gefestigte Judikatur zum UbG¹⁵³ zurückgegriffen werden.

iv) *Anordnungsbefugnis (§ 3 Abs 1 ME)*

Im Zuge des Gesetzwerdungsprozesses zu überdenken waren auch die formalen Voraussetzungen der Vornahme einer Freiheitsbeschränkung, insb wer tatsächlich zur Anordnung befugt sein sollte. Der Entwurf sah in § 3 Abs 1 vor, dass die Anordnungsbefugnis bei der Pflegeleitung bzw ihrem Vertreter liegen sollte. Nur wenn eine Beschränkung voraussichtlich auf Dauer oder regelmäßig erforderlich sein würde, sollte auch das Zeugnis eines Facharztes für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie über das Vorliegen der Voraussetzungen eingeholt werden müssen.

Da die Neuformulierung dieser Bestimmung durch die Regierungsvorlage noch immer nicht alle Fragen vollständig ausräumen konnte, sind die unterschiedlichen Positionen dazu etwas ausführlicher darzulegen.

Die Niederösterreichische Landesregierung¹⁵⁴ schlug in ihrer Stellungnahme vor, dass derartige Beschränkungen grundsätzlich nur von einem Arzt angeordnet werden sollten, während die Wiener Landesregierung¹⁵⁵ die Meinung vertrat, dass lediglich dort, wo ein permanenter ärztlicher Dienst existiere, die Anordnung durch die ärztliche Leitung der betreffenden Einrichtung zu erfolgen habe.

Von Seiten der Vereine für Sachwalterschaft und Patientenadvokatur¹⁵⁶ wurde angeregt, das Zeugnis von einem externen Sachverständigen einzuholen, der nicht zwingend Arzt sein müsse, sondern auch Sonder- und Heilpädagoge oder eine zur selbständigen Berufsausübung berechnete Pflegefachkraft sein könne. Weiters sei bei der Ausgestaltung des § 3 Abs 1 übersehen worden, dass im Fall einer medikamentösen Beschränkung eine Anordnung durch die Pflegeleitung den

¹⁵³ Siehe zB *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) 37 f Rz 103 ff mwN.

¹⁵⁴ 7/SN – 366/ME 21. GP 3.

¹⁵⁵ 18/SN – 366/ME 21. GP 4.

¹⁵⁶ 5/SN – 366/ME 21. GP 15.

berufsrechtlichen Vorschriften¹⁵⁷ widerspreche, weil dies ausschließlich der ärztlichen Anordnung vorbehalten sei.¹⁵⁸

Ausführliche Anregungen kamen auch vom BMSG, welches eine nähere Präzisierung hinsichtlich des Kreises der Anordnungsbefugten forderte, va die Klarstellung, dass mit dem Begriff der „Pflegeleitung“ wohl nur die Pflegedienstleitung gemeint sein könne.¹⁵⁹ Schließlich ergibt sich aus den zu beachtenden berufsrechtlichen Vorschriften, dass die Leitung der Pflege und Betreuung den Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege mit entsprechender Sonderausbildung für Führungsaufgaben vorbehalten ist.¹⁶⁰ Außerdem müsse laut BMSG in allen Fällen zwingend die Diagnose eines Arztes vor Anordnung durch die Pflegedienstleitung vorliegen, weil nur ein Arzt das Vorliegen einer psychischen Krankheit und die damit zusammenhängende Selbst- oder Fremdgefährdung verlässlich feststellen könne.

Der Dachverband der ARGE Heimleiter¹⁶¹ ging überhaupt davon aus, dass nur der behandelnde Arzt eine Beschränkung anordnen dürfe, nachdem die Diagnose der psychischen Krankheit bekanntlich ebenfalls nur von einem Arzt gestellt werden könne.

Unter Heranziehung derselben Argumentation verlangte die ÖÄK die ausnahmslose zwingende Einholung eines ärztlichen Zeugnisses vor jeder Freiheitsbeschränkung. Die Ausgestaltung von § 3 Abs 1 war nach Meinung der ÖÄK klar gesetzwidrig. Das ärztliche Zeugnis könne allerdings auch von einem Arzt für Allgemeinmedizin stammen.¹⁶²

Einige der vorgebrachten Anregungen sowie Kritikpunkte wurden letztlich berücksichtigt und es entstand ein zur Gänze neu formulierter § 5 HeimAufG, der die Anordnungsbefugnis komplett umstrukturierte.¹⁶³ Nach dem In-Kraft-Treten des HeimAufG stellte sich jedoch auch diese veränderte Ausgestaltung der Anordnungsbefugnis in der praktischen Handhabung als problematisch dar, sodass im

¹⁵⁷ Vgl § 2 ÄrzteG und § 15 GuKG (mitverantwortlicher Tätigkeitsbereich).

¹⁵⁸ So auch BMSG 15/SN – 366/ME 21. GP 4.

¹⁵⁹ 15/SN – 366/ME 21. GP 3; vgl auch 30/SN – 366/ME 21. GP 2, in der das ÖRK den Begriff „Pflegeleitung“ als nicht eindeutig genug definiert kritisiert.

¹⁶⁰ Vgl §§ 17 Abs 4 und 26 GuKG.

¹⁶¹ 23/SN – 366/ME 21. GP 4.

¹⁶² 32/SN – 366/ME 21. GP 2.

¹⁶³ Details zu § 5 HeimAufG siehe unten S 159 ff.

Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 neuerlich eine Umformulierung des § 5 HeimAufG vorgenommen wurde.¹⁶⁴

v) *Form bei Aufklärung und Verständigung (§ 3 Abs 3 ME)*

Mehrfach¹⁶⁵ wurde angeregt, für die Aufklärung des Bewohners und die anschließende Verständigung der betreffenden Personen (des Vertreters des Bewohners, der von ihm genannten Vertrauensperson und der Geschäftsstelle des Vereins zur Bewohnervertretung) die Schriftform vorzusehen, um den legitimierten Personen somit ua auch die Antragstellung auf gerichtliche Überprüfung zu erleichtern.

Was die Aufklärung des Bewohners betrifft, wurde schließlich in § 7 Abs 1 HeimAufG weiterhin daran festgehalten, dass keine bestimmte Form erforderlich ist. Der die Verständigungspflichten regelnde § 7 Abs 2 HeimAufG trifft zwar keine Aussage über eine erforderliche Form, aber in den Erläuternden Bemerkungen wird davon ausgegangen, „dass die Verständigung ... in der Regel schriftlich erfolgt, um allfällige Beweisprobleme hintanzuhalten“¹⁶⁶.

vi) *Vertretungsbefugnis der Bewohnervertretung (§ 4 ME)*

Die Einrichtung der Bewohnervertretung bei den örtlich zuständigen Vereinen für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft wurde teils begrüßt, teils wurden jedoch alternative Ansätze und Möglichkeiten einer entsprechenden Vertretung vorgeschlagen. Verstärkt kritisiert wurde die in § 4 vorgenommene Ausgestaltung der Vertretungsbefugnis. *Schauer*¹⁶⁷ beispielsweise wünschte nähere Erläuterungen zur Konstruktion, dass der Verein der Vertreter des Bewohners wird und dann in weiterer Folge entsprechende Personen namhaft macht, die die Vertretungsbefugnisse für den Verein ausüben. Auch die Österreichische Notariatskammer¹⁶⁸ brachte Bedenken gegen den ihrer Ansicht nach den Grundsätzen des Vertretungsrechts systemwidrig

¹⁶⁴ Dazu S 165 ff.

¹⁶⁵ Schauer, 2/SN – 366/ME 21. GP 5 f; Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 5/SN – 366/ME 21. GP 16; IfS – Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP 5; Österreichischer Städtebund, 26/SN – 366/ME 21. GP 8; Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 34/SN – 366/ME 21. GP 8 f.

¹⁶⁶ 353 BlgNR 22. GP 12.

¹⁶⁷ 2/SN – 366/ME 21. GP 6; ähnliche Anmerkungen auch von der Vorarlberger Landesregierung, 36/SN – 366/ME 21. GP 5.

¹⁶⁸ 22/SN – 366/ME 21. GP 1 f.

widersprechenden Entwurf vor, da sowohl im außerstreitigen Bereich als auch im Unterbringungsrecht die Bestellung des Vertreters durch Gerichtsbeschluss erfolgt.

Die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst¹⁶⁹ übermittelte den Vorschlag, in den Fällen eines bereits bestellten Sachwalters diesen gleich für die Vertretung im Bereich Freiheitsschutz mitzuständig zu machen, um personellen Mehraufwand beim Verein sowie allgemein zusätzlichen Verwaltungsaufwand zu vermeiden. Dem entgegneten die Sachwaltervereine, dass der Sachwalter eines Bewohners unter keinen Umständen gleichzeitig dessen Bewohnervertreter sein könne. Als unterstützendes Argument wurde herangezogen, dass sich die Trennung zwischen der Funktion des Sachwalters und der des Patientenanwalts nach UbG in der Praxis bestens bewährt hätte.¹⁷⁰

Einen ganz anderen Aspekt brachte der Dachverband der ARGE Heimleiter ein. Er schlug vor, die Vertretung in Bezug auf das persönliche Freiheitsrecht einfach den schon bestehenden Aufsichtsorganen zu übertragen.¹⁷¹ In der Eingliederung der Bewohnervertretungen bei den Sachwaltervereinen wurde die Gefahr „eines Rollenkonflikts zwischen der Aufgabe als Sachwalter und der des Bewohnervertreters in einer Organisation“¹⁷² gesehen. Diesen Bedenken lässt sich leicht dadurch begegnen, dass verschiedene Personen mit den betreffenden Funktionen betraut werden, sodass die einzelnen Aufgabenbereiche nicht miteinander vermischt werden.

Die wesentlichste Änderung des neuen § 8 HeimAufG gegenüber dem ME ist die nun beseitigte Subsidiarität der Bewohnervertretung. Die Bewohnervertretung wird gem § 8 Abs 2 ex lege mit der Vertretung betraut, und zwar unabhängig davon, ob vom Bewohner ein bevollmächtigter Vertreter bestellt wurde oder nicht. Zu dieser endgültigen Version konnte man sich erst aufgrund eines Abänderungsantrags im Justizausschuss des Nationalrates¹⁷³ durchringen.

¹⁶⁹ 9/SN – 366/ME 21. GP 2.

¹⁷⁰ 5/SN – 366/ME 21. GP 19.

¹⁷¹ 23/SN – 366/ME 21. GP 5; vgl dazu auch ÖRK, 30/SN – 366/ME 21. GP 3.

¹⁷² 23/SN – 366/ME 21. GP 5.

¹⁷³ 63/AA 22. GP.

vii) *Antrag versus Amtswegigkeit (§ 6 ME)*

Von manchen¹⁷⁴ wurde eine amtswegige gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit (ähnlich dem Verfahren gem §§ 17 ff UbG) an Stelle der Antragslegitimation durch bestimmte, im Gesetz genannte Personen gewünscht.

Es blieb schließlich beim reinen Antragsverfahren. In § 19 Abs 2 HeimAufG über die länger dauernde Freiheitsbeschränkung wurde allerdings die Möglichkeit des gerichtlichen Tätigwerdens von Amts wegen vorgesehen, falls der Vertreter des Bewohners nicht erneut einen Überprüfungsantrag stellt und das Gericht dennoch Zweifel an der Zulässigkeit der länger dauernden Freiheitsbeschränkung hat. Die Ausgestaltung in der Form des antragsgebundenen Verfahrens genügt jedenfalls den verfassungsrechtlichen Vorgaben.¹⁷⁵ Vermutlich wurde nicht nur wegen des ansonsten kaum bewältigbaren Arbeitsaufwands bei Gericht auf die Amtswegigkeit verzichtet, sondern auch weil davon ausgegangen wird, dass durch die zwischengeschaltete Einrichtung der Bewohnervertretung, welche im Vorfeld prüfend und im Hinblick auf alternative Pflege- und Betreuungsmöglichkeiten vermittelnd tätig wird, ein ausreichender Schutz der Bewohner gewährleistet ist.

viii) *Fakultativer versus obligatorischer Sachverständiger (§ 7 Abs 3 ME)*

Stark kritisiert wurde, dass der Richter im Verfahren nicht verpflichtet ist, einen Sachverständigen zwingend beizuziehen.¹⁷⁶ Gerade für die zentralen Fragen der psychischen Erkrankung, des Zusammenhangs mit der Selbst- oder Fremdgefährdung sowie der schonenderen Betreuungs- und Pflegemaßnahmen ist für unerlässliches Fachwissen ein Arzt, eine diplomierte Pflegefachkraft oder ein Sonder- und Heilpädagoge zu konsultieren.

¹⁷⁴ Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft, 5/SN – 366/ME 21. GP 20; IfS – Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP 6; Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 34/SN – 366/ME 21. GP 9.

¹⁷⁵ Siehe weiter unten S 212 f.

¹⁷⁶ Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft, 5/SN – 366/ME 21. GP 20; IfS – Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP 7; ÖÄK, 32/SN – 366/ME 21. GP 3.

§ 14 Abs 3 HeimAufG beinhaltet nun das unverzichtbare Erfordernis, der mündlichen Verhandlung einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen obligatorisch beizuziehen.

ix) *Frist für die höchstzulässige Dauer einer mit gerichtlichem Beschluss für zulässig erklärten Freiheitsbeschränkung (§ 8 Abs 2 ME)*

In dem Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, hat das Gericht „hiefür eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen“.¹⁷⁷ Vereinzelt wurde diese Frist als zu lange kritisiert.¹⁷⁸ Im Gegensatz dazu war das BMSG der Meinung, dass diese Frist „etwas zu kurz bemessen sein könnte“, fügte aber gleichzeitig hinzu, dass man für eine allfällige Änderung wohl die künftigen Praxiserfahrungen heranziehen müsse.¹⁷⁹

x) *Kostentragung der ärztlichen Anordnung*

Ein Punkt, der gänzlich ungeregelt blieb und nach In-Kraft-Treten des HeimAufG für umfassende Diskussionen sorgte, ist die Frage nach der Kostentragung für die in § 5 HeimAufG vorgesehene ärztliche Anordnung. Man kann sagen, dass der finanzielle Aspekt im Großen und Ganzen im Vorfeld nicht ausreichend Berücksichtigung fand. Lediglich in einer einzigen Stellungnahme (Stellungnahme des Städtebunds)¹⁸⁰ wurden auch finanzielle Auswirkungen kurz angedacht. Leider verabsäumte der Gesetzgeber bis dato, dies weiter aufzugreifen und eine entsprechende Regelung im Gesetz zu verankern.

Der Städtebund ging in seiner Stellungnahme in Bezug auf § 3 Abs 1 ME¹⁸¹ davon aus, dass die Fachärzte im Regelfall nicht in die Einrichtung kommen würden, sondern die Patienten mit der Rettung oder anderen Transportdiensten zum Arzt gebracht werden müssten. Daher wurde vom Städtebund eine Klarstellung hinsichtlich der Vorgangsweise verlangt und gleichzeitig festgestellt, dass die Frage

¹⁷⁷ So auch dann in § 15 Abs 2 HeimAufG.

¹⁷⁸ Für eine maximale Dauer von drei Monaten: Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 5/SN – 366/ME 21. GP 21; IfS – Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP 7.

¹⁷⁹ 15/SN – 366/ME 21. GP 5.

¹⁸⁰ 26/SN – 366/ME 21. GP.

¹⁸¹ Wenn eine Beschränkung voraussichtlich auf Dauer oder regelmäßig erforderlich ist, muss ein ärztliches Zeugnis eines Facharztes für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie eingeholt werden.

nach der diesbezüglichen Kostentragung ungeregt sei.¹⁸² Die entsprechenden Kosten für die erforderliche Einholung eines fachärztlichen Zeugnisses würden vermutlich von den Heimträgern verlangt werden, was auch finanzielle Auswirkungen für die Gemeinden als Heimerhalter hätte. Aus diesem Grund schlug der Städtebund vor zu überlegen, die Kosten auf die Heimbewohner zu übertragen.¹⁸³

Erstaunlich ist, dass gerade die ÖÄK selbst den Punkt etwaiger Honorarforderungen seitens der Ärzte in ihrer Stellungnahme vom 8.10.2002 in keiner Weise zur Sprache brachte. Der Diskussionsprozess wurde vielmehr erst mit Juni 2005 – kurz vor dem In-Kraft-Treten des HeimAufG – in Gang gesetzt. Auslösend war der Beschluss der Vollversammlung der ÖÄK vom 24.6.2005, mit dem ein Empfehlungshonorar für ärztliche Atteste im Rahmen der Anordnung nach dem HeimAufG in der Höhe von € 122,50 als angemessen angesehen wurde.¹⁸⁴

Man hat also generell reichlich spät begonnen, sich über diese finanziellen Gesichtspunkte Gedanken zu machen. Viele in der Anwendungspraxis auftauchende Streitigkeiten und Unsicherheiten in Bezug auf die Honorierung ärztlicher Leistungen im Rahmen des HeimAufG hätte man vermeiden können, wenn man gleichzeitig mit Erlassung des HeimAufG eine entsprechende Bestimmung geschaffen hätte.¹⁸⁵

xi) Resümee

Neben den soeben geschilderten Punkten gab es natürlich zahlreiche weitere Anregungen und Verbesserungsvorschläge, nicht nur den grundlegenden Ansatz bei diversen Punkten als solches betreffend, sondern auch hinsichtlich der Formulierung einzelner Textpassagen. Der gesamte Diskussionsprozess spielte jedenfalls eine wesentliche Rolle auf dem Weg zum Beschluss des HeimAufG in der letztlich im Vergleich zum ME erheblich verbesserten Fassung, in der viele der aufgezeigten kleineren bzw mitunter auch größeren Mangelhaftigkeiten aufgegriffen und geändert wurden.

Alles in allem wurde die RV gegenüber dem ME stark verändert. Die Grundzüge sind selbstverständlich an den meisten Stellen gleich geblieben, in der

¹⁸² 26/SN – 366/ME 21. GP 8.

¹⁸³ 26/SN – 366/ME 21. GP 9 f.

¹⁸⁴ Siehe unten S 175.

¹⁸⁵ Zum Meinungsstand sowie detaillierteren Ausführungen zur Kostenfrage, insb der Vereinbarung zwischen der ÖÄK und dem Verein Lebenswelt Heim, siehe S 174 ff.

Ausgestaltung der Detailfragen weisen die beiden Fassungen aber teils große Unterschiede auf. Durch die ausdrückliche Aufnahme zahlreicher Klarstellungen direkt in den Gesetzeswortlaut statt bloß in den Erläuternden Bemerkungen wurde die RV mit insgesamt 24 Paragraphen auch länger als der 14 Paragraphen umfassende ME. Aufgrund eines Abänderungsantrags im Nationalrat¹⁸⁶ wurde kurzfristig noch eine Regelung über Haftung und Rückersatz hinzugefügt.

7. Erkenntnis des VfGH vom 28.6.2003

Mit dem bereits während des noch laufenden Verfahrens vor dem VfGH erstellten Begutachtungsentwurf sollte keineswegs die Entscheidung über die Regelungszuständigkeit vorweggenommen werden. Man wollte durch das vorzeitige Einleiten des Begutachtungsverfahrens für ein entsprechendes Bundesgesetz einen noch längeren Zeitraum der Legisvakanz im heiklen und bedeutenden Bereich des Freiheitsschutzes für den Fall, dass der VfGH die bekämpften Bestimmungen aufheben sollte, verhindern.¹⁸⁷

Der VfGH entschied schließlich mit Erkenntnis vom 28.6.2003¹⁸⁸, dass die Regelung von Freiheitsbeschränkungen in Heimen sowohl in Gesetzgebung als auch in Vollziehung in die Kompetenz des Bundes fällt¹⁸⁹ und hob

- die §§ 12 und 13,
- in § 17 Abs 1 lit b die Wortfolge „und im § 12“,
- in § 18 Abs 2 lit b die Wortfolgen „den §“ und „bis 12“ des VlbG PflegeheimG als verfassungswidrig auf.

Dabei handelt es sich um jene Bestimmungen, durch die der Landesgesetzgeber eine entsprechende Landeskompetenz zur Regelung von Freiheitsbeschränkungen der Heimbewohner annahm und den Rechtsschutz im Wege eines Verfahrens vor dem UVS ausgestaltete.¹⁹⁰

Die Aufhebung der betreffenden Vorschriften und der damit zusammenhängenden Wortfolgen durch den VfGH wurde mit 1.8.2003 durch das

¹⁸⁶ 63/AA 22. GP; siehe dazu auch S 59.

¹⁸⁷ So 366/ME 21. GP 12.

¹⁸⁸ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 = RdM 2003/81 (150) (*Kopetzki*) = ZfVB 2004/578 (285).

¹⁸⁹ Zu den Entscheidungsgründen des VfGH siehe S 88 ff.

¹⁹⁰ Siehe dazu weiter unten S 85 f.

vlgb LGBl 2003/35 kundgemacht.¹⁹¹ Einer bundesweiten Regelung stand somit nichts mehr im Weg.

8. Weiterer parlamentarischer Verlauf

Die Beratungen zur Überarbeitung bzw. Verbesserung des Begutachtungsentwurfs wurden weiter fortgesetzt und führten schließlich am 12.1.2004 zum Einlangen der Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)¹⁹² im Nationalrat. Einen Tag später wurde die RV in der 44. Sitzung des Nationalrates an den Justizausschuss (im Folgenden: JA) zur Behandlung zugewiesen.¹⁹³ Am 20.1.2004 stand die Regierungsvorlage auf der Tagesordnung des JA (sechste Sitzung dieses Jahres). Es wurde ein Expertenhearing¹⁹⁴ durchgeführt, in dem die Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta und Dr. Michael Ganner (Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck), Gerda Ressler (Verein Behindertenombudsmann – Rat und Hilfe für Behinderte) und Dr. Peter Schlaffer (Verein für Sachwalterschaft und Patientenadvokatur) zum geplanten Vorhaben Stellung nahmen. Ein Entschließungsantrag¹⁹⁵ aller Fraktionen wurde im JA einstimmig angenommen. Laut dem Entschließungstext „wird der Bundesminister für Justiz ersucht, die Anwendungen des Heimaufenthaltsgesetzes in der Praxis zu beobachten und dem Nationalrat bis Ende 2006 einen Bericht über die Erfahrungen mit der Anwendung dieses Gesetzes zu geben“¹⁹⁶. Bei der Abstimmung über die Regierungsvorlage wurde diese idF des ÖVP/FPÖ-Abänderungsantrags einstimmig angenommen.¹⁹⁷ Es wurden dadurch in § 2 zusätzlich ein Abs 3 eingefügt¹⁹⁸, § 8 neu gefasst¹⁹⁹ und durch einen neuen § 24 Bestimmungen über Haftung und Rückersatz eingeführt.²⁰⁰

¹⁹¹ Seit 28.1.2004 ist eine neuerlich novellierte Fassung des VlbG PflegeheimG in Kraft (LGBl 2004/7).

¹⁹² 353 BlgNR 22. GP.

¹⁹³ StProtNR 22. GP, 44. Sitzung 3.

¹⁹⁴ Vgl Parlamentskorrespondenz vom 20.1.2004, Nr 34.

¹⁹⁵ JA 6/AEA 22. GP.

¹⁹⁶ AB, Entschließungstext 378 BlgNR 22. GP.

¹⁹⁷ AB 378 BlgNR 22. GP 2; vgl dazu Parlamentskorrespondenz vom 20.1.2004, Nr 33.

¹⁹⁸ Klarstellung, dass mit dem Gesetz nicht in die Kompetenzen der Länder hinsichtlich Pflege und Betreuung eingegriffen wird.

¹⁹⁹ Die Bewohnervertretung wird in allen Fällen ex lege zum Vertreter des Bewohners.

²⁰⁰ Vgl AB 378 BlgNR 22. GP.

Am 29.1.2004 wurde der Gesetzesentwurf idF des Ausschussberichts²⁰¹ in der 46. Sitzung des Nationalrates behandelt. Der Abgeordnete Mag. Johann Maier brachte im Zuge dieser Sitzung einen SPÖ/Grüne-Abänderungsantrag der Abgeordneten Dr. Johannes Jarolim, Dr. Gabriela Moser und KollegInnen betreffend HeimAufG ein, demgemäß das Datum des In-Kraft-Tretens in § 22 von 1.7.2005 auf 1.1.2005 geändert werden solle.²⁰² In der darauf folgenden zweiten Lesung wurde der Gesetzesvorschlag mit wechselnden Mehrheiten (teils einstimmig, teils mit Stimmenmehrheit von ÖVP und FPÖ, da der SPÖ/Grüne-Abänderungsantrag hinsichtlich § 22 HeimAufG keine Mehrheit fand)²⁰³ angenommen. Letztlich kam es in der dritten Lesung zur einstimmigen Annahme des Gesetzesentwurfs idF des Ausschussberichts.²⁰⁴ Die dem Ausschussbericht beigedruckte EntschlieÙung (E 38) wurde ebenfalls einstimmig beschlossen.

Der Beschluss des Nationalrates²⁰⁵ wurde gem Art 42 Abs 1 B-VG am 2.2.2004 dem Bundesrat übermittelt. Nach der Berichterstattung des Justizausschusses des Bundesrates²⁰⁶ und der über den Gegenstand am 13.2.2004 in der 705. Sitzung des Bundesrates geführten Debatte wurde der Antrag, gegen den vorliegenden Beschluss des Nationalrates keinen Einspruch zu erheben, mit Stimmeneinhelligkeit angenommen.²⁰⁷

Am 27.2.2004 erfolgte die Kundmachung im BGBl I 2004/11 unter dem Langtitel „Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)“, dessen In-Kraft-Treten erst für den 1.7.2005 festgelegt wurde, um genügend Zeit zur Umsetzung und zur Schaffung der diesbezüglich erforderlichen Strukturen zur Verfügung zu stellen.²⁰⁸ Der Zeitraum von nicht ganz eineinhalb Jahren sollte Zwecken der Aufklärung und Information der betroffenen Bereiche, va der mit der Pflege betrauten Personen und aller anderen in Heimen tätigen Menschen, dienen, sowie dazu, um in Ruhe die Institution der Bewohnervertretung aufzubauen.

²⁰¹ 63/AA 22. GP.

²⁰² StProtNR 22. GP, 46. Sitzung 91.

²⁰³ StProtNR 22. GP, 46. Sitzung 155.

²⁰⁴ StProtNR 22. GP, 46. Sitzung 155.

²⁰⁵ 144/BNR 22. GP.

²⁰⁶ 6966 BlgBR.

²⁰⁷ StProtBR 705. Sitzung 78.

²⁰⁸ 353 BlgNR 22. GP 17.

9. Novelle BGBl I 2006/94 – Anwendungsbereich

Im Juni 2006 kam es zur ersten Novellierung des HeimAufG, mit der eine Erweiterung des Anwendungsbereichs bewirkt wurde. In der ursprünglichen Fassung des § 2 Abs 2 HeimAufG waren nicht-stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe²⁰⁹ ausdrücklich vom Geltungsbereich ausgenommen gewesen.

Begründet wurde dies damit, dass diese Einrichtungen weniger der Pflege im eigentlichen Sinn dienen würden, sondern mehr der Förderung (Erlernen von Fähigkeiten, Erwerbstätigkeiten usw), Unterstützung und Begleitung (etwa durch gemeinsame Ausflüge und andere Aktivitäten) im Alltag.²¹⁰ Tagesbetreuungseinrichtungen zur ständigen Pflege oder Betreuung alter Menschen (geriatrische Tageszentren), die wie Heime organisiert oder diesen angeschlossen sind, fielen hingegen sehr wohl unter das HeimAufG.²¹¹ Gleiches galt für tagsüber betriebene Einrichtungen der Altenhilfe, in denen mindestens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Personen voraussichtlich auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit und regelmäßig betreut oder gepflegt werden können (zB Tagesheime, Tagesstätten, Tagespflegeeinrichtungen). Der Gesetzgeber sah die Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung in einer vermeintlich zu verschiedenen und daher nicht vergleichbaren Struktur.

Die Differenzierung hatte zur Folge, dass im Fall dennoch unvermeidbarer Freiheitsbeschränkungen in Tagesbetreuungseinrichtungen für geistig behinderte Menschen auf andere, allgemeine Regelungen – wie etwa auf die sich aus dem Strafrecht ergebenden Rechtfertigungsgründe – zurückgegriffen werden musste²¹², nachdem das HeimAufG nicht anwendbar war.

Diese Rechtslage stieß nicht nur in der Praxis auf Unbehagen. Auch in der Literatur machte man sich Gedanken über die getroffene Ausgestaltung des Anwendungsbereichs. *Klaushofer*²¹³ äußerte Bedenken einerseits im Hinblick auf das

²⁰⁹ Gemeint sind damit zB Behindertenwerkstätten, aber auch teilstationäre Wohnformen (Tagesheimstätten) für geistig behinderte oder auch psychisch kranke Menschen.

²¹⁰ 353 BlgNR 22. GP 8.

²¹¹ So ausdrücklich 353 BlgNR 22. GP 7. Dies ergab sich aber auch e contrario aus dem Ausnahmetatbestand des § 2 Abs 2 HeimAufG, in dem nur die nicht-stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe genannt waren.

²¹² 353 BlgNR 22. GP 8.

²¹³ Näheres *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 2004, 590 (592 f).

PersFrG (Motive und Zielsetzungen einer Maßnahme sind nämlich nicht entscheidend für ihre Qualifikation als Freiheitsbeschränkung), andererseits bezüglich der sachlichen Rechtfertigung der vom Gesetz vorgenommenen Differenzierung unter Einbeziehung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Sachlichkeitsgebot), da in beiden Fällen das organisatorische sowie das personelle Umfeld durchaus vergleichbar seien. *Barth*²¹⁴ trat dafür ein, dass in jenem spezifischen Fall, in dem ein Einrichtungsträger die Betreuung eines Menschen sowohl in der Tagesstruktur als auch in der Wohngruppe (für die übrige Zeit) übernimmt, das HeimAufG für beide Teilbereiche dieser Betreuung anwendbar sein sollte.

Zwischenzeitlich sprach der OGH in seinem Beschluss vom 16.5.2006²¹⁵ aus, dass nicht-stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe gem § 2 Abs 2 HeimAufG klar und eindeutig vom Geltungsbereich ausgenommen seien und eine Überprüfung dort gesetzter Maßnahmen nicht nach dem HeimAufG vorzunehmen sei. Der OGH hielt fest, dass es vielmehr eines Rückgriffs auf allgemeine andere Rechtfertigungsgründe bedürfe, wobei denkbar sei, dafür die Wertungen des HeimAufG heranzuziehen. Im konkreten Fall ging es darum, dass ein geistig behinderter Bewohner in einem Wohnhaus der Lebenshilfe der gerichtlich für zulässig erklärten Freiheitsbeschränkung der verschlossenen Wohnungstür unterworfen wurde. Da er tagsüber in der Werkstätte desselben Rechtsträgers ebenfalls durch Versperren der Werkstattdür beschränkt wurde, hatte die Bewohnervertreterin einen diesbezüglichen Überprüfungsantrag gestellt, der mangels Anwendbarkeit des HeimAufG abgewiesen wurde. Der OGH bestätigte die Ansicht der Vorinstanzen. Dass im vorliegenden Fall die Freiheitsbeschränkung sowohl im Heim als auch in der nicht-stationären Einrichtung der Behindertenhilfe durch denselben Rechtsträger erfolgte und der Bewohner somit 24 Stunden von derselben Einrichtung auf dieselbe Art und Weise in seiner Freiheit beschränkt wurde, änderte laut Ausspruch des Höchstgerichts nichts an der eindeutigen Ausnahme der nicht-stationären Behinderteneinrichtungen gem § 2 Abs 2 HeimAufG.²¹⁶

Kurz darauf wurde im Justizausschuss des Nationalrates der entscheidende Impuls für die gesetzliche Änderung dieses umstrittenen Punktes gesetzt. Im Zuge der Beratungen über das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 beschloss der JA am

²¹⁴ *Barth*, Spezielle Fragen zum Gerichtsverfahren nach HeimAufG, RZ 2006, 2 (2 FN 4).

²¹⁵ OGH 16.5.2006, 5 Ob 111/06v, iFamZ 2006/36 (97) (*Kopetzki*).

²¹⁶ OGH 16.5.2006, 5 Ob 111/06v.

19.5.2006 einstimmig, dem Nationalrat den selbständigen Antrag über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das HeimAufG geändert wird, vorzulegen.²¹⁷ Im diesbezüglichen Ausschussbericht wurde zur Begründung Folgendes angeführt: „Anders als vom Gesetzgeber angenommen werden in nicht-stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe ebenso wie in Behindertenheimen und Wohngemeinschaften Menschen betreut, die sich oder andere aufgrund ihrer geistigen Behinderung oder auch ihrer psychischen Krankheit ernstlich und erheblich gefährden. Die so genannten Werkstätten dienen weniger der Vorbereitung dieser Menschen auf die Eingliederung in den Arbeitsprozess, sondern vielmehr der sinnvollen Beschäftigung und Ablenkung. Hier wie dort hat das Betreuungspersonal etwa autoaggressive oder hochgradig verwirrte Pfleglinge vor sich selbst zu schützen. Im Fall der Unterbringung dieser Person in einer Wohngruppe kann sich das Personal auf recht klare Anordnungen des Gesetzgebers stützen, im anderen Fall besteht Rechtsunsicherheit. Das wird in der Praxis zu Recht als unbefriedigend empfunden. Der Rechtszustand soll daher in beiden Betreuungsformen angeglichen werden.“²¹⁸

Der Antrag des JA stand schließlich am 24.5.2006 in der 153. Sitzung des Nationalrates auf der Tagesordnung des Plenums. Der gegenständliche Gesetzesvorschlag wurde noch am selben Tag in zweiter und dritter Lesung jeweils einstimmig angenommen.²¹⁹ Im Bundesrat wurde gegen den Beschluss des Nationalrates²²⁰ entsprechend dem Antrag des JA des Bundesrates²²¹ kein Einspruch erhoben²²², sodass die geänderte Fassung des § 2 Abs 2 HeimAufG am 23.6.2006 kundgemacht werden konnte.²²³

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass in § 2 Abs 2 im Vergleich zur Stammfassung aus 2004 lediglich die Wortfolge „auf nicht-stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe“ gestrichen wurde. Bedingt durch diese Änderung sind Freiheitsbeschränkungen in Tagesbehindertenbetreuungseinrichtungen, in denen wenigstens drei geistig behinderte oder auch psychisch kranke Menschen ständig

²¹⁷ Zum Gesetzesentwurf siehe den angeschlossenen Text bei 1512 BlgNR 22. GP.

²¹⁸ AB 1512 BlgNR 22. GP 1.

²¹⁹ StProtNR 22. GP, 153. Sitzung 60.

²²⁰ 649/BNR 22. GP.

²²¹ 7568 BlgBR.

²²² StProtBR 735. Sitzung 138.

²²³ BGBl I 2006/94.

betreut werden können²²⁴, von nun an²²⁵ ebenfalls nach den Vorschriften des HeimAufG zu beurteilen.

10. Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010

a) Ministerialentwurf 74/ME 24. GP

Im Jahr 2010 erfolgte die erste größere Novelle zum HeimAufG. Diese war notwendig geworden, um auf einige Punkte und Schwierigkeiten zu reagieren, die in der Praxis des Heimalltags bei der Umsetzung des HeimAufG aufgetreten sind bzw immer wieder auftreten. Am 17.7.2009 versandte das Bundesministerium für Justiz unter der Geschäftszahl BMJ-B4.907/0013-I 1/2009 den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Heimaufenthaltsgesetz, das Unterbringungsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010 – Ub-HeimAuf-Nov 2010). Der Ministerialentwurf langte am 23.7.2009 im Präsidium des Nationalrates ein.²²⁶ Die Begutachtungsfrist wurde bis 28.8.2009 vorgesehen, wobei bis 16.9.2009 dazu insgesamt 44 Stellungnahmen einlangten. An dieser Stelle wird überblicksartig auf die zentralen Punkte eingegangen.²²⁷

i) Neuregelung der Anordnungsbefugnis von Freiheitsbeschränkungen

Der ME beinhaltet ua eine komplette Neuformulierung des die Anordnungsbefugnis regelnden § 5 HeimAufG²²⁸. Demnach wurde die Anordnungsbefugnis der Ärzte auf Bereiche medizinischer Natur beschränkt, somit auf medikamentöse oder sonstige ärztliche Maßnahmen. Als Hintergrund für diese Änderung wird in den Erläuterungen zum ME angegeben, dass in der Praxis viele Ärzte die Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme einerseits ablehnen, weil „nach geltender Rechtslage die Frage der Honorierung weitgehend ungeregelt ist“, andererseits weil „sie sich außerstande sehen, die pflegerischen bzw

²²⁴ Vgl zur Generalklausel des § 2 Abs 1 HeimAufG weiter unten S 98 f.

²²⁵ Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung trat diese Novelle zum HeimAufG gem Art 49 Abs 1 B-VG mit 24.6.2006 in Kraft.

²²⁶ 74/ME 24. GP.

²²⁷ Zum Wortlaut des Ministerialentwurfs siehe im Anhang S 267 ff.

²²⁸ Zur bisher geltenden Rechtslage siehe ausführlich S 159 ff.

pädagogischen Implikationen einer Anordnung in ausreichendem Maße zu beurteilen“.²²⁹

Dabei wird aber – wie bisher – daran festgehalten, dass jeder Arzt mit *ius practicandi*, also ohne Einschränkung auf bestimmte Fachärzte, zum Kreis der anordnungsbefugten Ärzte zählt, sofern er von der Leitung der Einrichtung entsprechend mit der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen betraut wurde. Dies kann auch schlüssig erfolgen.²³⁰

In § 5 Abs 2 Z 2 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 wird die Anordnungsbefugnis von Freiheitsbeschränkungen pflegerischer oder pädagogischer Natur alternativ zwei Berufsgruppen zugeteilt. Dabei sind pflegerische Maßnahmen grundsätzlich von der Pflegedienstleitung oder ihrer Vertretung oder von einem in der Einrichtung beschäftigten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege, der vom Einrichtungsleiter damit betraut wurde, anzuordnen. Freiheitsbeschränkungen, die pädagogischer Natur sind, fallen hingegen in die Anordnungsbefugnis der mit der pädagogischen Leitung betrauten Person oder ihrer Vertretung.²³¹

Diese Berufsgruppen sind somit nebeneinander gleichrangig anordnungsbefugt. Wer tatsächlich die Anordnung zu treffen hat, hängt nach der Neukonzeption des § 5 HeimAufG ausschließlich von der Natur der geplanten freiheitsbeschränkenden Maßnahme ab.

Damit gewährleistet ist, dass kein Zweifel hinsichtlich des Vorliegens einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung besteht, wurde gem § 5 Abs 1 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 verlangt, dass deren Vorliegen durch ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 ÄrzteG), die Krankengeschichte des Bewohners oder durch sonstige ärztliche Aufzeichnungen (§ 51 ÄrzteG) belegt sein muss. In den Erläuterungen wird dabei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dieses ärztliche Dokument jedenfalls aktuell zu sein hat.²³²

²²⁹ So die Erläuterungen zum neuen § 5 HeimAufG in 74/ME 24. GP 19.

²³⁰ 74/ME 24. GP 20.

²³¹ Vgl dazu die Erläuterungen zu § 5 HeimAufG in 74/ME 24. GP 20.

²³² 74/ME 24. GP 20.

ii) *Zugangsrecht des Bewohnervertreeters*

In § 9 Abs 1 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 wird das Zugangsrecht des Bewohnervertreeters und des sonstigen bestellten Vertreters ausdrücklich auch für den Fall verankert, dass er nicht – wie in § 7 Abs 2 HeimAufG verpflichtend vorgesehen – von einer Freiheitsbeschränkung verständigt wurde. Damit wird klargestellt, dass dem Bewohnervertreter bzw dem sonstigen bestellten Vertreter die in § 9 Abs 1 angeführten Kontrollrechte unabhängig von der Meldung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme zustehen.

Die Erläuterungen begründen diese Notwendigkeit damit, dass aufgrund des im HeimAufG herrschenden Antragsprinzips dem Zugangsrecht des Bewohners große Bedeutung im Hinblick auf einen funktionierenden Rechtsschutz zukomme, und verweisen entsprechend auf den in Art 6 Abs 1 PersFrG geforderten effektiven und zugänglichen Rechtsschutz.²³³

iii) *Änderung bei der Anhörung und Ladung der anordnungsbefugten Person*

Im Gegensatz zur bisherigen Regelung der verpflichtend beizuziehenden Personen bei der Anhörung des Bewohners sowie bei der mündlichen Verhandlung ist im ME in § 12 Abs 1 und § 14 Abs 1 vorgesehen, dass die die Freiheitsbeschränkung anordnende Person nur dann anzuhören bzw zu laden ist, wenn das Gericht dies für erforderlich hält. Gleiches gilt für den Arzt, der das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung bestätigt hat.

Somit hat das Gericht von Fall zu Fall diesbezüglich eine Ermessensentscheidung zu treffen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass es für nicht der Einrichtung angehörende Ärzte aus Zeitgründen teilweise schwierig ist, diese Termine wahrzunehmen, was sich im Ergebnis mitunter (neben Unklarheiten bei der Frage der Honorierung) auch nachteilig auf die Bereitschaft der Ärzte, freiheitsbeschränkende Maßnahmen anzuordnen, auswirken kann.²³⁴

²³³ 74/ME 24. GP 21.

²³⁴ So die Erläuterungen zu § 12 Abs 1 HeimAufG in 74/ME 24. GP 21; vgl dazu auch Vorblatt der Materialien in 74/ME 24.GP 1.

iv) *Zulässigkeitserklärung einer Freiheitsbeschränkung und Bindung an Auflagen*

In § 15 Abs 2 HeimAufG über die Zulässigkeitserklärung einer Freiheitsbeschränkung durch das Gericht wird durch den ME ein zweiter Satz angefügt: „Es [das Gericht] kann die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung erforderlichenfalls auch an Auflagen knüpfen.“ Damit soll ausdrücklich gesetzlich verankert werden, was in der Judikatur bereits ohnehin auch in einzelnen Entscheidungen²³⁵ so gehandhabt wurde.

In jenen Fällen, in denen zwar gelindere Alternativen denkbar sind, diese aber nicht sofort zur Verfügung stehen, hat das Gericht die Möglichkeit, die vorliegende freiheitsbeschränkende Maßnahme befristet für zulässig zu erklären, bis die Einrichtung die Alternativlösungen in angemessener Zeit bewerkstelligen kann. Begründet wird dies in den Erläuterungen mE zutreffend damit, dass die sofortige Aufhebung einer Maßnahme „bis zur Beschaffung besserer Ersatzlösungen die Gefahr erheblicher Nachteile für den Bewohner in sich trägt“.²³⁶

v) *Überprüfung einer bereits aufgehobenen Freiheitsbeschränkung*

Der ME enthält durch das Einfügen der §§ 19a und 19b HeimAufG eine ausdrückliche Verankerung der nachträglichen Überprüfbarkeit bereits aufgehobener Freiheitsbeschränkungen.²³⁷ Gem § 19a Abs 1 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 hat das Gericht auf Antrag des Bewohners, seines Vertreters oder seiner Vertrauensperson nachträglich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn diese bereits vor der Entscheidung des Gerichts nach § 13 aufgehoben wurde.

Mit Abs 2 wollte man das Antragsrecht auf sechs Wochen ab der Aufhebung der Freiheitsbeschränkung befristen, wobei die Frist erst zu laufen beginnen sollte, wenn ein Vertreter des Kranken Kenntnis von der freiheitsbeschränkenden Maßnahme hat. Eine Antragstellung sollte demnach jedenfalls nur binnen drei Jahren ab Aufhebung der Freiheitsbeschränkung möglich sein. Nur für den Fall, dass die Freiheitsbeschränkung mit einer gerichtlich strafbaren Handlung verbunden war, die

²³⁵ Vgl etwa LG St Pölten 21.4.2006, 10 R 20/06b, iFamZ 2006/56 (167) (Kopetzki); siehe S 153.

²³⁶ 74/ME 24. GP 22.

²³⁷ Gleich lautend dazu auch die diesbezüglichen §§ 38a und 38b ME zum UbG; vgl 74/ME 24. GP 19.

nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, würde sich diese Frist auf 30 Jahre verlängern.²³⁸

vi) *Sonstiges*

Neben kleineren Anpassungen va bei den verfahrensrechtlichen Bestimmungen sind abschließend noch zwei Änderungen kurz herauszugreifen:

§ 8 Abs 1 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 sieht vor, dass nicht nur wie bisher nahe Angehörige, Rechtsanwälte und Notare bestellte Vertreter sein können, sondern jede vom Bewohner dazu bestellte Person. Diese Anpassung wurde durch das SWRÄG 2006 erforderlich, da gem § 284f ABGB jede Person mit einer Vorsorgevollmacht ausgestattet werden kann und in der Vertretung nach § 8 Abs 1 HeimAufG eine besondere Form der Vorsorgevollmacht zu sehen ist.²³⁹

Im Rechtsmittelverfahren sollen künftig Rechtsmittel des Einrichtungsleiters auch nach Beendigung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme ausdrücklich zulässig sein. So wird in § 13 Abs 2 und in § 15 Abs 3 ME zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 folgender Satz hinzugefügt: „Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt.“ Hierbei wird abermals die sich in diesem Punkt mittlerweile herausgebildete Rechtsprechung einer gesetzlichen Regelung zugeführt. Die Gerichte²⁴⁰ haben dem Einrichtungsleiter auch schon bisher ein Rekursrecht eingeräumt, selbst wenn seinem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. In diesem Sinn bekräftigen nun auch die Erläuterungen, dass die Einrichtung ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, dass sie Bewohner nicht zu Unrecht ihrer Freiheitsrechte beraubt, wobei dem Einrichtungsleiter die Wahrung der Interessen des Einrichtungsträgers zukommt.²⁴¹

²³⁸ Zur Begründung der gewählten Dauer der genannten Fristen und zur Anlehnung an die Frist zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde nach § 67c Abs 1 AVG siehe die Erläuterungen zu §§ 19a und 19b HeimAufG in 74/ME 24. GP 22 f und zu §§ 38, 38a und 38b UbG in 74/ME 24. GP 18 f. Die Befristung wurde in der RV schließlich wieder herausgenommen.

²³⁹ 74/ME 24. GP 21.

²⁴⁰ So zB LG Salzburg 9.2.2006, 21 R 36/06z, iFamZ 2006/12 (25); LG Eisenstadt 24.4.2006, 20 R 28/06a, iFamZ 2006/38 (98); dazu S 233.

²⁴¹ 74/ME 24. GP 21.

b) *Regierungsvorlage 601 BlgNR 24. GP*

Am 26.1.2010 langte schließlich die Regierungsvorlage betreffend Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz 2010 – Ub-HeimAuf-Nov 2010), im Nationalrat ein.²⁴²

Die Änderungsvorschläge des ME wurden im Wesentlichen durch die Regierungsvorlage übernommen. Lediglich die §§ 5, 12, 14 und § 19a wurden nochmals erheblich abgeändert. So wurde die Regelung der Anordnungsbefugnis des § 5 HeimAufG erneut überarbeitet, wobei zwar der Grundgedanke der Fassung des ME beibehalten wurde, dass die jeweils kompetente Berufsgruppe für die Anordnung zuständig sein soll. Das Erfordernis eines ärztlichen Dokuments, das das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung und einer damit zusammenhängenden ernstlichen und erheblichen Gefährdung von Leben oder Gesundheit belegt, wurde auf jene Fälle eingeschränkt, in denen es um die Vornahme einer Freiheitsbeschränkung geht, die voraussichtlich länger als 48 Stunden andauern wird.

Die §§ 12 Abs 1 und 14 Abs 1 wurden umformuliert, sodass die anordnungsbefugte Person auf jeden Fall anzuhören bzw zu laden ist. Bloß die Anhörung bzw Ladung des Arztes, der das Dokument nach § 5 Abs 2 ausgestellt hat, wird in das Ermessen des Gerichts gestellt.

An Stelle der geplanten §§ 19a und 19b wurde die nachträgliche Überprüfung inklusive spezieller Verfahrensbestimmungen gemeinsam in einem neuen § 19a geregelt und die Antragsfrist wiederum herausgenommen, „damit Bemühungen um eine außergerichtliche Klärung und Aufarbeitung ohne Zeitdruck erfolgen können“²⁴³.

Die im Zuge der Heimaufenthaltsgesetz 2010 erfolgten Änderungen werden im Folgenden jeweils direkt an den betreffenden Stellen im Detail dargelegt.²⁴⁴

²⁴² 601 BlgNR 24. GP.

²⁴³ So die Erläuternden Bemerkungen zur RV, 601 BlgNR 24. GP 25.

²⁴⁴ Text der RV siehe S 272 ff.

c) *Novelle BGBl I 2010/18*

Am 17.2.2010 wurde die RV zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 im Justizausschuss des Nationalrates behandelt, wobei infolge eines Abänderungsantrags noch in einem Punkt eine Korrektur vorgenommen wurde. § 5 Abs 2 HeimAufG erhielt die Klarstellung, dass das ärztliche Dokument immer dann erforderlich ist, wenn der Bewohner länger als 48 Stunden dauernd oder über diesen Zeitraum hinaus wiederholt in seiner Freiheit beschränkt wird. „Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Einzelmaßnahmen zeitlich ‘addiert’ 48 Stunden überschreiten, sondern ob seit der erstmaligen Vornahme der Freiheitsbeschränkung 48 Stunden vergangen sind.“²⁴⁵

Ansonsten wurde die RV unverändert übernommen und am 24.2.2010 in der 55. Sitzung des Nationalrates mit Stimmenmehrheit angenommen.²⁴⁶ Nachdem der Bundesrat am 11.3.2010 in der 782. Sitzung auf Antrag des Justizausschusses des Bundesrates den Beschluss gefasst hatte, keinen Einspruch zu erheben²⁴⁷, wurde die Ub-HeimAuf-Nov 2010 schließlich am 17.3.2010 unter BGBl I 2010/18 kundgemacht und trat mit 1.7.2010 in Kraft.

F. Entwicklungstendenzen bei der Behandlung der Thematik in der Literatur

Nach Darlegung des Entstehungsprozesses des HeimAufG wird im folgenden Teil zum Abschluss der historischen Betrachtung der Frage nachgegangen, inwiefern und vor allen seit wann man sich in der juristischen sowie auch in der medizinischen bzw pflegewissenschaftlichen Literatur mit der Thematik von Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich vermehrt auseinanderzusetzen begann.

1. Juristische Literatur

Die Auseinandersetzung mit dem Problem der Freiheitsbeschränkungen in Heimen kam auch in der Literatur eher spät in Gang. Die diesbezügliche Diskussion setzte hauptsächlich erst 1991 mit In-Kraft-Treten des neuen PersFrG und des UbG

²⁴⁵ AB 608 BlgNR 24. GP 2.

²⁴⁶ 215/BNR 24. GP.

²⁴⁷ AB 8285 BlgBR; 215/BNR 24. GP.

ein. Man erkannte damals relativ rasch den unbefriedigenden Zustand, dass nun zwar der Freiheitsentzug psychisch Kranker in psychiatrischen Krankenanstalten und Abteilungen einer umfassenden Regelung zugeführt wurde, während jedoch der Bereich der Alten-, Pflege- und Behindertenheime bei der Neuordnung des Freiheitsschutzes unglücklicherweise keine Berücksichtigung fand.

Einen wesentlichen Beitrag auf dem Weg hin zur Etablierung des heutigen Rechtsbestands im Heimbereich haben *Barta* und *Ganner* vom Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck va durch ihre zahlreichen einschlägigen Publikationen²⁴⁸ geleistet. In diesem Zusammenhang besonders hervorzuheben ist ihre große Studie zum Thema „Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung“, welche zwischen 1.1.1997 und 31.7.1998 durchgeführt wurde. Im Verlauf der Studie wurden eine Bestandaufnahme der österreichischen Rechtslage auf diesem Gebiet sowie ein Vergleich mit der Situation in Deutschland, Schweiz und Dänemark erstellt und rechtspolitische Lösungsvorschläge zu den einzelnen Problembereichen erarbeitet. Dieses Forschungsprojekt bewirkte eine verstärkte öffentliche Diskussion der Interessen von Heimträgern und Heimbewohnern. Der von *Barta* und *Ganner* erstellte Katalog von Persönlichkeitsrechten speziell für alte Menschen, der sowohl Persönlichkeitsrechte als auch (zum Teil bereits verfassungsrechtlich gewährleistete) Grundrechte enthält, sollte dazu dienen, das Problembewusstsein zu forcieren und nebenbei Informationsfunktion für die Betroffenen haben. Außerdem sollte ein solcher Katalog auch einen Beitrag zur Lösung der Frage freiheitsbeschränkender

²⁴⁸ Vgl dazu die bedeutendsten ihrer Veröffentlichungen im Bereich Recht der Altenpflege: *Ganner*, Die Kompetenzlage in der Alten- und Pflegebetreuung, *SozSi* 1997, 938; *Barta/Ganner*, Betreuung und Wohnen im Alter, *JRP* 1997, 86; *Barta/Ganner* (Hrsg), *Alter, Recht und Gesellschaft – Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung – Ein Forschungsförderungsprojektsprojekt* (1998); *Barta/Ganner* (Hrsg), *Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung*, Tagungsband (1998); *Barta/Ganner*, Brauchen wir einen Katalog von Persönlichkeitsrechten für alte Menschen? *JAP* 1998/99, 197; *Barta/Ganner*, Überlegungen zum Heimvertrag, *JRP* 1998, 28; *Barta/Ganner*, Rechtspolitische und legistische Gründe für ein bundeseinheitliches Heimvertragsgesetz (B-HeimVG), *SozSi* 2000, 593; *Ganner*, Die unzulängliche Vertretung von HeimbewohnerInnen, *Juridikum* 2000, 102; *Ganner*, Vorsorge-/Betreuungsvollmacht, *Pflegeexpress* 2000/3, 13; *Ganner*, Keine Aufsichtspflicht, aber Schutz- und Sorgfaltspflichten in der Altenpflege, *Pflegeexpress* 2002/2, 15; *Ganner*, Recht und Gewalt in der stationären Pflege (Teil I), *medical tribune* 2003, Heft 43, 17; *Ganner*, Recht und Gewalt in der stationären Pflege (Teil II), *medical tribune* 2003, Heft 44, 20; *Barth/Ganner*, Freiheitsbeschränkungen in stationären Einrichtungen, in *ÖKSA* (Hrsg), „Demenz – Pflegenden Angehörige“, Dokumentation der Jahreskonferenz (2004) 107; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005).

Maßnahmen im Heimbereich leisten.²⁴⁹ Der von ihnen gebrachte Vorschlag für ein Bundes-Heimvertragsgesetz, um die seit der Pflegevereinbarung 1993 festgefahrene Situation wieder zu beleben und zu einer positiven Weiterentwicklung für die besonders schutzwürdige Gruppe der alten, pflegebedürftigen und behinderten Menschen zu gelangen, war ein wesentliches Ergebnis des Gesamtprojekts.²⁵⁰ Wie oben bereits angeführt wurde ein Jahr darauf tatsächlich ein Initiativantrag der sozialdemokratischen Fraktion betreffend ein Bundes-Heimvertragsgesetz im Nationalrat eingebracht.

Aufgrund der immer mehr an Gewicht erlangenden Materie des Pflege- und Betreuungsrechts und in Anknüpfung an das erste ergebnis- und aufschlussreiche Projekt fand im Zeitraum von Mai 2001 bis Oktober 2003 erneut ein Projekt von *Barta* und *Ganner* für den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung statt, welches den Titel „Zivilrechtliche Aspekte der Altenbetreuung und Pflege“ trug. Die Ergebnisse dieses zweiten Projekts stellten schließlich die wesentlichen Grundlagen der 2005 veröffentlichten Habilitationsschrift von *Ganner*²⁵¹ dar.

Aber auch andere Autoren haben va im Laufe der letzten 15 Jahre mit ihren verschiedenen Meinungsdarstellungen und Lösungsvorschlägen verstärkt dazu beigetragen, dass schließlich nach langen, eindringlichen Forderungen der Zustand der Rechtsunsicherheit beseitigt werden konnte. *Ramharter* etwa forderte seit 1995 in diversen Aufsätzen²⁵² immer wieder die Schaffung gesetzlicher Bestimmungen im Sinne eines „UbG-light“ auch für den Bereich der Betreuung geistig behinderter Personen und kritisierte, dass gleichzeitig mit dem neuen UbG 1991 verabsäumt wurde, den Bereich der Behindertenbetreuung und der Altenpflege in eigenen Rechtsgrundlagen zu berücksichtigen. Er betonte stets, dass für den Bereich der zivilrechtlichen Unterbringung – gemeint ist die Einschränkung der Persönlichkeitsrechte außerhalb des UbG – akuter Regelungsbedarf besteht.²⁵³

²⁴⁹ Vgl *Barta/Ganner*, Brauchen wir einen Katalog von Persönlichkeitsrechten für alte Menschen? JAP 1998/99, 197 (199).

²⁵⁰ Vgl *Barta/Ganner*, Was könnte ein Bundes-Heimvertragsgesetz leisten? SozSi 1999, 981 (981).

²⁵¹ *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005).

²⁵² *Ramharter*, Zur Reformdiskussion im Sachwalterschafts- und Behindertenrecht, ÖJZ 1995, 858; *Ramharter*, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden? ÖJZ 1997, 259; *Ramharter*, Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen nach der derzeitigen Rechtslage; ist eine Gesetzesänderung erforderlich? ÖJZ 2001, 592.

²⁵³ *Ramharter*, ÖJZ 1995, 860.

Dass das von Lehre und Rechtsprechung gebildete, auf die Personensorge des Sachwalters gestützte und mit Freiheitsbeschränkungen verbundene Aufenthaltsbestimmungsrecht im Rahmen des Sachwalterrechts eine verfassungswidrige Konstruktion darstellt, wies beispielsweise *Kopetzki* bereits 1995 ausführlich nach.²⁵⁴ Zum damaligen Zeitpunkt war gerade eine Ausgestaltung im Zuge einer Reform des Sachwalterrechts im Gespräch. Sollte man trotz geäußerter Bedenken die bislang fehlenden Normen für freiheitsbeschränkende Maßnahmen außerhalb der psychiatrischen Unterbringung im Wege einer solchen Reform verankern wollen, wies *Kopetzki* auf folgende zu berücksichtigende Punkte hin: In Umsetzung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots bedürfe es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, in der die materiellen und prozessualen Voraussetzungen sowie die wesentlichen Modalitäten seiner Durchführung umschrieben sind. Die materiellen Eingriffsschranken des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG („wegen psychischer Erkrankung sich oder andere gefährde“) seien zu beachten, sodass die bloße Störung der öffentlichen Ruhe oder ein drohender Sachschaden nicht ausreichen. Zur Kontrolle des Freiheitsentzugs müssten ausreichende Rechtsschutzeinrichtungen iSd Art 6 PersFrG bestehen. Selbstverständlich sei bei unbestimmter Dauer einer Freiheitsentziehung eine periodische Überprüfung iSd Art 6 Abs 2 PersFrG vorzusehen.²⁵⁵

Des Weiteren sind Beiträge von *Schauer* und *Zierl* zu erwähnen, die ebenfalls die bestehende Regelungslücke aufzeigten. Zwischenzeitlich wurde beispielsweise auch diskutiert, eine „Vorsorgevollmacht“ ausdrücklich im österreichischen Recht zu verankern, woraus zum damaligen Zeitpunkt jedoch noch nichts wurde. Vorsorgevollmacht bedeutet, dass man zu einem Zeitpunkt, in dem man noch geschäftsfähig ist, jemandem eine Vollmacht für die künftige Besorgung seiner Angelegenheiten erteilt. Damit ist nämlich die Frage verbunden, inwiefern im Rahmen einer solchen Vollmacht auch der Bereich der höchstpersönlichen Rechte, wie etwa die mit Freiheitsentzug verbundene Aufenthaltsbestimmung, mitumfasst werden könnte. *Schauer* hielt eine Regelung in diesem Zusammenhang zwar durchaus für denkbar, betonte aber gleichzeitig, dass „eine Lösung, die sich auf die

²⁵⁴ Vgl *Kopetzki* in FS Rill 158 ff.

²⁵⁵ *Kopetzki* in FS Rill 177 ff.

„vollmachtsrechtliche Seite“ unter Ausklammerung des Gesamtproblems beschränkt, wenig sinnvoll erscheint“²⁵⁶.

Zierl legte in seiner Abhandlung unterschiedliche Ansätze für mögliche Lösungsvarianten²⁵⁷ dar. Er spannte dabei den Bogen von der Altersvorsorgevollmacht, der Frage einer Regelung im Rahmen der Sachwalterschaft und einer möglichen standardisierten Regelung des Freiheitsentzugs im Heimvertrag, über eine Anlehnung an das deutsche Betreuungsrecht²⁵⁸ bis hin zu einem „UbG-light“.

Immer wieder wurde der Ruf nach einer eindeutigen Regelung laut. In den letzten Jahren vor Erstellung des Ministerialentwurfs 2002 wurde in einschlägigen juristischen Zeitschriftenartikeln immer öfter das „offene Problem der Einschränkung der Bewegungsfreiheit außerhalb geschlossener Anstalten oder Abteilungen“²⁵⁹ kritisiert. Die Diskussion in der Lehre trug va auch durch das Vorbringen diverser Regelungsvorschläge wesentlich dazu bei, dass letztlich eine doch gut handhabbare und zufriedenstellende Lösung in der Form des HeimAufG gefunden werden konnte.

2. Medizinische und pflegewissenschaftliche Fachzeitschriften

Die juristische Diskussion kam – wie eben aufgezeigt – hauptsächlich in den letzten zehn Jahren vor Schaffung des HeimAufG in Gang. Eine interessante, sich im gegenständlichen Zusammenhang aufwerfende Frage ist jene nach der Thematisierung der Problematik in einschlägigen medizinischen sowie pflegewissenschaftlichen Fachzeitschriften: Inwiefern bzw seit wann machte man sich hier Gedanken über die Erforderlichkeit und die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen in Heimen sowie über konkrete Vorgangsweisen bei deren Vornahme.

Zwei bedeutende, zur diesbezüglichen Recherche heranzuziehende Publikationsorgane im medizinischen und pflegerischen Bereich sind die Österreichische Krankenhauszeitung (ÖKZ) und die Österreichische Pflegezeitschrift

²⁵⁶ *Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100 (106).

²⁵⁷ Vgl *Zierl*, Zum Freiheitsentzug in Altenheimen, ÖJZ 2000, 753 (758-762).

²⁵⁸ Vgl §§ 1896 ff BGB, mit einer eigenen Regelung betreffend Freiheitsentziehungen in § 1906 BGB.

²⁵⁹ So zB *Schwamberger*, Praxisfälle im Zusammenhang mit dem UbG, RdM 2001, 3 (7).

(ÖPZ), welche bis zum Jahr 2001 Österreichische Krankenpflegezeitschrift (ÖKPZ) hieß.²⁶⁰

a) *Österreichische Pflegezeitschrift*

In der ÖPZ, welche vom Österreichischen Gesundheits- und Krankenpflegeverband herausgegeben wird, finden sich ab 1994 einzelne Artikel, die sich allgemein mit dem Problem der Gewalt in der Pflege auseinandersetzen. *Reitbauer* befasste sich zwar in ihrer Abhandlung mit der psychiatrischen Pflege seit dem In-Kraft-Treten des UbG, brachte aber ua kurz die Schwierigkeit zur Sprache, dass alte, desorientierte und verwirrte Personen von zu Hause oder vom Altersheim aufgrund aggressiven oder störenden Verhaltens in psychiatrische Krankenanstalten überwiesen werden. Weiters erwähnte sie, dass Bewohner in Pflegeheimen oft mehr Beschränkungen ausgesetzt seien, als Patienten in psychiatrischen Anstalten.²⁶¹ Dass freiheitsentziehende Maßnahmen in Heimen einerseits oft schon unreflektiert, gleichsam routinemäßig auf der Tagesordnung standen bzw andererseits auch kritisch hinterfragt und als unmenschlich und untherapeutisch bezeichnet wurden, zeigte sich immer wieder in einzelnen Artikeln.²⁶² Freiheitsbeschränkungen wurden darin zwar elementar behandelt und auch kritisch hinterfragt. Detaillierte Lösungsvorschläge wurden jedoch nicht gebracht.

Der erste ausführlichere ÖPZ-Fachbeitrag²⁶³ über den Schutz der persönlichen Freiheit in der Pflege stammt erst aus dem Jahr 2001. Die diplomierte Gesundheits- und Krankenschwester und Juristin *Allmer* zitierte in ihrer Abhandlung den von einer österreichischen ARGE Pflegedienstleitung in Alten- und Pflegeheimen eigenständig festgelegten Pflegestandard zur „standardisierten Vorgangsweise bei

²⁶⁰ Es ist hinreichend, die Recherche erst beim Jahr 1988 zu beginnen, weil einerseits die Vorfälle von Lainz 1989 und andererseits das In-Kraft-Treten des UbG und des PersFrG 1991 gewissermaßen als Diskussionsauslöser und damit als Ausgangspunkt angesehen werden können. Nachdem das PersFrG den Freiheitsschutz auf eine neue Ebene stellte und den entscheidenden grundrechtlichen Hintergrund bildet, macht es wenig Sinn, den zeitlichen Untersuchungsrahmen davor anzusetzen.

²⁶¹ *Reitbauer*, Auswirkungen des Unterbringungsgesetzes auf die psychiatrische Pflege, ÖKPZ 1994/12, 18 (19 f).

²⁶² Vgl *Sokol*, Der „Pflegeheim-Skandal“ und die politische Verantwortung, ÖKPZ 1995/4, 10; *Gräßl*, Alternativen in der stationären Altenpflege, ÖKPZ 1995/6-7, 13; *Marcher*, Gewalt in der Altersarbeit – Eine Realität, ÖKPZ 1997/2, 12; *Nabegger*, Gewalt und Aggression in der professionellen Pflege, ÖPZ 2001/4, 22 (26 f).

²⁶³ *Allmer*, Leben & Gesundheit vs Freiheit & Menschenwürde, ÖPZ 2001/3, 22.

Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen in Altenwohn- und Pflegeheimen“.²⁶⁴ Dieser Standard betonte sehr stark die Würde, Selbstbestimmung und Freiheit eines jeden Heimbewohners. In elementaren Grundzügen wurden Richtlinien für die Anwendung freiheitsentziehender Maßnahmen festgelegt, die verglichen mit dem später erlassenen HeimAufG durchaus teilweise ähnlich klingen. So sollten Beschränkungen nur in solchen Situationen zulässig sein, „in denen der Heimbewohner sich selbst oder andere akut gefährdet, ohne in der Lage zu sein, diese Gefahr richtig einschätzen zu können (demenzielles Syndrom)“. Bei Einsatz der Maßnahmen sei, was Art und Dauer betrifft, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel vorzugehen, um sie auf das Notwendige und Angemessene zu beschränken. Als wichtige Aspekte wurden auch die Pflegeplanung und Dokumentation genannt. Schließlich wurde angeführt, dass Art und Dauer freiheitsentziehender Maßnahmen mit dem Betroffenen selbst, mit seinem Sachwalter, seinen Angehörigen, dem Hausarzt bzw dem Psychiater abgesprochen werden müssten. Gegen Ende der Richtlinien erläuterte aber die ARGE Pflegedienstleitung selbst, dass dieser Pflegestandard „auf keiner rechtlichen Basis beruht“. Auch *Allmer* knüpfte in ihren Ausführungen an die Tatsache an, dass das Grundrecht der persönlichen Freiheit mangels entsprechender gesetzlicher Regelungen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Heimbereich entgegenstehe. Daraus ergebe sich folglich auch die Unzulässigkeit, solche Maßnahmen in einem „Pflegestandard“ als Richtlinien auszuführen.²⁶⁵ Die Autorin ging dann noch näher auf die grundrechtlichen Bestimmungen und auf etwaige strafrechtliche Folgen ein. Abschließend wurden Rechtsprechungsbeispiele aus der Pflegepraxis gebracht. Mögliche Lösungsansätze für gesetzliche Regelungen, die Rechtssicherheit in diesem heiklen Bereich bringen könnten, wurden jedoch nicht genannt.

Eineinhalb Jahre später erschien in der ÖPZ ein Artikel von *Russeger*²⁶⁶ (Salzburger Patientenvertretung), der sich schwerpunktmäßig auf die damals gegenwärtige Rechtslage und damit auf die im April 2002 in Kraft getretenen §§ 12 und 13 des VlbG PflegeheimG konzentrierte. *Russeger* empfahl, sich bis zum Vorliegen österreichweiter einheitlicher Normen am allgemeinen Grundsatz der Güterabwägung iSd rechtfertigenden Notstands zu orientieren.

²⁶⁴ Vgl *Allmer*, ÖPZ 2001/3, 22.

²⁶⁵ So *Allmer*, ÖPZ 2001/3, 23.

²⁶⁶ *Russeger*, Freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Pflegeheim, ÖPZ 2002/10, 16.

Dass man sich schon vor dem HeimAufG verstärkt mit der Reduktion von Freiheitsbeschränkungen und deren Alternativen befasste, zeigt ein interessanter Praxisbericht des Pflegedienstleiters im Haus der Senioren Radstadt.²⁶⁷ *Wartbichler* schilderte in diesem Beitrag die Schwierigkeit des Pflegepersonals, den richtigen Ausgleich zwischen der Gewährung des größtmöglichen Freiraums für jeden einzelnen Bewohner und den Schutz- bzw. Sorgfaltspflichten des Heims gegenüber den Bewohnern herzustellen. Dabei kam seine Überzeugung zum Ausdruck, dass es nicht gelingen werde, einen Bewohner vor jeder Gefahr schützen zu können. Er sprach sich vielmehr dafür aus, dass erkennbare Gefahrenquellen entschärft werden müssen, wobei aber abzuwägen sei, ob diese Eindämmungen der Gefahrenquellen zu erheblichen Einschränkungen der persönlichen Freiheit führen. Zur Illustration, dass mit Geduld, ein wenig Risikobereitschaft, Aufklärungsarbeit gegenüber den Angehörigen und alternativen Vorgehensweisen (zB starke Reduktion sedierender Medikation, schützende Matratzen vor dem Bett statt nächtlicher Bettgitter) erhebliche Verbesserungen der Lebensqualität und die Reduktion von Aggressivitäten bzw. Verhaltensauffälligkeiten der Bewohner erzielt werden konnten, schilderte *Wartbichler* einige Beispiele aus dem Heimalltag.²⁶⁸

Alle weiteren ÖPZ-Beiträge²⁶⁹ sind erst nach der Kundmachung des HeimAufG erschienen und enthalten Kurzdarstellungen des neuen Gesetzes, um den Pflegebereich vor dem In-Kraft-Treten der neuen Regelungen darüber zu informieren.

Es zeigt sich somit, dass sich zwar vereinzelt Praktiker aus der Pflegearbeit mit diesem Thema befassten, die umfassenderen Aufsätze jedoch als Gastbeiträge von Juristen erstellt wurden. Aus der Pflegepraxis griffen nur sehr wenige Autoren die Frage nach der Handhabung von Freiheitsbeschränkungen und möglichen Lösungen auf.

b) *Österreichische Krankenhauszeitung*

In der ÖKZ wurden noch weniger Beiträge zum Thema Freiheitsbeschränkungen in Heimen publiziert als in der ÖPZ. Im analysierten

²⁶⁷ Vgl. *Wartbichler*, Das Recht auf Autonomie des Bewohners im Widerspruch zur Obsorgepflicht der Pflegeperson, ÖPZ 2002/10, 23.

²⁶⁸ *Wartbichler*, ÖPZ 2002/10, 24 ff.

²⁶⁹ Siehe *Bachinger*, Heimbewohnerrechte, Heimaufenthaltsgesetz, ÖPZ 2005/2, 36; *Barth*, Das Heimaufenthaltsgesetz, ÖPZ 2005/3, 36.

Zeitraum 1988 bis 2005 berücksichtigten lediglich vier Aufsätze einmal mehr, einmal weniger ausführlich den Umgang mit Freiheitsbeschränkungen in Heimen sowie rechtliche Ansätze bei deren Vornahme.

Stellamor führte 1993 im Rahmen seiner Abhandlung²⁷⁰ in einem Exkurs zu „freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bei Insassen von Alters- und Pflegeheimen“ aus, dass es aufgrund von Krankheitsbildern wie der senilen Demenz zu abnormen Aggressionsverhalten oder zu einer unkontrollierten krankhaften Bewegungsunruhe kommen könne, sodass Schutzmaßnahmen mit Freiheitsentzug durchgeführt werden müssen. Um aus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des § 99 StGB herauszukommen, müsse die Situation vom Standpunkt der Pflichtenkollision aus betrachtet werden, welche den Schutz der höherwertigen Rechtsgüter Leben und Gesundheit gegenüber einem kurzfristigen Freiheitsentzug im äußersten Notfall rechtfertige. Weiters wurde noch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung erwähnt. Letztlich vertrat *Stellamor* die Meinung, dass eine dauernde Freiheitsbeschränkung wohl nur mit Zustimmung des Gerichts möglich sei, wobei er die §§ 273 und 273a ABGB zitierte.²⁷¹ Mangels näherer Ausführungen dazu ging er dabei mE vermutlich von der damals teilweise noch vertretenen, aber verfassungswidrigen Auffassung der zivilrechtlichen Unterbringung für den nicht-psychiatrischen Bereich aus, die dem Sachwalter ein mit freiheitsbeschränkenden Maßnahmen verbundenes Aufenthaltsbestimmungsrecht einräumen wollte.

In diesem Zusammenhang ist auch ein im selben Jahr veröffentlichter Artikel von *Stellamor/Steiner* zu nennen, der denselben Meinungsstand nochmals widerspiegelte.²⁷²

Erst im Jahr 2000 findet sich der nächste Eintrag in der ÖKZ betreffend das spezifische Problem der Freiheitsbeschränkungen. Es handelt sich dabei aber bloß um einen kurzen Artikel in der Rubrik „Aktuell“²⁷³, der die Meinungen eines am 18.8.2000 stattgefundenen Pressegesprächs mit Volkanwältin Dr. Krammer und Dr. Schlaffer vom Verein für Sachwalterschaft und Patientenanzwaltschaft

²⁷⁰ *Stellamor*, Derzeit geltendes Recht und ethische Überlegungen in Bezug auf Geisteskranke und geistig Behinderte, ÖKZ 1993/1-2, 25 (32).

²⁷¹ Vgl. *Stellamor*, ÖKZ 1993/1-2, 32.

²⁷² Vgl. *Stellamor/Steiner*, Für den Arzt wichtige Judikatur bezüglich Kausalität und Freiheitsentzug, ÖKZ 1993/12, 719 (723).

²⁷³ *Weiss*, Seniorenbetreuung – ein rechtsfreier Raum? ÖKZ 2000/9, 10.

zusammenfassend wiedergab. Im Rahmen dieses Pressegesprächs wurde die Frage nach der Zulässigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Altenwohn- und Pflegeheimen angesprochen und das Fehlen definierter Kriterien, unter welchen Umständen solche Maßnahmen zum Schutz der Bewohner gerechtfertigt sind, kritisiert.

Der einzige umfassende Fachbeitrag²⁷⁴ in der ÖKZ erschien im März 2004. *Fried* ging darin unmittelbar nach Kundmachung des HeimAufG überblicksartig auf den Kern des neuen Gesetzes²⁷⁵ ein und fasste erste Meinungen zusammen.

Man sieht, dass im Wesentlichen in beiden auf dem medizinischen und pflegerischen Gebiet bedeutenden Zeitschriften kaum intensivere Auseinandersetzungen bezüglich Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich zu finden waren. Jedenfalls wurden keine genauen Vorschläge zur Schaffung von entsprechenden Regelungen gebracht oder nähere Lösungsansätze aufgezeigt. Die Behandlung des Problems blieb in allen aufgefundenen Beiträgen hauptsächlich auf einer allgemeinen Ebene.

c) *Geriatric Praxis Österreich*

Eine weitere Zeitschrift, die in ihrer Österreichausgabe erst seit 2000 herausgegeben wird und ebenfalls einige wenige Beiträge zu Freiheitsbeschränkungen enthielt, ist *Geriatric Praxis Österreich*.²⁷⁶ Hier zeigten zwei Artikel das „juristische Niemandsland“ auf, in dem sich Freiheitsbeschränkungen in Heimen zum damaligen Zeitpunkt abspielten.²⁷⁷ In einem kurzen Aufsatz aus 2004 sprach *Hack*²⁷⁸ einige Punkte an, die bei der praktischen Umsetzung der neuen Regelung eventuell zu Schwierigkeiten führen könnten.

²⁷⁴ *Fried*, Heimaufenthaltsgesetz: Steckgitter, Fixierhosen und Überwachungschips, ÖKZ 2004/3, 10.

²⁷⁵ Beim wörtlichen Abdruck von § 4 HeimAufG gegen Ende des Beitrags ist offensichtlich ein Druckfehler passiert, der beim (noch) nicht mit der Materie befassten und auch nicht juristisch geschulten Leser möglicherweise für zusätzliche Verwirrung bzw für Verständnisschwierigkeiten sorgen könnte. Bei der Zulässigkeitsvoraussetzung des § 4 Z 2 ist von „zur Abwehr dieser Gefahr unzulässig“ statt „zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich“ die Rede; siehe *Fried*, ÖKZ 2004/3, 12.

²⁷⁶ Herausgeber: Medizin Medien Austria GmbH, Mitherausgeber: Prim. Prof. Dr. Franz Böhmer (Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Geriatrie und Gerontologie).

²⁷⁷ Vgl *Hochgerner*, Freiheitsbeschränkung: Dilemma im Niemandsland, *Geriatric Praxis Österreich* 2000/1, 8; *Rutter*, Freiheit versus Sicherheit, *Geriatric Praxis Österreich* 2000/6, 20 (mit Hinweisen auf die Schweizer Richtlinien zur Anwendung freiheitsbeschränkender Maßnahmen bei der Behandlung und Pflege betagter Personen aus 1999).

²⁷⁸ *Hack*, Heimaufenthaltsgesetz: Es sind noch viele Fragen offen, *Geriatric Praxis Österreich* 2004/6, 10.

3. Konklusion

Aus der Tatsache, dass sich im Ergebnis auch in nichtjuristischen, im Zusammenhang mit diesem Themenbereich einschlägigen Zeitschriften doch einige Artikel auffinden lassen, ergibt sich jedenfalls nachstehende Schlussfolgerung: Man machte sich sehr wohl im Bereich der Medizin und der Pflege vereinzelt Gedanken und erkannte die grundlegende Problematik. Sie wurde also nicht verschwiegen oder verdrängt. Konkrete Lösungsvorschläge für Freiheitsbeschränkungen regelnde gesetzliche Bestimmungen wurden jedoch ausschließlich im Zuge der juristischen Diskussion dargebracht und so auf diesem Weg mögliche Ausgangspunkte für eine künftige Regelung vorgelegt. Dies unterstreicht den wichtigen Stellenwert, der der juristischen Literatur allgemein im Hinblick auf Gesetzesvorhaben zukommt.

G. Zusammenfassende Betrachtung der historischen Analyse

Die Untersuchung der historischen Entwicklung zeigt, dass die Auseinandersetzung mit dem Gebiet des Pflegeheimrechts hauptsächlich vor rund 20 Jahren begonnen hat. Die Materie der Freiheitsbeschränkungen in Heimen und ähnlichen Pflege- und Betreuungseinrichtungen im Speziellen wurde lange Zeit nicht erheblich beachtet. Erst mit der Neuregelung des Unterbringungsrechts 1991 erkannte man, dass auch abseits der psychiatrischen Anhaltung freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Bereich Pflege und Betreuung in gewissen Fällen unumgänglich sind, jedoch die entsprechende, dem Schutz der persönlichen Freiheit Rechnung tragende Gesetzesgrundlage fehlt. Der Umstand des Klärungsbedarfs der Kompetenzfragen erstreckte den zeitlichen Rahmen bis zur endgültigen Erlassung der geforderten Normen im Heimbereich noch zusätzlich. Der rechtspolitisch gesehen mutige Vorstoß des vlbG Landesgesetzgebers, die längst fälligen Bestimmungen im Rahmen des VlbG PflegeheimG selbst zu treffen, trug letztlich positiv zur Entwicklung bei, weil dadurch die noch ausständigen Schritte in Richtung HeimAufG beschleunigt wurden. Ebenfalls einen wesentlichen Beitrag leistete die juristische Literatur, auch wenn der Kreis der sich mit diesem Thema befassenden Juristen nicht allzu groß war.

III. Kompetenzlage

Zum vorliegenden Themenkreis gibt es zwei Erkenntnisse des VfGH, die die Frage, wem die Zuständigkeit zur Gesetzgebung und zur Vollziehung der hier besprochenen Materie zukommt, klären.

Die Kompetenzverteilung der österreichischen Bundesverfassung gestaltet sich wie folgt: Grundsätzlich besteht eine Generalkompetenz der Länder zur Gesetzgebung und Vollziehung gem Art 15 Abs 1 B-VG. Dies gilt jedoch nur insofern, als nicht einzelne Bereiche gem Art 10 B-VG dem Bund zur Gesetzgebung und Vollziehung zugewiesen sind. Es darf auch keine Angelegenheit des Art 11 B-VG (Bund: Gesetzgebung, Länder: Vollziehung) oder des Art 12 B-VG (Bund: Grundsatzgesetzgebung, Länder: Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung) vorliegen. Nur in den übrigen Fällen bleibt somit die umfassende Zuständigkeit bei den Ländern. Bei näherer Betrachtung zeigt sich daher, dass trotz des föderalistischen Systems des Bundesstaates die bedeutenden Kompetenzen vielfach dem Bund zustehen.

Das zentrale Erkenntnis betreffend die Zuständigkeit zur Regelung von Freiheitsbeschränkungen ist jenes aus dem Jahr 2003. Bevor darauf näher eingegangen wird, ist ein Überblick über die im rechtsgeschichtlichen Kapitel bereits angeschnittene Entscheidung aus 1992 angebracht. Denn diese stellt gewissermaßen den Ausgangspunkt für die daran anknüpfende Pflegeheimgesetzgebung dar.

A. Kompetenz der Länder zur Erlassung von Pflegeheimgesetzen – VfGH 16.10.1992, K II-2/91²⁷⁹

Wie im rechtshistorischen Teil erörtert²⁸⁰ war dem Erkenntnis des VfGH ein Kompetenzfeststellungsantrag der Bundesregierung vorausgegangen. Diese wollte wissen, ob die Erlassung einer solchen Regelung, wie sie sich aus Art I des dem Antrag als Beilage angeschlossenen Gesetzesentwurfs hinsichtlich eines

²⁷⁹ VfGH 16.10.1992, K II-2/91, VfSlg 13.237 = JBl 1993, 382 = ÖJZ 1993/24 (672) = ZfVB 1994/398 (124).

²⁸⁰ Siehe oben S 35.

Pflegeheimgesetzes ergibt, in die Zuständigkeit des Bundes (zur Gesetzgebung über die Grundsätze) oder in die der Länder fällt.

Die Bundesregierung war der Meinung, ihre Zuständigkeit auf die Kompetenztatbestände „Volkspflegestätten“ und „Heil- und Pflegeanstalten“ gem Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG stützen zu können. Der vorgelegte Entwurf eines Pflegeheimgesetzes war daher als Grundsatzgesetz konzipiert.

Der VfGH ging daher unter Einbeziehung der Versteinerungstheorie zuerst auf diese beiden Kompetenzen näher ein. Die Versteinerungstheorie bedeutet, dass Begriffe, die in der Verfassung selbst nicht näher umschrieben sind, in dem Sinn zu verstehen sind, der ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der den entsprechenden Begriff enthaltenden Verfassungsnormen (im vorliegenden Fall zum 1.10.1925) zukam.²⁸¹ Es sind also zunächst alle Vorschriften heranzuziehen, die nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung am 1.10.1925 als Regelungen insb der Errichtung und des Betriebs von Heil- und Pflegeanstalten oder von Volkspflegestätten anzusehen waren.²⁸²

Den Inhalt des Begriffs „Volkspflegestätten“ betreffend sind das VolkspflegestättenG²⁸³ sowie die Volkspflegestättenordnung²⁸⁴ zu beachten. Diese Normen sollten hauptsächlich Vorsorge dafür treffen, dass entsprechende Liegenschaften zur Verfügung stehen, um sozialen Zwecken verschiedener Art dienende öffentliche Einrichtungen (zB für sportliche Betätigung der Bevölkerung, Körperkultur, Gesundheitspflege, Behindertenbetreuung, Jugendfürsorge) schaffen zu können. Es waren darin keine inhaltlichen Vorschriften über medizinische oder gesundheitspolizeiliche Angelegenheiten enthalten, was bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber keine solchen Vorschriften, wie sie im vorgelegten Gesetzesentwurf enthalten waren, gestützt auf den Kompetenztatbestand „Volkspflegestätten“ erlassen darf. Außerdem führte der VfGH noch an, dass der Wortteil „Volks-“ im Begriff „Volkspflegestätten“ in der Bedeutung zu verstehen ist, die er auch im Begriff „Volkswohnungswesen“ (Art 11 Abs 1 Z 3 B-VG) hat. Es geht also um die Schaffung von Einrichtungen zur Hilfe für einen bestimmten Teil der

²⁸¹ StRsp des VfGH, zB VfGH 1.3.1982, K II-4/79, VfSlg 9.337; VfGH 15.3.1986, G 60/82, VfSlg 10.831.

²⁸² Vgl JBl 1993, 383.

²⁸³ Gesetz über die Errichtung und Unterbringung von Volkspflegestätten StGBI 1919/309.

²⁸⁴ Vollzugsanweisung über die Einrichtung und Führung von öffentlich erklärten Volkspflegestätten StGBI 1919/349.

Bevölkerung und zwar für diejenigen Schichten, die materiell schlechter gestellt sind.²⁸⁵

Um festzustellen, ob eine etwaige Kompetenz des Bundes im Sinne der „Heil- und Pflegeanstalten“ besteht, sind folgende im Versteinerungszeitpunkt vorliegenden Regelungen zu berücksichtigen: das KAG 1920²⁸⁶, welches für öffentliche Krankenanstalten galt, und das ReichssanitätsG²⁸⁷ für private Krankenanstalten, welche somit ebenfalls der sanitätspolizeilichen Aufsicht unterlagen.

Unter Heranziehung von § 3 KAG 1920, welcher jene Arten von Heil- und Pflegeanstalten aufzählte, die das Öffentlichkeitsrecht erlangen konnten, zeigt sich, dass das KAG von einem anderen Begriff der Pflegeanstalten ausging als der Entwurf des Bundes-PflegeheimG. So fielen gem § 3 lit d KAG 1920 in den Anwendungsbereich des Gesetzes jene „Pflegeanstalten für Schwerkranke, die an langwierigen unheilbaren Krankheiten leiden und ständiger ärztlicher Behandlung sowie besonderer Pflege bedürfen, mit Ausnahme jener Anstalten, die zur Erfüllung armengesetzlicher Verpflichtungen bestimmt sind, ferner mit Ausnahme der Irrenanstalten“. Bei Heil- und Pflegeanstalten iSd KAG 1920 stand die ärztliche Behandlung deutlich im Vordergrund. § 1 Abs 1 Bundes-PflegeheimG definierte Pflegeheime als „Einrichtungen zur Aufnahme von chronisch Kranken, vorübergehend oder dauernd pflegebedürftigen und behinderten Menschen, die ständiger Pflege und fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen“. Die in solchen Heimen versorgten Personen brauchen permanente Pflege, während die Komponente der ärztlichen Betreuung in den Hintergrund tritt. Zur Verdeutlichung der Unterscheidung führte § 1 Abs 3 Bundes-PflegeheimG sogar ausdrücklich an: „Einrichtungen zur Aufnahme von Personen, die ständiger ärztlicher Betreuung und besonderer Pflege bedürfen, sind keine Pflegeheime im Sinne dieses Bundesgesetzes. Sie unterliegen dem Krankenanstaltengesetz.“ Somit kam auch eine Zuordnung des Gesetzesentwurfs zum Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ nicht in Frage.

²⁸⁵ Näheres dazu JBl 1993, 384.

²⁸⁶ Gesetz vom 15.7.1920 über die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb öffentlicher Heil- und Pflegeanstalten (Krankenanstaltengesetz) StGBI 1920/327.

²⁸⁷ Gesetz betreffend die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes RGBI 1870/68.

Zwei weitere Kompetenztatbestände waren vom VfGH noch in Betracht zu ziehen:

So erwog der VfGH eine eventuelle Zuständigkeit des Bundes aufgrund Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG (Angelegenheiten des Gewerbes). Dies war im Ergebnis schließlich zu verneinen. Die GewO aus 1859²⁸⁸ erfasste nämlich nur die „gewerbsmäßig betriebenen Beschäftigungen“, dh solche, die mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wurden. Ein wesentlicher Teil der Tätigkeiten, die in Pflegeheimen iSd vorgelegten Entwurfs ausgeübt werden sollten, wurde damals aber hauptsächlich in von der öffentlichen Hand und von karitativen Organisationen ohne Gewinnabsicht geführten Altersheimen ausgeübt. Außerdem waren allenfalls vorhandene pflegeheimähnliche Einrichtungen, die auf Gewinn abzielten, gem Art V lit g des Kundmachungspatents zur GewO vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen.²⁸⁹

Als letzte Möglichkeit war das „Gesundheitswesen“ iSd Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ins Auge zu fassen. Nach ständiger Judikatur des VfGH²⁹⁰ sind darunter nur jene staatlichen Maßnahmen zu verstehen, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (für die Volksgesundheit) dienen, es sein denn, dass eine für eine bestimmte andere Kompetenzmaterie allein typische Abart dieser Gefahr bekämpft wird. Im vorliegenden Fall werden aber keine Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die Volksgesundheit getroffen. Vielmehr geht es um die Abwehr von Gefahren, die für Pflegeheime typisch sind.²⁹¹ Somit ist auch eine Kompetenz gestützt auf das „Gesundheitswesen“ auszuschließen.

Die Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebes von Heimen für Personen, die wohl ständiger Pflege, aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen (Pflegeheimen), fällt daher gem Art 15 Abs 1 B-VG sowohl in Gesetzgebung als auch in Vollziehung in die Zuständigkeit der Länder.

²⁸⁸ Kaiserliches Patent vom 20.12.1859, womit eine Gewerbeordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venezianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgrenze, erlassen, und vom 1.5.1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird RGBI 1859/227.

²⁸⁹ Art V: „Auf folgende Beschäftigungen und Unternehmungen findet das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung: ... g) ... die Unternehmungen von Heilanstalten jeder Art mit Inbegriff der Gebär- und der Irrenbewahr-, Bade- und Trinkkuranstalten“.

²⁹⁰ ZB VfGH 11.12.1959, K II-2/59, VfSlg 3.650; VfGH 24.6.1975, K II-1/74, VfSlg 7.582; VfGH 6.12.1977, R 115/77, VfSlg 8.195.

²⁹¹ Außerdem kommen im Rahmen dieses Kompetenztatbestands ohnehin nur einzelne Bestimmungen und nicht das ganze Gesetz in Frage. Vgl §§ 9 ff (ärztliche Aufsicht, Betreuung, Behandlung), § 17 (Pflegeheimhygieniker) und § 25 (behördliche Aufsicht).

Zu reinen Altenwohnheimen ist in diesem Zusammenhang ergänzend Folgendes zu bemerken:²⁹² Für den Bund bleibt folglich – wie sich oben zum Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes“ iSd Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG zeigte – die Kompetenz zur Regelung von gewinnorientierten Wohnheimen, die reine Hotelleistungen (Unterkunft, Mahlzeiten, Aufräumen, etc) erbringen und keine Pflege anbieten bzw keinen „Pflegetrakt“ haben. In der Praxis wird dies jedenfalls nur auf sehr wenige Fälle zutreffen. In den meisten Seniorenwohnheimen werden nämlich auch Pflegeleistungen erbracht, nachdem die Nachfrage danach stets steigt und somit ein entsprechender Bedarf gegeben ist.

B. Kompetenz des Bundes zur Regelung von Freiheitsbeschränkungen in Heimen – VfGH 28.6.2003, G 208/02²⁹³

1. §§ 12 und 13 VlbG PflegeheimG

Ein Jahrzehnt später stellte sich auch bezüglich der Materie des Freiheitsentzugs in Heimen die Frage, wer kompetenzrechtlich zur Erlassung solcher Normen zuständig ist.

Den ersten rechtspolitisch mutigen Schritt zur Beseitigung des bisher mehr oder weniger rechtsfreien und somit von Rechtsunsicherheit gekennzeichneten Raums setzte der vlbG Landesgesetzgeber mit der Erlassung des am 17.4.2002 in Kraft getretenen VlbG PflegeheimG²⁹⁴. Dieses PflegeheimG enthielt neben den Vorschriften für den normalen Betrieb der Einrichtung (wie Bewohnerrechte, allgemeine Pflichten des Heimträgers, Bestimmungen zu Heimvertrag und Personal, Pflegedokumentation, Auskunftspflichten, Aufsichtsregelungen, Strafbestimmungen udgl) auch erstmals Vorschriften über Freiheitsbeschränkungen.

§ 12 VlbG PflegeheimG regelte unter dem Titel „Beschränkung der Bewegungsfreiheit“ die formellen und materiellen Voraussetzungen dafür. Demnach

²⁹² Vgl *Ganner*, SozSi 1997, 940 f.

²⁹³ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 = RdM 2003/81 (150) (*Kopetzki*) = ZfVB 2004/578 (285).

²⁹⁴ VlbG LGBl 2002/16.

durfte ein Bewohner nur dann in seiner Bewegungsfreiheit beschränkt werden, wenn dies zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen selbst oder anderer Menschen erforderlich war. Sollte die Schwelle des Freiheitsentzugs (wohl iSd PersFrG) erreicht werden, so trat als zusätzliches Zulässigkeitskriterium die psychische Erkrankung hinzu. Es wurde daher offensichtlich bewusst zwischen freiheitsbeschränkenden und freiheitsentziehenden Maßnahmen unterschieden. Letztere durften gem § 12 Abs 2 leg cit nur von der Pflegeleitung nach erteilter ärztlicher Genehmigung angeordnet werden. Zusätzlich bestanden spezielle Dokumentations- und Verständigungspflichten.

In § 13 VlbG PflegeheimG war als Rechtsschutzinstanz der UVS vorgesehen, welcher binnen einer Woche eine Entscheidung zu treffen hatte, sofern die Freiheitsentziehung noch aufrecht war. Im Fall der Rechtswidrigkeit hatte sein Ausspruch auf Aufhebung bzw (wenn die freiheitsentziehende Maßnahme bereits vorher geendet hatte) auf Unzulässigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme zu lauten.

2. Antrag der Bundesregierung beim VfGH

Die Bundesregierung hatte Bedenken hinsichtlich der kompetenzrechtlichen Zuständigkeit und stellte aufgrund ihres Beschlusses vom 4.6.2002 gem Art 140 Abs 1 zweiter Satz B-VG den Antrag, folgende Teile des VlbG PflegeheimG als verfassungswidrig aufzuheben:²⁹⁵

- in § 1 die Wortfolge „der Schutz der persönlichen Freiheit“,
- § 12 zur Gänze, in eventu: § 12 Abs 1 letzter Satz, in § 12 Abs 2 die Wortfolge „Freiheitsentziehende Maßnahmen dürfen nur von der Pflegeleitung und nur mit ärztlicher Genehmigung angeordnet werden. Art, Umfang, Dauer und Grund sind in der Pflegedokumentation festzuhalten. Andere“ und das Wort „ebenso“ sowie § 12 Abs 3,
- § 13 zur Gänze,
- in § 17 Abs 1 lit b die Wortfolge „und in § 12“,
- § 18 Abs 2 lit b, in eventu: in § 18 Abs 2 lit b die Ausdrücke „den §“ sowie „bis 12“.

²⁹⁵ Siehe dazu VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1132).

In ihrer Begründung machte die Bundesregierung einen Verstoß gegen die Kompetenzverteilung der Bundesverfassung in zweierlei Hinsicht geltend:

Sie vertrat die Ansicht, dass die Regelung freiheitsbeschränkender bzw freiheitsentziehender Maßnahmen nicht von der Kompetenz der Länder zur Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebes von Pflegeheimen²⁹⁶ mitumfasst sei, sondern gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen) in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zustehe. Da die Formulierung des Rechtssatzes aus 1992 eine gewisse Parallelität zum Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ iSd Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG aufweist, wurde zur Begründung ua das KAG 1920 herangezogen, dessen Vorschriften überwiegend organisationsrechtlichen Charakter aufwiesen und auf den ordnungsgemäßen Anstaltsbetrieb hin orientiert waren. Die zwangsbewehrte Abwehr spezifisch krankheitsbedingter, nicht aus dem Anstaltsbetrieb erwachsender Gefahren war nicht erfasst. Vielmehr zählte sie zum „Kernbereich der traditionellen Sanitäts- und Medizinalpolizei“.²⁹⁷ Daraus zog die Regierung den Schluss, dass die Regelung freiheitsentziehender Maßnahmen zur Abwehr krankheitsbedingter Selbst- oder Fremdgefährdungen nicht als Regelung des Betriebs angesehen werden könne, sondern als „klassische Polizeimaterie“ unter die Bundeskompetenz nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG falle.

Weiters machte sie unter dem Gesichtspunkt der „Rechtsfürsorge“ die Bundeskompetenz gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen) geltend, soweit es um die Festsetzung von den Rechtsschutz betreffenden Normen, wie die Übertragung der sachlichen Zuständigkeit an die Gerichte, die Ausgestaltung des Verfahrens, aber auch die Regelung der gesetzlichen Vertretung des Betroffenen im gerichtlichen Verfahren, ging. Sie griff dabei auf die justizrechtlichen Bestimmungen des Anhaltungsrechts der EntmO und auf die Normen des Kuratelrechts zurück. Es wurde darauf verwiesen, dass „die gerichtlichen Kontrollbefugnisse im Anhaltungsverfahren dem zeitgenössischen Verständnis als Fortentwicklung jener gerichtlichen Rechtsfürsorge erschienen, die dem Außerstreitgericht in allgemeiner Weise schon durch § 2 Abs 1 AußStrG iVm §§ 21, 273 ABGB übertragen worden war“.²⁹⁸ Da die EntmO als zivilrechtliche Regelung zu qualifizieren sei und bei den hier gegenständlichen Beschränkungen Parallelen zur Anhaltung in psychiatrischen

²⁹⁶ Vgl VfGH 16.10.1992, K II-2/91 BGBl 1992/790.

²⁹⁷ Vgl VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1134).

²⁹⁸ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1136).

Anstalten bestünden, sei von einer Subsumtion unter die Kompetenz „Zivilrechtswesen“ auszugehen.

Zusätzlich stellte die Bundesregierung noch den Vorwurf in den Raum, dass die im VlbG PflegeheimG umgesetzte Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens nicht den grundrechtlichen Vorgaben des Art 6 Abs 1 PersFrG und des Art 5 Abs 4 EMRK, die ein wirksames und tatsächlich zugängliches Überprüfungsrecht gewährleisten, entspreche. Ob der Inhalt der angefochtenen Bestimmungen grundrechts- und somit verfassungskonform ist, war hier weniger entscheidend, weil im Vordergrund die prinzipielle Frage stand, ob die Länder überhaupt die Kompetenz zur Erlassung von solchen Regelungen haben und im Fall der Verneinung bereits deswegen Verfassungswidrigkeit vorliegt.

3. Aus den Entscheidungsgründen des VfGH

Der VfGH entschied folgendermaßen:

Was die Anfechtung der Wortfolge „der Schutz der persönlichen Freiheit“ in § 1 VlbG PflegeheimG betrifft, wurde der Antrag als unzulässig zurückgewiesen, nachdem er sich als überschießend herausgestellt hatte. Die zu prüfenden Normen sind bekanntlich so abzugrenzen, dass nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als zur Bereinigung der Rechtslage unbedingt notwendig ist. In § 1 VlbG PflegeheimG seien lediglich die Ziele des Gesetzes, zu denen ua auch der Schutz der persönlichen Freiheit der Heimbewohner zählt, zum Ausdruck gebracht worden. Der Gerichtshof war der Meinung, es sei nicht erkennbar, dass § 1 mit § 12 leg cit in einem untrennbaren Zusammenhang stünde.²⁹⁹

Dann stellte der VfGH fest, dass „eine unmittelbar durch das Gesetz eingeräumte Befugnis von Privaten zur Vornahme freiheitsbeschränkender und -entziehender Maßnahmen ohne oder gegen den Willen des von der Maßnahme Betroffenen, sohin eine gesetzliche Ermächtigung zur Setzung von Zwangsakten gegenüber Personen, der Sache nach verfassungsrechtlich als Beleiheung zu beurteilen ist“³⁰⁰. Seltsamerweise nahm der VfGH dennoch zu diesem Punkt Stellung, obwohl er zuvor klargelegt hatte, dass „er sich aus Anlass des vorliegenden Antrages damit nur

²⁹⁹ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1150).

³⁰⁰ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1152 f); dazu kritisch *Kneihls*, Freiheitsentzug im Pflegeheim und Kompetenzverteilung, ZfV 2004, 304 (305 f).

unter dem Gesichtspunkt der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, nicht aber auch mit der Frage zu beschäftigen hat, ob – mit Blick auf die den Bewohnern eines Pflegeheimes gewährleistete Grundrechtssphäre – im Wege eines einfachen Gesetzes einer von zwei Parteien eines Pflegeheimvertrages gegenüber dem anderen Vertragspartner eine von vorheriger gerichtlicher Genehmigung unabhängige Befugnis zu freiheitsentziehenden Maßnahmen dieser Art überhaupt übertragen werden darf³⁰¹.

Im Zusammenhang mit der vom VfGH getroffenen Aussage zur Beleihung ist an dieser Stelle zum HeimAufG vorab Folgendes ergänzend anzuführen: Der wesentliche Unterschied der im Heimaufenthaltsrecht erfolgten Beleihung zu den freiheitsentziehenden Maßnahmen des Unterbringungs-, Maßnahmen- und Sanitätsrechts liegt darin, dass das HeimAufG „freiheitsbeschränkende Befugnisse lediglich für die innere Ausgestaltung eines ansonsten freiwilligen und vertraglichen Grundverhältnisses vorsieht“³⁰², aber keinesfalls eine zwangsweise Aufnahme oder Rückholung deckt.³⁰³

Bei der Vornahme von Freiheitsbeschränkungen iSd HeimAufG werden die handelnden Personen, dh die anordnungsbefugte und auch die die Beschränkung konkret durchführende Pflege- bzw Betreuungsperson, funktionell für den Bund tätig. Sie setzen die Maßnahme im Rahmen der Hoheitsverwaltung des Bundes, während sie organisatorisch dem Rechtsträger der Einrichtung zugehörig bleiben. Dieser in Vollziehung des HeimAufG ausgeübte Zwang ist somit in Bezug auf die Rechtsformen des Verwaltungshandelns als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren. Aus der Beleihungskonstruktion ergeben sich zwei wesentliche Konsequenzen: Grundrechtsbindung und Haftung des Bundes im Rahmen der Amtshaftung.³⁰⁴

³⁰¹ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1151).

³⁰² *Kopetzki*, Grundriss 246 Rz 814.

³⁰³ Vgl dazu auch *Leder*, Heimaufenthalt und Unterbringung – ein Vergleich: Strukturelle Unterschiede und Gemeinsamkeiten, iFamZ 2006, 217 (217).

³⁰⁴ Zur Freiheitsbeschränkung als hoheitlicher Akt und den rechtlichen Konsequenzen siehe ausführlich *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht (2008) 49 ff; mit kritischen Anmerkungen auch zum im Bereich des HeimAufG fehlenden staatlichen Weisungs- und Verantwortungszusammenhang *Strickmann*, *ibid* 54 ff. Zur Vernachlässigung der „Einbindung in einen Weisungs- und Verantwortungszusammenhang unter Leitung der obersten (und parlamentarisch verantwortlichen) Bundesorgane“ sowohl im Heimaufenthaltsrecht als auch im Unterbringungsrecht vgl ebenso *Kopetzki*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz – Eine kritische Würdigung, iFamZ 2007, 22 (24) bzw *Kopetzki*, Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ – Patientenrechte – Pflegeheime – Unterbringung,

Zu den Entscheidungsgründen des vorliegenden VfGH-Erkenntnisses zurückkommend, hielt der VfGH zum Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ Folgendes fest: Das „Gesundheitswesen“ nach Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG definiere sich laut stRsp des VfGH³⁰⁵ als der Bereich jener „Maßnahmen der Staatsgewalt, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (für die Volksgesundheit) dienen, es sei denn, dass eine für eine bestimmte andere Kompetenzmaterie allein typische Abart dieser Gefahr bekämpft wird“.

Der VfGH sah in den Bestimmungen zur Beschränkung der persönlichen Freiheit von psychisch kranken Heimbewohnern eine von Gesichtspunkten des Heimbetriebs vollkommen losgelöste, insb § 33 UbG offenkundig nachgebildete Regelung. Es ginge in § 12 VlbG PflegeheimG nicht nur um die Abwehr von Gefahren, die sich aus dem Betrieb eines Pflegeheimes ergeben, sondern vielmehr um die so genannte „zwangsbewehrte Abwehr spezifisch krankheitsbedingter Gefahren“. Nach Ausspruch des VfGH³⁰⁶ sind somit „Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren, die nicht nur in Heimen, sondern ganz allgemein auftreten können, unter Einschluss der Zulässigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen – soweit sie wie vorliegend zur Setzung von Zwangsakten ermächtigen – kompetenzrechtlich dem ‘Gesundheitswesen’ zuzuordnen“. Die Zuständigkeit zur Erlassung der gegenständlichen Regelungen liegt daher gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG sowohl in Gesetzgebung als auch in Vollziehung beim Bund, weswegen § 12 VlbG PflegeheimG als kompetenz- und daher als verfassungswidrig aufzuheben war.

§ 13 VlbG PflegeheimG war bereits als im untrennbaren Zusammenhang mit § 12 leg cit stehend ebenfalls als verfassungswidrig aufzuheben. Auf das dazu dargelegte Vorbringen der Bundesregierung ging der VfGH somit gar nicht näher ein.

Aufgrund des eben erwähnten Sachzusammenhangs wurden weiters die Wortfolgen „und im § 12“ in § 17 Abs 1 lit b leg cit sowie „den §“ und „bis 12“ in § 18 Abs 2 lit b leg cit aufgehoben.

in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 116 (122).

³⁰⁵ ZB VfGH 11.12.1959, K II-2/59, VfSlg 3.650; VfGH 11.12.1963, K II-1/63, VfSlg 4.609; VfGH 26.3.1977, K II-2/76, VfSlg 8.035.

³⁰⁶ VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1156).

4. Ergänzende Bemerkungen zum vorliegenden Erkenntnis

Wenn auch der VfGH aus seiner Sicht eindeutig die Bundeskompetenz „Gesundheitswesen“ iSd Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG feststellte, so ist dem durchaus kritisch zu begegnen.³⁰⁷ An einer Stelle³⁰⁸ erwähnt nämlich sogar der VfGH selbst, dass die Festlegung von Beschränkungen, die Heimbewohnern im Dienste der spezifischen Erfordernisse eines geordneten Heimbetriebs auferlegt werden dürfen, Landeskompetenz sei. Er geht aber dann nicht näher darauf ein, da § 12 VlbG PflegeheimG allein wegen der Vorgaben der psychischen Erkrankung und des Gefährdungskriteriums seiner Ansicht nach über den kompetenzrechtlich zulässigen Umfang hinausgehe. Hätte der vlbG Landesgesetzgeber wohl diese beiden Elemente weggelassen – was jedoch wiederum einen klaren Verstoß gegen die grundrechtlichen Anforderungen des PersFrG bedeutet hätte –, so wäre der VfGH anscheinend zu einem anderen Ergebnis gelangt, bei dem er diese Regelung als Materie des Betriebs von Pflegeheimen eingestuft und somit nicht als kompetenzwidrig aufgehoben hätte. Wie *Kopetzki* in seiner Entscheidungsanmerkung³⁰⁹ anspricht, umfasst der Begriff des Betriebs seit jeher auch die Regelung von heiminternen Beschränkungen gegenüber Pflinglingen, die sich beim Betrieb eines Pflegeheims typischerweise stellen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass also nicht ohne weiteres so eindeutig von einer Bundeskompetenz ausgegangen werden kann, wie der VfGH dies in seinem Erkenntnis darstellt. Im Ergebnis aber sicherlich iSd Rechtsschutzes vorteilhaft ist, dass die Bundeskompetenz nur ein Gesetz (statt neun verschiedener Landesgesetze) und somit einen für das ganze Bundesgebiet geltenden einheitlichen Schutzstandard mit sich bringt.

Die Erläuternden Bemerkungen zur RV des HeimAufG berufen sich auch ausdrücklich auf die gegenständliche Entscheidung des VfGH und somit auf die daraus folgende Zuständigkeit des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG.³¹⁰

³⁰⁷ Zur kritischen Würdigung der vom VfGH angenommenen Bundeskompetenz vgl *Kopetzki*, Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ 120 f.

³⁰⁸ Vgl VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1156).

³⁰⁹ *Kopetzki*, Entscheidungsanmerkung zu VfGH 28.6.2003, G 208/02, RdM 2003/81 (156).

³¹⁰ Siehe 353 BlgNR 22. GP 4.

IV. Zielsetzungen und Grundsätze des HeimAufG

A. Umfassender Schutz bei Eingriffen in das Grundrecht der persönlichen Freiheit

Das BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit und Art 5 EMRK bilden den grundrechtlichen Hintergrund für das HeimAufG. Das Grundrecht auf persönliche Freiheit steht unter einem Gesetzesvorbehalt. Es bedarf daher einer näheren Konkretisierung der in Art 2 PersFrG genannten Eingriffstatbestände durch das Gesetz. Bei Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage wäre ein allenfalls verwirklichter Freiheitsentzug verfassungswidrig.³¹¹ Die rechtsstaatliche Legitimation von Freiheitsentziehungen ergibt sich aus drei Faktoren.³¹²

- aus der gesetzlichen Deckung des Freiheitsentzugs (vgl Art 1 Abs 2 PersFrG),
- aus der Subsumtion unter einen der in Art 2 PersFrG angeführten Tatbestände und
- aus der Verhältnismäßigkeit (vgl Art 1 Abs 3 PersFrG).

Vor diesen kurz zusammengefassten verfassungsrechtlichen Vorgaben normiert das HeimAufG die materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen sowie den Rechtsschutz durch die Gerichte im außerstreitigen Verfahren.

Als zentrale Zielbestimmung betont § 1 HeimAufG³¹³ vorab die wichtige Bedeutung des Freiheitsschutzes. Gem Abs 1 erster Satz leg cit ist „die persönliche Freiheit von Menschen, die aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer Krankheit der Pflege oder Betreuung bedürfen, besonders zu schützen“. Dadurch wird ausdrücklich verdeutlicht, dass die Freiheitsrechte der Bewohner unter dem

³¹¹ Vgl Art 1 Abs 2 PersFrG („Niemand darf ... auf eine andere als die gesetzlich vorgeschriebene Weise festgenommen oder angehalten werden.“) und Art 1 Abs 3 PersFrG, aus dem sich ergibt, dass der Freiheitsentzug „gesetzlich vorgesehen“ werden muss.

³¹² Siehe ausführlich dazu *Kopetzki*, Art 1 PersFrG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2003) Rz 50 ff.

³¹³ In dieser Arbeit im Folgenden zitierte Paragraphen ohne Nennung eines bestimmten Gesetzes sind solche des HeimAufG.

besonderen Schutz der Gesetze stehen. Generell ist darunter auch ein grundlegender Auftrag an alle im Zusammenhang mit der Alten- und Behindertenbetreuung tätigen Personen, Einrichtungen und Behörden zu verstehen, den Schutz der persönlichen Freiheit als eines der obersten Prinzipien bei ihrer Arbeit zu achten. In den Erläuternden Bemerkungen zur RV wird betont, dass die neuen Bestimmungen keinesfalls zur Legitimation mangelhafter Zustände in Heimen und ähnlichen Einrichtungen missbraucht werden dürfen. Freiheitsbeschränkungen sind nur dann zulässig, wenn sie wirklich unerlässlich sind, um Leben und Gesundheit des Betroffenen oder anderer Personen zu schützen. Es ist daher zu beachten, dass in Zweifelsfällen den Freiheitsrechten Vorrang einzuräumen ist.³¹⁴ Das grundlegende Anliegen des HeimAufG manifestiert sich also gleich an dessen Anfang. Es ist genau festgelegt, wer unter welchen Voraussetzungen eine freiheitsbeschränkende Maßnahme anordnen und durchführen darf, sodass es dadurch zu einer gewaltigen Verbesserung der rechtlichen Situation auf beiden Seiten – für Bewohner und für Betreuungspersonal – kam.³¹⁵

Schließlich trägt das HeimAufG zur Sensibilisierung gegenüber freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bei. In Deutschland wurde im Rahmen einer Studie festgestellt, dass Pflegebedienstete bis zu 50 % der freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht als solche erkennen.³¹⁶ Man wird vom Bestehen einer ähnlichen Problematik in Österreich ausgehen können. Durch das HeimAufG sollen das Bewusstsein für das Vorliegen von Freiheitseingriffen geschärft und allenfalls noch vorhandene Defizite abgebaut werden.

B. Wahrung der Menschenwürde

Wesentlicher Gesichtspunkt im Umgang mit Alten, Behinderten und Kranken ist stets die Achtung der Menschenwürde, wie sie bereits in Art 3 EMRK (Verbot der Folter sowie unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) und auf einfachgesetzlicher Ebene in § 16 ABGB (als Sitz der Persönlichkeitsrechte eines jeden Menschen) verankert ist. Zur zusätzlichen Untermuerung und Absicherung

³¹⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 7.

³¹⁵ So auch Intention des Gesetzgebers 353 BlgNR 22. GP 3.

³¹⁶ Vgl *Klie/Lörcher*, Gefährdete Freiheit – Fixierungspraxis in Pflegeheimen und Heimaufsicht (1994) 73.

schreibt § 1 Abs 1 zweiter Satz HeimAufG vor, dass die „Menschenwürde [der pflege- und betreuungsbedürftigen Personen]³¹⁷ unter allen Umständen zu achten und zu wahren ist“. § 1 Abs 1 UbG enthält ebenfalls eine gleich lautende Vorschrift im Hinblick auf psychisch Kranke.³¹⁸

C. Besondere Unterstützung des Pflege- und Betreuungspersonals

§ 1 Abs 1 dritter Satz HeimAufG enthält eine programmatische Bestimmung, die besagt, dass die mit der Pflege oder Betreuung betrauten Personen besonders zu unterstützen sind. Dabei handelt es sich um eine reine Grundsatzbestimmung, die nochmals betont, dass dem betreuenden und pflegenden Personenkreis eine zentrale Rolle bei der Wahrung der Freiheitsrechte zukommt. Die Alten- und Behindertenbetreuung ist eine mit großer Verantwortung verbundene Tätigkeit, in der das Personal kontinuierlich mit schwierigen, oft auch psychisch stark belastenden Situationen konfrontiert ist. Konkrete Rechte des Pflegepersonals lassen sich zwar daraus laut RV³¹⁹ nicht ableiten. Eindeutige Regelungen hinsichtlich freiheitsbeschränkender Maßnahmen bringen aber die lang erwartete Erleichterung mit sich, dass sich die in Heimen und ähnlichen Institutionen Tätigen nicht ständig bei unerlässlichen Beschränkungen sorgen müssen, inwieweit ihre Vorgangsweise rechtlich gedeckt ist, und sich nicht mit dem Vorwurf des strafrechtlich sanktionierten Freiheitsentzugs auseinandersetzen haben.

D. Schaffung eines effizienten und raschen Rechtsschutzes

Der angestrebte umfassende Schutz der persönlichen Freiheit wird durch das System eines effizienten und tatsächlich zugänglichen Rechtsschutzes abgesichert, das den Anforderungen des Art 6 PersFrG entspricht. Zu diesem Zweck wurde eine unabhängige Bewohnervertretung³²⁰ eingerichtet, die die Interessen der Betroffenen

³¹⁷ Ergänzung der Verfasserin.

³¹⁸ Siehe dazu ausführlich *Vašek*, Der normative Gehalt der Menschenwürdeklauseln in UbG und HeimAufG, RdM 2009, 108.

³¹⁹ 353 BlgNR 22. GP 7.

³²⁰ Im Detail dazu S 201 ff.

unter absoluter Wahrung deren Wohls vertritt. Nach erfolgter Meldung der Vornahme einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme prüft der Bewohnervertreter diese auf ihre Angemessenheit und Rechtmäßigkeit. Im Fall der vermuteten Gesetzeswidrigkeit und somit der Unzulässigkeit der Maßnahme kann der Bewohnervertreter neben dem Betroffenen selbst und neben bestimmten anderen vertretungsbefugten Personen beim Außerstreitgericht einen Antrag auf Überprüfung stellen.³²¹

³²¹ Zum Rechtsschutzverfahren siehe ausführlich S 210 ff.

V. Geltungsbereich des HeimAufG

Der Anwendungsbereich des HeimAufG umfasst unter Berücksichtigung aller Einrichtungen, die unter das HeimAufG fallen, österreichweit ca. 2.160 Einrichtungen mit in Summe 156.000 Plätzen.³²² Allein das Zuständigkeitsgebiet des Vereins VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenadvokatur, Bewohnervertretung³²³ erstreckt sich auf 1.880 Einrichtungen mit rund 132.000 Plätzen. Darunter befinden sich 869 Alten- und Pflegeheime mit ca. 65.400 zu betreuenden Menschen.³²⁴ Es wird somit eine große Anzahl an Institutionen vom HeimAufG erfasst.

A. Zeitlicher

Zwischen der Kundmachung im Bundesgesetzblatt, welche am 27.2.2004 erfolgte, und dem In-Kraft-Treten lag eine verhältnismäßig lange Zeitspanne. Gem. § 22 HeimAufG traten die Vorschriften erst mit 1.7.2005 in Kraft. Dieser Zeitraum von fast eineinhalb Jahren wurde deswegen gewählt, weil zuvor noch die entsprechende Infrastruktur zur Vollziehung des HeimAufG geschaffen werden musste. So bestand ausreichend Zeit für die Etablierung der Bewohnervertretungen, für sonstige organisatorische Vorbereitungen und für ein Vertrautmachen mit den neuen Regeln sowohl seitens der die Pflege und Betreuung durchführenden Personen und Einrichtungen als auch seitens der Außerstreitgerichte.

In den Übergangsbestimmungen des § 23 Abs 1 HeimAufG wurde schließlich festgehalten, dass die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden sind, die vor seinem In-Kraft-Treten (also bis einschließlich 30.6.2005) vorgenommen wurden und danach noch weiterhin andauern.

³²² Siehe *Niederösterreichischer Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung*, Warum ist das Heimaufenthaltsgesetz notwendig? <http://www.noelv.at/bewohnervertretung/> (5.11.2011).

³²³ Der größte der vier Vereine, bei denen Bewohnervertretungen eingerichtet sind; siehe dazu S 202.

³²⁴ Vgl. *VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenadvokatur, Bewohnervertretung*, Heimaufenthaltsgesetz – Information über den Umgang mit Freiheitsbeschränkungen in Altenheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und Krankenanstalten (2010) 4, auch veröffentlicht auf der Homepage des Vereins unter http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/6_Bewohnervertretung/HeimAufG_web2010.pdf (5.11.2011).

B. Räumlicher

Der räumliche Geltungsbereich erstreckt sich, nachdem es sich beim HeimAufG um ein Bundesgesetz handelt, auf das gesamte Staatsgebiet der Republik Österreich. Alle in Österreich befindlichen, sachlich einschlägigen Einrichtungen werden erfasst.

C. Sachlicher

1. Überblick

Die den sachlichen Geltungsbereich regelnde Norm findet sich in § 2 HeimAufG. Grundsätzlich ist das HeimAufG auf folgende Einrichtungen anzuwenden:

- Alten- und Pflegeheime,
- Behindertenheime,
- andere Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können (Generalklausel) und
- in Krankenanstalten nur auf Personen, die dort wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege oder Betreuung bedürfen.

Im Übrigen gilt das HeimAufG für alle erfassten Einrichtungstypen gleichermaßen, unabhängig davon, ob der Rechtsträger der Einrichtung öffentlich oder privat ist.

Aus der angeführten Aufzählung folgt, dass in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen³²⁵ das HeimAufG jedenfalls Anwendung findet. Es kommt weder auf eine bestimmte Größe oder sonstige Voraussetzung noch auf die Bezeichnung (im Bereich der Altenpflege zB Seniorenresidenz, Seniorenwohnstift, Altenwohnheim, Pensionistenheim, Geriatriezentrum udgl) an.

³²⁵ Erfasst sind sowohl spezielle Einrichtungen für geistig behinderte Menschen als auch Pflegeanstalten für psychisch Kranke, wie zB Pflege- und Betreuungszentren und psychosoziale Langzeitwohnheime; dazu *Zierl*, Das neue Heimaufenthaltsgesetz im Überblick, http://www.behindertearbeit.at/TCgi/Images/bha/20050624114938_1.pdf (1.7.2008) 1.

2. Generalklausel

Die Generalklausel des § 2 Abs 1 erster Satz zweiter Halbsatz verlangt als Voraussetzungen folgende Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Mindestgröße von drei Pflegeplätzen³²⁶,
- Betreuung oder³²⁷ Pflege von psychisch kranken oder geistig behinderten Menschen,
- ständige (also voraussichtlich auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit erforderliche)³²⁸ Betreuung oder Pflege wegen der psychischen Krankheit oder der geistigen Behinderung sowie
- heimartige Struktur (dh ähnlich wie in Heimen organisiert); die innere Ordnung und die strukturellen pflegerischen Bedingungen, die „Lebenswelt“, in die sich der Betreute einzuordnen hat, sind bei dieser Betrachtung maßgebend.

Der Gesetzgeber geht von dem Gedanken aus, dass sobald die vorgesehene Anzahl von drei Pflege- bzw Betreuungsplätzen erreicht ist, idR eine gewisse Organisation der Tätigkeit erforderlich wird, die zu heimtypischen Bedingungen führt. Auftretende Probleme können dann oft nicht mehr allein durch zwischenmenschliche Zuwendung – wie dies etwa im Rahmen einer Familie geschieht – gelöst werden, sondern es bedarf der Schaffung struktureller Vorkehrungen.³²⁹

Zu beachten ist jedoch, dass im Einzelfall trotz Vorliegens von drei Plätzen die Anwendbarkeit des HeimAufG entfällt, wenn ein Vergleich zu Einrichtungen, die heimartige Strukturen aufweisen, nicht gezogen werden kann. Dies trifft auf jene Fälle zu, bei denen sich die Lebensbedingungen so gestalten, dass familienähnliche Strukturen zwischen den betreuten Personen und ihren Betreuern vorliegen. Als klassisches Beispiel lässt sich eine kleinere Behindertenwohngemeinschaft anführen, in der der Betreuer oder ein kleines, fixes Betreuer team abwechselnd gemeinsam mit den behinderten Menschen in einer Wohneinheit lebt und auch dort nächtigt, sodass

³²⁶ Entscheidend ist die Möglichkeit der gleichzeitigen ständigen Betreuung oder Pflege dreier Personen. Selbst wenn zB vorübergehend sich nur ein psychisch Kranker oder geistig Behinderter in der Einrichtung aufhält, bleibt das HeimAufG anwendbar.

³²⁷ Alternativ; im Unterschied zu § 27b KSchG, bei dem die Tatbestandsmerkmale Unterkunft, Betreuung und Pflege kumulativ vorliegen müssen, damit die Bestimmungen des HVerG (§§ 27b bis i KSchG) zur Anwendung kommen.

³²⁸ Siehe 353 BlgNR 22. GP 7.

³²⁹ So dazu 353 BlgNR 22. GP 7.

eine derart vertraute Beziehung aufgebaut wird, die es ermöglicht, Konfliktsituationen allein auf zwischenmenschlicher Basis zu bewältigen, ohne dass ein gleichsam „institutionalisierter Freiheitsentzug“ erforderlich würde.³³⁰

Abgesehen von diesen Gegenausnahmen werden von der Generalklausel somit ua diverse kleineinrichtungen, Pflegeeinheiten, Pflegestellen und -plätze erfasst, wie sie auch in einigen Landesgesetzen³³¹ vorgesehen sind.

3. Personenbezogener Anwendungsbereich bei Krankenanstalten

Das HeimAufG gilt auch für Krankenanstalten (somit etwa für Pflegeanstalten für chronisch Kranke iSd § 2 Abs 1 Z 4 KAKuG, Heime für Genesende iSd § 2 Abs 1 Z 3 KAKuG, Rehabilitationseinrichtungen, Spitalsabteilungen in Pflegeheimen, sonstige Abteilungen³³² in Krankenanstalten, in denen psychisch Kranke oder geistig Behinderte gepflegt oder betreut werden)³³³, soweit dort alte, behinderte oder chronisch kranke Menschen, die ständiger Pflege oder Betreuung bedürfen, Freiheitsbeschränkungen unterworfen werden.³³⁴ Eine Mindestanzahl an betreuten Personen ist hier – im Unterschied zur Generalklausel – nicht erforderlich. Es ist jedoch zu beachten, dass sich die Ursache des Erfordernisses der ständigen Pflege bzw Betreuung nicht allein aus der medizinischen Behandlung ergeben darf. Der Grund hierfür muss in der psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung des zu Behandelnden liegen. Dann ist in diesen Fällen in der Krankenanstalt das HeimAufG anwendbar.

Als Beispiel führen *Barth/Engel*³³⁵ den Fall eines Patienten an, der sich nach einem Schlaganfall in einer Krankenanstalt befindet. Die medizinische Behandlung ist zwar abgeschlossen, der Patient leidet aber mittlerweile an fortgeschrittener Altersdemenz und bedarf deswegen ständiger Betreuung und Pflege. Bis ein

³³⁰ Vgl *Barth/Engel*, Heimrecht – Heimaufenthaltsgesetz und Heimvertragsrecht mit Musterheimvertrag (2004) § 2 Anm 7 HeimAufG.

³³¹ So § 13 Bgld Altenwohn- und PflegeheimG, § 2 Abs 1 Z 3 Nö PflegeheimV, § 2 Abs 2 Stmk PflegeheimG.

³³² ZB (akut)geriatrische Abteilungen, Remobilisationsabteilungen, aber auch alle übrigen Fachabteilungen; vgl *Zierl*, Heimrecht – Heimvertragsgesetz, Heimaufenthaltsgesetz und Mustervorlagen² (2004) 108.

³³³ Ausgenommen sind selbstverständlich psychiatrische Anstalten und Abteilungen, da diese ausschließlich unter das UbG fallen.

³³⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 7.

³³⁵ *Barth/Engel*, Heimrecht § 2 Anm 8 HeimAufG.

Heimplatz zur Verfügung steht, wird er vorübergehend in der Krankenanstalt gepflegt, wobei das HeimAufG anzuwenden ist, falls es zu Freiheitsbeschränkungen kommt. Denkbar wäre weiters eine Situation, in der eine geistig behinderte Person (zB ein Autist mit Zügen der Autoaggression) zu einer Behandlung in ein Spital eingeliefert werden muss. Sollten freiheitsentziehende Maßnahmen notwendig und unvermeidbar werden, um ihn vor sich selbst zu schützen oder eine ernstliche und erhebliche Gefährdung Dritter abzuwenden, so ist nach den Bestimmungen des HeimAufG vorzugehen.

Beim Anwendungsbereich der Krankenanstalten kann es jedoch auch zu problematischen Grenzfällen kommen, wo unter Heranziehung des Gesetzeswortlauts nicht mehr in aller Klarheit davon ausgegangen werden kann, ob bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nach den Regelungen des HeimAufG vorzugehen ist. Zu denken ist dabei vor allem an kurzfristige Krankenhausaufenthalte zum Zweck einer speziellen Untersuchung, in deren Verlauf dann eine Freiheitsbeschränkung erforderlich wird.

Zur Verdeutlichung ist etwa an folgendes Beispiel zu denken: Ein psychisch kranker Patient wird zu einer Herzuntersuchung in eine Krankenanstalt gebracht. Die Untersuchung selbst dauert nicht lange. Im Zuge der Untersuchung ist ein intravenöser Zugang zu legen. Dies kann jedoch nicht durchgeführt werden, weil der Patient immer wieder verweigernd aufspringt. Um die Untersuchung möglich zu machen, müsste man ihn daher festbinden. Somit stellt sich die Frage, ob diese freiheitsbeschränkende Maßnahme nach dem HeimAufG zu beurteilen ist.

Dies ist bei bloßer Betrachtung des Gesetzeswortlauts deswegen nicht ganz eindeutig, weil das HeimAufG verlangt, dass der Patient in der Krankenanstalt wegen seiner psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege oder Betreuung bedarf.³³⁶ Dass die notwendige Maßnahme – das Festbinden – rein aus seiner psychischen Krankheit resultiert, ist unstrittig. Offensichtlich springt er deswegen immer auf, weil er psychisch beeinträchtigt ist. Fraglich ist daher, was unter der missverständlichen Wortfolge „*dort* wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der *ständigen* Pflege oder Betreuung bedürfen“³³⁷ zu

³³⁶ Vgl § 2 Abs 1 zweiter Satz HeimAufG.

³³⁷ Hervorhebungen durch die Verfasserin.

verstehen ist. Schließlich dauert die Untersuchung nicht lange an und der Patient hält sich nur für diese kurze Zeit im Krankenhaus auf.

„Ständig“ iSd allgemeinen Begriffsverständnisses ist als etwas Dauerndes einzustufen. Die Erläuternden Bemerkungen³³⁸ verbinden mit „ständig“, dass die Pflege oder Betreuung „voraussichtlich auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit“ vonnöten ist. Die Formulierung „dort“ ist wohl im vorliegenden Zusammenhang korrigierend dahingehend auszulegen, dass entscheidend sein muss, ob der aktuell sich in krankenanstaltlicher Behandlung befindliche Patient grundsätzlich und somit unabhängig von seinem Aufenthaltsort einer dauerhaften Pflege oder Betreuung bedarf. Trifft dies zu, so kann dies im Ergebnis unter Berücksichtigung der Intentionen des Gesetzes – Rechtssicherheit und Rechtsschutz zu schaffen – nur zur Anwendbarkeit des HeimAufG führen, auch wenn der konkret Betroffene sich nur zu einer kurzen Behandlung ambulant in einer Krankenanstalt befindet.³³⁹

In seiner Entscheidung vom 22.2.2007 bezog der OGH³⁴⁰ erstmals zum krankenanstaltlichen Anwendungsbereich ausdrücklich Stellung:

Im vorliegenden Fall ging es um eine geistig behinderte Bewohnerin eines von der Caritas betriebenen Wohnhauses für behinderte Menschen, die infolge eines Becken- und Schenkelhalsbruchs im Landesklinikum Krems operativ behandelt werden musste. Die stereotaktischen Dauerbewegungen der Bewohnerin hätten nach der Tiefschlafphase den Heilungsverlauf der Brüche gefährdet. Aus diesem Grund beantragte die Krankenanstalt beim PflEGsgerichtsgericht die Genehmigung von Fixierungsmaßnahmen. Das Gericht genehmigte – ohne Rechtsgrundlage³⁴¹ – die Zustimmung des Sachwalters der Bewohnerin zu den Beschränkungsmaßnahmen (Seitenteile am Bett, Fixierung der rechten Hand am Seitenteil und medikamentöse Sedierung). Die Bewohnervertreterin beantragte daraufhin die Überprüfung der gesetzten Maßnahmen gem § 11 HeimAufG.

³³⁸ 353 BlgNR 22. GP 7.

³³⁹ Zur Auslegung des krankenanstaltlichen Anwendungsbereichs und weiteren Fallbeispielen, die problematische Situationen aufzeigen, vgl. *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 82 ff.

³⁴⁰ OGH 22.2.2007, 3 Ob 246/06g, iFamZ 2007/76 (147) (*Kopetzki*) = EvBl 2007/88 = Zak 2007/231.

³⁴¹ Zur Unzulässigkeit der zivilrechtlichen Freiheitsentziehungen (auf Basis des Sachwalterrechts) und der somit äußerst bedenklichen, weil rechtlich nicht tragbaren Vorgangsweise des Gerichts in diesem Fall sowie zur Tatsache, dass es innerhalb des Anwendungsbereichs des HeimAufG keine alternative zivilrechtliche Begründungsvariante für Zwangsmaßnahmen mehr geben kann, siehe *Kopetzki*, Entscheidungsanmerkung zu LG Krems 8.9.2006, 2 R 127/06y, iFamZ 2007/44 (87) 87.

Das Erstgericht³⁴² wies den Antrag mit der Begründung ab, dass das HeimAufG im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Das Rekursgericht³⁴³ bestätigte den erstinstanzlichen Beschluss und begründete es damit, dass kein Kausalzusammenhang zwischen psychischer Krankheit bzw geistiger Behinderung und Aufnahmegrund in die Krankenanstalt gegeben sei.³⁴⁴ Weiters sei die medizinische Behandlung der Verletzungen jedenfalls im Vordergrund gestanden und das HeimAufG im Ergebnis nicht anwendbar.

Der OGH³⁴⁵ hob letztlich die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. In Abweichung zu den Vorinstanzen gelangte der OGH zutreffenderweise zur Anwendbarkeit des HeimAufG. In seiner Begründung nahm er darauf Bezug, dass es wesentlich sei, dass die Pflege oder Betreuung nicht durch die dem Patienten in der Anstalt oder Einrichtung zukommende medizinische Behandlung bedingt sei. Dieses Kriterium sei im vorliegenden Fall gegeben, da Pflege und Betreuung bereits vor dem Unfall erforderlich gewesen seien.

Der OGH führte weiters wörtlich aus: „Es bliebe unerfindlich, weshalb Freiheitsbeschränkungen von solchen Personen bei Betreuung im Heim dem Gesetz unterfielen und bei sonst ganz vergleichbaren Umständen in Krankenanstalten nicht. Ein Zusammenhang zwischen dem Aufnahmegrund und der Grunderkrankung wird vom Gesetz nicht verlangt. Auf den vorliegenden Fall bezogen wäre es ein Wertungswiderspruch, die betreuungsbedürftige geistig Behinderte nach Abschluss der akuten Unfallbehandlung – ohne ergänzenden Feststellungen vorzugreifen – bei Verbleiben in der Krankenanstalt während der Heilung der Knochenbrüche als weniger schutzbedürftig zu erachten als bei Rückführung in das von ihr vor dem Unfall bewohnte Heim. In diesem wäre ja das HeimAufG jedenfalls anzuwenden. Entgegen *Barth/Engel* (ÖJZ 2005, 403) kann weder dem Gesetz noch den Materialien eine Einschränkung seines Anwendungsbereichs auf bestimmte Arten von Spitalsabteilungen entnommen werden.“³⁴⁶

³⁴² BG Krems 7.8.2006, 18 HA 1/06p.

³⁴³ LG Krems 8.9.2006, 2 R 127/06y, iFamZ 2007/44 (87) (*Kopetzki*).

³⁴⁴ Vgl dazu ausführlich die kritische Entscheidungsanmerkung von *Kopetzki* zu LG Krems 8.9.2006, 2 R 127/06y, iFamZ 2007/44 (87) 88.

³⁴⁵ OGH 22.2.2007, 3 Ob 246/06g, iFamZ 2007/76 (147) (*Kopetzki*) = EvBl 2007/88 = Zak 2007/231.

³⁴⁶ OGH 22.2.2007, 3 Ob 246/06g, iFamZ 2007/76 (147) (*Kopetzki*) = EvBl 2007/88 = Zak 2007/231.

Durch diese Entscheidung hat der OGH wesentlich zur Klärung der Frage nach der Anwendbarkeit des HeimAufG in Krankenanstalten beigetragen, nachdem die Bestimmung des § 2 Abs 1 zweiter Satz HeimAufG in ihrer Formulierung doch sehr unbestimmt ist.

In drei weiteren höchstgerichtlichen Entscheidungen aus 2009, 2010 und 2011 wurden die bisher ausgeführten Rechtssätze³⁴⁷ wiederholt. Der Entscheidung vom 18.12.2009³⁴⁸ lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Infolge eines 2003 aufgetretenen Schlaganfalls litt der Patient an einem chronischen hirnorganischen Psychosyndrom, wobei jedoch deswegen kein ständiger Pflege- oder Betreuungsbedarf bestand. 2008 wurde er zur Entfernung eines Nierentumors in ein Krankenhaus aufgenommen. Es kam zu akutem Nierenversagen und bedingt dadurch trat ein postoperatives Durchgangssyndrom auf. Im Zuge der diesbezüglichen Betreuung bzw Behandlung wurden Freiheitsbeschränkungen gesetzt (Seitenteile am Bett und die Verabreichung sedierender Medikamente). Der OGH kam zum Ergebnis, dass das HeimAufG auf diesen Fall nicht anzuwenden sei. Es lagen zwei verschiedene psychische Erkrankungen vor. Aufgrund der schon bestehenden Erkrankung bedurfte der Patient keiner ständigen Pflege bzw Betreuung. Das postoperative Durchgangssyndrom trat im Zusammenhang mit der medizinischen Nierenbehandlung auf. Der OGH bestätigte den 2007 formulierten Rechtssatz, wonach „nur solche Personen in Krankenanstalten von der Geltung (und dem Schutz) des HeimAufG ausgenommen werden sollen, die durch die bzw im Zusammenhang mit der medizinischen Behandlung pflege- oder betreuungsbedürftig werden“.³⁴⁹

In der Entscheidung vom 24.2.2010³⁵⁰ sprach der OGH ebenfalls aus, dass das HeimAufG nicht anzuwenden sei, da die Patientin (welche zuvor schon an leichter

³⁴⁷ Vgl auch LG Linz 30.7.2008, 15 R 264/09p, iFamZ-Spezial 2010/4 (57) und LGZ Wien 19.9.2008, 43 R 619/08k, iFamZ-Spezial 2010/3 (57): „Vielmehr ist wesentlich, dass die Pflege oder Betreuung nicht durch die dem Patienten in der Anstalt oder Einrichtung zukommende medizinische Behandlung bedingt ist, weshalb nur solche Personen von der Geltung und dem Schutz des HeimAufG ausgenommen sein sollen, die durch die bzw iZm der medizinischen Behandlung pflege- oder betreuungsbedürftig werden. Ein Zusammenhang zwischen Aufnahmegrund und der sogenannten Grunderkrankung wird demnach nicht verlangt.“

³⁴⁸ OGH 18.12.2009, 2 Ob 162/09a, RdM-LS 2010/34 (92) (*Kopetzki*) = iFamZ 2010/120 (158) = ÖZPR 2010/84 (86).

³⁴⁹ Siehe dazu weiters die Entscheidungsanmerkung von *Kopetzki* zu OGH 18.12.2009, 2 Ob 162/09a, RdM-LS 2010/34 (93), der unter Hinweis auf die Entscheidung vom 22.2.2007, 3 Ob 246/06g ergänzt, dass das HeimAufG auch dann anzuwenden sei, wenn die Beschränkungen zwar der Unterstützung einer medizinischen Behandlung dienen, aber die Ursache für den spezifischen Betreuungsbedarf in einer von der medizinischen Behandlung unabhängigen geistigen Störung liege.

³⁵⁰ OGH 24.2.2010, 3 Ob 24/10s, iFamZ 2010/121 (159).

Demenz litt) ausschließlich infolge des Schlaganfalls, wegen dem sie in das Krankenhaus aufgenommen worden war, und der daran anknüpfenden medizinischen Behandlung unruhig wurde, ohne dass ein Zusammenhang mit der bereits vorhandenen Demenz vorlag. In Reaktion auf diese, durch den Schlaganfall bedingten Unruhezustände wurden Seitenteile am Bett montiert und sedierende Medikamente verabreicht.

Zuletzt hielt der OGH in einer Entscheidung vom 25.5.2011³⁵¹ an den bisher ausgesprochenen Grundsätzen zum krankenanstaltlichen Anwendungsbereich fest. Im vorliegenden Fall zog sich der Patient im Zuge eines Unfalls ein Schädel-Hirn-Trauma zu, welches im Krankenhaus operativ behandelt werden musste. Nach einer Verschlechterung seines Zustands wurde er zur Legung eines Shunts in eine andere Krankenanstalt – und zwar in die Universitätsklinik für Neurochirurgie – verlegt, wo Freiheitsbeschränkungen gesetzt wurden. Aus dem Schädel-Hirn-Trauma resultierte ein hirnorganisches Psychosyndrom. Das Rekursgericht ging davon aus, dass das HeimAufG anzuwenden sei, da der Patient schon bei der Aufnahme in die Universitätsklinik für Neurochirurgie aufgrund der Unfallfolgen psychisch beeinträchtigt und betreuungsbedürftig gewesen sei. Der OGH betonte dazu, dass beim Patienten kein Bedarf nach ständiger Pflege und Betreuung wegen einer von den Unfallfolgen unabhängigen psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung bestünde. Unter Hinweis auf die diesbezüglich schon vorliegende Rechtsprechung führte der OGH wie folgt aus: „Im Rahmen unfallbedingter medizinischer Behandlungen auftretende psychische Krankheiten und Betreuungsbedürfnisse begründen keine Anwendbarkeit des HeimAufG, auch nicht bei Verlegung des Patienten in eine andere Krankenanstalt. Vom Zweck des HeimAufG sind jene Fälle umfasst, in denen die Bedürftigkeit des Patienten unabhängig von der konkret im Krankenhaus behandelten körperlichen Beeinträchtigung (sei diese Folge eines Unfalls oder einer Krankheit) bereits besteht. Ein solcher Patient soll auch während eines Krankenhausaufenthalts nicht den ihm außerhalb des Krankenhauses, in einer Einrichtung nach § 2 Abs 1 HeimAufG zukommenden besonderen Schutz verlieren.“³⁵²

³⁵¹ OGH 25.5.2011, 8 Ob 64/10k, iFamZ 2011/204 (278).

³⁵² So OGH 25.5.2011, 8 Ob 64/10k, iFamZ 2011/204 (278).

An dieser Stelle ist abschließend zum krankenanstaltlichen Anwendungsbereich ein informativer Artikel von *Spiess/Bohner/Bertsch*³⁵³ zu erwähnen, in dem unter Bezugnahme auf die statistische Auswertung der Meldungen von 2005 bis 2008 über die Umsetzung und Praxiserfahrungen mit der Anwendung des HeimAufG in Vorarlberger Krankenanstalten berichtet wird. Es zeigte sich, dass im Frühjahr 2005 – vor In-Kraft-Treten des HeimAufG – durch Informationsveranstaltungen zwar die Träger von Alten- und Pflegeeinrichtungen gut erreicht wurden, nicht jedoch die Träger der Krankenanstalten. Dies spiegelte sich dann in der Tatsache wieder, dass es anfangs aus Krankenanstalten kaum Meldungen von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gab. Eine enge Kooperation von Bewohnervertretung und in den Krankenanstalten eigens eingerichteten Projektleitern bzw Koordinatoren verhalf der Anwendung des HeimAufG schließlich auch in der krankenanstaltlichen Praxis zum Durchbruch.³⁵⁴ Dieses Beispiel zeigt, dass erst nach und nach in den Krankenanstalten ein Bewusstsein sowie eine Sensibilisierung im Hinblick auf freiheitsbeschränkende Maßnahmen entstand, während im Heimaltag die Vorgaben des HeimAufG längst integriert worden waren.

4. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Einzelne Ausnahmen sind ausdrücklich in § 2 Abs 2 HeimAufG aufgelistet.³⁵⁵ Andere ergeben sich aus der Interpretation unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien³⁵⁶. Die nachstehende Auflistung zeigt, in welchen Bereichen das HeimAufG nicht anzuwenden ist:

- Betreuung und Pflege zu Hause durch Familienangehörige oder mobile Dienste³⁵⁷: Hier liegt von vornherein ein komplett anderes Umfeld fernab von heimähnlichen Bedingungen vor. Die Strukturen im Familienkreis ermöglichen eine umfassende, individuelle Betreuung und Pflege, bei der allenfalls auftretende

³⁵³ *Spiess/Bohner/Bertsch*, Das Heimaufenthaltsgesetz in Vorarlberger Krankenanstalten – Umsetzung, Praxisbeispiele, statistische Auswertung und Ausblick, iFamZ 2009, 219.

³⁵⁴ Dazu näher *Spiess/Bohner/Bertsch*, iFamZ 2009, 220 ff.

³⁵⁵ Zur Streichung der nicht-stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe aus den Ausnahmetatbeständen siehe bereits S 61 ff.

³⁵⁶ 353 BlgNR 22. GP 8.

³⁵⁷ Darunter sind medizinische Betreuung (Hauskrankenpflege, Ergotherapie und Heilgymnastik), psychosoziale Betreuung, Essen auf Rädern, Fahrtendienst, Haushaltshilfen und soziale Betreuung (Begleitung beim Spazierengehen, bei Behördengängen und beim Einkäufen, Besuchsdienste etc) zu verstehen.

Schwierigkeiten durch zwischenmenschliche Zuwendungen bewältigt werden können.

- Nachsorgeeinrichtungen, psychosoziale Dienste, medizinisch-technische Dienste
- Familienähnliche Wohngemeinschaften³⁵⁸
- Seniorenzentren als Treffpunkt älterer Menschen zu gemeinsamen Aktivitäten (wie Ausflügen, Gesellschaftsspielen, Tanzen, Basteln, Besuch von Kursen und auch Verpflegung): Sie unterliegen nicht dem HeimAufG, weil sie nicht der ständigen Pflege oder Betreuung dienen.
- Diverse Formen betreuten Wohnens für alte Menschen: Auf die genaue Bezeichnung (zB Seniorenwohnhäuser, Altenwohnanlagen, gemeinschaftliche Wohnformen wie Seniorengemeinschaften und Generationenwohnhäuser, Altenhaushalte mit Service und Betreuung usw) kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob in diesen Anlagen bloß ein gewisses Grundservice (etwa Notruf und einzelne kleine Hilfsdienste) angeboten wird. Sobald jedoch dort wenigstens drei Personen wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung wiederum ständig gepflegt oder betreut werden können und daher über den Umfang bloß einfacher, unterstützender Dienste hinausgegangen wird, fällt die Einrichtung unter die Generalklausel des § 2 Abs 1 und damit in den Anwendungsbereich des HeimAufG.
- Einrichtungen für die Pflege und Betreuung rein körperlich behinderter Menschen
- Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger³⁵⁹ (§ 2 Abs 2) sowie typische altersspezifische Freiheitsbeschränkungen, die im Rahmen der elterlichen Obsorge vorgenommen werden.

Das LG Wiener Neustadt³⁶⁰ ging im Fall eines 16-jährigen Heimbewohners, der sich in einer Einrichtung iSd § 2 Abs 1 befand, in der wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können, fälschlicherweise davon aus, dass das HeimAufG gem dessen § 2 Abs 2 auf den betroffenen minderjährigen Bewohner nicht anzuwenden sei. In der Entscheidung über den diesbezüglichen Revisionsrekurs der Bewohnervertreterin sprach der OGH aus, dass „der Geltungsbereich des HeimAufG in dessen § 2

³⁵⁸ Siehe dazu oben S 98.

³⁵⁹ Vgl § 22 JWG.

³⁶⁰ LG Wiener Neustadt 13.3.2007, 16 R 89/07p.

nicht personen-, sondern vielmehr einrichtungsbezogen abgegrenzt wird. ... Dadurch, dass in eine Einrichtung gem § 2 Abs 1 HeimAufG auch (psychisch kranke oder geistig behinderte) Minderjährige aufgenommen werden, wird diese nicht zu einer „Einrichtung zur Pflege und Erziehung Minderjähriger“ im Sinne des § 2 Abs 2 HeimAufG“.³⁶¹

- Krankenanstalten oder Abteilungen für Psychiatrie (§ 2 Abs 2): Hier gilt ausschließlich das UbG. In nicht-psychiatrischen Abteilungen einer Sonderkrankenanstalt für Psychiatrie sind – bei Bejahung der Voraussetzungen des § 2 Abs 1 zweiter Satz HeimAufG – freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht nach dem UbG, sondern nach den Bestimmungen des HeimAufG zu beurteilen.³⁶² Auch der OGH hat mittlerweile in zwei Entscheidungen ausdrücklich festgehalten, dass der Anwendungsbereich des UbG auf jene Abteilungen von Sonderkrankenanstalten für Psychiatrie zu reduzieren ist, die für sich genommen als „psychiatrische“ zu qualifizieren sind.³⁶³
- Anstalten für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher (§ 2 Abs 2): Maßgeblich sind die §§ 21, 22, 24 und 25 StGB und die §§ 429 ff StPO.

In jenen Einrichtungen und Fällen, in denen weder das HeimAufG anwendbar ist noch sonstige gesetzliche, zum Eingriff in die persönliche Freiheit ermächtigende Sonderregelungen bestehen, aber dennoch Freiheitsbeschränkungen notwendig werden, muss auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden.³⁶⁴

³⁶¹ OGH 3.5.2007, 1 Ob 80/07g, iFamZ 2007/128 (248).

³⁶² Zu den diesbezüglichen Abgrenzungsfragen *Kopetzki*, Grundriss 17 Rz 37 und 246 Rz 815 f; ebenfalls dazu *Barth*, RZ 2006, 3 FN 5; vgl auch *BMGF*, Schreiben zur Frage der Abgrenzung der Geltungsbereiche von UbG und HeimAufG, GZ 93.331/0004-I/B/8/2005, RdM 2006/7 (18).

³⁶³ Zur Frage der Abgrenzung des Anwendungsbereichs von UbG und HeimAufG auf geriatrische Abteilungen OGH 25.5.2007, 6 Ob 46/07v, iFamZ 2007/127 (246) = EF-Z 2007, 183; OGH 11.9.2007, 10 Ob 78/07d, iFamZ 2008/18 (26) = EF-Z 2008, 32: „Die Frage, ob eine Krankenanstalt oder eine Abteilung „psychiatrischen Charakter“ hat, ist anhand einer Durchschnittsbetrachtung der versorgten Patientengruppen (Art der Krankheitsbilder), der erbrachten Leistungen (Art und Fachzugehörigkeit der medizinischen Tätigkeiten) und der internen Organisationsstrukturen (insb fachliche Qualifikation des Personals) zu beurteilen; es kommt auf die materielle Beurteilung an, ob der Schwerpunkt der ärztlichen Tätigkeit bzw der behandelten Krankheiten in der fraglichen Krankenanstalt oder Abteilung bei objektiver Betrachtung ins Fachgebiet der Psychiatrie fällt und daher die medizinisch-psychiatrische Versorgung im Vordergrund steht.“

³⁶⁴ Siehe dazu S 154 ff.

5. Erweiterungen des Anwendungsbereichs gegenüber dem ME

Bei der Betrachtung der historischen Materialien zeigte sich bereits, dass der Geltungsbereich gegenüber dem Begutachtungsentwurf entscheidend erweitert wurde. Vom ME³⁶⁵ waren nämlich nur Alten- und Pflegeheime erfasst, nicht jedoch Behindertenheime als solche. Die ursprünglich geplant gewesene Ausnahme der Behindertenheime ist nicht nachvollziehbar, weil das strukturelle Umfeld sich nicht wesentlich von Alten- und Pflegeheimen unterscheidet und diese Institutionen von der Sachlage her vergleichbar sind. Da wie dort kann es trotz aller erdenklichen pflegerischen Bemühungen und Umsicht zum notwendigen und unvermeidbaren Einsatz von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen kommen. Wieso dann der Bereich der Behindertenheime weiterhin in einer rechtlichen „Grauzone“ verbleiben sollte, ist unklar. Dieses Defizit des ersten Entwurfs wurde aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens und zahlreicher im Anschluss daran geführter Diskussionen beseitigt, indem auch die Behindertenheime in den Anwendungsbereich aufgenommen wurden.

Weiters wurden vom ME folgende Bereiche ebenfalls ausgeklammert und kamen erst in der RV hinzu: stationäre Einrichtungen für medizinische Maßnahmen der Rehabilitation, Krankenanstalten für chronisch Kranke sowie überhaupt Krankenanstalten als solche und nicht-stationäre Einrichtungen der Pflege und Betreuung für alte Menschen.

Nicht-stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe, wie zB Behindertenwerkstätten, sind erst seit der Novelle des HeimAufG aus Juni 2006³⁶⁶ vom Geltungsbereich erfasst.³⁶⁷

In den vom Anwendungsbereich erfassten Einrichtungen regelt das HeimAufG nur die Voraussetzungen, die Vornahme und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen. Die Gesetzesmaterialien halten ausdrücklich fest, dass andere Rechte der Bewohner davon unberührt bleiben und die Regelung allfälliger Einschränkungen dieser Rechte Landessache im Rahmen der Kompetenz für die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb von Pflegeheimen ist, in die durch das

³⁶⁵Vgl die Erläuterungen zu § 1 Abs 1 HeimAufG in 366/ME 21. GP 24.

³⁶⁶BGBI I 2006/94.

³⁶⁷Siehe dazu ausführlich S 61 ff.

HeimAufG nicht eingegriffen wird.³⁶⁸ Mit § 2 Abs 3 HeimAufG³⁶⁹ wurde zur endgültigen Klarstellung noch ergänzt, dass das Gesetz nicht für die Aufnahme, die Pflege und Betreuung, die Behandlung und den Umgang mit sonstigen Persönlichkeitsrechten³⁷⁰ der Bewohner gilt.

³⁶⁸ 353 BlgNR 22. GP 8; vgl auch AB zu § 2 Abs 1 und 3, 378 BlgNR 22. GP 1.

³⁶⁹ Abs 3 war in der RV noch nicht enthalten und kam erst kurzfristig im Zuge eines Abänderungsantrags hinzu; AB 378 BlgNR 22.GP.

³⁷⁰ Vgl zu den Feststellungen hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte des Heimbewohners im Rahmen des Heimvertrags bei *Barth/Engel*, Heimrecht § 27d Anm 16 KSchG.

VI. Begriff der Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG

Im folgenden Teil wird der für das HeimAufG bedeutsame und zentrale Begriff der Freiheitsbeschränkung näher erörtert, um überhaupt feststellen zu können, ob eine Maßnahme unter das HeimAufG fällt oder nicht. Nur wenn eine Freiheitsbeschränkung im Sinne dieses Gesetzes vorliegt, ist in weiterer Folge nach den §§ 4 ff HeimAufG die Zulässigkeit des Eingriffs in die persönliche Freiheit zu beurteilen.

A. PersFrG und HeimAufG – gleiches Begriffsverständnis

Bei näherer Betrachtung fällt auf, dass das PersFrG und auch bereits Art 5 EMRK von Freiheitsentzug sprechen, während im HeimAufG ausschließlich der Begriff Freiheitsbeschränkung verwendet wird. Berechtigterweise steht daher die Frage im Raum, inwiefern diese Bezeichnungen deckungsgleich zu verstehen sind.

In den Erläuternden Bemerkungen zur RV³⁷¹ wird betont, dass nicht jede Beschränkung der Bewegungsfreiheit einen Freiheitsentzug im verfassungsrechtlichen Sinn darstellt. Unter den Schutzbereich des Gesetzes fällt vielmehr nur eine qualifizierte Beschränkung, nämlich der „Entzug“ der persönlichen Freiheit. Das HeimAufG regelt daher vor dem dargestellten verfassungsrechtlichen Hintergrund nur – im verfassungsrechtlichen Verständnis – freiheitsentziehende Maßnahmen.³⁷² Zur Erklärung, wieso dann nicht zur Vermeidung von Irritationen gleich von freiheitsentziehenden Maßnahmen die Rede ist, wird angeführt, dass durch die Wahl des Ausdrucks „Freiheitsbeschränkung“ bei den Maßnahmen im Rahmen der Pflege und Betreuung Assoziationen mit „Freiheitsentziehungen im strafrechtlichen und strafprozessualen Sinn“ vermieden werden sollen. Zusätzlich

³⁷¹ 353 BlgNR 22. GP 8 f.

³⁷² Deutlicher im Hinblick auf die Formulierung des Freiheitsentzugs war § 1 Abs 2 ME zum HeimAufG (366/ME 21. GP): „Eine Beschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn einem Heimbewohner im Heim die Bewegungsfreiheit gegen oder ohne seinen Willen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise entzogen wird.“

entspreche der Begriff „Freiheitsbeschränkung“ besser der Terminologie des UbG, an das das HeimAufG teilweise stark angelehnt ist.³⁷³

In der vorliegenden Arbeit wird daher ebenfalls stets der Begriff „Freiheitsbeschränkung“ im verfassungsrechtlichen Verständnis der freiheitsentziehenden Maßnahmen verwendet, um die Einheitlichkeit der Terminologie des Gesetzes beizubehalten.

B. Merkmale der Freiheitsbeschränkung

§ 3 Abs 1 HeimAufG lautet: „Eine Freiheitsbeschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (im Folgenden Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird.“ Gem Abs 2 leg cit liegt eine Freiheitsbeschränkung nicht vor, wenn der einsichts- und urteilsfähige Bewohner einer Unterbindung der Ortsveränderung, insbesondere im Rahmen eines Vertrages über die ärztliche Behandlung, zugestimmt hat.

1. Allgemeines (insb Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung)

Erstes wesentliches Abgrenzungskriterium einer unter das HeimAufG fallenden freiheitsentziehenden Maßnahme von einer bloß sonstigen Beschränkung der Bewegungsfreiheit ist die Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung.³⁷⁴ Nur wenn sich die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten räumlich abgegrenzten Bereich bezieht³⁷⁵, liegt eine „Freiheitsbeschränkung“ iSd HeimAufG vor. Klassisches Beispiel dafür ist ein Heim oder eine sonstige Einrichtung, in dem bzw in der alle aus der Anstalt herausführenden Türen verschlossen sind, sodass kein Bewohner nach freiem Willensentschluss einfach das Heim verlassen kann. Noch drastischer ist der Fall des Eingesperrtseins in einem Zimmer, ohne Möglichkeit es zu verlassen.

³⁷³ Aus diesem Grund kann im Folgenden zur Klärung des Umfangs der „Freiheitsbeschränkung“ auch die Literatur und Judikatur zum UbG sowie zum PersFrG herangezogen werden.

³⁷⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 9.

³⁷⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 253.

Anders ist es bei der so genannten negativen Konfinierung³⁷⁶, welche das Verbot bzw die Unmöglichkeit des Betretens bestimmter Orte oder Räume bedeutet. Hierbei liegt noch keine allseitige Beschränkung der Bewegungsfreiheit vor, weil sich der Betroffene sonst ja frei bewegen kann. Er darf nur bestimmte Orte nicht betreten, was somit keine Freiheitsbeschränkung im verfassungsrechtlichen Sinn des Entzugs der persönlichen Freiheit bewirkt. Bei dieser Beurteilung ist jedoch zu beachten, dass die Betretungsverbote nicht auch gleichzeitig so ausgestaltet sind, dass sie faktisch in einer Bewegungsbeschränkung des Bewohners auf bestimmte abgegrenzte Bereiche münden. Da eine solche Vorgangsweise im Ergebnis wiederum auf eine Unterbindung der Ortsveränderung hinausläuft, wäre dies einer Freiheitsentziehung gleichzuhalten.³⁷⁷

Eine relevante Freiheitsbeschränkung ist generell dann gegeben, wenn es einer betreuten oder gepflegten Person unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern.

Dem Betroffenen muss die Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit aber weder bewusst noch bekannt sein.³⁷⁸ Im Fallbeispiel der abgesperrten Zimmertür, für die der Bewohner keinen Schlüssel besitzt, ist es irrelevant, ob er bemerkt, dass er den Raum nicht verlassen kann. Auch wenn er während dieser Zeit, in der er eingesperrt ist, nicht aus dem Zimmer gehen möchte und das Versperren gar nicht mitbekommt, liegt trotzdem eine verwirklichte Freiheitsentziehung vor. Sonst würde es ja dem Faktor Zufall obliegen, ob eine Freiheitsbeschränkung anzunehmen ist oder nicht.³⁷⁹ Dies kann wohl nicht ausschlaggebend sein und würde die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der persönlichen Freiheit ad absurdum führen. Entscheidend ist einzig und allein die Möglichkeit, den Aufenthaltsort jederzeit nach freiem Willen wählen zu können.

Das genaue räumliche Ausmaß (von Fixierung im Bett oder Rollstuhl über verschlossene Zimmertür und versperrte Heimausgänge bis hin zum Verbot, das

³⁷⁶ Siehe *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 22.

³⁷⁷ Vgl auch *Klaushofer*, ZfV 2004, 595.

³⁷⁸ Vgl OGH 30.8.2006, 7 Ob 144/06m, iFamZ 2007/19 (38); OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f, iFamZ 2007/101 (206).

³⁷⁹ So bereits zum Unterbringungsrecht OGH 25.8.1993, 1 Ob 584/93.

gesamte Heimareal inklusive Garten zu verlassen) sowie die zeitliche Dauer³⁸⁰ sind im Übrigen für die Beurteilung einer Maßnahme als Freiheitsbeschränkung ebenfalls irrelevant. Diese Faktoren sind bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit³⁸¹ aber sehr wohl zu berücksichtigen.

2. Unterbindung der Ortsveränderung gegen oder ohne Willen

Der Wortlaut des Gesetzes legt als Freiheitsbeschränkung die Unterbindung der Ortsveränderung fest. Es ist daher darin die Unmöglichkeit der Veränderung bzw. Bestimmung des Aufenthalts nach freiem Willen zu sehen.³⁸²

Wichtiges Element ist die Durchführung der Maßnahme gegen oder ohne den Willen der gepflegten oder betreuten Person. Dieses Tatbestandsmerkmal der Freiheitsbeschränkung spiegelt sich auch in § 3 Abs 2 wider, der für den Fall der Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Bewohners (also einer vom freien Willen des Bewohners getragenen Entscheidung) das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung ausdrücklich ausschließt. Auf die von der Einwilligung getragene und daher keinen Grundrechtseingriff darstellende Freiheitsbeschränkung wird weiter unten näher eingegangen.³⁸³

Die Formulierung „ohne den Willen des Betroffenen“ in § 3 Abs 1 zielt auf jene Personen ab, die mangels Einsichtsfähigkeit (zB bedingt durch fortgeschrittene Altersdemenz) zu einer entsprechenden Willensäußerung nicht bzw nicht mehr fähig sind.

3. Einsatz physischer Mittel

Die Aufzählung physischer Mittel in § 3 Abs 1 ist eine demonstrative. Wörtlich erwähnt werden mechanische, elektronische und medikamentöse Maßnahmen.

³⁸⁰ Wenige Minuten der Beschränkung können bereits genügen. Vgl 353 BlgNR 22. GP 10; in diesem Sinn *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 41 f; auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 162 Rz 5.

³⁸¹ Vgl dazu unten S 145 ff.

³⁸² Zur erforderlichen allseitigen Bewegungsbeschränkung zuvor S 111.

³⁸³ Siehe S 128 ff.

a) *Mechanische Beschränkungen*

Mechanische Mittel, die zur Beschränkung der Bewegungsfreiheit führen, sind in den unterschiedlichsten Ausgestaltungsformen denkbar. Folgende Beispiele sollen einen Überblick über in der Praxis immer wieder vorkommende Maßnahmen geben:³⁸⁴

- versperrte Zimmertüren, für die der Bewohner keinen Schlüssel besitzt; Türen ohne Klinke udgl;
- einzige Möglichkeit, die Abteilung zu verlassen bzw zum Ausgang zu gelangen, ist ein Aufzug (für Demenzpatienten zu komplex zu bedienen) oder ein Stiegenhaus, dessen Zugang mit zum Überwinden zu hohen Querlatten bzw Holzgittern und schwer bedienbaren Öffnern verbaut ist;
- versperrte Ausgänge; tagsüber³⁸⁵ versperrte Stationstüren, die vom Personal oder vom Portier erst auf Verlangen des Bewohners geöffnet werden³⁸⁶; Türen, die so schwer sind, dass sie von schwachen und gebrechlichen Personen nicht mehr allein geöffnet werden können; komplizierte Türöffnungsmechanismen (zB Drehknöpfe); Türen, bei denen ein Passwort einzugeben ist, um die Verriegelung aufzuheben (kritisch bei vergesslichen und dementen, aber auch bei geistig behinderten Personen) bzw gegenüber den Bewohnern geheim gehaltene Passwörter und Zahlencodes; zu hoch montierte Türöffner;³⁸⁷

³⁸⁴ Siehe ergänzend *VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung, Heimaufenthaltsgesetz – Information über den Umgang mit Freiheitsbeschränkungen in Altenheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und Krankenanstalten* (2010) 8, auch veröffentlicht auf der Homepage des Vereins unter http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/6_Bewohnervertretung/HeimAufG_web2010.pdf (5.11.2011).

³⁸⁵ Siehe dazu die zum UbG ergangene Entscheidung OGH 22.2.1994, 5 Ob 571/93, NZ 1994, 253 = RdM 1994/22 (94) = JBl 1995, 63: „Das Versperren der Stationstüre zur Nachtzeit (konkret von 22 Uhr bis 6 Uhr) bewirkt keine Unterbringung iSd § 2 UbG, weil dies eine allgemeine Vorsichtsmaßnahme zur Verhinderung des unkontrollierten Ein- und Ausganges darstellt, wie sie auch außerhalb von psychiatrischen Anstalten nicht ungewöhnlich ist, somit auch in anderen Krankenanstalten üblicherweise allseits akzeptiert wird und nicht als Ausdruck von Zwang zum Verbleib in der Anstalt zu qualifizieren ist.“ Vgl weiters *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 456 und 461 f; siehe auch den ausdrücklichen Verweis auf diese UbG-Judikatur in den Erläuternden Bemerkungen zum HeimAufG, 353 BlgNR 22. GP 10.

³⁸⁶ Vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 8 HeimAufG.

³⁸⁷ Vgl LG Wels 8.7.2009, 21 R 229/09i, iFamZ 2009/201 (295): Mittels Taster an der Wand gesicherte Ausgangstüre vom Demenzbereich in den allgemeinen Heimbereich als Freiheitsbeschränkung, da die Bewohnerin aufgrund ihrer psychischen Erkrankung zum Öffnen der Türe nicht in der Lage ist.

- Portiere, die bei Verlassen des Heimbereichs Meldung abgeben, worauf der Bewohner vom Personal wieder zurückgeholt wird;
- direkter körperlicher Zugriff (Festhalten durch das Personal), um ein Verlassen von Räumen oder des Gebäudes zu verhindern;
- Wegnahme von Gehhilfen eines behinderten, gebrechlichen Bewohners; jemanden, der nicht in der Lage ist, sich selbst an einen anderen Ort zu bewegen, im Rollstuhl irgendwo abstellen;
- Fixierungen mit Gurten, Leintüchern oder Sitzhosen im Rollstuhl³⁸⁸, Sessel oder Bett; Vorstellen von Tischen vor Sessel und Betten, sodass ein Aufstehen unmöglich gemacht wird; Steckgitter am Bett³⁸⁹; Netzbetten und diverse Arten von Zwangsjacken.
- Vereinzelt können auch mobilisierende Maßnahmen unter den Begriff der Freiheitsbeschränkung fallen, wie das Beispiel der Verwendung eines Gehwagens bei einem an fortgeschrittener Demenz leidenden, gehfähigen, aber zugleich sturzgefährdeten Bewohner, der den Gehwagen aufgrund seiner geistigen Verfassung nicht selbständig verlassen kann, zeigt.³⁹⁰

b) *Elektronische Maßnahmen*

Dieser Bereich umfasst etwa folgende Überwachungsmaßnahmen:³⁹¹

- Alarmarmbänder, wenn bei Auslösung des Alarms nach Durchschreiten einer Induktionsschleife im Ein- und Ausgangsbereich unmittelbare freiheitsentziehende Folgen zu erwarten sind; Magnetstreifen in Schuhen, Chips in Kleidungsstücken udgl, die bei Durchschreiten von am Ausgang angebrachten Sensoren Alarm auslösen, worauf der Bewohner vom Personal wieder zurückgeholt wird.

³⁸⁸ ZB LG Steyr 4.12.2007, 1 R 315/07b, iFamZ-Spezial 2010/12 (59): Einsatz einer Sitzhose mit dem Zweck, die Bewohnerin am Aufstehen aus dem Rollstuhl zu hindern.

³⁸⁹ Sie zählen in den Alten- und Pflegeheimen neben den Rollstuhlgurten zu den am häufigsten verwendeten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen; vgl *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation 21 ff und 59.

³⁹⁰ Siehe LG Klagenfurt 28.1.2008, 4 R 27/08z, iFamZ 2008/74 (152).

³⁹¹ Vgl auch 353 BlgNR 22. GP 9. Laut Studie des IRKS liegt das Hauptanwendungsfeld solcher Maßnahmen in der Gruppe der körperlich mobilen, altersdementen Bewohner; dazu detailliert *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation 17 f.

- Verwendung von Peilsendern (zB Mikrochips in Schuhen); erst eine nachfolgende Einschränkung der Bewegungsfreiheit führt zur Qualifikation als Freiheitsbeschränkung, jedoch noch nicht das bloße Verwenden eines Senders ohne weitere Konsequenzen.
- Videokameras zur Überwachung, die ebenfalls bei Beobachtung des versuchten Verlassens des Heimareals zur unmittelbaren Zurückholung des Bewohners führen. Die Videoaufnahme selbst ist noch keine Freiheitsbeschränkung, erst die darauf folgende Rückholaktion oder sonstige Beschränkungen.
- Lichtschranken, die Alarm und anschließendes Zurückholen durch das Personal oder sogar direkt eine Sperre der Tür auslösen; Geräuschmelder oder Druckanzeiger, die mit der Intention verwendet werden, den Heimbewohner am Verlassen der Einrichtung zu hindern.

Diese im letzten Aufzählungspunkt genannten passiven Alarmvorrichtungen (wie auch die beschriebenen Videoüberwachungssysteme) stehen vom Typus eher zwischen den elektronischen und den sonstigen Maßnahmen. Teilweise wird dazu tendiert, sie geschlossen zu den sonstigen Maßnahmen zu zählen.³⁹² Meiner Ansicht nach sind aber die Elemente der Elektronik sowohl bei der Videoüberwachung als auch bei infrarotgesteuerten Schranken und Geräuschmeldern vorrangig, was die Zuordnung zu den elektronischen Maßnahmen rechtfertigt.³⁹³ Die Einordnung des Einsatzes von Druckmeldern, die den „zurückholenden“ Alarm auslösen, ist ebenfalls nicht ganz eindeutig vorzunehmen, aber dennoch ähnlich wie Videoüberwachung und passive Alarmvorrichtungen zu sehen, da sich in der Matte wohl elektronische Sensoren befinden und das damit verbundene, den Alarm anzeigende Gerät überwiegend von elektronischer Qualität ist. Im Endergebnis ist die genaue Zuordnung in eine der Kategorien der beschränkenden Maßnahmen jedoch von theoretischer Bedeutung, nachdem alle physischen Mittel ohne weitere Differenzierung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (Allseitigkeit der Beschränkung, ohne oder gegen den erklärten Willen des Bewohners) eine Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG bewirken.

³⁹² ZB *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 9 HeimAufG.

³⁹³ So auch *Schwamberger*, Patienten- und Klientenschutz im Gesundheits- und Heimbereich (2004) 90, der Lichtschranken und Überwachung durch Videokameras unter dem Titel der elektronischen Maßnahmen behandelt.

Zusammengefasst führt also der Einsatz der oben genannten elektronischen Mittel (Überwachungskameras, elektromagnetische Bänder usw) für sich alleine zu reinen Überwachungszwecken noch nicht zur Verwirklichung einer Freiheitsbeschränkung. Sind bei Verlassen des Überwachungsbereichs bzw bei Überschreiten einer bestimmten Grenze freiheitsbeschränkende Maßnahmen (idR ein darauf folgendes Zurückholen) zu erwarten, so handelt es sich um eine Freiheitsbeschränkung gem § 3 Abs 1 HeimAufG. Natürlich steht nebenbei aber die Frage nach anderen grundrechtlich relevanten Gesichtspunkten im Raum, wie etwa die Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, des Rechts auf Wohnung und die Wahrung der Menschenwürde.³⁹⁴

c) *Medikamentöse Maßnahmen*

Die Dritte der im Gesetz ausdrücklich bezeichneten Möglichkeiten, die im Ergebnis einen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit bedeuten, ist der Einsatz von Medikation. Die Verabreichung von sedierenden Medikamenten (hauptsächlich Psychopharmaka wie Neuroleptika, Antidepressiva und Tranquilizer aber auch Nicht-Psychopharmaka wie Opioide und Schlafmittel)³⁹⁵ oder entsprechenden Infusionen ist laut Erläuternden Bemerkungen³⁹⁶ dann als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren, wenn „die Behandlung unmittelbar die Unterbindung des Bewegungsdrangs bezweckt, nicht jedoch bei unvermeidlichen bewegungsdämpfenden Nebenwirkungen, die sich bei der Verfolgung anderer therapeutischer Ziele mitunter ergeben können“. Weitere Aussagen dazu finden sich in den Materialien nicht.

Mittlerweile liegen einige landesgerichtliche und auch höchstgerichtliche Entscheidungen zur Frage nach dem Vorliegen von unter das HeimAufG fallenden medikamentösen Freiheitsbeschränkungen vor. Der OGH sowie auch mehrere Landesgerichte übernahmen mehr oder weniger die soeben zitierte Begründung der Erläuternden Bemerkungen. So wurde etwa 2006 vom OGH zur Verabreichung von

³⁹⁴ Vgl zur Problematik elektronischer Maßnahmen *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 6 und 9 HeimAufG; *Klaushofer*, ZfV 2004, 596; *Schwamberger*, Patienten- und Klientenschutz 90; *Zierl*, Heimrecht 114 f; *Ganner*, Selbstbestimmung 379 ff.

³⁹⁵ Zur Darstellung der unterschiedlichen Medikamentengruppen und deren Eignung zur Bewegungsdämpfung aus ärztlicher Sicht siehe *Janoch*, Freiheitsbeschränkung durch Medikation – Wann liegt eine medizinische Indikation vor und welche Medikamente eignen sich zur Durchführung von Freiheitsbeschränkungen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 51.

³⁹⁶ 353 BlgNR 22. GP 9.

Psychopax Folgendes festgehalten: „Es kann nämlich kein Zweifel daran bestehen, dass eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Mittel nur dann von vornherein ausgeschlossen sein soll, wenn die Sedierung des Bewohners eine bloße Nebenwirkung des Medikaments darstellt. Ist das Medikament hingegen ein (reines) Sedativum, mit dem also unmittelbar die Unterbindung des Bewegungsdranges erreicht werden soll, kann von einer Nebenwirkung keine Rede sein.“³⁹⁷

Einzelne landesgerichtliche Entscheidungen argumentierten wiederum mit der Bewegungsbeschränkung als Hauptzweck, indem sie bei der Qualifikation einer medikamentösen Maßnahme als Freiheitsbeschränkung darauf abstellten, dass die bewegungsdämpfende, beruhigende Wirkung nicht bloß als unvermeidliche Nebenwirkung – bei der Verfolgung anderer therapeutischer Ziele – in Erscheinung treten, sondern als Hauptzweck intendiert sein müsse.³⁹⁸

Laut OGH sind zur Beurteilung der Frage, ob eine Medikation bzw der Einsatz von kombiniert verabreichten Medikamenten als Freiheitsbeschränkung einzustufen ist, folgende Aspekte zu prüfen: „Welchen therapeutischen Zweck verfolgt die Anwendung jedes einzelnen der zu überprüfenden Medikamente; wurden die Medikamente – insb in der dem Bewohner verabreichten Dosierung und Kombination – dieser Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt; welche konkrete Wirkung war für den Bewohner mit dem Einsatz der Medikamente verbunden.“³⁹⁹

Während der OGH in einer Entscheidung aus 2008⁴⁰⁰ festhielt, dass „selbst die therapeutisch indizierte medikamentöse Behandlung als Freiheitsbeschränkung zu

³⁹⁷ OGH 13.9.2006, 7 Ob 186/06p, iFamZ 2007/18 (37); weiters zB LG Eisenstadt 24.4.2006, 20 R 28/06a, iFamZ 2006/38 (98): „Die Verabreichung von Risperdalsaft zur Unterdrückung von Impulsdurchbrüchen der Betroffenen ist wegen der damit einhergehenden Sedierung im konkreten Fall als Freiheitsbeschränkung im Sinne des § 3 Abs 1 HeimAufG zu werten.“; LG Eisenstadt 10.8.2006, 20 R 80/06y, iFamZ 2006/78 (219); zur Intention, unmittelbar die Unterbindung des Bewegungsdrangs zu bewirken auch LG Wels 7.4.2010, 21 R 108/10x, iFamZ 2010/196 (283).

³⁹⁸ LG Steyr 26.3.2008, 1 R 193/07m, iFamZ 2008/101 (194) zur Verabreichung von Haldol und Psychopax: „Eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit liegt nicht erst dann vor, wenn ein Medikament so dämpfend wirkt, dass die allgemeine Beweglichkeit wesentlich eingeschränkt wird, sondern bereits dann, wenn Medikamente mit dem Ziel verabreicht werden, bewegungsdämpfend und damit bewegungseinschränkend zu wirken.“ In diesem Sinn auch LG Linz 20.3.2008, 15 R 98/08z, iFamZ-Spezial 2010/15 (59) und LG St. Pölten 28.9.2009, 10 R 108/09y, iFamZ 2010/25 (30); weiters ausschließlich auf den Zweck der Medikation (die Intention) abstellend LG Salzburg 5.10.2010, 21 R 225/10z, iFamZ 2011/37 (31).

³⁹⁹ OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z, iFamZ 2008/133 (261) zur Verabreichung der Medikamente Zoldem, Dominal forte, Xanor, Seroquel und Haldol; wiederholt in OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h, iFamZ 2009/123 (163) = iFamZ 2009/162 (223).

⁴⁰⁰ OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z, iFamZ 2008/133 (261); vgl zB auch LG Wels 19.5.2010, 21 R 163/10k, iFamZ 2010/237 (330) und LG Linz 26.1.2011, 15 R 18/11i, iFamZ 2011/118 (160).

beurteilen ist, wenn sie *primär*⁴⁰¹ der Unterbindung von Unruhezuständen und der Beruhigung, also zur Ruhigstellung des Kranken dient“, wurde in Entscheidungen aus 2006 und 2009⁴⁰² nicht auf die primäre Intention abgestellt. Vielmehr solle es auf das *unmittelbare* Bezwecken der Unterbindung des Bewegungsdrangs ankommen. Weiters wurde dazu ergänzt, dass es sich jedoch nicht um eine Freiheitsbeschränkung handelt, wenn die Medikation unvermeidliche bewegungsdämpfende Nebenwirkungen herbeiführt, die sich bei der Befolgung anderer therapeutischer Ziele mitunter ergeben können. Davon ging der OGH auch wiederholt in einer Entscheidung aus 2011⁴⁰³ aus.

In einer Entscheidung aus 2010⁴⁰⁴ (Beschluss über Zurückweisung des außerordentlichen Revisionsrekurses mangels erheblicher Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG) hielt der OGH am eben genannten Leitsatz der OGH-Judikatur zu medikamentösen Freiheitsbeschränkungen fest. Die Frage, ob eine Freiheitsbeschränkung durch Medikamente auch dann vorliege, wenn die Unterbindung des Bewegungsdrangs einen von mehreren gewollten Zwecken der Behandlung darstellt, betonte der OGH nun zwar ausdrücklich als Punkt, zu dem bisher nicht Stellung bezogen werden musste, ließ dies aber auch an dieser Stelle weiterhin offen.

Ausgehend von dieser bisher vorliegenden Rechtsprechung und unter teleologischer und historischer Interpretation des Gesetzes kommt *Barth*⁴⁰⁵ zur Frage, wann nun eine medikamentöse Maßnahme als Freiheitsbeschränkung zu beurteilen ist und wann nicht, mE zutreffend zu folgendem zusammengefassten Ergebnis: In erster Linie ist eine Freiheitsbeschränkung dann gegeben, wenn eine Ortsveränderung intentional und erfolgreich unterbunden wird. Von einer Hierarchie der Zwecke, welche mit einer Maßnahme bewirkt werden sollen, ist dabei nicht auszugehen.⁴⁰⁶ Sobald daher eine Bewegungsbeschränkung bezweckt ist – wenn auch nicht hauptsächlich oder primär (wie in der Judikatur begrifflich ausgeführt) – kann man

⁴⁰¹ Hervorhebung durch die Verfasserin.

⁴⁰² OGH 13.9.2006, 7 Ob 186/06p, iFamZ 2007/18 (37); OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h, iFamZ 2009/123 (163) = iFamZ 2009/162 (223).

⁴⁰³ OGH 31.8.2011, 7 Ob 142/11z, RdM-LS 2012/16 (37) = iFamZ 2012/24 (33).

⁴⁰⁴ OGH 11.11.2010, 3 Ob 176/10v, iFamZ 2011/74 (90).

⁴⁰⁵ *Barth*, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente – Zum Tatbestand der Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen nach dem HeimAufG, iFamZ 2011, 80 (insb 82, 85, 88, 89).

⁴⁰⁶ So auch *Ganner*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – Besonderheiten und Zulässigkeitsvoraussetzungen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 46 (49).

wohl eindeutig nicht mehr von einer unvermeidlichen Nebenwirkung sprechen. *Barth*⁴⁰⁷ hält schließlich fest, dass „es lediglich bei Medikamenten, bei denen eine gesundheitsfördernde Wirkung unmittelbar bezweckt ist, darauf ankommt, ob die mit dem Medikament verbundene Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten therapeutischen Ziels unvermeidlich ist“. Eine Freiheitsbeschränkung liege diesfalls nur dann nicht vor, wenn keine anderen Maßnahmen zur Verfügung stehen (etwa geringere Dosierung, anderes Medikament ohne bewegungsbeschränkende Nebenwirkung oder überhaupt pflegerische oder betruerische Alternativmaßnahmen), die ein vergleichbares therapeutisches Ergebnis bringen würden.

Unabhängig von den soeben angeführten Tatbestandselementen einer Medikation als freiheitsbeschränkende Maßnahme iSd HeimAufG ist an dieser Stelle auch in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei der Medikamentengabe nichtsdestotrotz jedenfalls um eine medizinische Behandlung handelt, was wiederum bedeutet, dass sie medizinisch indiziert, vom informed consent (Einwilligung durch den einsichts- und urteilsfähigen Bewohner oder seines Vertreters) getragen und lege artis ausgeführt sein muss.⁴⁰⁸

Sedierende medikamentöse Mittel wurden und werden nach wie vor im Heimalltag immer wieder eingesetzt, um Patienten mit zu großem Bewegungsdrang etwas zu „bremsen“ bzw. „ruhigzustellen“.⁴⁰⁹ In den letzten Jahren ist jedoch durch zahlreiche Publikationen, Informationsveranstaltungen und im Heimbereich eine verstärkte Sensibilisierung und kritischere Haltung gegenüber solchen Beschränkungen entstanden. Dieses Umdenken gestaltet sich als ein längerfristiger Prozess. Vor dem In-Kraft-Treten des HeimAufG wurde der Einsatz von rein zur Sedierung verabreichten Medikamenten nur vereinzelt als freiheitsbeschränkende Maßnahme angesehen. Zur Begründung und Rechtfertigung wurde beispielsweise argumentiert, dass diese Vorgangsweise allein dem Wohlbefinden der Pfeglinge („Sie sind viel ruhiger.“) diene.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ *Barth*, iFamZ 2011, 89.

⁴⁰⁸ Vgl den entsprechenden Hinweis bei *Ganner*, iFamZ-Spezial 2010, 46 f; *Barth*, iFamZ 2011, 84 bei FN 56; dazu auch *Herdega*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – (k)ein Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit? RdM 2012, 4 (7 f).

⁴⁰⁹ Dies zeigen mehrere Stellen des Berichts des VSP, Im rechtsfreien Raum 6, 8, 12, 16, 19, 21, 31 und 41.

⁴¹⁰ VSP, Im rechtsfreien Raum 6.

Dass in der Praxis auch seit der Regelung durch das HeimAufG noch immer sehr unterschiedliche Herangehens- und Sichtweisen beim Einsatz von freiheitsbeschränkender Medikation in den einzelnen Einrichtungen zu beobachten sind, zeigt eine Studie des BMJ und des BMGF⁴¹¹, welche an die erste in Auftrag gegebene Untersuchung zur Implementation des HeimAufG⁴¹² anschließt. Dabei wurde beobachtet, dass das Problembewusstsein in diesem Bereich bei den in den Einrichtungen hauptberuflich beschäftigten Ärzten höher zu sein scheint als bei den individuell einzelne Bewohner betreuenden Hausärzten.⁴¹³ Die Studie ergab auch, dass immer wieder Fälle auftreten, in denen die Abgrenzung zwischen Medikation als freiheitsbeschränkende Maßnahme und Medikation als medizinisch indizierte Behandlung, die nicht mehr als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren ist, schwer zu treffen ist. Als Beispiel wird der Fall angeführt, in dem einem Patienten über einen längeren Zeitraum hinweg eine variierende Dosis eines Medikaments verabreicht wird, um die optimale Einstellung zu finden und dabei kurzfristig einmal eine zu hohe Dosis verordnet wird, die somit freiheitsbeschränkende Wirkung entfaltet.⁴¹⁴

Wenn auch va bedingt durch den Einsatz der Bewohnervertreter eine verstärkte Sensibilisierung in Bezug auf medikamentöse Freiheitsbeschränkungen bewirkt werden konnte, wird dennoch eine erhebliche Anzahl davon nach wie vor nicht gemeldet. Diesbezügliche Wahrnehmungen werden von den Bewohnervertretern immer wieder bei Einrichtungsbesuchen und der Einsichtnahme in die Pflegedokumentation gemacht.⁴¹⁵

Als Reaktion auf die Auslegungsschwierigkeiten und Unsicherheiten betreffend den Begriff der medikamentösen Freiheitsbeschränkung wurde 2011 von einer multidisziplinären Arbeitsgruppe – besetzt mit Vertretern der Bewohnervertretervereine, der Ärztekammer, des Vereins Lebenswelt Heim, des Kuratoriums der Wiener Pensionisten-Wohnhäuser und des Wiener

⁴¹¹ Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Rechtsschutz und Pflegekultur – Effekte des Heimaufenthaltsgesetzes, Schriftenreihe des BMJ, Band 137 (2008).

⁴¹² Siehe oben bei FN 18.

⁴¹³ Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Rechtsschutz und Pflegekultur 127.

⁴¹⁴ Siehe Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram, Rechtsschutz und Pflegekultur 126.

⁴¹⁵ So Pimon, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente – Erfahrungen der Bewohnervertretung, iFamZ 2010, 280 (280); vgl auch Moser, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen, in Barth (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 54, die festhält, dass Freiheitsbeschränkungen durch Medikamente nur selten gemeldet und die Bewohnervertreter meist erst im Rahmen der Überprüfung einer mechanischen Freiheitsbeschränkung auf sedierende Medikamente aufmerksam werden.

Krankenanstaltenverbunds sowie unter Einbindung von Ärzten und diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegern – ein Praxisleitfaden rund um die Frage, wann eine Verabreichung von Medikamenten als medikamentöse Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG zu qualifizieren ist, erstellt.⁴¹⁶ Dieses Manual „Heimaufenthaltsgesetz – Erläuterungen zur medikamentösen Freiheitsbeschränkung“⁴¹⁷ soll eine Orientierungshilfe für die in der Praxis mit dem HeimAufG befassten Personen bilden und verarbeitet die Ausführungen der Erläuternden Bemerkungen sowie die bislang vorliegende Judikatur zu den medikamentösen Freiheitsbeschränkungen anhand von Medikamentengruppen und Fallbeispielen. Wenngleich offene Zweifelsfragen letztlich nur durch die Rechtsprechung der Gerichte geklärt werden können⁴¹⁸, so stellen diese Richtlinien jedenfalls durch den diesbezüglich erzielten breiten Konsens unter den mit der Anwendung des HeimAufG befassten Berufsgruppen einen wichtigen Beitrag zur vertiefenden Bewusstseins-schärfung für medikamentöse Freiheitsbeschränkungen dar.

d) Exkurs: HeimAufG und PatVG – Beurteilung einer medikamentösen Freiheitsbeschränkung

Als Exkurs wird an dieser Stelle kurz auf die Frage eingegangen, inwiefern das mit 1.6.2006 in Kraft getretene Patientenverfügungs-Gesetz (PatVG)⁴¹⁹ Auswirkungen im Zusammenhang mit der Anwendung des HeimAufG zur Folge hat. Dazu ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

Da das HeimAufG ausschließlich die Einschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit regelt und sich das PatVG nur auf medizinische Behandlungen⁴²⁰ bezieht, kommt es zu keinen Überschneidungen in den jeweiligen sachlichen

⁴¹⁶ Dazu *Barth*, Richtlinien im Umgang mit medikamentösen Freiheitsbeschränkungen – ein interdisziplinär erarbeitetes Papier als Hilfestellung für die Praxis, iFamZ 2011, 318.

⁴¹⁷ Als Download zB unter

http://www.noelv.at/cms/upload/pdf/Manual_Medikamentse_Freiheitsbeschrnkungen_2011_Endfassung.pdf (13.2.2012) oder unter

http://www.bewohnervertretung.at/fileadmin/user_upload/6_Bewohnervertretung/Manual_FBdMed.pdf (13.2.2012).

⁴¹⁸ Was auch ausdrücklich so im Vorwort zum Manual betont wird.

⁴¹⁹ BGBl I 2006/55.

⁴²⁰ § 2 Abs 1 PatVG: „Eine Patientenverfügung im Sinn dieses Bundesgesetzes ist eine Willenserklärung, mit der ein Patient eine medizinische Behandlung ablehnt und die dann wirksam werden soll, wenn er im Zeitpunkt der Behandlung nicht einsichts-, urteils- oder äußerungsfähig ist.“

Anwendungsbereichen. Somit ist die Zulässigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nach dem HeimAufG zu beurteilen, während sich die Qualifikation der Zulässigkeit einer medizinischen Behandlung nach den allgemeinen medizinrechtlichen Rahmenbedingungen für Heilbehandlungen (inklusive Berufsrecht, Krankenanstaltenrecht, PatVG etc) zu richten hat. Daraus ergibt sich, dass eine zwangsweise medizinische Behandlung nicht durch das HeimAufG ermöglicht wird und umgekehrt ein Bewohner die Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit nicht durch eine Patientenverfügung vorweg ablehnen kann. Eine bestimmte medizinische Behandlungsmaßnahme kann aber auch im Anwendungsbereich des HeimAufG entsprechend den Regelungen des PatVG abgelehnt werden.⁴²¹

Für den Bereich der medikamentösen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ergibt sich damit die Konsequenz, dass diese einer Doppelbeurteilung – sowohl nach dem HeimAufG als auch nach den allgemeinen medizinrechtlichen Vorgaben – zu unterziehen sind. Lehnt ein Bewohner aktuell oder mit einer Patientenverfügung ein bestimmtes Medikament ab, welches für eine medikamentöse Freiheitsbeschränkung verwendet werden soll, so mag zwar die Freiheitsbeschränkung bei Erfüllung aller Voraussetzungen nach dem HeimAufG zulässig sein. Aufgrund der vorliegenden Ablehnung ist jedoch dieses konkrete Medikament ein unzulässiges Mittel und somit durch ein anderes Mittel (zB auch elektronische oder mechanische Maßnahme) zu ersetzen. In diesem Fall kann es vorkommen, dass das andere anzuwendende Mittel nicht das Gelindeste ist. Die Hintanstellung des grundsätzlich zu beachtenden Subsidiaritätsgebots erfährt seine Rechtfertigung darin, dass eben das primär gewählte Mittel aufgrund anderer rechtlicher Vorgaben, nämlich der allgemeinen medizinrechtlichen Rahmenbedingungen, nicht eingesetzt werden darf und im konkreten Fall als unzulässig zu qualifizieren ist.⁴²²

⁴²¹ Vgl ausführlich dazu *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung – Wirkungen und Nebenwirkungen, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz – Ethische und rechtliche Aspekte (2007) 127 (150 f).

⁴²² *Kopetzki*, Patientenverfügungs-Gesetz 151.

e) *Sonstige (freiheitsbeschränkende) Maßnahmen*

Da die Aufzählung der physischen Mittel in § 3 nicht taxativ ist, sind daneben auch alle anderen Maßnahmen erfasst, die im Endeffekt auf eine Freiheitsbeschränkung hinauslaufen. Die Erläuternden Bemerkungen⁴²³ sprechen zB rein bauliche Maßnahmen an, die die persönliche Bewegungsfreiheit beeinträchtigen sollen. Unter diese baulichen Vorkehrungen fallen sowohl „Labyrinth“ zur Lenkung dementer Personen, die es unmöglich machen, den Ausgang zu finden, als auch Trickschlösser, komplizierte Schließmechanismen von Türen und zu schwere Türen, die von schwachen Personen nicht mehr geöffnet werden können⁴²⁴ oder überhaupt die entsprechende Ausgestaltung der Station oder des Wohnbereichs im Allgemeinen.

*Barth/Engel*⁴²⁵ weisen aber darauf hin, dass folgende Variante nicht mehr als Freiheitsbeschränkung zu werten ist: Ein Heim gestaltet sein Stationsumfeld so aus, dass die Aufmerksamkeit der Bewohner nicht ständig auf den Ausgang gerichtet wird. Den Bewohnern soll also nicht permanent die Möglichkeit des Verlassens der Einrichtung vor Augen gehalten werden. Eine solche Ausgestaltung ist dann keine Freiheitsbeschränkung, wenn es der betreuten oder gepflegten Person bei entsprechender natürlicher Willensentfaltung nach wie vor möglich ist, den Ausgang zu finden und so tatsächlich das Heim zu verlassen. Anderenfalls läge ein Labyrinth der oben angesprochenen Art vor, welches wiederum ein zur Beschränkung der persönlichen Freiheit taugliches Mittel iSd § 3 wäre.

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Entscheidung des OGH⁴²⁶ hinzuweisen, in der dieser festhielt, dass „die Verringerung des Anreizes, den normalen Aufenthaltsbereich zu verlassen, anders als die Lenkung dementer Personen mit einem für sie nicht zu überwindenden Labyrinth oder der Anbringung schwerer Türen, die von dem Betroffenen nicht mehr geöffnet werden können, keine Unterbindung der Ortsveränderung ist“. Das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung wurde verneint, da es dem Bewohner möglich blieb, den Ausgang zu finden und das Heim zu verlassen. Im konkreten Fall ging es um eine Dementenstation, die von den

⁴²³ 353 BlgNR 22. GP 9.

⁴²⁴ Die verschiedenen Hindernisse in Form der Ausgestaltung von Türen sind eigentlich auch bereits von den mechanischen Maßnahmen erfasst.

⁴²⁵ *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 8 HeimAufG.

⁴²⁶ OGH 19.11.2009, 4 Ob 149/09d, RdM-LS 2010/32 (92) = iFamZ 2010/66 (90) = ÖZPR 2010/23 (24).

anderen Teilen des Heims durch zwei Türen getrennt war. Eine Tür war eine elektrische Glasschiebetüre mit einem Tastschalter, der in zwei Meter Entfernung an der Seite angebracht war. Diese Tür konnte aber auch durch leichtes Auseinanderschoben in der Mitte geöffnet werden, was dem Bewohner möglich war. Die zweite Tür war eine Glastür mit einem Panikverschluss (Tür öffnet sich durch Drücken oder einfaches Dagegenlaufen), die mit einer Ziegeltapete beklebt war, um die Wahrnehmung der Bewohner nicht ständig auf diese Tür zu lenken und sie somit nicht zum Benutzen zu verleiten. Diese Fluchttür blieb dabei laut Sachverhaltsdarstellung aber weiterhin als Tür zu erkennen.

4. Androhung physischer, die Freiheit beschränkender Mittel

Man stelle sich folgende Situationen vor:

Dem Bewohner werden die Schuhe oder die private Kleidung weggenommen. Alleine betrachtet ist diese gegenüber den bisher dargestellten Freiheitsbeschränkungen subtilere Maßnahme noch kein Freiheitsentzug. Es liegt schließlich keine allseitige Beschränkung der Bewegungsfreiheit vor, weil sich die betroffene Person theoretisch – nur eben barfuß oder in Socken – frei bewegen kann und an keinen räumlich abgegrenzten Bereich gebunden ist.⁴²⁷ Faktisch muss der Bewohner aber aus dem Gesamtbild schließen, dass eine Veränderung seines Aufenthalts unerwünscht ist und er am Verlassen der Einrichtung gehindert werden soll.

Ähnlich gelagert ist die Verwendung von speziellen Schlafoveralls, die am Rücken verschlossen werden und von der betreuten Person nicht selbständig geöffnet werden können.⁴²⁸ Zu deren Einsatz kommt es va bei Personen, die sich gegen Windelhosen wehren. Diese Overalls stellen als solches bloß eine einfache Beschränkung dar, die die Qualität einer Freiheitsbeschränkung nach dem Begriffsverständnis des HeimAufG nicht erreicht. Der Bewohner gewinnt dennoch aus der Gesamtbetrachtung der Situation den Eindruck, dass er am freien Verlassen des Heims gehindert werden soll. Aufgrund seiner auffälligen „Bekleidung“ würde er

⁴²⁷ Sich bei solchen Vorgangsweisen des Pflegepersonals natürlich aufwerfende Fragen der Verletzung der Menschenwürde bzw des Verbots von erniedrigender Behandlung sind hier bei der Abhandlung des freiheitsbeschränkenden Aspekts auszuklammern.

⁴²⁸ Zur differenzierten Beurteilung von Zwangsjacken im Sinne von am Rücken verschließbaren Overalls *Zierl*, Heimrecht 115.

wohl im öffentlichen Bereich (auf der Straße, auf öffentlichen Plätzen und in Verkehrsmitteln) erhebliche Aufmerksamkeit erregen. Er muss aus den Umständen befürchten, im Fall eines Versuchs, sich aus der Einrichtung hinauszubegeben, daran gehindert bzw unmittelbar zurückgeholt zu werden.

Eine Freiheitsbeschränkung gem § 3 Abs 1 liegt bereits auch dann vor, wenn bewegungsbeschränkende Maßnahmen noch nicht gesetzt, sondern erst angedroht werden. Dieses weite Verständnis der Freiheitsbeschränkung ist Ausdruck der besonderen Schutzwürdigkeit⁴²⁹ des betroffenen Personenkreises. Der Begriff der Androhung setzt nicht zwingend eine konkrete oder ausdrückliche Drohung voraus.⁴³⁰ Nicht erforderlich sind ausdrückliche Einschüchterungen der Pflegepersonen im Rahmen von Gesprächen oder Anordnungen an die Bewohner, in denen ihnen mitgeteilt wird, dass in diesem und jenem Fall eine freiheitsbeschränkende Maßnahme gesetzt werden würde. Es genügt vielmehr, dass der Bewohner aus der Gesamtsituation heraus vernünftigerweise nur schließen kann, nicht in der Lage zu sein, nach seinem Willen beliebige Ortsveränderungen vornehmen zu können. Dieses Gesamtbild ist unter Heranziehung eines objektiven Maßstabs vor dem Hintergrund einer konkreten Situation zu beurteilen.⁴³¹ Zwangsbewehrte „Wünsche“, „Bitten“ und „Vorschläge“ sind daher ebenso bereits als Freiheitsbeschränkung zu verstehen⁴³², wie die oben angeführten Beispiele von Abhängigkeits- und Zwangsverhältnissen. Eine Freiheitsbeschränkung ist somit schon dann gegeben, wenn der Bewohner einen unversperrten Ort deswegen nicht verlässt, weil er damit rechnen muss, am Verlassen gehindert oder zurückgeholt zu werden.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 3 wird noch ergänzend festgestellt, dass „das bloße Überreden und die Aufklärung des Bewohners über die negativen gesundheitlichen Auswirkungen bei Unterbleiben der freiheitsentziehenden Maßnahmen dagegen keine Freiheitsbeschränkung sind, selbst wenn er sich ihnen

⁴²⁹ Vgl § 21 Abs 1 ABGB.

⁴³⁰ 353 BlgNR 22. GP 9.

⁴³¹ Vgl *Klaushofer*, ZfV 2004, 595; zum Begriff des Freiheitsentzugs nach PersFrG bereits *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 33.

⁴³² Vgl dazu OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w, iFamZ 2007/43 (85) = EF-Z 2007, 66, wo festgehalten wurde, dass es gerade die psychische Erkrankung (hier: Schizophrenie) sei, die dazu führe, dass die ausgesprochene „Warnung“ von der Bewohnerin subjektiv als Verbot aufgefasst werde und dass dies ausreiche, um sie an einem Verlassen des Hauses zu hindern. Von einem „freien Willen“ könne keine Rede sein. Der OGH sah sowohl bereits die „Warnung“ als auch umso mehr die Gesamtheit der getroffenen Maßnahme (versperrte Eingangstür und Verbot, das Haus zu verlassen) als freiheitsbeschränkend an.

letztlich fügt. In solchen Fällen wird es also darauf ankommen, ob der Bewohner ungehindert von äußerem Zwang seinen Aufenthaltsort nach freiem Willen verlassen kann oder mit einem physischen Zugriff rechnen muss.⁴³³

Die bloße Absicht einer anordnungsbefugten Person, einen Bewohner später einmal in seiner Freiheit zu beschränken, ist ebenfalls noch keine tatbestandliche Freiheitsbeschränkung. Dazu bedarf es objektiv der Anordnung, den Betroffenen im Ernstfall in seiner Bewegungsfreiheit zu beschränken und schließlich am Verlassen des Heims zu hindern.⁴³⁴

Ergänzend ist festzuhalten, dass im die Freiheitsbeschränkung definierenden § 1 Abs 2 ME zum HeimAufG die Androhung noch nicht ausdrücklich enthalten war. Davon wurde in dieser Erstfassung offensichtlich deswegen abgesehen, weil entsprechend der zum PersFrG bestehenden Judikatur und Literatur nicht nur die unmittelbare Unterbindung der Ortsveränderung mit physischen Mitteln, sondern auch die ausdrückliche oder erschließbare Androhung hinreichend ist, um eine Maßnahme als Freiheitsentzug einzustufen.⁴³⁵ Zur Klarstellung dieser sich ohnehin bereits aus dem PersFrG ergebenden Rechtslage wurde die Androhung schließlich dann doch in § 3 Abs 1 HeimAufG ausdrücklich aufgenommen.

C. Keine Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG

Sind die im zuvor behandelten Kapitel angeführten Merkmale nicht erfüllt, so handelt es sich bei einer Maßnahme nicht um eine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1, auf die folglich die weiteren Bestimmungen des HeimAufG (insb die Prüfung der Zulässigkeit nach § 4 und die Anordnungsbefugnis gem § 5) anzuwenden wären. Ganz allgemein ausgedrückt liegt keine Freiheitsbeschränkung vor, wenn der Bewohner ungehindert von äußerem Zwang seinen Aufenthaltsort nach freiem Willen verlassen kann.

Eine Aufzählung verschiedener Beispiele, in denen der Schutzbereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit nicht betroffen ist, findet sich etwa bei *Zierl*⁴³⁶.

⁴³³ So 353 BlgNR 22. GP 9 f.

⁴³⁴ Siehe weiters *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 11 HeimAufG.

⁴³⁵ *MwN Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 32.

⁴³⁶ *Zierl*, Heimrecht 113.

Folgende Bereiche sind zu beachten, bei denen jedenfalls keine Freiheitsbeschränkung gegeben ist:

1. Einwilligung als Ausschlusstatbestand

Die Einwilligung durch die betreute oder gepflegte Person selbst schließt einen Grundrechtseingriff aus. In § 3 Abs 2 heißt es, dass keine Freiheitsbeschränkung vorliegt, wenn der einsichts- und urteilsfähige Bewohner einer Unterbindung der Ortsveränderung zugestimmt hat. Dieser Umkehrschluss ergibt sich allerdings auch schon aus § 3 Abs 1, wo die Freiheitsbeschränkung als Unterbindung der Ortsveränderung *gegen oder ohne den Willen* des Betroffenen definiert wird.⁴³⁷

Die Einwilligung muss vor der Vornahme der freiheitsbeschränkenden Maßnahme bereits vorliegen.⁴³⁸ Es ist nicht möglich, die Beschränkung der persönlichen Freiheit währenddessen oder nachträglich zu genehmigen. Sie kann sowohl gegenüber dem Pflegepersonal als auch gegenüber dem Anordnungsbefugten abgegeben werden und jederzeit ohne besondere Formvorschriften – also auch schlüssig – widerrufen⁴³⁹ werden.

Damit man von einer gültigen, rechtserheblichen Zustimmung ausgehen kann, sind einige Voraussetzungen zu erfüllen:

a) *Natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit*

Erstens muss die die Erklärung abgebende Person einwilligungsfähig sein. Darunter ist die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu verstehen, welche auch geistig behinderte und psychisch kranke Menschen haben können. Es ist nicht auf die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit abzustellen. Weiters ist nicht entscheidend, ob für die Person ein Sachwalter bestellt wurde oder nicht. Die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist individuell zu prüfen („konkrete Einsichts- und

⁴³⁷ Die nähere Klarstellung iSd § 3 Abs 2 kam erst in der RV hinzu; vgl dazu § 1 Abs 2 ME zum HeimAufG.

⁴³⁸ Vgl *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Österreichischer Heimratgeber (2004) 78; *Zierl*, Heimrecht 115.

⁴³⁹ Auch der Widerruf setzt logischerweise zu seiner Gültigkeit die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus.

Urteilsfähigkeit⁴⁴⁰), wobei ein Modell herangezogen werden kann, das von *Amelung*⁴⁴¹ entwickelt wurde.

Betrachtet man das HeimAufG samt seinen Erläuternden Bemerkungen näher, so kann diesen nur eine einzige direkte Aussage im Zusammenhang mit den maßgeblichen Kriterien für die inhaltliche Bewertung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgerungen werden: „Die betreute oder gepflegte Person muss geistig in der Lage sein, die Situation an sich und die Tragweite ihres Einverständnisses zu erfassen.“⁴⁴² Im Gesetz selber ist bekanntlich nur die Rede von der Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Bewohners. Ähnlich unbestimmt und auch in uneinheitlicher Terminologie wird die Einwilligungsfähigkeit in verschiedenen Gebieten der Rechtsordnung verwendet bzw umschrieben.⁴⁴³ Um ein näheres Bild der maßgeblichen Beurteilungskriterien zu gewinnen, ist daher die im Laufe der Zeit dazu herausgebildete Lehre und Judikatur heranzuziehen.

Die schwierige Frage des Vorliegens der Einwilligungsfähigkeit ist primär von der anordnungsbefugten Person zu beurteilen. Zu ihrer Unterstützung haben *Barth/Engel* eine Checklist⁴⁴⁴ erstellt, die auf einfache Weise rasch einen Überblick verschaffen soll, an dem man sich grob orientieren kann, nachdem keine näheren gesetzlichen Vorschriften existieren, die hinsichtlich der Vorgangsweise bei der Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit Anhaltspunkte normieren. Bei der Checklist handelt es sich um einen Fragenkatalog, der im Wesentlichen auf folgende Feststellung hinausläuft: Je mehr der darin enthaltenen Fragen mit „Nein“ beantwortet werden müssen, desto eher ist die Einsichtsfähigkeit anzuzweifeln. Die Fragen beziehen sich auf drei Bereiche – die Fähigkeit zur Erkenntnis von Tatsachen und Kausalverläufen, die Fähigkeit zur Bewertung und die Fähigkeit zur einsichtsgemäßen Selbstbestimmung (Steuerungsfähigkeit) – und beruhen auf dem Modell von *Amelung*⁴⁴⁵, welches auch in Österreich größtenteils rezipiert⁴⁴⁶ wurde.

⁴⁴⁰ Zur konkreten Beurteilung im Einzelfall siehe *Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1 (2).

⁴⁴¹ *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, 525; *Amelung*, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24.

⁴⁴² 353 BlgNR 22. GP 10.

⁴⁴³ Vgl etwa § 36 Abs 1 UbG; § 51 Z 5 MPG; § 42 Abs 1 Z 5, § 43 Abs 1 Z 4 AMG; § 8 Abs 2 FMedG; § 8 Abs 3 KAKuG; § 146c Abs 1 ABGB.

⁴⁴⁴ *Barth/Engel*, Heimrecht 103 f.

⁴⁴⁵ *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, 525; *Amelung*, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24.

Nach *Amelung* setzt die Einwilligungsfähigkeit als erstes Kriterium die Fähigkeit zur Wertentscheidung voraus. Da die vernünftige Einwilligungentscheidung eine Kosten-Nutzen-Entscheidung darstellt, bei der der Nutzen die Kosten überwiegt, muss dem folglich eine Bewertung von Kosten und Nutzen vorausgehen. Dafür ist das subjektive Wertsystem des Einwilligenden maßgeblich. Deshalb subjektiv und nicht objektiv, weil die Einwilligung ein Instrument der Selbstbestimmung ist. Die erforderliche Fähigkeit zur Wertentscheidung definiert sich daher als „die Fähigkeit des Einwilligenden, nach Maßgabe des eigenen Wertsystems eine Kosten-Nutzen-Analyse des geplanten Eingriffs anzustellen“.⁴⁴⁷ Somit hat der Betroffene eine Abwägung des geplanten Eingriffs in sein Recht auf persönliche Freiheit – auch unter Berücksichtigung der möglichen Alternativen dazu – und der Folgen und Risiken einer Unterlassung der zu setzenden Maßnahme vorzunehmen.⁴⁴⁸ Es werden von *Amelung* zwei Gründe angeführt, aus denen diese Fähigkeit fehlen kann: einerseits psychische Krankheiten, die die Person hindern, für eine gewisse Zeit ein konsistentes Wertsystem aufzubauen (Patient sagt gleich ja, gleich nein) und andererseits die krankheitsbedingte Verzerrung des Wertsystems (beispielsweise eine wahnhafte Realitätsverzerrung bewirkt durch psychotische Erkrankungen).

Als nächster Beurteilungsschritt muss die Fähigkeit zur Erfassung von Tatsachen und somit zur Tatsachenentscheidung vorhanden sein, womit ein angemessenes Verständnis der Fakten und der zukünftigen Kausalverläufe gemeint ist.⁴⁴⁹ Im gegenständlichen Heimbereich kann sie aufgrund von auf geistiger Behinderung oder Demenz beruhender Intelligenzmängel fehlen.

In weiterer Folge ist es schließlich erforderlich, dass dem Betroffenen die einsichtsgemäße Selbstbestimmung möglich ist, dergemäß er in der Lage ist, sein Verhalten entsprechend seinen gewonnenen Bewertungen und Erkenntnissen zu steuern (voluntative⁴⁵⁰ Komponente).⁴⁵¹

⁴⁴⁶ Vgl zB *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 818 ff; *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) 152.

⁴⁴⁷ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit 29.

⁴⁴⁸ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit 31; *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 13 HeimAufG.

⁴⁴⁹ Vgl ausführlich bei *Amelung*, ZStW 1992, 553 f.

⁴⁵⁰ Als das die Einwilligungsfähigkeit ergänzende kognitive Element gestaltet sich daher die zuerst beschriebene Einsichtsfähigkeit (Ebene des Erkennens).

⁴⁵¹ *Amelung*, ZStW 1992, 555 f.

Muss auch nur eines dieser Elemente der Einsichts- und Urteilsfähigkeit verneint werden, so fehlt dem Bewohner die erforderliche Einwilligungsfähigkeit, die es ihm ermöglichen würde, gem § 3 Abs 2 einer freiheitsentziehenden Maßnahme zuzustimmen.

b) Aufklärung

Wie bei der Einwilligung in medizinische Behandlungen ist hier eine Aufklärung vor Abgabe der Zustimmung erforderlich.⁴⁵² Nur wenn zuvor die Tragweite und Folgen, aber auch die Risiken einer Unterlassung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme und die pflegerischen Alternativen hinreichend dargelegt werden, bleibt das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen gewahrt.

Bei der Frage nach der die Aufklärung konkret durchführenden Person ist mE davon auszugehen, dass die anordnungsbefugte Person⁴⁵³ (iSd § 5 HeimAufG – welcher allerdings nur in den Fällen einer Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG zwingend einzuhalten ist) zwar die Letztverantwortung trägt, die Aufklärungspflicht aber zulässigerweise delegieren kann. Entscheidend für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ist, dass der Bewohner die Aufklärung erhalten hat, unabhängig davon, wer sie erteilt hat. Dies ist analog zur Selbstbestimmungsaufklärung vor medizinischen Heilbehandlungen zu sehen. Aufklärungspflichtiger ist dort grundsätzlich der behandelnde Arzt, wobei jedoch mittlerweile die Delegation der Aufklärungspflicht anerkannt ist.⁴⁵⁴ Der Delegation der Aufklärung vor ärztlichen Eingriffen entsprechend wird sich auch hier der Anordnungsbefugte selbstverständlich vergewissern müssen, dass die Aufklärung tatsächlich ordnungsgemäß erfolgt ist.

c) Freiheit von Willensmängeln

Wie jede andere Willenserklärung muss die Zustimmung ernstlich und frei von Drohung, Zwang, Irrtum und sonstigen Willensmängeln sein. So liegt etwa keine

⁴⁵² Zur Selbstbestimmungsaufklärung *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 9 f.

⁴⁵³ Diese Wertung lässt sich aus § 6 Abs 2 und § 7 Abs 1 HeimAufG gewinnen, wo vorgeschrieben wird, dass auch bei einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung Grund, Art, Beginn und Dauer der Maßnahme zu dokumentieren sind und die anordnungsbefugte Person den Einrichtungsleiter auch von einer solchen Einschränkung zu verständigen hat.

⁴⁵⁴ So zB zur Aufklärung durch einen Turnusarzt OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98i, RdM 1998/21 (149).

wirksame Einwilligung vor, wenn der Bewohner der Beschränkung seiner persönlichen Freiheit nur zustimmt, weil er sie als Bedingung für eine baldige Besserung seiner gegenwärtigen Situation in Kauf nimmt.⁴⁵⁵

d) Inhaltlich ausreichende Bestimmtheit

Die Einwilligungserklärung kann sich außerdem nur auf einen konkret vorzunehmenden Eingriff, also auf eine konkrete Situation sowie auf einen zeitlich überschaubaren Rahmen beziehen, was zur Konsequenz hat, dass eine pauschale Zustimmung zu allen Beschränkungen nicht wirksam erteilt werden kann.⁴⁵⁶

e) Formfreiheit

Für die Einwilligung ist keine bestimmte Form erforderlich. Sie kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder konkludent erteilt werden.

Natürlich ist es der die Erklärung entgegennehmenden Person bzw der anordnungsbefugten Person als Letztverantwortlichem anzuraten, die Zustimmung zumindest in einem Gedächtnisprotokoll kurz schriftlich festzuhalten und vom Erklärenden unterschreiben zu lassen, um spätere Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen, die mit Zustimmung des Bewohners erfolgen, sind gem § 6 Abs 2 zu dokumentieren. Es empfiehlt sich somit, das Gedächtnisprotokoll der Dokumentation anzuschließen.

Im Fall einer stillschweigenden Einwilligung ist besonders genau zu prüfen, ob aus der Gesamtsituation heraus zweifelsfrei auf einen diesbezüglichen Erklärungswert des Verhaltens geschlossen werden kann, um dem Bewohner nicht leichtfertigerweise eine solche Erklärung zu unterstellen. Es reicht nicht aus, wenn sich jemand einer Maßnahme aufgrund vorgespigelter Versprechungen oder verdeckter, unterschwelliger Drohungen beugt. Da die Freiwilligkeit des Aufenthalts in einer vom Anwendungsbereich des HeimAufG erfassten Einrichtung selbstverständlich nicht automatisch die Zustimmung zu allfälligen internen

⁴⁵⁵ Siehe diesbezüglich *Klaushofer*, ZfV 2004, 597 bei FN 77.

⁴⁵⁶ Vgl 353 BlgNR 22. GP 10.

Beschränkungen einschließt⁴⁵⁷, ist die konkludente Einwilligung besonders sorgsam auf ihr tatsächliches Vorliegen zu überprüfen.

2. Fehlende Möglichkeit zur Fortbewegung

Von einer Freiheitsbeschränkung ist des Weiteren dann nicht auszugehen, wenn sich die betreute oder gepflegte Person auch ohne die Maßnahme nicht fortbewegen kann.⁴⁵⁸ Zur Untermauerung wird in den Erläuternden Bemerkungen folgendes Beispiel angeführt: Die Anbringung eines Sitzgurtes, die den drohenden Sturz durch unkontrolliertes Herausfallen eines gelähmten Menschen aus dem Rollstuhl verhindern soll, ist nicht als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren, wenn die Verwendung des Gurtes in einer notwendigen Gesamtbetrachtung in Wahrheit den Bewegungs- und Handlungsspielraum erhöht⁴⁵⁹, weil der Bewohner nun an der Einnahme der Mahlzeiten im Speisesaal und auch sonst an Aktivitäten im Gemeinschaftsraum teilnehmen kann.

Fehlt einer Person gänzlich die grundsätzliche Möglichkeit zu einer willkürlichen körperlichen Bewegung, so kann eine Freiheitsentziehung begrifflich nicht verwirklicht werden.⁴⁶⁰ Darunter fallen etwa Komapatienten, Bewusstlose und Personen, die nach einer Operation bewirkt durch die Anästhesie noch im Dämmerzustand automatischen Handlungsschablonen folgen. Sie alle sind keine tauglichen Subjekte der grundrechtlich geschützten Bewegungsfreiheit im Raum. Vom Schutzbereich des Grundrechts sind nur jene Personen erfasst, die überhaupt über die Möglichkeit zu willkürlicher Ortsveränderung verfügen.⁴⁶¹ Auf die Bildung eines vernünftigen Fortbewegungswillens kommt es dabei aber nicht an.⁴⁶²

⁴⁵⁷ Dies wird ausdrücklich betont in 353 BlgNR 22. GP 10.

⁴⁵⁸ 353 BlgNR 22. GP 9.

⁴⁵⁹ Kritisch *Klaushofer*, ZfV 2004, 596, der vertritt, dass mobilitätssteigernde Maßnahmen gegen oder ohne den Willen des Bewohners ebenfalls in dessen Recht auf persönliche Freiheit eingreifen, da der Schutzbereich auch das Recht verbürge, seinen Bewegungsradius selbst zu bestimmen und auch enger zu ziehen, als es unter Heranziehung von Hilfsmitteln möglich wäre. Mobilitätssteigernde Maßnahmen seien daher einzelfallbezogen nach finalen Kriterien zu bewerten.

⁴⁶⁰ Vgl in diesem Zusammenhang die entsprechende strafrechtliche Auffassung zu tauglichen Tatobjekten des § 99 StGB bei *Schmoller in Triffterer*, StGB § 99 Rz 30; mwN *Schwaighofer* in WK² § 99 Rz 6.

⁴⁶¹ Vgl *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 3; ausführlich auch zur Grundrechtsmündigkeit *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 248.

⁴⁶² *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 3; *Barth*, „Schauplatz“ Pflegeheim 131 f.

Folgende Beispiele sind daher entsprechend der obigen Ausführungen nicht als Freiheitsbeschränkungen einzustufen:

- Schutzgitter, die am Bett einer bewusstlosen oder im Koma befindlichen Person angebracht werden, um ein Herausfallen durch unwillkürliche (zB spastische) Bewegungen zu verhindern;
- Fixierung des Handgelenks bei einer Komapatientin (nach einer Gehirnoperation), damit diese nicht im Zuge unwillkürlicher Bewegungen Beatmungsschläuche und wichtige Infusionsnadeln herausreißt⁴⁶³;
- Fixierung eines Patienten, der nach der Anästhesie noch stark geistig beeinträchtigt ist, damit er sich nicht im Dämmerzustand durch ungesteuerte Bewegungen selbst verletzt (etwa im Hinblick auf die Operationswunde).

Steckgitter zum angeblichen Schutz vor Herausfallen aus dem Bett während des Schlafs sind differenziert zu beurteilen und nicht schlechthin vom Begriff der Freiheitsbeschränkung ausgenommen.⁴⁶⁴ Nur wenn sie tatsächlich – wofür zuvor ausreichende Anhaltspunkte vorhanden sein müssen – das Herausfallen im Schlaf durch unwillkürliche Bewegungen verhindern sollen, ist laut Erläuternden Bemerkungen der Ausnahmetatbestand erfüllt.⁴⁶⁵ Diese Ausnahme ist mE jedoch nur dann anzunehmen, wenn der Bewohner komplett gelähmt und daher gänzlich immobil ist, sich also nicht einmal kriechend, ziehend udgl fortbewegen kann.⁴⁶⁶ Anderenfalls könnte ein Schlafender jederzeit aufwachen und das Bett verlassen wollen, was ihm letztlich aufgrund der Seitenteile nicht möglich wäre. Ist die wahre Intention solcher Bettgitter, die „Bettflucht“ des Bewohners während der Nacht zu verhindern, so handelt es sich zweifellos um eine freiheitsbeschränkende Maßnahme.

Das LGZ Wien⁴⁶⁷ qualifizierte das Anbringen von Seitenteilen am Bett einer nach einem Schlaganfall linksseitig gelähmten Bewohnerin als Einschränkung der – wenn auch nur in einem geringen Ausmaß – gegebenen Bewegungsfreiheit und erklärte, dass nur die gänzliche körperliche Unfähigkeit zur Fortbewegung (bei völlig gelähmten oder bewusstlosen Personen) eine Freiheitsbeschränkung ausschließe, nicht aber der Umstand, dass die Fortbewegungsfähigkeit vielleicht nur in überaus

⁴⁶³ Zu solch einem Fall bereits OGH 10.5.1994, 4 Ob 534/94, SZ 67/87 = ÖAV 1995, 31 zum Unterbringungsrecht.

⁴⁶⁴ Vgl auch *Barth/Engel*, Heimrecht § 3 Anm 12 HeimAufG.

⁴⁶⁵ 353 BlgNR 22. GP 9.

⁴⁶⁶ Siehe auch LGZ Wien 18.5.2006, 42 R 270/06a, iFamZ 2006/39 (98) (*Kopetzki*).

⁴⁶⁷ LGZ Wien 18.5.2006, 42 R 270/06a, iFamZ 2006/39 (98) (*Kopetzki*).

eingeschränkter Form besteht. Weiters führte das Gericht in seinem Beschluss an, dass auch Personen, die sich bloß kriechend, schiebend oder ziehend bewegen können, in dieser geringen Bewegungsmöglichkeit durchaus eingeschränkt werden könnten.⁴⁶⁸

Wie *Kopetzki* in seiner Anmerkung⁴⁶⁹ zur oben genannten Entscheidung des LGZ Wien überzeugend darlegt, sollten auch für den heimaufenthaltsrechtlichen Bereich entsprechend der zum UbG gefestigten Lehre⁴⁷⁰ und Judikatur⁴⁷¹ „nur Extremfälle wie Bewusstlosigkeit und Koma vom Begriff der Freiheitsbeschränkung ausgenommen werden, nicht hingegen geringergradige krankheitsbedingte Beeinträchtigungen, die den Fortbewegungswillen bzw die Fortbewegungsfähigkeit mehr oder weniger herabsetzen“.

Der OGH nahm mittlerweile in zwei Entscheidungen zum Begriff der Freiheitsbeschränkung bei Immobilität Stellung. In einer Entscheidung aus 2006⁴⁷² zur Zulässigkeit des Anbringens von Seitenteilen am Bett bejahte der OGH das Vorliegen einer gerichtlich zu prüfenden Freiheitsbeschränkung. Die Feststellungen ergaben, dass die Bewohnerin „weder gelähmt noch auf spastische Bewegungen oder unwillkürliche Bewegungen im Schlaf beschränkt ist und sich auch nicht im Zustand tiefer Bewusstlosigkeit befindet“. Der OGH führte weiters wörtlich folgendermaßen aus: „Dem Willen des Gesetzgebers entsprechend kann eine Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG nur an jemandem vorgenommen werden, der grundsätzlich (noch) über die Möglichkeit zur willkürlichen körperlichen (Fort-)Bewegung (mit Ortsveränderung) verfügt. Auf die Bildung eines (vernünftigen) Fortbewegungswillens und darauf, ob sich der betroffene Bewohner der Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit bewusst ist, kommt es dagegen nicht an. Außerdem kann die Bewegungsfreiheit nicht nur selbständig, sondern auch mit fremder Hilfe (zB durch Schieben eines Rollstuhls) in Anspruch genommen werden. Die Freiheitsentziehung kann daher gegenüber jedermann erfolgen, der – sei es durch die Hilfe Dritter – die Möglichkeit körperlicher Bewegung und Ortsveränderung hat. ... Auch der Schutz des HeimAufG entfällt nämlich nicht schon deshalb, weil ein

⁴⁶⁸ Gegenteilig in einem ähnlichen Fall jedoch LG Innsbruck 19.4.2006, 51 R 38/06x.

⁴⁶⁹ *Kopetzki*, Anmerkung zu LGZ Wien 18.5.2006, 42 R 270/06a, iFamZ 2006/39 (99).

⁴⁷⁰ Vgl weiters *Kopetzki*, Grundriss 22 Rz 56 f.

⁴⁷¹ Siehe zB OGH 12.9.2002, 6 Ob 198/02i.

⁴⁷² OGH 30.8.2006, 7 Ob 144/06m, iFamZ 2007/19 (38), Entscheidung über den Revisionsrekurs des Wohnnervertreters gegen den oben genannten Beschluss des LG Innsbruck 19.4.2006, 51 R 38/06x.

Bewohner seine Bewegungsfreiheit aufgrund seines schlechten gesundheitlichen Zustandes ohnehin nicht in Anspruch nehmen kann oder infolge seiner schweren psychischen Beeinträchtigung die Freiheitsbeschränkung nicht bewusst erlebt.“⁴⁷³

In seiner Entscheidung vom 28.3.2007⁴⁷⁴ (Seitenteile am Bett und verschlossene Zimmertüre) wiederholte der OGH die Grundsätze aus der oben angeführten Entscheidung vom 30.8.2006 und qualifizierte die Seitenteile des Pflegebetts als freiheitsbeschränkende Maßnahme, da sie „nicht nur die unwillkürlichen Bewegungen im Schlaf, sondern auch die willkürlichen Bewegungen einschränken, wozu die (93-jährige demente und sturzgefährdete) Bewohnerin nach den Feststellungen in der Lage ist“.⁴⁷⁵

⁴⁷³ OGH 30.8.2006, 7 Ob 144/06m, iFamZ 2007/19 (39).

⁴⁷⁴ OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f, iFamZ 2007/101 (206).

⁴⁷⁵ OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f, iFamZ 2007/101 (206).

VII. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung

A. § 4 HeimAufG

Eine der wesentlichsten und somit den Kern des HeimAufG bildenden Bestimmungen ist § 4, welcher eine Aufzählung von Zulässigkeitsvoraussetzungen enthält, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine freiheitsbeschränkende Maßnahme erfolgen darf. Die Ausgestaltung trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art 1 iVm Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG Rechnung, nach denen ein Freiheitsentzug nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Art und Weise vorgenommen werden darf und dies im Einzelfall ausschließlich dann, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die betreffende Person wegen einer psychischen Erkrankung sich oder andere gefährde. Darüber hinaus muss der Freiheitsentzug nach dem Zweck der Maßnahme notwendig sein und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleiben.

1. Psychische Krankheit oder geistige Behinderung

§ 4 Z 1 verlangt das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung der zu beschränkenden Person. Freiheitsbeschränkungen geistig gesunder Menschen sind daher unzulässig.⁴⁷⁶

Der verfassungsrechtliche Begriff der „psychischen Erkrankung“ des PersFrG lässt die alternative Nennung beider Kriterien als Eingriffstatbestand auf einfachgesetzlicher Ebene zu. Im Interpretationsweg ergibt sich nämlich, dass eine nicht korrekte Übersetzung des englischen Originaltextes der EMRK zum irreführenden Wortlaut in Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG führte. Art 5 Abs 1 lit e EMRK spricht im Originalwortlaut von „persons of unsound mind“, was in der deutschen Übersetzung mit „geisteskrank“ wiedergegeben und im PersFrG schließlich zur „psychischen Erkrankung“ wurde. In Wirklichkeit ist jedoch mit „unsound mind“ ein

⁴⁷⁶ So auch ausdrücklich klargestellt in 353 BlgNR 22. GP 10.

viel weiterer Begriff gemeint, der auch sämtliche anderen geistigen Beeinträchtigungen erfasst.⁴⁷⁷

a) *Geistige Behinderung*

Unter „geistiger Behinderung“ ist eine angeborene oder frühzeitig erworbene intellektuelle Minderbegabung zu verstehen, die mit einer Beeinträchtigung des Anpassungsvermögens einhergeht. Die Ursache für die Behinderung kann genetisch (zB angeborene Stoffwechselstörung oder Chromosomenaberration), traumatisch, toxisch (zB Alkoholembryopathie), infektiös (zB Embryopathie rubeolosa) oder sozial (durch Deprivation) bedingt sein.⁴⁷⁸ Bei der Umschreibung des Begriffs⁴⁷⁹ kann auf einen international anerkannten medizinischen Sprachgebrauch verwiesen werden, welcher bei einer geistigen Behinderung die folgenden drei Merkmale als wesentlich anführt:

- eine unabhängig von ihrer Ursache deutlich unterdurchschnittliche allgemeine intellektuelle Leistungsfähigkeit,
- gleichzeitig eine gestörte oder eingeschränkte soziale Anpassungsfähigkeit sowie
- Beginn vor dem 18. Lebensjahr bzw Vorliegen seit der Kindheit.

b) *Psychische Krankheit*

Beim Begriff der „psychischen Krankheit“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, für dessen Auslegung die Heranziehung des medizinischen Begriffsverständnisses unerlässlich ist. Auch die Judikatur⁴⁸⁰ bestätigte, dass für die Auslegung eines solchen unbestimmten Gesetzesbegriffs „in erster Linie die Regeln der medizinischen Wissenschaft maßgebend“ sind. Aus dem psychiatrischen Sprachgebrauch ergibt sich, dass unter einer psychischen Krankheit

⁴⁷⁷ Zur unter den Krankheitsbegriff des PersFrG fallenden geistigen Behinderung zB *Kopetzki*, Art 2 PersFrG Rz 65.

⁴⁷⁸ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁶⁰ (2004) 206.

⁴⁷⁹ Vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 489.

⁴⁸⁰ ZB OGH 27.8.1992, 3 Ob 552/92, RZ 1994/8 (20); OGH 22.6.1995, 6 Ob 546/95, RdM 1996/2 (23).

die Summe verschiedener psychischer Störungen zu verstehen ist, welche in drei Gruppierungen unterteilt wird:⁴⁸¹

- Körperlich begründbare (organische, exogene) Psychosen:

Sie werden durch strukturelle pathologisch-anatomisch bzw organisch ausgelöste irreversible Veränderungen des Zentralnervensystems verursacht, wobei dies beispielsweise infolge von Hirngefäßerkrankungen, degenerativen Hirnprozessen, Hirntumoren, traumatischen Hirnschädigungen, infektiösen oder anderen entzündlichen Hirnprozessen, Intoxikationen oder Stoffwechselkrankheiten vorkommen kann. In diese Gruppe fällt der Hauptfall im Bereich der Alten- und Pflegeheime, nämlich die präsenile und senile Demenz.⁴⁸²

Zur Epilepsie ist zu bemerken, dass sie als solche in ihrer Grundkrankheit eine neurologische Erkrankung darstellt. Sollte sie jedoch zu weitergehenden Veränderungen (typischen epileptischen Wesensveränderungen, epileptischer Demenz, epileptischen Dämmerzuständen) führen, liegt wiederum eine körperlich begründbare Psychose vor.

- Nicht organisch begründbare (endogene) Psychosen:

Hierzu zählen die Schizophrenien und die affektiven Psychosen (Depression, Manie, manisch-depressive Erkrankung).

- Neurosen, Psychopathien (Persönlichkeitsstörungen) und Erlebnisreaktionen:

Es handelt sich dabei um anlage- oder umweltbedingte quantitative Normabweichungen.

c) *Krankheitsbegriff des UbG und des HeimAufG*

Da die Bestimmung des § 4 HeimAufG an jene des § 3 Z 1 UbG angelehnt ist, kann bei der Frage nach der Subsumtion unter den Krankheitsbegriff des HeimAufG auf die Judikatur und Literatur⁴⁸³ zum Begriff der „psychischen Krankheit“ iSd UbG zurückgegriffen werden. Somit ergibt sich für das HeimAufG, dass sowohl endogene als auch exogene Psychosen unter den gesetzlichen psychiatrischen Krankheitsbegriff fallen. Bei Neurosen und Reaktionen muss eine differenzierte Betrachtung

⁴⁸¹ Für detaillierte Ausführungen siehe *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 491 ff; *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch 523, 1270, 1399 und 1506 f.

⁴⁸² Vgl 353 BlgNR 22. GP 10.

⁴⁸³ Vgl *Gaisbauer*, Rechtsfragen zum neuen Unterbringungsrecht, RZ 1993, 112 (113); ausführlich dazu *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 491 ff.

vorgenommen werden. Sie gelten nur dann als psychische Erkrankungen iSd HeimAufG, wenn sie eine gewisse Schwere und Qualität erreichen, sodass sie in ihren Auswirkungen mit den zuvor genannten Störungen vergleichbar sind. Die Krankheitssymptomatik, ihre sozialen Folgen und die Beeinträchtigung der Fähigkeit zur selbstbestimmten Verhaltenssteuerung müssen eine gewisse Gleichwertigkeit aufweisen. Bei dieser nicht immer leichten Beurteilung handelt es sich um eine Rechtsfrage, zu deren Klärung im Wesentlichen Kriterien wie das Maß der Gefährdung und die durch die Störung bewirkte Einschränkung der individuellen Steuerungsfähigkeit heranzuziehen sind. Psychopathien unterliegen hingegen nicht dem unterbringungsrechtlichen und damit auch nicht dem heimaufenthaltsrechtlichen Krankheitsbegriff.⁴⁸⁴

Suchtkrankheiten (wie Alkoholismus und Drogensucht) für sich allein sowie bloß postnarkotisch bestehende Verwirrtheit fallen nicht unter den Begriff der psychischen Erkrankung und können daher nicht zur Anwendbarkeit des HeimAufG führen. Dass die Suchterkrankung selbst kein tauglicher Grund für Freiheitsbeschränkungen ist, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG, welcher im Gegensatz zu Art 5 Abs 1 lit e EMRK nur noch die psychische Erkrankung anführt und somit die dort genannten Eingriffstatbestände Alkoholismus und Rauschgiftsucht nicht als Gründe für einen Freiheitsentzug übernahm. Anders sind jene Fälle zu beurteilen, in denen als Folge des ununterbrochenen Gebrauchs toxischer Substanzen chronische psychische Schädigungen, zB organische Hirnschädigungen, entstehen. Durch ständigen Alkohol- und Drogenkonsum entstehende organische Psychosen⁴⁸⁵ sind wiederum vom psychischen Krankheitsbegriff umfasst.⁴⁸⁶

2. Selbst- oder Fremdgefährdung

Als nächstes Tatbestandselement muss der betroffene Bewohner gem § 4 Z 1 HeimAufG im Zusammenhang mit der vorliegenden psychischen Krankheit oder

⁴⁸⁴ Siehe im Überblick *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 2 HeimAufG.

⁴⁸⁵ ZB Delirium tremens, Korsakow-Psychose, abnorme Alkoholreaktion als verschiedene Arten der Alkoholpsychosen.

⁴⁸⁶ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 497 f.

geistigen Behinderung sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder⁴⁸⁷ die Gesundheit anderer (etwa von Bediensteten, Mitbewohnern oder von Personen außerhalb des Heims) ernstlich und erheblich gefährden.

Das Erfordernis des Gefährdungskriteriums besteht schon allein aufgrund des PersFrG, welches den Eingriffstatbestand im Gegensatz zur EMRK durch die Einführung der erforderlichen Gefährdung enger zieht. Während das PersFrG die Gefährdung nicht näher konkretisiert, bedient sich das HeimAufG der bereits im UbG verwendeten und durch die Judikatur näher ausgeführten Terminologie der Ernstlichkeit und der Erheblichkeit. Damit unterscheidet sich die letztlich umgesetzte Fassung des HeimAufG wesentlich von der des Begutachtungsentwurfs, nach dem ursprünglich das Vorliegen einer bloß konkreten Gefährdung genügen sollte.⁴⁸⁸

a) *Leben oder Gesundheit*

Unter § 4 HeimAufG fallen nur Gefährdungen bezüglich der beiden Rechtsgüter Leben und Gesundheit. Es wird auf den Schutz der körperlichen Integrität abgezielt. Nicht erfasst sind daher Verletzungen anderer Schutzgüter. So lassen sich beispielsweise Beschimpfungen und Ehrenbeleidigungen oder Sachbeschädigungen (auch von wertvollen Gegenständen) nicht durch eine Maßnahme gestützt auf das HeimAufG unterbinden.

b) *„Im Zusammenhang damit“*

Es ist erforderlich, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Krankheit bzw Behinderung und der Gefährdung besteht. Die drohende Schädigung muss sich unmittelbar aus der Krankheit oder der Behinderung ergeben. Es reicht nicht, dass die Gefährdung bloß mittelbar auf die Krankheit oder die Behinderung zurückzuführen ist.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde das in der Stammfassung enthaltene Redaktionsversehen („das Leben *und* die Gesundheit anderer“) korrigiert; vgl 601 BlgNR 24. GP 19.

⁴⁸⁸ Vgl dazu die rechtshistorischen Ausführungen S 50 f.

⁴⁸⁹ 353 BlgNR 22. GP 10; *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 5 HeimAufG; in diesem Sinn bereits 464 BlgNR 17. GP 20, wo zu § 3 Z 1 UbG näher ausgeführt wurde, dass die Gefahr „direkt aus der Krankheit“ drohen müsse.

Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen: In einer Entscheidung zu § 33 UbG (Beschränkung der Bewegungsfreiheit) sprach der OGH⁴⁹⁰ aus, dass die Beschränkung der Bewegungsfreiheit durch Bauchgurt ein so schwerwiegender Eingriff ist, dass sie nicht schon dann angewendet werden darf, wenn der Kranke ohne eigene oder fremde Lebens- oder Gesundheitsgefährdung (nur) den Krankenhausbetrieb stört. Im zu Grunde liegenden Fall ging es darum, dass der untergebrachte Patient deswegen mit einem Bauchgurt fixiert wurde, weil er zuvor mehrmals missbräuchlich die Alarmglocke betätigt hatte. Daraus ergab sich die bloß mittelbare Gefahr, dass die Glocke künftig aufgrund der wiederholten Fehlalarme nicht mehr ernst genommen werden würde oder es wegen des Gewöhnungseffekts zumindest zu verspäteten Reaktionen im Ernstfall kommen würde. Das Festbinden war somit als reine Disziplinierungsmaßnahme gedacht und wurde vom OGH als unzulässig erklärt. Bloß indirekte Folgen fallen nicht unter den Gefährdungsbegriff. Zusätzlich wurde in der Entscheidung ausgesprochen, dass Störungen durch unangepasstes Verhalten durch andere Maßnahmen als durch Beschränkungen begegnet werden müsse.⁴⁹¹

Gleiches gilt für das Heimaufenthaltsrecht. Auch hier dürfen Freiheitsbeschränkungen ausschließlich bei Vorliegen der eng umschriebenen Voraussetzungen des § 4 HeimAufG gesetzt werden. Freiheitsentzug als Straf- oder Disziplinierungsmaßnahme ist absolut unzulässig.

c) *Ernstliche Gefährdung*⁴⁹²

Die Erläuternden Bemerkungen sprechen in diesem Zusammenhang von einer konkreten Gefährdung, was Folgendes bedeutet: Es reicht nicht aus, dass der Bewohner sich oder andere vielleicht gefährden könnte, sondern die Gefahr muss

⁴⁹⁰ OGH 25.2.1993, 2 Ob 605/92, EFSlg 97.616.

⁴⁹¹ OGH 25.2.1993, 2 Ob 605/92, EFSlg 97.616.

⁴⁹² Die Übernahme derselben Begriffe aus § 3 UbG – der korrespondierenden Bestimmung aus der psychiatrischen Unterbringung – erlaubt es, bei der Auslegung der Worte „ernstlich“ und „erheblich“ auf die zum UbG vorliegende Literatur und Judikatur Bezug zu nehmen.

aktuell vorhanden sein.⁴⁹³ Allerdings bedarf es auch nicht gerade eines Anlassfalls, in dem gerade noch einmal alles gut gegangen ist.⁴⁹⁴

Der OGH geht in seiner stRsp zum UbG davon aus, dass „die Gefährdung von Gesundheit oder Leben nur bejaht werden kann, wenn der Schadenseintritt aufgrund objektiver und konkreter Anhaltspunkte wahrscheinlich ist. Dies trifft nicht nur dann zu, wenn sich die Gefährdung bereits realisiert hat, sondern auch dann, wenn nach der Lebenserfahrung zu schließen ist, dass krankheitsbedingte Verhaltensweisen zu schweren Gesundheitsschäden führen.“⁴⁹⁵ Die bloß vage Möglichkeit einer Selbst- oder Fremdschädigung reicht jedoch nicht aus.⁴⁹⁶

Ernstlichkeit verlangt somit, dass mit einem „hohen Maß an Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts“⁴⁹⁷ gerechnet werden muss. Es ist also eine Wahrscheinlichkeitsprognose hinsichtlich der Verwirklichung der potentiellen Gefahr im Zeitpunkt der Anordnung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme zu erstellen, wobei sich der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad indirekt proportional zur Schwere bzw Größe des drohenden Schadens verhält.

Die Gefahr muss – wie gesagt – aktuell gegeben sein. Es genügt nicht, wenn der Schaden erst irgendwann in ferner Zukunft droht.⁴⁹⁸ Diese Beurteilung hat bei der Wahrscheinlichkeit des Misserfolgs der Abwehrmaßnahme bei weiterem Zuwarten anzusetzen.⁴⁹⁹

⁴⁹³ Zur ernstlichen und erheblichen Gefährdung zB LG Korneuburg 9.8.2006, 25 R 75/06s, iFamZ 2006/79 (220): mit einem Sturz verbundene konkrete Gefahr einer schweren Verletzung bei einer dementen Bewohnerin mit hohem Alter und Osteoporoseerkrankung.

⁴⁹⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 10 f; auch zB LG Steyr 10.7.2006, 1 R 147/06w, iFamZ 2007/14 (35).

⁴⁹⁵ OGH 9.3.1993, 4 Ob 513/93: Die Freiheitsbeschränkung erfolgte in diesem Fall rechtmäßig, da bei einem desorientiert umherirrenden und an Halluzinose leidenden Patienten (organisches Psychosyndrom verursacht durch massiven Alkoholmissbrauch) konkret mit Unfällen im Straßenverkehr gerechnet werden müsse.

⁴⁹⁶ ZB OGH 27.5.1992, 2 Ob 542/92; OGH 9.3.1993, 4 Ob 513/93; LG Wels 30.4.2008, 21 R 128/08k, iFamZ-Spezial 2010/35 (62): „Die Gefährdungsprognose hat daher darauf abzustellen, ob mit einem unkontrollierten Verlassen der Einrichtung konkret gerechnet werden muss. Dass ein solches Verhalten nicht ausgeschlossen werden kann, macht den Schadenseintritt noch nicht wahrscheinlich und reicht daher für die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nicht aus.“

⁴⁹⁷ So 464 BlgNR 17. GP 20 (zu § 3 Z 1 UbG); weitere Ausführungen zur „ernstlichen Gefährdung“ bei *Hopf/Aigner*, § 3 Anm 7 UbG; auch zB LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v, EFSI 111.463; LG Linz 1.7.2010, 15 R 232/10h, iFamZ 2010/200 (283) zur Verneinung einer ernstlichen und erheblichen Selbstgefährdung.

⁴⁹⁸ Vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 7 HeimAufG.

⁴⁹⁹ Siehe *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 516 f.

d) *Erhebliche Gefährdung*

Der drohende Eintritt irgendeiner Gesundheitsgefährdung ist nicht ausreichend. Es ist vielmehr ein gewisser Schweregrad erforderlich. So rechtfertigt die Gefahr bloß geringfügiger körperlicher Beeinträchtigungen eine Freiheitsbeschränkung keinesfalls. Die nötige Schwere der drohenden Schädigung soll sich laut Erläuternden Bemerkungen an § 110 Abs 2 StGB orientieren.⁵⁰⁰

§ 110 StGB enthält den Straftatbestand der „eigenmächtigen Heilbehandlung“. Abs 2 leg cit sieht jedoch einen Rechtfertigungsgrund vor für den Fall, dass die Einwilligung der zu behandelnden Person deswegen nicht eingeholt wird, weil durch den dafür erforderlichen Behandlungsaufschub „das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre“. Zur Konkretisierung der ernstlichen Gefährdung im Sinne dieser Bestimmung ist die Erfolgsqualifikation des § 84 Abs 1 StGB (schwere Körperverletzung) heranzuziehen.⁵⁰¹ Es muss daher eine Gesundheitsschädigung von mehr als 24-tägiger Dauer, ein Knochenbruch, eine Gehirnerschütterung oder eine angesichts der Wichtigkeit des betroffenen Organs, des Ausmaßes der Krankheitserscheinungen, der Gefährlichkeit der Beeinträchtigung und der Ungewissheit des Heilungsverlaufs „an sich schwere“ Beeinträchtigung der Gesundheit drohen.⁵⁰² Bei der Beurteilung einer an sich schweren Verletzung bzw einer an sich schweren Gesundheitsschädigung ist von einer wertenden Gesamtschau der genannten Hilfskriterien auszugehen.⁵⁰³

Aus der Judikatur des OGH⁵⁰⁴ ergibt sich weiters, dass umso strengere Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit und die Schwere des drohenden Schadens zu stellen sind, je länger die Unterbringung – analog dazu beim HeimAufG die freiheitsbeschränkende Maßnahme – dauert. Diese Aspekte sind auch bei der in einem weiteren Schritt nachfolgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen und fließen dort abermals mit ein.

⁵⁰⁰ 353 BlgNR 22. GP 11.

⁵⁰¹ *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 110 Rz 2; *Schmoller* in *Triffterer*, StGB § 110 Rz 82; teilweise kritisch *Bertel* in *WK²* § 110 Rz 31.

⁵⁰² ZB LG Salzburg 3.11.2005, 21 R 494/05a, EFSlg 111.460, 111.461 und 111.468 (keine ernstliche und erhebliche Selbstgefährdung bei Verletzungen wie einem Hämatom, Cut oder Einriss des Ohrläppchens); LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v, EFSlg 111.465.

⁵⁰³ Näheres bei *Lewis*, Strafrecht Besonderer Teil I² (1999) 33 ff; *Burgstaller/Fabrizy* in *WK²* § 84 Rz 17.

⁵⁰⁴ OGH 16.12.1992, 2 Ob 600/92, EFSlg 97.485; vgl auch *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 68.

In der praktischen Umsetzung liegt die Schwierigkeit sicherlich ua darin, dass für die Erstellung der Gefahrenprognose mitunter gerade medizinisches Fachwissen vonnöten ist, während aber die anordnungsbefugte Person nicht immer zwingend ein Arzt sein muss. Vom nichtärztlichen Anordnungsbefugten wurde daher von der Stammfassung des Gesetzes einiges an Entscheidungskompetenz abverlangt, welche im Einzelfall durchaus über seinen konkreten Ausbildungsumfang hinausgehen kann. Die Ub-HeimAuf-Nov 2010 trug diesem Problem insofern Rechnung, als nunmehr, sofern der Bewohner länger als 48 Stunden dauernd oder über diesen Zeitraum hinaus wiederholt in seiner Freiheit beschränkt wird, jedenfalls ein aktuelles ärztliches Dokument vorliegen muss, aus dem nicht nur das Bestehen einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung, sondern auch die damit zusammenhängende Selbst- oder Fremdgefährdung hervorgeht.⁵⁰⁵

Zur Gefährdungsproblematik allgemein ist zu ergänzen, dass es nicht Aufgabe der Pflege ist und sein kann, auch nur jedes erdenkliche normale Lebensrisiko auszuschließen. Dass ältere Personen nun einmal ein erhöhtes Potential einer Sturzgefahr haben, ist ein für diesen Lebensabschnitt normales Risiko, das nicht ganz ausgeschlossen werden kann. Man kann jedoch insofern tätig werden, als eine Minimierung der typischen Alltagsgefahren zu erzielen ist. Ein kompletter Ausschluss würde allerdings mit einem so vehementen Eingriff in die Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechte einhergehen, bei dem das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt bleiben könnte.

3. Verhältnismäßigkeit

a) Allgemeines

Das alleinige Vorliegen einer ernstlichen und erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung ist noch nicht hinreichend für die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme. Sie muss des Weiteren noch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. § 4 Z 2 sieht nämlich vor, dass eine Freiheitsbeschränkung nur dann vorgenommen werden darf, „wenn sie zur Abwehr dieser Gefahr *unerlässlich* und *geeignet* sowie in ihrer Dauer und Intensität im

⁵⁰⁵ Siehe weiter unten S 169 f.

Verhältnis zur Gefahr *angemessen* ist“.⁵⁰⁶ Z 3 fordert, dass „diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann“.

Die Grundlage für diese Erfordernisse findet sich in Art 1 Abs 3 PersFrG⁵⁰⁷, der folgendermaßen lautet: „Der Entzug der persönlichen Freiheit darf nur gesetzlich vorgesehen werden, wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist; die persönliche Freiheit darf jeweils nur entzogen werden, wenn und soweit dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht.“ Der darin zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt sich aus drei Teilelementen zusammen: Eignung, Erforderlichkeit, und Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit *ieS*). Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung *ieS* muss eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen durchgeführt werden, die stets auch die Wahrung des Wohls und der Würde des Bewohners vor Augen haben sollte.⁵⁰⁸ Die Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls hat jedenfalls Faktoren wie einerseits Dauer, Umfang, Intensität und Folgen des Eingriffs, andererseits Gewicht der bedrohten Rechtsgüter, Schwere des drohenden Schadens und Wahrscheinlichkeit seines Eintritts in ihre Bewertung miteinzubeziehen.⁵⁰⁹ Kommt man zum Ergebnis, dass sich beide Seiten exakt die Waage halten, ist wohl im Zweifel dem Freiheitsrecht der Vorrang einzuräumen.⁵¹⁰

Die Erläuternden Bemerkungen zum HeimAufG führen zur Verhältnismäßigkeit aus, dass die zur Gefahrenabwehr jeweils unbedingt notwendige und geeignete Maßnahme zu wählen ist, wobei sie sowohl in ihrer Schwere als auch in ihrer Dauer der Gefährdung nach angemessen sein muss. „Erzieherische“ oder „disziplinarische“ Erwägungen können hier keine Rolle spielen.⁵¹¹ Dies versteht sich von

⁵⁰⁶ Vgl dazu die ähnliche Formulierung von § 33 Abs 1 UbG (Beschränkungen der Bewegungsfreiheit): „Beschränkungen des Kranken in seiner Bewegungsfreiheit sind nach Art, Umfang und Dauer nur insoweit zulässig, als sie im Einzelfall zur Abwehr einer Gefahr im Sinn des § 3 Z 1 sowie zur ärztlichen Behandlung oder Betreuung *unerlässlich* sind und *zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis* stehen.“; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

⁵⁰⁷ Zu den allgemeinen Voraussetzungen zulässiger Freiheitsbeschränkungen (insb zum Verhältnismäßigkeitsprinzip) siehe *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000) 59 ff Rz 161 ff und 87 Rz 234; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht Band III Grundrechte (2003) 57 Rz 42.046.

⁵⁰⁸ *Hopf/Aigner*, § 33 Anm 2 UbG.

⁵⁰⁹ *Kopetzki*, Art 1 PersFrG Rz 67.

⁵¹⁰ Vgl 353 BlgNR 22. GP 7.

⁵¹¹ 353 BlgNR 22. GP 11; vgl auch OGH 25.2.1993, 2 Ob 605/92, EFSIlg 97.616 (Missbrauch der Alarmglocke).

selbst, nachdem im HeimAufG die Selbst- und die Fremdgefährdung als einzige Gründe für mögliche Freiheitsbeschränkungen aufgelistet werden.

Bei der Beurteilung ist zusätzlich zu beachten, dass eine Maßnahme, die ihrerseits selbst zu einer Gesundheitsschädigung des Bewohners (zu einer Verschärfung der Situation des Betroffenen in körperlicher oder psycho-sozialer Hinsicht)⁵¹² führt, schon mangels Eignung unverhältnismäßig (iwS) und damit unzulässig ist.

§ 4 Z 3 ist im Zusammenhang mit dem Element der Erforderlichkeit bzw Unerlässlichkeit aus Z 2 zu sehen und trägt dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung. Eine Maßnahme ist nur dann unerlässlich und unbedingt notwendig, wenn kein gelinderes Mittel, das nicht oder zumindest weniger intensiv in die Freiheit des Bewohners eingreift, mehr zur Abwendung des drohenden Schadens zur Verfügung steht. Die gewählte freiheitsbeschränkende Maßnahme muss im konkreten Fall die „ultima ratio“ sein.⁵¹³

Zur Fragestellung, welche Maßnahmen als gelindere in Betracht kommen, gibt das Gesetz keine näheren Aufschlüsse. Es wird lediglich demonstrativ auf schonendere Betreuungs- und Pflegemaßnahmen hingewiesen. Die Erläuternden Bemerkungen sprechen davon, dass es dabei „auf zeitgemäße Pflegestandards“ ankommen werde.⁵¹⁴ Dies schließt somit nicht zwingend aus, dass Alternativmaßnahmen nicht auch außerhalb des Bereichs der pflegerischen Maßnahmen zu suchen sind.⁵¹⁵ So wollte wohl der Gesetzgeber mit seinen Ausführungen in den Materialien einfach den Hauptanwendungsfall der gelinderen Mittel (eben die genannten weniger eingreifenden pflegerischen Maßnahmen) näher betonen, ohne dabei andere Möglichkeiten auszuklammern.

⁵¹² *Klaushofer*, ZfV 2004, 599.

⁵¹³ Siehe zB LGZ Graz 17.8.2007, 6 R 175/07k, iFamZ 2008/16 (25) (*Kopetzki*): „Eine Freiheitsbeschränkung muss zur Erreichung des angestrebten Ziels unerlässlich sein und darf zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis stehen. Es gilt also der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs, wobei die Zulässigkeit einer bewegungsbeschränkenden Maßnahme immer im Einzelfall zu beurteilen ist.“

⁵¹⁴ 353 BlgNR 22. GP 11.

⁵¹⁵ E contrario aus dem Wortlaut des § 4 Z 3 („... durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, ...“). Dass andere Maßnahmen nicht zwingend pflegerische sein müssen, ergibt sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“.

b) *Konkrete Beispiele für gelindere Mittel*

Gelindere Mittel iSd § 4 Z 3 können einerseits zeitliche, räumliche oder sonstige Einschränkungen der ursprünglich geplanten Maßnahme sein. Andererseits sind aber neben pflegerischen und betreuerischen Maßnahmen in und außerhalb der Einrichtung auch personelle, organisatorische und bauliche Maßnahmen in Erwägung zu ziehen. Das in Frage kommende Spektrum ist weit. Schließlich muss oberste Priorität sein, eine Freiheitsbeschränkung wirklich nur dann vorzunehmen, wenn zweifellos kein Weg mehr daran vorbeiführt, um der drohenden Gefährdung anderwärtig zu begegnen.

Folgende Beispiele sollen verdeutlichen, welche Ausgestaltung solche „anderen Maßnahmen“ haben können, wobei die gelinderen Mittel natürlich jeweils vom konkret vorliegenden Einzelfall abhängen:⁵¹⁶

- Einführung neuer Pflegestandards;
- basal stimulierende Pflege bei an Altersdemenz leidenden Menschen, um die Sinne wieder verstärkt zu reizen und zu aktivieren (zB durch Körperberührung, Körperbewegung, mechanische Schwingungen und auditive Stimulation);
- vorbeugende Betreuungsmaßnahmen, wie Gedächtnistraining, Ergotherapie sowie Gymnastik, Bewegungsübungen und Balancetraining, die helfen, das Sturzrisiko zu senken und die Mobilität zu verbessern;
- Verwendung von speziellen Hüftprotektoren, um das Verletzungsrisiko aus Stürzen zu minimieren;
- Verlegung dementer Bewohner mit massivem Bewegungsdrang in obere Stockwerke, die vom Eingang weiter entfernt sind;
- Verwendung von halben Bettgittern, um auf effektive Weise das Herausfallen zu verhindern (Bewohner können trotzdem über die untere Betthälfte selbständig das Bett verlassen);
- Verwendung von absenkbaaren Betten oder Matratzen auf dem Boden zur Vorbeugung von Verletzungen bei Stürzen aus dem Bett;⁵¹⁷

⁵¹⁶ Vgl die beispielhafte und zugleich sehr ausführliche Aufzählung an Alternativen bei *Zierl*, Heimrecht 128 ff sowie die Nennung diverser pflegerischer Alternativen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit bei *Barth/Engel*, Heimrecht § 4 Anm 10 HeimAufG.

⁵¹⁷ Vgl zB LG Linz 18.2.2009, 15 R 509/08s, iFamZ 2009/165 (224): Niedrigbetten erlangten 2006 Marktreife und sind ab diesem Zeitpunkt als allgemeintaugliche Alternative zur Freiheitsbeschränkung

- einvernehmliches Verlegen in eine andere Einrichtung mit speziell ausgebildetem Personal, zB geriatrische Tageszentren, Einrichtungen mit Demenzstationen oder sonstige spezialisierte Einrichtungen;
- andere Organisation des Personaleinsatzes und Verstärkung des Personals für die Beobachtung und Beaufsichtigung der Bewohner, Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes;
- besondere Weiterbildung des Pflegepersonals;
- Anbringung spezieller Leitungs- und Orientierungssysteme (zB unter Verwendung von Farben und Symbolen);
- zusätzliche Haltegriffe, Handlauf am Gang etc, um mehr Sicherheit vor Stürzen zu schaffen;
- „Wandergarten“ für Personen mit starkem Bewegungsdrang;
- verwirrte und demente Bewohner, für die der Straßenverkehr ein erhöhtes Gefahrenpotential birgt, zu überreden versuchen, von einem geplanten Spaziergang Abstand zu nehmen (mit Argumenten wie das Mittagessen stünde kurz bevor oder er werde gebraucht, weil ein anderer Bewohner gerade einen Kartenspielkollegen suche);
- ganz allgemein: Dauer und Intensität der Freiheitsbeschränkung vermindern.

c) *Freiheitsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Sturzproblematik – ergänzende Anmerkungen*

Im Rahmen der umfassenden Zulässigkeitsprüfung der Voraussetzungen des § 4 HeimAufG ist der Einsatz von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen auch unter folgendem Gesichtspunkt kritisch zu hinterfragen: Es gibt Fälle, in denen solche Maßnahmen nicht wirklich die Selbstgefährdung beseitigen, sondern das Gefährdungspotential sogar erhöhen können.⁵¹⁸ Als Beispiel sind in diesem Zusammenhang die in der Praxis häufig verwendeten Bettgitter zu nennen. Sie bergen vielfach eine höhere Verletzungsgefahr in sich, wenn rüstige Bewohner versuchen,

durch Seitenteile anzusehen. Bereits davor wäre aber das Weglassen der Seitenteile in Kombination mit dem Auflegen einer Matratze bei Kontrollgängen eine taugliche Alternative gewesen.

⁵¹⁸ Ganner, Recht der Altenpflege, in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2003) IV/141 (IV/171); Ganner, Begriff und Merkmale der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, in BMJ (Hrsg), Recht und Würde im Alter – Österreichische Richterwoche 2005 (2006) 97 (98).

diese zu überklettern.⁵¹⁹ Bedingt durch die größere Fallhöhe und die beim Überklettern eingenommene Körperhaltung kann es zu viel schwereren Verletzungen kommen als im Fall nicht vorhandener Bettgitter. Von einer Eignung der Maßnahme zur Abwehr der Gefahr kann somit nicht ausgegangen werden.⁵²⁰ Solche Sturzgefährdungen lassen sich entweder durch Niedrigpflegebetten bzw durch vor das Bett gelegte, schützende Matratzen oder durch Teilbettgitter, die ein normales Verlassen des Bettes ermöglichen, einfach vermeiden. Die vielfach angesprochene Flexibilität sowie das Denken in Alternativen sind hier gefragt.

Das Deutsche Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP) hält beispielsweise zur Sturzgefahr fest, dass die Verwendung freiheitsbeschränkender Maßnahmen einschließlich der oben angesprochenen Bettgitter zur Sturzprävention unbedingt vermieden werden sollte, da die Wirksamkeit dieser Maßnahmen hinsichtlich einer Reduktion von Sturzgefahren unklar und laut Untersuchungen mit ihrer Anwendung ein Gefahrenpotential für sturzbedingte Verletzungen verbunden sei.⁵²¹ Auch sei nicht nachgewiesen, inwieweit andere freiheitsbeschränkende Maßnahmen wie Fixierungen zur Sturzprophylaxe nützlich seien. Vielmehr ist Gegenteiliges belegt: Fixierte Personen hatten nach Beendigung dieser Maßnahme ein ca doppelt so hohes Risiko zu stürzen als Personen, die nicht fixiert worden waren.⁵²² Weitere Untersuchungen betreffend den Zusammenhang zwischen mechanischen Fixierungen und sturzbedingten Verletzungen konnten darlegen, dass fixierte Heimbewohner eine ebenso hohe Sturzrate aufwiesen wie jene Personen, bei denen solche Maßnahmen nicht gesetzt wurden.⁵²³ So gesehen können derartige

⁵¹⁹ Vgl *Ganner*, Selbstbestimmung 354 und 367.

⁵²⁰ In diesem Sinn erklärte das LG St Pölten – LG St Pölten 21.4.2006, 10 R 20/06b, iFamZ 2006/56 (167) (*Kopetzki*) – in einer Entscheidung zum Einsatz von Steckgittern und Bettumrandung Folgendes: „Die Eignung einer Schutzmaßnahme zur Abwehr der Gefahr ist dann nicht gegeben, wenn der Patient in der Vergangenheit mehrfach erfolgreich versucht hat, die Bettumrandung zu überklettern, mit der Konsequenz eines Sturzes aus noch größerer Höhe und weiter verstärkter Verletzungsgefahr.“; ebenfalls zu Seitenteilen am Bett, die von einem mobilen Bewohner überwunden werden können, LG Linz 30.7.2008, 15 R 264/09p, iFamZ-Spezial 2010/47 (63).

⁵²¹ *DNQP*, Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege (2005) 72; siehe weiters *Huhn*, Expertenstandard Sturzprophylaxe, ÖPZ 2005/10, 8 (8 f).

⁵²² Vgl *DNQP*, Expertenstandard 71.

⁵²³ *Klie/Pfundstein*, Pflege ohne Gewalt? – Freiheitsentziehende Maßnahmen in Pflegeheimen – Entwicklung von Präventions- und Handlungsmaßnahmen (2005) 21.

Maßnahmen, was den eigentlichen Zweck – nämlich die Hintanhaltung von Stürzen⁵²⁴ – betrifft, äußerst kontraproduktiv wirken.

d) *Problem zu knapper bzw fehlender Pflege- und Betreuungskapazitäten*

Zur Verhältnismäßigkeit ist eine Entscheidung aus dem Bereich des Unterbringungsrechts näher darzustellen, die eine wesentliche Aussage zum Thema Personalknappheit trifft. Die Problematik von zu knappen personellen Ressourcen steht gegenwärtig in vielen Einrichtungen noch immer im Raum. Damit verbunden ist die Frage nach der Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme, die vermeidbar wäre, wenn es entsprechend mehr Pflegepersonal gäbe.

Der OGH⁵²⁵ hatte einen Fall zu beurteilen, in dem eine ruhelose, an schizoaffektiver Psychose leidende, untergebrachte Patientin zur Abwendung einer Brandgefahr und zur Beruhigung im Bett für mehrere Stunden mit Hand- und Fußfesseln fixiert worden war. Sie rauchte immer wieder in ihrem Bett und hatte sich dabei auch schon das Nachthemd angebrannt. Der durch die Fixierung erfolgte Eingriff in ihr Freiheitsrecht wurde vom OGH – gegenteilig zur Ansicht der Vorinstanzen – als menschenunwürdig und unverhältnismäßig und somit als unzulässig qualifiziert, weil die Maßnahme nicht die schonendste zweckerfüllende Betreuungsmaßnahme, also nicht die ultima ratio war. Als alternative, weniger eingreifende Maßnahmen könnten in solch einem Fall etwa ein spezielles Rauchverbot für die gefährdete Kranke sowie die Abnahme der Rauchtensilien in Verbindung mit der Eröffnung eines separaten Raums für Rauchzwecke (Raucherzimmer) oder die Ausfolgung der Rauchwaren zu entsprechend beaufsichtigten „Rauchpausen“ in Frage kommen.

Die Unterinstanzen hatten zwar von der Möglichkeit gesprochen, der Gefahr durch besondere Aufsicht und persönliche Überwachung zu begegnen, diese aber insofern verworfen, als es sich beim Alternativvorschlag zur Gefahrenabwehr um eine real existierende Möglichkeit handeln müsse, was jedoch hier aufgrund Personalmangels nicht zutrefte. Der OGH führte dazu in seiner Begründung

⁵²⁴ In zahlreichen österreichischen Pflege- und Betreuungseinrichtungen wurde Handlungsbedarf bei den Standards der Sturzrisikoeinschätzung bzw -prophylaxe geortet. Siehe *Wallner*, Lebenswelt Heim 2006/5, 23.

⁵²⁵ OGH 30.5.1996, 2 Ob 2100/96d, RdM 1996/30 (157).

Folgendes an: „Dass solche Betreuungsmaßnahmen etwa mit der Personallage der betroffenen psychiatrischen Abteilung nicht leicht zu bewältigen gewesen sein mögen, kann an der allgemeinen Effektivität und maßhaltenden Wirksamkeit solcher Maßnahmen nichts ändern. Die möglichst vollständige Gewährleistung von Grundrechten darf nicht an fehlenden Anordnungen (entsprechender Anstaltsordnungen) oder mangelhaften sachlichen und personellen Aufwendungen der entsprechenden Krankenhausträger scheitern.“

Ähnliches deutete das Höchstgericht auch schon im zuvor im Zusammenhang mit der Gefährdung geschilderten „Alarmglockenmissbrauchs-Fall“⁵²⁶ an. Unzureichende personelle⁵²⁷ und technische Ressourcen können keine selbständige, die gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen erweiternde, rechtfertigende Bedeutung erlangen.⁵²⁸

Mangelnde Pflege- und Betreuungskapazitäten können daher keinesfalls eine Freiheitsentziehung rechtfertigen.⁵²⁹ Zur Erfüllung der vom Gesetzgeber selbst geforderten zeitgemäßen Pflegestandards gehört eben ua auch eine entsprechende Personalausstattung.

In diesem Sinn führte das LG Leoben⁵³⁰ in einem heimaufenthaltsrechtlichen Beschluss Folgendes aus: „Der Umstand, dass schonendere Maßnahmen iSd § 4 Z 3 HeimAufG mit der vorhandenen Personalausstattung nicht leicht zu bewältigen

⁵²⁶ OGH 25.2.1993, 2 Ob 605/92, EFSIlg 97.616: „Bei technisch ungenügender Ausstattung einer Akutstation eines psychiatrischen Krankenhauses werde es notwendig sein, diesen Mangel durch vermehrte therapeutische Betreuung der dort gegen ihren Willen festgehaltenen Patienten auszugleichen. ... Der mit solchen Mitteln, wie der Einzelbetreuung durch einen Pfleger, verbundene Aufwand mag hoch sein. Dies ändert aber nichts daran, dass eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit zur Verhinderung eines Missbrauchs der Alarmglocke nicht unerlässlich ist.“; zum Fall siehe S 142.

⁵²⁷ Dazu LG Ried im Innkreis 14.7.2006, 6 R 194/06f, iFamZ 2007/42 (84): „Nach der im Rekurs vertretenen Rechtsauffassung könne die in Rede stehende Freiheitsbeschränkung keinesfalls als „unerlässliche“ Maßnahme gem § 4 Z 2 HeimAufG qualifiziert werden, weil es nicht im Belieben einer Einrichtung stehen könne, einem zuerkannten Pflegebedarf unter Hinweis auf eine unzureichende Personalausstattung durch das Einsperren der Bewohnerin zu „entsprechen“. ... Schließlich können bei der Beurteilung der konkreten Maßnahmen auch organisatorische, personelle und betriebswirtschaftliche Gründe nicht einfach völlig außer Acht gelassen werden.“; vgl zu Personalmangel weiters LG Salzburg 24.10.2008, 21 R 513/08z, iFamZ 2009/43 (41) (*Ganner*); zuvor auch bereits LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v, EFSIlg 111.467: „Bewegungsbeschränkungen zur Sicherstellung eines störungsfreien Anstaltsbetriebs oder aus Überlastung des Anstaltspersonals sind unzulässig.“

⁵²⁸ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 778.

⁵²⁹ Vgl zB LG Innsbruck 23.12.2008, 51 R 118/08i, iFamZ 2009/79 (105) (*Ganner*): Unzulässigkeit des nächtlichen Versperrens der Zimmertür eines Bewohners, da die Gefährdung durch das Beschäftigen einer zusätzlichen Pflegeperson im Nachtdienst vermieden werden könnte und somit das Zusperren der Tür nicht das gelindeste Mittel darstellt.

⁵³⁰ LG Leoben 19.1.2006, 3 R 9/06i, iFamZ 2006/14 (26).

wären, vermag weitergehende Freiheitsbeschränkungen nicht zu rechtfertigen.“ Es erklärte noch zusätzlich, dass weitergehende Beschränkungen bei möglicher Abwehr der Selbstgefährdung eines Bewohners durch andere zumutbare Maßnahmen iSd § 4 Z 3 auch dann nicht zulässig sind, wenn die alternativen Betreuungsmaßnahmen eine kostenintensive Aufstockung des qualifizierten Betreuungspersonals voraussetzen würden und aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht erfüllbar sind.⁵³¹

Die Gerichte gingen schließlich zunehmend dazu über, Freiheitsbeschränkungen bis zur Beschaffung bzw Bereitstellung der noch nicht vorhandenen technischen oder personellen Ausstattung befristet für zulässig zu erklären.⁵³²

So erklärte etwa das LG Linz⁵³³ in einem Fall einer geistig behinderten Bewohnerin eine Freiheitsbeschränkung (konkret: Zusperren der Zimmertür) befristet für sechs Monate für zulässig, obwohl gelindere Mittel in der Form von pädagogisch-therapeutischen Maßnahmen und Einzelbetreuung zur Abwendung der Selbstgefährdung ausreichen würden. Diese gelinderen Mittel standen jedoch im Entscheidungszeitpunkt aufgrund Personalmangels noch nicht zur Verfügung. Das LG Linz sprach daher bereits vorab gleichzeitig mit der befristeten Zulässigerklärung die Unzulässigkeit der Freiheitsbeschränkung wegen der fehlenden materiellen Voraussetzungen des § 4 für die Zeit nach dem Fristende aus. In seiner Begründung ging das Gericht davon aus, dass es binnen sechs Monaten für den Heimträger möglich erscheint, „Veranlassungen zur ausreichenden personellen Ausstattung zu treffen“.

Abschließend lässt sich daher festhalten, dass Freiheitsbeschränkungen, die auf mangelnde Ressourcen zurückzuführen sind, aufgrund der Rechtslage im Ergebnis unzulässig und somit aufzuheben sind. Da sie aber in der Praxis immer wieder zB bedingt durch Personalengpässe zur Realität gehören, sind va die Verantwortlichen in Politik und Wirtschaft aufgerufen, diesen problematischen

⁵³¹ So zB auch LG Salzburg 19.11.2008, 21 R 569/08k, iFamZ-Spezial 2010/50 (64).

⁵³² Zu fehlenden Ressourcen betreffend die Sachausstattung einer Einrichtung und befristeter Zulässigerklärung von Steckgittern und Bettumrandung bis zur Beschaffung alternativer Sicherungsmaßnahmen (weiter absenkbarer Pflegebetten) siehe LG St Pölten 21.4.2006, 10 R 20/06b, iFamZ 2006/56 (167) (*Kopetzki*); LG Eisenstadt 10.8.2006, 20 R 80/06y, iFamZ 2006/78 (219) zur mangelnden Ausstattung mit Rollstuhltischchen.

⁵³³ LG Linz 5.8.2008, 15 R 309/08d, iFamZ 2009/42 (41).

Aspekten mit entsprechender Organisation des gesamten Pflegesystems unter Erhöhung der finanziellen Mittel entgegenzuwirken.

Die Judikatur kann dabei insofern eine nachhaltige Wirkung entfalten, als sie einen bedeutenden Beitrag dazu leistet, dass entsprechende Mindeststandards an materieller und personeller Ausstattung der Einrichtungen im Pflege- und Heimbereich entwickelt werden. Somit werden Anknüpfungspunkte herausgebildet, die in der diesbezüglichen politischen Diskussion längerfristig betrachtet wesentlich dazu beitragen können, die Pflegestandards in Bezug auf die materielle Ausstattung der Einrichtungen zu erhöhen und letztlich auch auf diesem Weg eine Verbesserung der Pflegekultur zu erreichen.⁵³⁴

B. Rechtfertigungsgründe außerhalb des HeimAufG

1. Allgemeines

In all jenen Fällen, in denen nicht nach den Vorschriften des HeimAufG vorgegangen werden kann, aber ein Eingriff in das Recht der persönlichen Freiheit dennoch für erforderlich erachtet wird, ist zu prüfen, ob dies eventuell auf der Basis anderer von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellter Mittel – der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des Zivil- und Strafrechts – geschehen kann. Betroffen sind einerseits generell alle Ausnahmen vom Anwendungsbereich (zB „familienähnlich“ geführte Wohngruppen), andererseits auch die Konstellationen, die zwar prinzipiell vom Geltungsbereich des § 2 erfasst werden, in denen jedoch nicht alle in § 4 geforderten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind oder es an formellen Voraussetzungen fehlt. Denkbar ist etwa, dass eine Gefahr droht, die betreffende Person aber nicht psychisch krank oder geistig behindert ist oder keine anordnungsbefugte Person iSd § 5 aktuell zur Verfügung steht. Ist das gefährdete Rechtsgut das Vermögen (Gefahr für Sachwerte) und nicht das Leben oder die Gesundheit, so kann ebenfalls nicht nach den Vorgaben des HeimAufG vorgegangen werden. Schließlich kann es etwa vorkommen, dass zwar ein ernstlicher Schaden droht, der aber die erforderliche Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht, weil es sich bloß um eine leichte Körperverletzung handelt.

⁵³⁴ Vgl dazu *Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Rechtsschutz und Pflegekultur 115 f und 140.

Es sind somit verschiedenste Fallkonstellationen denkbar, bei denen nicht auf das HeimAufG zurückgegriffen werden kann. Doch nicht in all diesen Fällen stehen alternativ zum Regelungswerk des HeimAufG Begründungen für die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen, die auf allgemeinen Rechtfertigungsgründen oder Schutzpflichten beruhen, zur Verfügung.

Aus § 1 Abs 2 HeimAufG ergibt sich eindeutig, dass Freiheitsbeschränkungen nur dann zulässig sind, soweit sie im HeimAufG oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind. Für den Bereich der Freiheitsbeschränkungen an Heimbewohnern bedeutet dies, dass eben keine anderen gesetzlichen Regelungen außer dem HeimAufG bestehen. Dies hat zur Folge, dass im Geltungsbereich des HeimAufG (§ 2) freiheitsbeschränkender Zwang eindeutig nicht auf eine Alternativbegründung als jene nach dem HeimAufG gestützt werden kann.⁵³⁵

Anderes gilt außerhalb des Geltungsbereichs des HeimAufG. Diesfalls kann für den Fall einer drohenden Gefahr unter Umständen die eine oder andere der nachfolgend angeführten Abwehrmaßnahmen zur Anwendung kommen, die im Übrigen alle auf einer Interessen- bzw Güterabwägung beruhen.

2. Anhalterecht Privater

Gem § 86 Abs 2 StPO ist jeder berechtigt, eine Person auf angemessene Weise anzuhalten, wenn hinreichende Gründe für die Annahme vorliegen, dass diese Person eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung ausführe oder unmittelbar vorher ausgeführt habe. Die Anhaltung muss aber unverzüglich dem nächsten Sicherheitsorgan angezeigt werden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist auch hier oberste Priorität. Zulässig werden somit jedenfalls die nötige Freiheitsentziehung bis zum Eintreffen der Polizei und damit verbundene Drohungen sein.⁵³⁶

⁵³⁵ Siehe dazu ausführlich *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 76 ff, auch mit dem Hinweis, dass im Geltungsbereich des HeimAufG etwa der Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstands nur als Rechtfertigung für den Verstoß gegen das HeimAufG, nicht aber für die Freiheitsbeschränkung selbst in Frage kommen kann.

⁵³⁶ Näheres bei *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008) 176 ff.

3. (Eigenmächtige) Selbsthilfe

Die Regelungen zur Selbsthilfe finden sich in § 19 und § 344 ABGB. Sie darf lediglich zur Durchsetzung eines eigenen Rechts (zum Schutz des Besitzes) und nur dann ausgeübt werden, wenn staatliche Hilfe zu spät kommen würde oder rechtswidrig abgelehnt wird. Im Rahmen der Selbsthilfe sind weiters nur unbedingt notwendige, kurzfristige, spontane und angemessene (gelindeste) Mittel bis zum Eingreifen der staatlich dafür vorgesehenen Rechtsmechanismen gedeckt.⁵³⁷

4. Notwehr/Nothilfe

Als Abwehrmaßnahme gegenüber Bedrohungen kann bei Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen die in § 3 StGB geregelte Notwehr (Nothilfe im Fall, dass jemand eine Gefahr abwehrt, die einem anderen droht) in Frage kommen. Wer einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abwehrt, handelt nicht rechtswidrig, wenn er sich dabei nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist. Beim Begriff der Notwendigkeit ist wie so oft auch hier auf das gelindeste Mittel, das den Angriff verlässlich abwehrt, abzustellen. Dies ist stark von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängig. Ist offensichtlich, dass dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht, ist darüber hinaus noch die Angemessenheit der Abwehrhandlung zu prüfen.⁵³⁸ Die Notwehr kann immer nur Eingriffe in Rechtsgüter des Angreifers selbst rechtfertigen.

Das Gesetz fordert lediglich die Rechtswidrigkeit des Angriffs im Sinne von Pflichtwidrigkeit bzw objektiver Sorgfaltswidrigkeit. Ein strafbares oder schuldhaftes Verhalten des Angreifers ist nicht erforderlich, sodass bei Angriffen geistig Behinderter oder psychisch Kranker ebenfalls Notwehr geübt werden kann. Die Judikatur sieht jedoch insofern eine Einschränkung vor, als man dem Angriff nach Möglichkeit ausweichen muss, mag dies auch mit einem gewissen Rechtsverlust

⁵³⁷ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 274; zur offensiven Selbsthilfe auch *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷ 167 ff.

⁵³⁸ Vgl § 3 Abs 1 zweiter Satz StGB.

verbunden sein. Es ist anzunehmen, dass hier oft vergleichsweise milde Mittel ausreichen werden, um den Angriff abzuwehren.⁵³⁹

Beschränkungen gestützt auf Notwehr bzw Nothilfe (sowie auf den anschließend angeführten Notstand) sind nur im Fall einer Fremdgefährdung möglich. Bei Fällen der Selbstgefährdung mangelt es am erforderlichen Tatbestandsmerkmal des Angriffs in andere Rechtsgüter. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr ist diesfalls schon rein begrifflich ausgeschlossen.

5. Notstand/Notstandshilfe

Der rechtfertigende (übergesetzliche) Notstand setzt einen unmittelbar drohenden, bedeutsamen Nachteil für ein beliebiges Rechtsgut voraus, der durch den Eingriff in ein anderes Rechtsgut abgewendet werden kann. Es gilt der Grundsatz der Güterabwägung, sodass der vorzunehmende Eingriff das schonendste Mittel (die ultima ratio) und das bedrohte Rechtsgut eindeutig höherwertig sein muss als das Rechtsgut, in das durch die Rettungshandlung eingegriffen werden soll. Wie bei der Nothilfe bedeutet die Notstandshilfe, dass die Gefahr von Rechtsgütern eines anderen abgewendet wird.⁵⁴⁰

Der in § 10 StGB normierte entschuldigende Notstand führt zwar nicht zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit, gewährt aber dennoch Straffreiheit, da es sich um einen besonderen Entschuldigungsgrund handelt. Hauptunterschied zum rechtfertigenden Notstand ist, dass der aus der Rettungshandlung drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegen darf als der Nachteil, den sie abwenden soll. Das gerettete Rechtsgut darf daher auch geringerwertig sein als das geopferte. Die Grenze bildet jedoch die Verhältnismäßigkeit.⁵⁴¹

6. Vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten

Bestimmte Maßnahmen könnten ihre Rechtfertigung unter Umständen in den Schutz- und Sorgfaltspflichten finden, die sich aus einem vorliegenden Vertragsverhältnis ergeben. Neben den Hauptleistungspflichten eines

⁵³⁹ Zu Angriffen schuldunfähiger Personen siehe *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷ 159; vgl zur besonderen Schutzwürdigkeit eines solchen Angreifers *Barth/Engel*, Heimrecht § 1 Anm 7 HeimAufG.

⁵⁴⁰ Details zum rechtfertigenden Notstand bei *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷ 161 ff.

⁵⁴¹ Vgl *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷ 207 ff.

Schuldverhältnisses bestehen noch weitere Verhaltenspflichten. So hat der Schuldner seine Erfüllungshandlungen so zu setzen, dass der Gläubiger dabei in seinen Rechtsgütern nicht geschädigt wird.⁵⁴² Denkbar wäre der Rückgriff auf vertragliche Schutzpflichten bei typischen mit der Erfüllung eines Betreuungs- bzw. Behandlungsvertrags (zB bei Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen) einhergehenden Schutzmaßnahmen in einer akuten Bedrohungslage zugunsten der Bewohner bzw. der Patienten. Als Beispiel dafür kann der Fall eines Bewohners einer kleinen, familienähnlich geführten und somit vom Geltungsbereich des HeimAufG nicht erfassten Behindertenwohngemeinschaft dienen, der während eines Ausflugs plötzlich sich oder andere gefährdet, weshalb eine kurzfristige Beschränkung ergriffen werden muss.⁵⁴³

7. Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall

Die Rechtsfigur der Geschäftsführung ohne Auftrag kommt allenfalls für jene Fälle in Frage, in denen (noch) kein Vertragsverhältnis geschlossen wurde. Aus § 1036 iVm § 1311 ABGB ergibt sich, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall nicht rechtswidrig ist. § 1036 ABGB erfordert ein Tätigwerden für den anderen, um einen unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden. Im Endeffekt läuft auch dieser Tatbestand auf eine umfassende Interessenabwägung hinaus, bei der va auf die Förderung des Interesses des Betroffenen Bedacht zu nehmen und die mutmaßliche Einwilligung eines durchschnittlichen gesunden Geschäftsherren zu berücksichtigen ist.⁵⁴⁴

8. Einwilligung des Verletzten

Ganz allgemein gilt natürlich, dass eine von einer ausreichend einsichts- und urteilsfähigen Person gültig erteilte Einwilligung in eine eingreifende Maßnahme ebenfalls als Rechtfertigung hierfür in Frage kommen kann.⁵⁴⁵

⁵⁴² Siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 5 f.

⁵⁴³ Dazu *Barth/Engel*, Heimrecht § 1 Anm 7 HeimAufG.

⁵⁴⁴ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 393; mwN *Barth/Engel*, Heimrecht § 1 Anm 7 HeimAufG.

⁵⁴⁵ Für nähere Ausführungen siehe zB *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷ 134 ff; zur mutmaßlichen Einwilligung *Fuchs*, *ibid* 143 f.

VIII. Anordnungsbefugte Personen

A. Regelung vor der Ub-HeimAuf-Nov 2010

Neben dem Vorliegen der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen ist die Einhaltung der formellen Voraussetzungen der Vornahme einer Freiheitsbeschränkung für deren Rechtmäßigkeit erforderlich. Eine Freiheitsbeschränkung darf gemäß § 5 HeimAufG nur aufgrund der Anordnung einer dazu befugten Person gesetzt werden. In der ursprünglichen Fassung vor In-Kraft-Treten der Ub-HeimAuf-Nov 2010 sah § 5 HeimAufG ein differenziertes, abgestuftes System der anordnungsbefugten Personen vor. Wer im konkreten Fall die Anordnung erteilen dürfte, hing vom Einrichtungstyp sowie von Dauer und Art der Beschränkung ab. Da die Änderung des § 5 HeimAufG einen zentralen Teil der Novelle aus 2010 ausmachte, wird im Folgenden ein kurzer Überblick über die Rechtslage bis 30.6.2010⁵⁴⁶ dargestellt, um im Anschluss daran die geänderten und somit nunmehr geltenden Bestimmungen aufzuzeigen.

1. Längerfristige, wiederholte und medikamentöse Beschränkungen

Die alte Regelung sah zunächst in § 5 Abs 2 Folgendes vor: Wenn im Zeitpunkt der Anordnung bereits absehbar war, dass die Freiheitsbeschränkung voraussichtlich länger als 24 Stunden oder wiederholt (dh mehr als einmal) erforderlich sein würde, durfte sie nur von einem Arzt angeordnet werden. Weiters musste die Anordnung zwingend von einem Arzt stammen, wenn eine Freiheitsbeschränkung in Form medikamentöser Maßnahmen erfolgte, und zwar unabhängig von der Dauer oder der Häufigkeit der medikamentösen Beschränkung.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ § 22 Abs 2 HeimAufG idF der Ub-HeimAuf-Nov 2010 ordnet als Übergangsrecht an, dass der neue § 5 Abs 1 und 2 auf jene Freiheitsbeschränkungen anzuwenden ist, die nach dem 30.6.2010 vorgenommen werden; nicht hingegen auf jene, die bereits davor vorgenommen wurden und bereits beendet sind oder weiterhin andauern.

⁵⁴⁷ Zur Einhaltung des Arztmonopols siehe bereits S 52 bei FN 157.

2. Abgestuftes System bei allen anderen Beschränkungen

In allen anderen Fällen war nach dem in § 5 Abs 1 HeimAufG festgelegten System vorzugehen. In abgestufter Reihenfolge waren dort bestimmte Personen genannt, denen die Anordnungsbefugnis eingeräumt wurde. Entscheidend war dabei die Struktur der Einrichtung.

a) *Einrichtungen mit Abteilungen unter ärztlicher Führung bzw Leitung der Einrichtung durch einen Arzt (Z 1)*

Für den Fall, dass eine eigene Abteilung unter ärztlicher Führung bestand, war der mit der Führung der Abteilung betraute Arzt oder sein Vertreter anordnungsbefugt. Zu denken ist etwa an Spitalsabteilungen in Alten- und Pflegeheimen, aber auch an diverse Abteilungen für Akutgeriatrie oder Pflegeabteilungen in Krankenanstalten. Wer für die Vertretung zuständig ist, richtet sich rein nach innerorganisatorischen Regelungen wie zB dem Dienstplan. Neben einer Dienstordnung als genereller Anordnung ist auch die individuelle Übertragung von Vertretungsaufgaben möglich.⁵⁴⁸ Sollte eine solche Abteilung unter ärztlicher Führung nicht existieren, stand die Anordnungsbefugnis dem mit der Leitung der Einrichtung betrauten Arzt oder ebenfalls bei Abwesenheit seinem Vertreter zu.

b) *Einrichtungen, die nicht unter ärztlicher Leitung stehen (Z 2)*

Zwei unterschiedliche Personen waren auf dieser nächsten Ebene alternativ und somit gleichberechtigt nebeneinander anordnungsbefugt:

i) *Die mit der ärztlichen Aufsicht betraute Person oder ihr Vertreter*

In Heimen kann durch den Rechtsträger eine ärztliche Aufsicht eingerichtet sein. In Genesungsheimen und Pflegeanstalten für chronisch Kranke kann an Stelle der Bestellung eines ärztlichen Leiters einer entsprechenden Person die ärztliche Aufsicht übertragen werden. Gem § 7 Abs 1 KAKuG ist für jede Krankenanstalt ein geeigneter Arzt als verantwortlicher Leiter des ärztlichen Dienstes und für die mit der

⁵⁴⁸ Vgl dazu Zierl, Heimrecht 141.

ärztlichen Behandlung der Pfleglinge zusammenhängenden Aufgaben zu bestellen. Für Genesungsheime und für Pflegeanstalten für chronisch Kranke kann die Landesregierung jedoch von der Bestellung eines ärztlichen Leiters Abstand nehmen, wenn die Aufsicht durch einen geeigneten Arzt gewährleistet ist.

ii) *Die mit der Leitung des Pflegedienstes betraute Person oder ihr Vertreter*

Unabhängig vom Bestehen einer ärztlichen Aufsicht war auch die mit der Leitung des Pflegedienstes betraute Person oder ihr Vertreter anordnungsbefugt. Damit war jene Person gemeint, die mit der Pflegedienstleitung iSd § 26 Abs 1 Z 2 GuKG betraut ist.⁵⁴⁹ Diese Regelung legt als Umfang der Führungsaufgaben die Verantwortung für die Qualität der Pflege und für die Organisation der pflegerischen Maßnahmen in der gesamten Einrichtung fest. Solche Führungsaufgaben können gem § 17 Abs 4 und 5 GuKG all jene Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege ausüben, die bereits eine zweijährige vollbeschäftigte Berufsausübung als DGKS bzw als DGKP aufweisen können und die entsprechende Sonderausbildung für Führungsaufgaben gem § 72 GuKG abgeschlossen haben. Diese spezielle Ausbildung dauert mindestens ein Jahr und umfasst wenigstens 1600 Stunden theoretische und praktische Ausbildung.

Für Krankenanstalten enthält § 11a KAKuG ebenfalls eine Bestimmung über den Pflegedienst. In Abs 1 leg cit ist vorgesehen, dass für jede Krankenanstalt mit bettenführenden Abteilungen ein geeigneter Angehöriger der gehobenen Dienste für Gesundheits- und Krankenpflege als verantwortlicher Leiter des Pflegedienstes zu bestellen ist.

Wenn man nun die landesrechtlichen Normen für den Heimbereich betrachtet, zeigt sich, dass dort vergleichbare Vorschriften hinsichtlich der Bestellung einer Pflegedienstleitung bestehen.⁵⁵⁰ Soweit in einzelnen Landesgesetzen bzw -verordnungen ebenfalls Vorschriften über persönliche und fachliche Anforderungen an die mit der Pflegedienstleitung betraute Person festgelegt sind, die mit den

⁵⁴⁹ Dazu 353 BlgNR 22. GP 11.

⁵⁵⁰ § 4 Abs 4 Bgld Altenwohn- und PflegeheimG (Persönliche und fachliche Mindestanforderungen an die Pflegedienstleitung sind in der PersonalschlüsselV festzulegen, woraus auf die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegedienstleiters zu schließen ist.), § 14 Oö Alten- und PflegeheimV, § 8 Abs 3 und 6 Stmk PflegeheimG, § 7 Abs 4 Nö PflegeheimV, § 11 Abs 1 Wr Wohn- und PflegeheimG, § 9 Abs 4 Tir HeimG, § 7 Abs 2 VlbG PflegeheimG (verwendet als einziges Bundesland die Bezeichnung „Pflegeleitung“ statt „Pflegedienstleitung“).

Anforderungen des GuKG vergleichbar sind⁵⁵¹, so konnten auch die nach diesen Bestimmungen besonders qualifizierten Personen als anordnungsbefugt iSd alten § 5 Abs 1 Z 2 HeimAufG angesehen werden.⁵⁵²

c) *Einrichtungen, die weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter pflegerischer Leitung stehen (Z 3)*

In diesen Einrichtungen (zB Behindertenwohngruppen, geriatrische Tagesstätten, kleinere Pflegeeinheiten etc) war ebenfalls zwei verschiedenen Personen parallel nebeneinander die Anordnungsbefugnis übertragen:

i) *Der mit der Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen betraute Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege oder sein Vertreter*

In Frage kam hierfür eine DGKS bzw ein DGKP iSd §§ 11 und 12 GuKG, die bzw der nicht über die in § 72 GuKG vorgesehene Sonderausbildung verfügt. Weiters musste diese Person die organisatorische Verantwortung in diesem Bereich innehaben und daher in einem dauernden Dienstverhältnis zum Einrichtungsträger stehen.⁵⁵³ Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen, konnte der Einrichtungsträger ihr speziell die Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen übertragen.

ii) *Die mit der pädagogischen Leitung betraute Person oder ihr Vertreter*

Sollte in einer Einrichtung, die weder über eine ärztliche Leitung oder Aufsicht noch über eine Pflegedienstleitung verfügt, eine pädagogische Leitung bestehen, so war auch die mit der pädagogischen Leitung betraute Person

⁵⁵¹ § 4 Abs 4 Bgld Altenwohn- und PflegeheimG sieht vor, dass solche Mindestanforderungen gesondert durch die Landesregierung in einer PersonalschlüsselV festzulegen sind. Die Anforderungen des § 15 Abs 1 Oö Alten- und PflegeheimV können als vergleichbar betrachtet werden. Anders ist dies jedoch bei § 15 Abs 2 und 3 leg cit. § 7 Abs 4 zweiter Satz Nö PflegeheimV verweist direkt auf die erforderliche abgeschlossene Sonderausbildung für Führungsaufgaben gem GuKG. Das Erfordernis des Verfügens „über hinreichende Kenntnisse in der Organisation und Personalführung durch entsprechende Weiterbildung“ gem § 11 Abs 1 zweiter Satz Wr Wohn- und PflegeheimG wird wohl nicht als der Sonderausbildung iSd GuKG vergleichbar anzusehen sein. § 9 Abs 4 zweiter Satz Tir HeimG verweist auf die Bestimmungen des GuKG („... die zur Ausübung des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege berechtigt ist und die erforderlichen weiteren berufsrechtlichen Qualifikationen aufweist.“).

⁵⁵² Barth/Engel, Heimrecht § 5 Anm 5 HeimAufG; im Ergebnis wohl auch Zierl, Heimrecht 141.

⁵⁵³ 353 BlgNR 22. GP 11.

anordnungsbefugt. In der Praxis wird es eine solche pädagogische Leitung hauptsächlich in Einrichtungen zur Pflege und Betreuung für behinderte Menschen geben. In Betracht kommen insb akademische Sonder- und Heilpädagogen sowie Sozialpädagogen.⁵⁵⁴

B. Probleme bei der praktischen Handhabung des ursprünglichen Systems der Anordnungsbefugnis

In der Umsetzungspraxis der soeben dargestellten Bestimmung des § 5 HeimAufG idF BGBl I 2004/11 wurde bald klar, dass die Handhabung im Heimalltag immer wieder mit Problemen verbunden war. Für die überwiegende Zahl der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen war aufgrund der gesetzlichen Vorgaben die Anordnung durch einen Arzt erforderlich, wobei sich jedoch das Beiziehen eines Arztes nicht immer gleich einfach gestaltete.

Betrafen solche Maßnahmen Bewohner in Institutionen ohne einrichtungseigenen oder sonst der Einrichtung gegenüber vertraglich dauerhaft verpflichteten Arzt⁵⁵⁵, so bestand die Schwierigkeit in der Praxis darin, dass oft jeder Bewohner einen anderen Hausarzt hat und man dann freiheitsbeschränkende Maßnahmen betreffend mit einer größeren Zahl an verschiedenen Hausärzten zusammenarbeiten hätte. Selbstverständlich muss nicht zwingend der jeweilige Hausarzt herangezogen werden. Aus der praktischen Sicht ist es jedoch die sinnvollste Vorgangsweise, wenn man bedankt, dass gerade der Hausarzt jener Arzt ist, der den Patienten im Zusammenhang mit seinem Lebensumfeld idR am besten kennen wird. Wie sehr ein Arzt dabei zusätzlich über hinreichende Kompetenz verfügt, auch die pflegerischen bzw pädagogischen Aspekte zu berücksichtigen, was im Sinne von § 4 Z 3 HeimAufG notwendig ist, ist jedoch immer wieder fraglich, sofern er nicht über einschlägige Zusatzausbildungen verfügt.

⁵⁵⁴ 353 BlgNR 22. GP 11.

⁵⁵⁵ Dies kommt beispielsweise häufig bei kleinen Behinderteneinrichtungen oder auch bei Tageszentren vor.

Im Hinblick auf die Qualität der ärztlichen Anordnung wurde schließlich in diversen Einrichtungen beobachtet⁵⁵⁶, dass faktisch die Pflegedienstleitung die Maßnahmen vorschlug, welche der Arzt nur mehr unterzeichnete. Schließlich wurden sowohl die an und für sich vom Arzt geforderte Aufklärung des Bewohners als auch die Aufhebung der Maßnahme ebenfalls von der Pflegedienstleitung durchgeführt. Der im Gesetz vorgegebene Anordnungsprozess wurde somit in vielen Fällen unzureichend eingehalten. Diese Probleme resultierten teils aus der mangelnden Verfügbarkeit von Ärzten in manchen Regionen, teils auch aus den Meinungsunterschieden zur Kostentragung der ärztlichen Anordnung⁵⁵⁷.

Im Rahmen einer vom Verein Lebenswelt Heim und BMJ veranstalteten Expertenkonferenz wurde bereits im Mai 2006 ua die Neuregelung der Anordnungskompetenz im nachfolgenden Sinn vorgeschlagen: Man könnte die Anordnung einer Maßnahme – mit logischer Ausnahme der ausschließlich dem Arzt vorbehaltenen Medikation – stets dann auch der Pflegedienstleitung bzw der pädagogischen Leitung zusprechen, wenn die Diagnose der psychischen Krankheit bzw der geistigen Behinderung bereits von einem Arzt gestellt wurde und im betreffenden Zeitpunkt kein Arzt verfügbar ist. Voraussetzung für diese Berechtigung wäre eine spezifische Ausbildung der Pflegedienstleitung für die Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen.⁵⁵⁸

Der Kritik an den gesetzlich festgelegten Anforderungen an die anordnungsbefugte Person wurde letztlich im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 Rechnung getragen und die Anordnungsbefugnis von Ärzten auf jene Bereiche eingeschränkt, die „medizinischer“ Natur und somit gesetzlich den Ärzten vorbehalten sind. Auch in den Materialien zur Novelle wurde als Anstoß zur Änderung die Praxiskritik angeführt, wonach eine neue Ausgestaltung der Anordnungsbefugnis vorzunehmen sei, „da Ärzte (ohne Zusatzausbildung) nicht über die nötigen Kenntnisse verfügten, um die pflegerischen bzw – im Zusammenhang mit Menschen mit geistiger Behinderung – pädagogischen Implikationen einer Anordnung in ausreichendem Maße zu beurteilen. ... Dieses Phänomen hat zudem

⁵⁵⁶ Dazu *Wallner*, Erste Erfahrungen mit dem Heimaufenthaltsgesetz, *Lebenswelt Heim* 2006/5, 22 (22); vgl auch *Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Menschenrechte als Organisationsproblem – Die Wirkung des HeimAufG in der Praxis – Befunde aus rechtssoziologischer Sicht, *iFamZ* 2008, 78 (79).

⁵⁵⁷ Ausführlich dazu S 174 ff.

⁵⁵⁸ Siehe dazu *Wallner*, *Lebenswelt Heim* 2006/5, 23.

eine verfassungsrechtliche Dimension, da die – oft zentrale – Frage der pflegerischen bzw pädagogischen Alternativen zur Freiheitsbeschränkung in die nach Art 1 Abs 3 PersFrG gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen ist, was aber bei der anordnungsbefugten Person entsprechende profunde Fachkenntnisse voraussetzt.⁵⁵⁹

C. Neureglung der Anordnungsbefugnis

In § 5 Abs 1 HeimAufG wird daher nunmehr danach unterschieden, ob es um eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse oder sonstige dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen und alle damit in unmittelbarem Zusammenhang erforderlichen Freiheitsbeschränkungen geht oder ob es sich um eine Freiheitsbeschränkung durch Maßnahmen im Rahmen der Pflege oder durch Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe handelt. Es wird auf die jeweils kompetente Berufsgruppe abgestellt, und zwar in Z 1 die Ärzte, in Z 2 die von den Einrichtungen mit der Anordnung derartiger Maßnahmen betrauten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege und in Z 3 die mit der pädagogischen Leitung betrauten Personen und deren Vertreter.

In dieser Neukonzeption wird somit nach drei verschiedenen Kompetenzbereichen unterschieden, wobei alle drei Berufsgruppen als gleichberechtigt nebeneinander zu betrachten sind. Die übergeordnete Position des Arztes fiel nunmehr weg, sodass etwa die Anordnung einer rein pflegerischen oder pädagogischen Maßnahme durch einen Arzt grundsätzlich als rechtswidrig zu werten ist.⁵⁶⁰

1. Anordnung durch den Arzt (Z 1)

a) Dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen

Ein Arzt ist nunmehr für die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen durch medikamentöse oder sonstige dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen und alle

⁵⁵⁹ So 601 BlgNR 24. GP 20.

⁵⁶⁰ So *Barth*, Die Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 29 (29).

damit in unmittelbarem Zusammenhang erforderlichen Freiheitsbeschränkungen zuständig. Bei der Beurteilung der Frage, welche Maßnahmen nun konkret als „dem Arzt vorbehalten“ zu qualifizieren sind, ist an § 2 ÄrzteG anzuknüpfen.

In erster Linie kommen einmal alle medikamentösen Maßnahmen ausschließlich dem Arzt zu. An dieser Stelle sei nebenbei erwähnt, dass der Arzt bei sedierender Medikamentengabe zusätzlich zu beachten hat, dass es sich dabei um einen Eingriff in die körperliche Integrität handelt, der zu seiner Rechtfertigung unabhängig von der Einhaltung der Bestimmungen des HeimAufG auch noch der Einwilligung⁵⁶¹ des hinreichend aufgeklärten Bewohners bzw bei fehlender natürlicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Bewohners der Zustimmung durch dessen Sachwalter bedarf.⁵⁶²

Neben der Verabreichung von Medikamenten fallen auch alle im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen erforderlichen Freiheitsbeschränkungen⁵⁶³ sowie weiters sehr körpernahe Beschränkungen in jenen Bereich, in welchem Anordnungen nur von Ärzten erfolgen dürfen. Die Erläuternden Bemerkungen⁵⁶⁴ nennen bei den stark körpernahen Freiheitsbeschränkungen zB „3-Punkt-Fixierungen“ oder Isolierungen in Einzelzimmern („Time-Out-Räumen“) im Zusammenhang mit gleichzeitiger Sedierung oder notwendiger ärztlicher Überwachung aufgrund der schlechten körperlichen Konstitution oder starker psychischer Belastung des betroffenen Bewohners. *Barth*⁵⁶⁵ führt dazu als Orientierungshilfe an, dass die Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme umso eher Ärzten iSd § 5 Abs 1 Z 1 zweite Variante vorbehalten sei, je „psychiatrienäher“ sie einzustufen sei.

Darüber hinaus ist vorgesehen, dass der Arzt weiters für all jene freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zuständig ist, die im unmittelbaren Zusammenhang mit diesen „medizinischen“ Maßnahmen stehen. Dh es sind damit

⁵⁶¹ Zum Einwilligungsrecht als wesentlichen Aspekt der Selbstbestimmung eines jeden Patienten vgl zB *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht 10, 60 f und 84 f; *Memmer*, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2003) I/27 (I/39 f).

⁵⁶² Ebenso 353 BlgNR 22. GP 11.

⁵⁶³ So *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 29 f unter ausführlicher Angabe von Beispielen; auch 601 BlgNR 24. GP 20.

⁵⁶⁴ 601 BlgNR 24. GP 20.

⁵⁶⁵ *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 30.

jene Maßnahmen gemeint, die für sich als solche – wenn eben dieser Zusammenhang nicht bestünde – als pflegerische oder pädagogische Maßnahmen zu sehen wären.⁵⁶⁶

b) Anordnung durch jeden Arzt mit ius practicandi

Nun stellt sich die Frage, welchem Arzt konkret die Anordnungsbefugnis zukommt. Aus den Materialien⁵⁶⁷ ergibt sich, dass jeder zur selbständigen Berufsausübung befähigte Arzt (Arzt mit ius practicandi) berechtigt ist, freiheitsbeschränkende Maßnahmen anzuordnen. Dabei ist nicht zwingend erforderlich, dass der Arzt Beschäftigter der Einrichtung ist. Vielmehr kann jeder beliebige externe Arzt beigezogen werden. Es muss somit nicht – wie im Ministerialentwurf zur Stammfassung ursprünglich zwingend vorgesehen – ein Facharzt für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie bzw ein Facharzt für Psychiatrie sein. Ein Arzt für Allgemeinmedizin kann genauso anordnen wie ein Facharzt jedweder Richtung. Der Gesetzgeber begründet das Abgehen vom Erfordernis des psychiatrischen Facharztes damit, dass es in vielen Regionen schwierig sein kann, einen derartigen Facharzt beizuziehen. Da außerdem Ärzte aller Sparten eine geriatrische Ausbildung erhalten und zunehmend berufliche Erfahrung in diesem Bereich erwerben, spreche dies dafür, allgemein nur auf die Anordnung eines Arztes abzustellen und an diesen keine weiteren fachlichen oder berufsrechtlichen Anforderungen zu stellen.⁵⁶⁸ Trotzdem bleibt die Problematik bestehen, dass das Vorliegen einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung in zuverlässiger Weise eigentlich nur von einem einschlägigen Facharzt beurteilt werden kann. Auch wenn der dementsprechende Bedarf in der praktischen Umsetzung nur schwer gedeckt werden kann, ist die Unzulänglichkeit der Bestimmung in diesem Punkt nicht so einfach von der Hand zu weisen.

⁵⁶⁶ Vgl 601 BlgNR 24. GP 20, wo als Beispiel angeführt wird, dass eine ärztlich angeordnete Maßnahme (Verabreichung von Psychopharmaka) unmittelbar eine weitere (grundsätzlich nicht Ärzten vorbehaltene) Einschränkung der Bewegungsfreiheit notwendig macht (Sitzgurte zum Schutz vor Stürzen bei starker Sedierung).

⁵⁶⁷ Siehe die Erläuterungen zu § 5 HeimAufG in 74/ME 24. GP 20 und 601 BlgNR 24. GP 20 („jeder in einer Einrichtung beschäftigte diensthabende oder beigezogene Arzt mit ius practicandi“).

⁵⁶⁸ 353 BlgNR 22. GP 11.

2. Anordnung von Maßnahmen im Rahmen der Pflege (Z 2)

Für den Bereich der Pflege ist vorgesehen, dass jene Freiheitsbeschränkungen, die in den eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich des diplomierten Pflegepersonals iSd § 14 GuKG fallen und somit rein pflegerische, nicht den Ärzten vorbehaltene Maßnahmen darstellen, gem § 5 Abs 1 Z 2 HeimAufG von einem Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege anzuordnen sind. Dabei ist zu beachten, dass nicht jeder Diplomkrankenschwäger solche Anordnungen vornehmen darf, sondern nur jener, der von der jeweiligen Einrichtung mit der Anordnung derartiger Maßnahmen betraut wurde.

Im diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was unter dem Begriff der „Betrauung“ zu subsumieren ist und ob eine weite Auslegung dahingehend, dass auch nicht in der Einrichtung Beschäftigte darunter zu verstehen sind, möglich ist. Betrachtet man die Gesetzesmaterialien⁵⁶⁹, so wird dort ausdrücklich festgehalten, dass es sich um einen in der Einrichtung beschäftigten Angehörigen des gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege handeln muss. Demnach soll eine externe Beziehung – wie bei den Ärzten – hier nicht möglich sein. Wie *Barth*⁵⁷⁰ zutreffend darlegt, bringt jedoch diese Auslegung infolge der durch die Neufassung des § 5 geschaffenen exklusiven Zuständigkeiten mit sich, dass zB im Bereich der Einrichtungen der Behindertenhilfe pflegerische Maßnahmen – selbst wenn unerlässlich – nicht angeordnet werden können, weil unter Umständen keine anordnungsbefugte Person vorhanden ist. Behinderteneinrichtungen (va Wohngemeinschaften und Behindertenwerkstätten) und auch sonstige Kleinsteinerichtungen verfügen typischerweise nicht über einen fix angestellten Angehörigen des Pflegedienstes. *Barth* tritt daher für eine extensive Auslegung des Begriffs „Betrauung“ ein, sodass auch Pflegekräfte darunter fallen können, die aufgrund eines Werkvertrags mit dem Einrichtungsträger in der Einrichtung tätig sind.⁵⁷¹

Aus dem Wortlaut der Bestimmung sowie den Erläuterungen ergibt sich jedenfalls, dass die anordnungsbefugte Person nicht ausschließlich die Pflegedienstleitung sein muss. Vielmehr kann jeder „normale“ Angehörige des

⁵⁶⁹ Siehe 601 BlgNR 24. GP 20 f.

⁵⁷⁰ *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 31.

⁵⁷¹ Siehe *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 31.

gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege (auch schlüssig) damit betraut werden, wobei für die Betrauung die Einrichtungsleitung zuständig ist.⁵⁷²

3. Anordnung von Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe (Z 3)

Nach § 5 Abs 1 Z 3 HeimAufG ist für freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe die mit der pädagogischen Leitung betraute Person bzw deren Vertreter anordnungsbefugt. Es kann somit nicht jeder Sonder- und Heilpädagoge mit der Anordnung betraut werden. Selbst der Vertreter des Einrichtungsleiters darf nur dann derartige Anordnungen erteilen, wenn er gleichfalls für die pädagogische Leitung der Einrichtung qualifiziert ist.⁵⁷³

In den Erläuternden Bemerkungen wird zwar festgehalten, dass kein eigenes gesetzliches Berufsrecht der Sonder- und Heil- bzw Sozialpädagogik besteht. Dennoch lässt sich daraus erschließen, dass der Gesetzgeber sehr wohl davon ausging, dass auch die anordnungsbefugte Person des § 5 Abs 1 Z 3 neben der Leitungsfunktion logischerweise auch über eine entsprechende fachliche Qualifikation zu verfügen hat. Einer Ausbildung in Sonder- und Heilpädagogik bzw Sozialpädagogik ist in diesem Bereich jedenfalls auch ein abgeschlossenes Psychologiestudium oder eine Ausbildung zum diplomierten Behindertenbetreuer gleichzusetzen.⁵⁷⁴

4. Ärztliches Dokument iSd § 5 Abs 2

§ 5 Abs 2 HeimAufG verlangt ergänzend das Vorliegen eines aktuellen⁵⁷⁵ ärztlichen Dokuments in all jenen Fällen, in denen ein Bewohner länger als 48

⁵⁷² 601 BlgNR 24. GP 21.

⁵⁷³ 601 BlgNR 24. GP 21.

⁵⁷⁴ Dazu *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 32.

⁵⁷⁵ Vgl 601 BlgNR 24. GP 21: „... in zeitlichem Zusammenhang mit der notwendigen Beschränkung das Vorliegen der psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung festhält.“ Laut einer Entscheidung des LG Wels vom 6.4.2011 wird bei der Frage nach der ausreichenden Aktualität entscheidend sein, ob die im ärztlichen Dokument angeführten Umstände und Gefährdungen noch dem vorliegenden Zustand und den dadurch gegebenen Notwendigkeiten gerecht werden, wobei im Zweifel immer ein neues Dokument eingeholt werden sollte; siehe LG Wels 6.4.2011, 21 R 77/11i, iFamZ 2011/169 (209).

Stunden dauernd oder über diesen Zeitraum hinweg wiederholt⁵⁷⁶ in seiner Freiheit beschränkt wird. Konkret hat der Einrichtungsleiter nämlich dann unverzüglich⁵⁷⁷ ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 ÄrzteG) oder sonstige ärztliche Aufzeichnungen⁵⁷⁸ (§ 51 ÄrzteG) darüber einzuholen, dass der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet.

Dadurch soll sichergestellt werden, dass auch in den Fällen der „pflegerischen“ bzw. „betreuerischen“ Freiheitsbeschränkungen das Vorliegen einer psychischen Erkrankung bzw. geistigen Behinderung sowie einer damit zusammenhängenden Gefährdung durch einen Arzt festgestellt ist. Weiters wurde die Zeitgrenze auch deshalb mit 48 Stunden festgelegt, um auf sich im Wochenendbetrieb der Einrichtungen ergebende Situationen derart bedacht zu nehmen, dass freiheitsbeschränkende Maßnahmen zB bei Bewohnern, die am Wochenende neu aufgenommen werden, auch vorläufig ohne Beiziehung eines Arztes – sofern es sich um keine Maßnahmen iSd § 5 Abs 1 Z 1 handelt – zulässig angeordnet werden können. Sind diese Maßnahmen auch nach Ablauf des 48-Stunden-Zeitraums weiterhin zu setzen, ist die Mitwirkung eines Arztes in der Form des ärztlichen Dokuments nach § 5 Abs 2 zwingend notwendig.⁵⁷⁹

Zum Inhalt des ärztlichen Dokuments führen die Erläuternden Bemerkungen ergänzend aus, dass neben der Diagnose der psychischen Erkrankung bzw. der geistigen Behinderung im Zuge der Gefährdungsprognose umschrieben werden muss, in welchen Lebensbereichen oder Situationen bei dem Bewohner im Zusammenhang mit dessen Erkrankung oder Behinderung eine Gesundheitsgefahr auftritt oder unter bestimmten Voraussetzungen auftreten kann.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ „Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Einzelmaßnahmen zeitlich addiert 48 Stunden überschreiten, sondern ob seit der erstmaligen Vornahme der Freiheitsbeschränkung 48 Stunden vergangen sind.“; so in der Begründung des diesbezüglichen Abänderungsantrags in AB 608 BlgNR 24. GP 2.

⁵⁷⁷ *Barth* führt dazu näher aus, dass er ohne unnötigen Aufschub die nötigen Schritte zur Erlangung des ärztlichen Dokuments zu setzen habe, wobei damit nicht erst nach Ablauf der 48 Stunden-Frist begonnen werden sollte, falls sich bereits anfangs abzeichnet, dass die Freiheitsbeschränkung länger als 48 Stunden erforderlich sein werde; so *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 33.

⁵⁷⁸ ZB Befund eines Facharztes, Patientendokumentation des Hausarztes, Entlassungsbrief einer Krankenanstalt etc.

⁵⁷⁹ Vgl 601 BlgNR 24. GP 21 sowie AB 608 BlgNR 24. GP 2.

⁵⁸⁰ 601 BlgNR 24. GP 21.

Von Seiten der Bewohnervertretung wird jedoch beobachtet, dass die tatsächlich von den Einrichtungen herangezogenen Dokumente des Öfteren nicht den Vorgaben des § 5 Abs 2 genügen, da immer wieder auf Unterlagen wie Entlassungsbefunde und Arztbriefe zurückgegriffen wird, „aus denen der unbedingt notwendige Kausalzusammenhang zwischen Diagnose und Gefahren in Form einer Gefährdungsprognose und Risikoabschätzung nicht eindeutig hervorgeht“.⁵⁸¹ Außerdem seien die ärztlichen Dokumente auch dahingehend kritisch zu hinterfragen, als die im Krankenhaus erstellte Gefährdungsprognose und das dortige Gefährdungsszenario meist nicht direkt auf die anderen Gegebenheiten einer Langzeitpflege in einer Altenbetreuungseinrichtung übertragbar sei. Abzustellen sei somit auf die konkrete Gefährdung vor Ort.⁵⁸²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durch die Neuregelung der Anordnungsbefugnis im Ergebnis ein im Heim- bzw. Einrichtungsalltag leichter handhabbares System geschaffen wurde, das auch den jeweiligen beruflichen Kompetenzbereichen entscheidend Rechnung trägt. Trotz allem liegt es auf der Hand, dass in vielen Konstellationen eine enge Zusammenarbeit und Absprache zwischen Ärzten und Pflegepersonal⁵⁸³ stattzufinden hat, da dies schon allein für die Abklärung der Verhältnismäßigkeit sowie die Suche nach schonenderen Pflege- und Betreuungsmaßnahmen unumgänglich ist.

D. Anordnungs- und Durchführungsverantwortung

Bei der Vornahme einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme können die Anordnungs- und die Durchführungsverantwortung verschiedenen Personen zufallen. Freiheitsbeschränkungen, die von einem Arzt angeordnet werden, werden dann oft von einer diplomierten Pflegefachkraft ausgeführt. Auch kann es vorkommen, dass ein nach § 5 Abs 1 Z 2 mit der Anordnung betrauter Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege die Maßnahme nicht selbst durchführt, sondern dies einer anderen DGKS bzw. einem anderen DGKP überträgt. Anordnungs- und Durchführungsverantwortung fallen somit auseinander.

⁵⁸¹ *Gschaidner/Hufnagl*, Die Novelle des Heimaufenthaltsgesetzes aus der Sicht der Bewohnervertretung, ÖZPR 2010, 144 (145).

⁵⁸² *Gschaidner/Hufnagl*, ÖZPR 2010, 145.

⁵⁸³ Vgl 601 BlgNR 24. GP 20.

Die anordnende Person hat sich zuvor selbstverständlich vor Ort einen umfassenden Eindruck vom betroffenen Bewohner zu verschaffen und ihn gründlich zu untersuchen, um anschließend die einzelnen Voraussetzungselemente des § 4 fachgerecht beurteilen zu können. Rein fernmündliche Diagnosen und Anordnungen sind absolut unzulässig. Schließlich muss der Anordnende sich noch vergewissern, dass die betreffende Pflegeperson die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Durchführung der angeordneten Maßnahme besitzt. Weiters sind der Person, die die Freiheitsbeschränkung setzt, detaillierte Anweisungen dazu zu geben. Entsprechend der Vorgabe des § 15 GuKG (mitverantwortlicher Tätigkeitsbereich) kann auch für den Bereich des HeimAufG von einer analogen Aufgabenverteilung ausgegangen werden.

Im Zuge der Etablierung des HeimAufG wurden die den Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zukommenden Kompetenzen durch die Anordnungsbefugnis von Freiheitsbeschränkungen in bestimmten Fällen ergänzt. Der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich iSd § 14 GuKG wurde daher gewissermaßen erweitert.⁵⁸⁴

E. Fachgerechte Durchführung der Beschränkungen

Eine Freiheitsbeschränkung darf gem § 5 Abs 3 HeimAufG nur unter Einhaltung der (medizinisch, pflegerisch und betreuerisch) fachgemäßen Standards und unter möglichster Schonung des Bewohners durchgeführt werden.⁵⁸⁵

Bei dieser Vorgabe handelt es sich nicht bloß um eine allgemeine programmatische Bestimmung im Interesse der Bewohner. Sie befindet sich – das HeimAufG systematisch betrachtet – ebenfalls im zweiten Abschnitt über die Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung und zählt somit zu den unbedingt einzuhaltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen. Von Seiten der Judikatur wird auch bekräftigt, dass die Überprüfung der fachgerechten Durchführung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ebenfalls ihrer Prüfungscompetenz unterliegt. So führte das LG Wels⁵⁸⁶ in einer Entscheidungsbegründung Folgendes an: „Hinzu

⁵⁸⁴ Zum eigenverantwortlichen und mitverantwortlichen Tätigkeitsbereich im Zusammenhang mit dem HeimAufG siehe *Barth/Engel*, Heimrecht § 5 Anm 2 und 5; *Zierl*, Heimrecht 142.

⁵⁸⁵ Weiters dazu bei *Barth/Engel*, Heimrecht § 5 Anm 12 HeimAufG.

⁵⁸⁶ LG Wels 18.1.2006, 21 R 2/06b, iFamZ 2006/15 (26).

kommt, dass § 5 Abs 3 HeimAufG unzweifelhaft materiellrechtliche Voraussetzungen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme regelt, diese somit nur dann nicht in ein Grundrecht des Bewohners eingreift, wenn sie unter Einhaltung fachgemäßer Standards und unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt wurde. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass auch die Einhaltung dieser materiellrechtlichen Voraussetzung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme Grundvoraussetzung dafür ist, dass eine Person nicht in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht verletzt wurde.“

Als in diesem Zusammenhang besonders zu beachtender Punkt hat sich bislang herauskristallisiert, dass va bei Fixierungssystemen (Gurtsystemen) die Sicherheitsvorschriften der Hersteller nicht immer eingehalten bzw Arretierungen verwendet werden, die dem Stand der Technik nicht entsprechen. Dabei ist hier in erhöhtem Maße die Einhaltung der fachgerechten Standards vonnöten, um der Gefahr von Strangulationen entgegenzuwirken.⁵⁸⁷

F. Aufhebung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme

§ 5 Abs 4 HeimAufG bestimmt, dass eine Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben ist, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Darin ist implizit die Verpflichtung der anordnungsbefugten Person enthalten, bei längerfristigen oder wiederholten Freiheitsbeschränkungen kontinuierlich zu beobachten und zu kontrollieren, ob nicht zwischenzeitlich eine oder sogar mehrere der Zulässigkeitsvoraussetzungen weggefallen sind. Ist dies der Fall, so hat sie unverzüglich die Aufhebung der Maßnahme zu verfügen bzw diese selbst aufzuheben.

Wie *Barth/Engel*⁵⁸⁸ zutreffend ausführen, bedarf es für die fachgerechte Beurteilung der Frage, ob eine Freiheitsbeschränkung aufgehoben werden soll, derselben Kompetenzen wie bei der Anordnung. Folglich kann die Aufhebung grundsätzlich ebenfalls nur von einer anordnungsbefugten Person veranlasst werden.

⁵⁸⁷ Siehe *Jaquemar/Bürger/Pimon*, Heimaufenthaltsgesetz in der Praxis – Erste Erfahrungen der Bewohnervertreterinnen, iFamZ 2006, 22 (23): mit Hinweis auf BG Frankenmarkt 21.3.2006, 8 HA 1/05b.

⁵⁸⁸ Vgl *Barth/Engel*, Das Heimaufenthaltsgesetz – Die neuen gesetzlichen Regeln über freiheitsbeschränkende Maßnahmen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen, ÖJZ 2005, 401 (408); auch *Barth*, iFamZ-Spezial 2010, 34.

Wie zuvor kurz erörtert, können Anordnung und Durchführung verschiedenen Personen zukommen. Da diesfalls die Pflegeperson, die die Durchführungsverantwortung für die Maßnahme trägt, idR den intensiveren Kontakt zum Bewohner hat, wird sie oft als Erste bemerken, dass durch veränderte Gegebenheiten ein weiteres Aufrechterhalten einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nicht mehr zulässig ist. Sie hat daher dementsprechende Wahrnehmungen sofort der anordnungsbefugten Person mitzuteilen. Vom Gesetzeswortlaut spricht in eindeutigen und offensichtlichen Fällen außerdem nichts dagegen, dass die Pflegeperson selbst die Freiheitsbeschränkung aufhebt und dann umgehend Meldung an den Anordnungsbefugten erstattet. § 5 Abs 4 fordert bloß die sofortige Aufhebung bei Wegfall der Voraussetzungen, ohne dabei ausdrücklich auf eine bestimmte Person abzustellen.

G. Kostentragung der ärztlichen Anordnung

1. Allgemeines

Wie bereits im Rahmen der Darstellung der Entwicklung des HeimAufG festgehalten⁵⁸⁹, erwies sich von Anfang an die umstrittene Frage der Kostentragung für die ärztliche Anordnung von extern beigezogenen Ärzten, die in keinem Dienstverhältnis zur Einrichtung stehen, als problematischer Punkt. Bedauerlicherweise wurde sowohl im Begutachtungsverfahren als auch im Zuge der letzten Korrekturen der Regierungsvorlage sowie darüber hinaus auch in der Novelle 2010 verabsäumt, eine klärende Bestimmung über die Kostentragung für die von den Ärzten vorzunehmenden Anordnungen nach § 5 Abs 1 Z 1 HeimAufG und die Ausstellung der ärztlichen Dokumente nach § 5 Abs 2 HeimAufG ins Gesetz aufzunehmen. Etwas verwunderlich erscheint im Zusammenhang damit jedenfalls die Tatsache, dass gerade die ÖÄK selbst in ihrer Stellungnahme im Begutachtungsverfahren⁵⁹⁰ in keiner Weise auf Kostenfragen einging. Da man allgemein erst viel zu spät auf dieses Problem aufmerksam wurde, kam die diesbezügliche Diskussion erst kurz vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes in Gang.

⁵⁸⁹ Vgl dazu S 56 f.

⁵⁹⁰ 32/SN – 366/ME 21. GP.

2. Honorarrichtlinie der ÖÄK

Wesentlicher Ausgangspunkt der Diskussion um die Kostentragung für die ärztlichen Leistungen nach dem HeimAufG ist die von der Vollversammlung der ÖÄK am 24.6.2005 beschlossene Honorarrichtlinie für ärztliche Atteste im Zusammenhang mit der Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen im Rahmen des HeimAufG in der Höhe von € 122,50 (zuzüglich Spesen), was einer halben Stunde des Stundentarifs gemäß der „Autonomen Honorarrichtlinien der ÖÄK für gutachterliche Tätigkeiten“⁵⁹¹ entsprach.⁵⁹²

3. Zur Diskussion zwischen Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs, ÖÄK und BMGF

Der Verein Lebenswelt Heim – Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs⁵⁹³ vertrat ursprünglich die Ansicht, dass in den Fällen der Beiziehung von niedergelassenen Ärzten die Anordnung aus dem Behandlungsvertrag des Bewohners mit seinem Arzt resultiere und die Kosten daher von der Sozialversicherung abzugelten seien. Gleiches müsse für die Anordnung durch einen herbeigerufenen ärztlichen Not- oder Bereitschaftsdienst gelten.⁵⁹⁴

Gegensätzlich dazu gestaltete sich die Auffassung der ÖÄK, welche am 29.6.2005 in Wien gemeinsam mit dem Zentrum für Medizinrecht eine Tagung zu diesem Thema veranstaltete. Es wurde die Meinung vertreten, dass es sich bei der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG um Maßnahmen außerhalb des Behandlungsvertrags handle, die nicht zur kurativen Tätigkeit gehören, sondern eine zusätzliche ärztliche Leistung darstellen⁵⁹⁵ und einen eindeutigen Honoraranspruch gegenüber dem Heimträger auslösen würden.

⁵⁹¹ Gem Beschluss der Vollversammlung der ÖÄK vom 22.6.2001, http://www.aerztekammer/service/honorarrichtlinien_gutachten.pdf unter 1. Teil, 2. Abschnitt, Seite 6 (28.1.2006).

⁵⁹² Siehe ÖÄK, Honorarrichtlinie vom 24.6.2005, Rundschreiben 2005/122.

⁵⁹³ Der frühere Vereinsname lautete Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs; im folgenden Abschnitt mit Bundesverband abgekürzt.

⁵⁹⁴ Vgl *Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs*, Abgeltung der ärztlichen Anordnung nach § 5 HeimAufG – Mitgliederinformation 30.6.2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (28.11.2005).

⁵⁹⁵ Vgl ÖÄK, Heimaufenthaltsgesetz, Rundschreiben 2005/142, 3.

Nach Ansicht des BMGF⁵⁹⁶, in dessen Vollzugsbereich der § 5 HeimAufG gem § 25 leg cit fällt, müsse nach verschiedenen Fallgruppen differenziert werden, die unterschiedliche Rechtsfolgen für die Kostentragung nach sich ziehen:

- Bei der Einrichtung angehörnden Ärzten sei die Kostenfrage unproblematisch, weil bei vom Heimträger angestellten, in der Einrichtung ständig arbeitenden Ärzten die Anordnung als Tätigkeit im Rahmen des Dienstvertrags entlohnt werde.
- Besteht zwischen dem nicht bei der Einrichtung angestellten, beigezogenen Arzt und der Einrichtung ein Vertrag über die Versorgung und Betreuung der Bewohner, so sei die ärztliche Anordnung allenfalls von diesem Vertrag umfasst (abhängig von der jeweiligen Vertragsgestaltung). Sollte dem nicht so sein, könne darüber eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden. Sowohl dem angestellten, als auch dem anderweitig vertraglich gebundenen Arzt stünde es somit frei, mit dem Einrichtungsträger ein gesondertes Honorar auszuhandeln.
- Es sei auch denkbar, dass im Rahmen eines bestehenden Behandlungsverhältnisses bzw im Rahmen einer Krankenbehandlung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn eine Anordnung iSd HeimAufG getroffen werden müsse. In diesem Fall hätte dann die Sozialversicherung, dh der betreffende Krankenversicherungsträger, für die Kosten, die im weitesten Sinn im Zuge der Behandlung anfallen, aufzukommen. Die Anordnung sei hier als Teil der Krankenbehandlung im Rahmen der ärztlichen Untersuchung zu sehen. Die Verpflichtung des Arztes, allfällige freiheitsbeschränkende Maßnahmen bzw deren Anordnung in eine erfolgreiche Behandlung zu integrieren, ergebe sich ganz allgemein aus § 49 Abs 1 ÄrzteG⁵⁹⁷. Die Frage der Honorierung müsse dann auf Basis der bestehenden Kassenvertragslage beurteilt werden.
- In allen übrigen Fällen bliebe es dem beigezogenen Arzt daher vorbehalten, ein entsprechendes Honorar vom Träger der Einrichtung zu verlangen.

⁵⁹⁶ Vgl dazu *BMGF*, Brief an den Dachverband der ARGE Heimleiter betreffend Heimaufenthaltsgesetz – ärztliche Anordnung einer Freiheitsbeschränkung – Kostentragung, 15.7.2005 GZ BMGF-96.115/0007-I/B/10/2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (28.11.2005); *BMGF*, Brief an den Dachverband der ARGE Heimleiter betreffend Besprechung vom 29.7.2005 zu § 5 HeimAufG, 9.8.2005 GZ BMGF-92.605/0005-Stab I/B/2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (28.11.2005).

⁵⁹⁷ Behandlung der Kranken und Betreuung der Gesunden.

4. Feststellung des Justizausschusses

Schließlich machte sich auch der Justizausschuss des Nationalrates Gedanken zur kontroversiellen Kostentragungsfrage. In seiner einstimmig beschlossenen Feststellung vom 19.5.2006 wird angeführt, dass „dieser Konflikt keinesfalls auf dem Rücken der Bewohner ausgetragen werden darf. Die beteiligten Institutionen sind ... aufgerufen, eine Lösung zu finden, die insbesondere auch dem Umstand Rechnung trägt, dass Ärzte im Rahmen des HeimAufG nur selten losgelöst von einem Behandlungsverhältnis zum Bewohner in einer Einrichtung tätig sind und eine Unterlassung des Arztes unter Umständen sogar haftungsrechtliche Folgen für diesen nach sich ziehen kann. Der Justizausschuss geht davon aus, dass eine Leistung des Arztes, die im Zusammenhang mit dem HeimAufG erfolgt, im Allgemeinen entweder sozialversicherungs- oder sozialhilferechtlich abgedeckt ist oder vom Heimträger wie ein anlässlich einer Krankenbehandlung erfolgender Hausbesuch des Arztes entgolten werden muss.“⁵⁹⁸

Als Folge dieser Feststellung des Justizausschusses wurden die Gespräche zwischen ÖÄK und dem Bundesverband erneut intensiviert. Dabei wurden auch die Ergebnisse des von der ÖÄK in Auftrag gegebenen Rechtsgutachtens von *Mazal*⁵⁹⁹ in die Gespräche miteinbezogen. Man beschloss Fallgruppen zu bilden und dabei in weiterer Folge zwischen der Krankenbehandlung und dem Legitimationsakt einer Freiheitsbeschränkung sowie zwischen dem bei der Einrichtung angestellten Arzt, dem Hausarzt des Bewohners und jenen Ärzten ohne jeglicher Vertragsbeziehung zum Heim oder zum Bewohner, die über Initiative des Heims gerufen werden, zu unterscheiden.⁶⁰⁰

Es zeigte sich jedenfalls, dass bezüglich einer Klärung und Einigung dringend Handlungsbedarf angesagt war. Von den Bewohnervertretungen wurde berichtet, dass Ärzte in einzelnen Fällen das Honorar für die Anordnung direkt dem Bewohner verrechneten oder sich weigerten, die Anordnung vorzunehmen, wenn der Heimträger

⁵⁹⁸ AB 1512 BlgNR 22. GP 1.

⁵⁹⁹ Siehe dazu *Mazal*, Anordnung gem § 5 HeimAufG – Überlegungen zur Honorierung, http://www.lebensweltheim.at/catit/pdf_usr/Dr.%20Mazal%20Fallgruppen.pdf (10.3.2010).

⁶⁰⁰ Vgl Schreiben von Johannes Wallner (Präsident des Bundesverbandes) vom 19.9.2006 an die Alten- und Pflegeheime, http://www.lebensweltheim.at/catit/pdf_usr/Schreiben_Heime_9_06.pdf (10.3.2010).

nicht bereit war, das dafür empfohlene Honorar von € 122,50 zu entrichten.⁶⁰¹ Gerade diese Konsequenz der bisherigen Uneinigkeit zwischen den betreffenden Institutionen ist die am wenigsten gewünschte – wie auch schon der Justizausschuss in seiner Feststellung anklingen ließ.

5. Entscheidung des OLG Linz

Schließlich kam es durch das OLG Linz⁶⁰² zu einer ersten oberlandesgerichtlichen Entscheidung in der Frage der Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem HeimAufG.⁶⁰³ Dieser Entscheidung lag kurz zusammengefasst folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger war ein Allgemeinmediziner, der auch Bewohner des örtlichen Bezirksaltenheims betreute und behandelte. Zwei der von ihm betreuten Bewohnerinnen litten unter seniler Demenz und hatten in der Vergangenheit bei Stürzen Verletzungen erlitten, sodass der Pflegedienstleiter an den Kläger mit dem Ersuchen herantrat, die entsprechenden Untersuchungen vorzunehmen und die auch schon bisher (vor dem In-Kraft-Treten des HeimAufG) gesetzten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen anzuordnen. Nachdem der Arzt die Anordnungen nach § 5 vorgenommen hatte, beglich das Heim jedoch nicht die ausgestellte Honorarnote. Über die Frage der Honorierung war zuvor nicht gesprochen worden.

Das OLG Linz kam in seiner Entscheidung zum Ergebnis, dass durch den Auftrag des Heimträgers (vertreten durch den Pflegedienstleiter), eine ärztliche Anordnung nach dem HeimAufG zu erstellen, und dessen konkludente Annahme durch Erfüllung durch den Arzt ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Nachdem weder ein konkretes Entgelt bestimmt noch Unentgeltlichkeit vereinbart worden sei, habe der Arzt Anspruch auf ein angemessenes Entgelt gem § 1152 ABGB. Als Orientierungshilfe für die Angemessenheit können für bestimmte Berufsgruppen bestehende Tarife dienen. Das OLG Linz zog den zuvor bereits erwähnten Empfehlungstarif der ÖÄK⁶⁰⁴ als angemessen heran. Es sprach dazu Folgendes aus: „Dass eine nähere Untersuchung der Bewohnerinnen im Hinblick auf das Vorwissen

⁶⁰¹ Vgl *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 25 (zB mit Verweis auf BG Bad Ischl 24.3.2006, 1 HA 1/06t und 1 HA 2/06i).

⁶⁰² OLG Linz 11.6.2007, 2 R 52/07s, RdM 2007/107 (152) (*Herdega*) = iFamZ 2008/15 (23).

⁶⁰³ Judikatur des OGH zu dieser Frage liegt bis dato keine vor.

⁶⁰⁴ Siehe oben S 175 f.

des Klägers als deren Hausarzt unterbleiben konnte, bildet keinen Grund für eine Honorarverminderung. Es liegt vielmehr im Wesen eines Pauschalhonorars, dass es unabhängig vom tatsächlichen Zeitaufwand im konkreten Einzelfall gebührt. Außerdem erscheint die im Empfehlungstarif getroffene Annahme einer im Durchschnitt halbstündigen Beanspruchung des Arztes als lebensnah.“⁶⁰⁵

Aus der Entscheidung geht auch hervor, dass die Frage, ob es sich bei der ärztlichen Anordnung um ein Zeugnis oder um ein Gutachten handle, für die Honorierung keine Rolle spiele, wobei das OLG Linz zur Qualifikation als gutachterliche Tätigkeit tendierte.

Das Gericht bestätigte die Entscheidung der Erstinstanz⁶⁰⁶, wonach die beklagte Einrichtung dem klagenden Arzt ein Honorar von insgesamt € 245 (zwei ärztliche Anordnungen zu je € 122,50) zu bezahlen habe. Ob die Beklagte das Honorar des Klägers an die Bewohnerinnen weiterverrechnen könnte, war in diesem Fall laut OLG Linz ebenso wenig zu prüfen wie die Frage, ob die gesetzliche Krankenversicherung diese Auslagen zu refundieren hätte.

*Herdega*⁶⁰⁷ betont in seiner Anmerkung zu obiger Entscheidung, dass auch ein gleichzeitig vorliegender Behandlungsvertrag einen Werkvertrag für die Tätigkeiten nach dem HeimAufG nicht ausschließe. Das Gericht sei bei der Frage nach der Honorierung im konkreten Fall nicht von einer sozialversicherungsrechtlichen Leistung ausgegangen, obwohl gleichzeitig auch ein Behandlungsvertrag vorlag.

6. Weitere mögliche Lösungsansätze

a) Aspekte der Krankenbehandlung nach ASVG

An dieser Stelle ist kurz auf die Frage einzugehen, ob man tatsächlich davon sprechen kann, dass derartige ärztliche Anordnungen vom sozialen Krankenversicherungsschutz miterfasst sind. Streng genommen handelt es sich bei der Anordnung einer Freiheitsbeschränkung nach HeimAufG nicht um eine

⁶⁰⁵ OLG Linz 11.6.2007, 2 R 52/07s.

⁶⁰⁶ LG Steyr 31.1.2006, 4 Cg 78/06p.

⁶⁰⁷ *Herdega*, Entscheidungsanmerkung zu OLG Linz, 11.6.2007, 2 R 52/07s, RdM 2007/107 (154) 156.

Krankenbehandlung iSd § 133 ASVG, die die Verpflichtung der Sozialversicherung zur Abgeltung der diesbezüglich angefallenen Kosten auslösen würde.

§ 133 Abs 2 ASVG umschreibt zwar als umfassende Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung, dass durch die Krankenbehandlung die Gesundheit, die Arbeitsfähigkeit und die Fähigkeit, für die lebenswichtigen persönlichen Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden sollen. Der Versicherungsfall der Krankheit⁶⁰⁸, aufgrund dessen man Krankenbehandlung in Anspruch nehmen kann, setzt jedoch als Krankheit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, der Krankenbehandlung notwendig macht⁶⁰⁹, voraus. Damit wird ein Zustand bezeichnet, der „nach den Regeln der ärztlichen Kunst einer Heilbehandlung mit dem Ziel der Heilung, zumindest der Besserung oder der Verhütung der Verschlimmerung des normalen Zustandes oder der Linderung der Schmerzen zugänglich“⁶¹⁰ ist. Die ärztliche Behandlung muss nicht unbedingt in einer Heilbehandlung mit Aussicht auf Besserung bestehen. Es genügt ein Abzielen auf Schmerzlinderung oder auf ein Eindämmen von Anfällen. Jedenfalls muss es um eine Behandlung gehen, die geeignet ist, zumindest eine Verschlechterung des Gesundheitszustands möglichst zu verhindern.⁶¹¹

Diese Grundvoraussetzungen liegen allerdings im Fall der ärztlichen Tätigkeit aufgrund des HeimAufG bezogen auf die Anordnung der Freiheitsbeschränkung nicht vor. Durch die Setzung entsprechender Einschränkungen als Selbst- oder Fremdschutz bei psychisch Kranken wird eindeutig nicht die Erkrankung selbst behandelt, sondern – im Rahmen der Hoheitsverwaltung – eine Maßnahme getroffen, die bestehende, aus der Krankheit resultierende Gefährdungen verhindern soll.

Man könnte eventuell in jenen Fällen, in denen eine Beschränkung im Zusammenhang mit der normalen Behandlungstätigkeit des Arztes gegenüber dem Patienten in der Einrichtung erfolgt, von einem verminderten zusätzlichen Honoraranspruch für die Anordnung der Freiheitsbeschränkung ausgehen, da der Arzt

⁶⁰⁸ Siehe allgemein dazu *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ (2009) 66 ff.

⁶⁰⁹ § 120 Abs 1 Z 1 ASVG.

⁶¹⁰ *Scherff/Poperl*, ASVG Sozialversicherungs-Handbuch II (2005) § 120 Rz 5 mit Verweis auf eine Entscheidung des Schiedsgerichts der Sozialversicherung Wien vom 3.4.1974, 21 C 23/73.

⁶¹¹ Vgl *Scherff/Poperl*, ASVG § 120 Rz 11 und 15; so auch *Binder*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung, in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (2005) 183 (204 f).

ohnehin aufgrund der Krankenbehandlung (zB Behandlung der psychischen Krankheit als solche oder sonstiger alltäglicher Beschwerden und Krankheitsbilder) vor Ort anwesend ist und dafür von der Krankenversicherung bereits eine entsprechende Abgeltung erfolgt. Der gesondert hinzutretende Anspruch kann sich aber genau betrachtet trotz des zeitlichen Zusammenhangs zur Krankenbehandlung nicht gegen die Krankenversicherung richten, weil nun einmal die Anordnung einer Freiheitsbeschränkung nicht unter den Begriff der Krankenbehandlung fällt.

*Zierl*⁶¹² geht davon aus, dass grundsätzlich zwischen einer „reinen Krankenbehandlung“ und deren Kombination mit der gleichzeitigen Anordnung einer Freiheitsbeschränkung zu differenzieren sei. Falls sich im Zuge der Untersuchung des Bewohners herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nach HeimAufG nicht vorliegen, handle es sich um einen normalen Krankenbehandlungsfall, der nach ASVG zu beurteilen sei, weshalb der Krankenversicherungsträger die Kosten dafür zu übernehmen habe.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung einer Freiheitsbeschränkung nimmt *Zierl*⁶¹³ folgende drei Unterscheidungen vor:

Sind die Verordnung (im Zuge der Krankenbehandlung) und die Anordnung (einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nach HeimAufG) deckungsgleich (zB bei der medikamentösen Freiheitsbeschränkung), so gäbe es keinen Mehraufwand, der nicht schon durch die Krankenbehandlung nach ASVG abgedeckt wäre. Es sei daher normal abzurechnen und der Krankenversicherungsträger habe die Kosten entsprechend dem Kassenvertrag zu übernehmen. Falls es ausschließlich zur Anordnung einer Freiheitsbeschränkung kommt, ohne dass auch eine Heilbehandlung bezweckt wäre, seien die Kosten nicht im Rahmen der Sozialversicherung zu tragen. Beim dritten Fall handle es sich um jene Konstellation, bei der zusätzlich zur Krankenbehandlung auch freiheitsbeschränkende Maßnahmen zu setzen sind, die über die Krankenbehandlung hinausgehen und daher Kosten verursachen, die nicht mehr von der Sozialversicherung abgedeckt sind. Die Grundkosten der medizinischen Behandlung seien hier nach ASVG zu tragen, nicht jedoch der Mehraufwand.

⁶¹² *Zierl*, Die ärztliche Anordnung von Freiheitsbeschränkungen gemäß HeimAufG – Anmerkungen zur Rechtsnatur der Anordnung und zur Kostentragung, iFamZ 2006, 210 (215 f).

⁶¹³ Siehe detailliert *Zierl*, iFamZ 2006, 216.

Erfolgt die Anordnung durch Bedienstete der Einrichtung, seien laut *Zierl*⁶¹⁴ die Kosten für diesen zusätzlichen Aufwand vom Einrichtungsträger zu übernehmen, da die Anordnung im übertragenen Aufgabenbereich der Bediensteten mitumfasst und daher auf diesem Weg abgedeckt sei. Gleiches gelte für Ärzte, die von einer Einrichtung ständig mit der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen betraut sind. Bei allen anderen anordnungsbefugten Ärzten, insb bei kurzfristig beigezogenen Ärzten, habe der Bund nach § 2 F-VG⁶¹⁵ die Kosten zu tragen.

*Strickmann*⁶¹⁶ argumentiert in diesem Punkt gegenteilig, wonach eine Einrichtung, die über keinen bediensteten Arzt verfüge, die Kosten für dessen Beauftragung selbst tragen müsse, um das HeimAufG gesetzeskonform vollziehen zu können.

Unter Bezugnahme auf kompetenz- und finanzverfassungsrechtliche Aspekte geht *Zeinhofer*⁶¹⁷ von einer Kostentragungsverpflichtung des Bundes oder allenfalls des Sozialversicherungsträgers des Bewohners aus. Dabei knüpft er mE zutreffend insb daran an, dass bei ärztlichem Tätigwerden nach § 5 HeimAufG eine Beleihung und somit ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vorliegt⁶¹⁸, wobei der anordnende Arzt daher im Rahmen der Gesundheitspolizei hoheitlich für den Bund handelt (Bezugnahme auf Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG als verfassungsrechtliche Grundlage des HeimAufG).⁶¹⁹ *Zeinhofer* kommt zum Ergebnis, dass aufgrund verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte jedenfalls nicht der Heimträger die Kosten zu tragen habe, da einerseits bei der Vollziehung des HeimAufG das öffentliche Interesse an der Gefahrenabwehr für Leben und Gesundheit eindeutig vorrangig sei und untermauert seine Überlegungen andererseits mit einer Bezugnahme auf die allgemeine Kostentragungsregel des § 2 F-VG.⁶²⁰

⁶¹⁴ *Zierl*, iFamZ 2006, 216.

⁶¹⁵ § 2 F-VG (Bundesverfassungsgesetz über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den übrigen Gebietskörperschaften – Finanz-Verfassungsgesetz 1948): „Der Bund und die übrigen Gebietskörperschaften tragen, sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt.“

⁶¹⁶ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 126.

⁶¹⁷ *Zeinhofer*, Zur Kostentragung bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz – Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Rechts, iFamZ 2010, 26 (28).

⁶¹⁸ Gegenteilig *Herdega*, Die Kostentragung von ärztlichen Anordnungen bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, RdM 2010, 75 (76 f), der in der ärztlichen Anordnung lediglich eine Ermächtigung, aber keinen Zwang gegenüber dem Heimträger sieht, eine freiheitsbeschränkende Maßnahme vorzunehmen.

⁶¹⁹ Siehe dazu auch S 89 und S 243; *Zeinhofer*, iFamZ 2010, 27.

⁶²⁰ *Zeinhofer*, iFamZ 2010, 28.

b) *Schaffung einer Regelung im ÄrzteG*

Ein meiner Ansicht nach praktisch gangbarer Weg wäre – vergleichbar zum UbG – die Verankerung einer eigenen Regelung über den Kostenersatz im ÄrzteG. Bei der Schaffung des UbG bestand nämlich eine ähnliche, die Kosten betreffende Problematik. Dort war ebenfalls die Kostentragung für die Abgeltung der Bescheinigung nach § 8 UbG ursprünglich nicht ausdrücklich geregelt. Es stellte sich damals die Frage, welche Kosten etwa der Gemeindefürsorge für das Ausstellen der Bescheinigung von wem verlangen kann, während beim Polizeiarzt, dessen Tätigwerden im Rahmen seines hoheitlichen Dienstverhältnisses abgegolten wurde, dieses Problem nicht bestand. Schließlich wurde eineinhalb Jahre nach dem In-Kraft-Treten des UbG eine entsprechende gesetzliche Verankerung der Kostentragung geschaffen. Mit 1.8.1992 trat der durch die ÄrzteG-Novelle BGBl 1992/461 neu beschlossene § 105a ÄrzteG in Kraft.⁶²¹ Diese Regelung wurde letztlich systematisch an anderer Stelle – und zwar im fünften Hauptstück unter den sonstigen Bestimmungen – eingefügt und befindet sich heute in § 197 Abs 2 bis 4 ÄrzteG. Somit wurde eine Kostentragung durch den Bund als Zweckaufwand festgelegt. Als pauschale Abgeltung stehen € 87 zuzüglich der allfälligen Abgeltung der Kosten für die Benützung eines eigenen Kraftfahrzeuges in der nach der Reisegebührenvorschrift für Bundesbeamte hierfür vorgesehenen Vergütung zu.

Eine Kostentragungsverpflichtung des Bundes für den mit der ärztlichen Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen bzw der Ausstellung eines ärztlichen Dokuments nach dem HeimAufG verbundenen Aufwand findet mE unter folgendem auch von *Zeinhofer*⁶²² thematisierten Aspekt ihre Rechtfertigung: Die hier gegenständliche, die Vornahme von Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich ausgestaltende Konstruktion ist als Beleihung zu qualifizieren. Es handelt sich daher – allgemein ausgedrückt – um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit. Nachdem sich die betroffenen Einrichtungen bei der Setzung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Bereich der Hoheitsverwaltung bewegen, sind sie in Bezug auf diese Materie als hoheitliche Einrichtungen bzw im übertragenen Sinn als

⁶²¹ Vgl dazu Erlass des Bundesministeriums für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 9.9.1992 GZ 22.331/35-II/A/5/92 gem § 105a ÄrzteG zwecks Ausstellung einer Bescheinigung gem § 8 UbG.

⁶²² *Zeinhofer*, iFamZ 2010, 27.

Bundeseinrichtungen zu sehen, sodass für die diesbezüglich anfallenden Kosten der Bund aufkommen müsste.

7. Vereinbarung zwischen der ÖÄK und dem Bundesverband

Wie soeben dargestellt sind die Meinungen in der Literatur vielfältig. Da der Gesetzgeber im Zuge der Novelle 2010 abermals keine Regelung der Kostenfrage vorsah, nahmen die ÖÄK und der Bundesverband neuerlich Verhandlungen rund um einen Konsens zur Kostentragung unter Berücksichtigung der bislang dazu vorliegenden Judikatur auf. Als Ergebnis wurde eine Honorarvereinbarung⁶²³ abgeschlossen, welche mit 1.7.2010 in Kraft trat.

Gegenstand dieser Honorarregelung sind sowohl die ärztlichen Anordnungen nach § 5 Abs 1 Z 1 HeimAufG als auch die Ausstellung der ärztlichen Dokumente nach § 5 Abs 2 HeimAufG, wobei die Vereinbarung in der Entgelthöhe zwischen diesen beiden Punkten unterscheidet und gleichzeitig auch eine Definition hinsichtlich der vom Arzt jeweils damit zu erbringenden Leistungen enthält. Die Höhe des Arzthonorars gegenüber dem Heimträger betreffend ist im Anhang der Vereinbarung eine Tabelle angeschlossen, welche zwischen so genannten „eigenen“ und „fremden“ Patienten unterscheidet. Als eigener Patient ist gem Punkt 3 der Vereinbarung jener Bewohner zu verstehen, bei dem es zum Zeitpunkt der Begutachtung bzw Anordnung in dem Quartal, in dem die Begutachtung oder Anordnung erfolgt bzw im Quartal davor, zumindest einen Arzt-Patientenkontakt gegeben hat. Trifft dies nicht zu, so spricht man von einem fremden Bewohner. Nachdem davon auszugehen ist, dass bei einem bereits bestehenden längeren Kontakt zwischen Arzt und Bewohner die Aufwendungen des Arztes aufgrund der Vorkenntnisse (Gesundheitszustand, Krankheitsverläufe etc) geringer ausfallen, ist daher das von der Vereinbarung festgesetzte Honorar für eigene Patienten niedriger. Die Vereinbarung kennt auch einen Kombinationstarif für den Fall, dass die ärztliche Beurteilung und Anordnung einer Freiheitsbeschränkung bei einem Bewohner in einem Arbeitsgang erfolgen.

⁶²³ Vereinbarung vom 7.6.2010 zwischen der Österreichischen Ärztekammer und dem Verein Lebenswelt Heim – Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs über die Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, http://www.lebensweltheim.at/cms/dv/images/vereinbarung_heimaufg.pdf (8.10.2011).

Die Höhe der Honorare gestaltet sich daher wie folgt:

Tarif A (ärztliche Beurteilung/Dokument):

eigener Patient: € 50 fremder Patient: € 95

Tarif B (Anordnung):

eigener Patient: € 75 fremder Patient: € 95

Tarif C (Kombinationstarif für beide Teile):

eigener Patient: € 105 fremder Patient: € 133

Gemäß Punkt 3 Abs 5 der Vereinbarung entsteht der Honoraranspruch dann, wenn die Beauftragung des Arztes bzw der Ärztin durch den Heimträger oder beauftragte MitarbeiterInnen des Heimträgers erfolgt. Sollte der Arzt die Tätigkeit nach HeimAufG ohne vorherige Beauftragung selbst oder infolge der Aufforderung eines Angehörigen des Bewohners durchführen, so hat er zur Sicherstellung seines Honoraranspruchs die vorherige Zustimmung des Heimträgers einzuholen (ausgenommen bei Gefahr im Verzug).

Gleichzeitig wurde auch in Punkt 3 Abs 8 klargestellt, dass kurative bzw therapeutische Tätigkeiten oder Maßnahmen weiterhin normal mit dem jeweiligen Sozialversicherungsträger des Bewohners abzurechnen sind.

Um Rechtsstreitigkeiten rund um offene Fragen im Zusammenhang mit der Leistungserbringung und Honorierung möglichst zu vermeiden, besteht auch in jeder Landesärztekammer eine Schiedskommission. Diese Schlichtungskommission ist gem Punkt 4 Abs 1 der Vereinbarung mit je einem fachkundigen Vertreter der jeweiligen Landesärztekammer und des jeweiligen Landesverbandes der Alten- und Pflegeheime besetzt. Da es sich dabei lediglich um eine friedensrichterliche⁶²⁴ Einrichtung handelt, steht weiterhin der ordentliche Rechtsweg offen, wenn keine Einigung erzielt werden kann.

Diese Vereinbarung wurde vorläufig befristet bis 31.12.2013 abgeschlossen, wobei sich die Vertragsparteien verpflichtet haben, rechtzeitig im 3. Quartal 2013 mit der Evaluierung bzw der Wiederaufnahme der Gespräche zu beginnen.⁶²⁵

⁶²⁴ Siehe *Herdega/Wallner*, Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem HeimAufG – Vereinbarung zwischen der Österreichischen Ärztekammer und dem Verein Lebenswelt Heim – Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 44 (45).

⁶²⁵ Punkt 6 Abs 1 und 2 der Vereinbarung.

Zu beachten ist, dass jeweils in der Einrichtung angestellte Heimärzte nicht in den Geltungsbereich dieser Vereinbarung fallen, da ihre Ansprüche allein in dem mit dem Heimträger abzuschließenden Dienstvertrag zu regeln sind. Weiters sind jene ärztlichen Leistungen, die aufgrund des HeimAufG in Krankenanstalten oder Einrichtungen der Behindertenhilfe erbracht werden, ebenfalls nicht vom Geltungsbereich erfasst.⁶²⁶

Wenn auch mangels gesetzlicher Regelung keine Verpflichtung für Ärzte und Heimträger besteht, sich in der Honorierungsfrage nach dieser Vereinbarung zu richten, so gehen *Herdega* und *Wallner* dennoch davon aus, dass sich nicht nur die Mitglieder der beiden Verbände, sondern auch nicht verbandsangehörige Heimträger dieser Vereinbarung unterwerfen werden, da aufgrund der unklaren Rechtslage zur Kostentragung seit In-Kraft-Treten des HeimAufG in der Heim- und Betreuungspraxis vielfach der Wunsch nach einer einheitlichen Vorgabe, an der man sich orientieren kann, geäußert wurde.⁶²⁷

⁶²⁶ *Herdega/Wallner*, Vereinbarung über die Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, ÖZPR 2010, 83 (84).

⁶²⁷ So *Herdega/Wallner*, iFamZ-Spezial 2010, 45; *Herdega/Wallner*, ÖZPR 2010, 85.

IX. Dokumentations- und Informationspflichten

Einen wesentlichen Bestandteil des vorgeschriebenen Ablaufs bei der Vornahme einer Freiheitsbeschränkung bilden die Vorschriften über die Dokumentation und Information. Sie sollen sicherstellen, dass die Nachvollziehbarkeit in vollem Umfang gewährleistet ist, und folglich die Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung entsprechend erleichtern. Die Dokumentations- und Verständigungspflichten stellen zusätzlich einen bedeutenden Faktor für die Qualitätssicherung und -verbesserung in diesem Bereich dar.

Die §§ 6 (Dokumentation) und 7 (Aufklärung und Verständigung) enthalten neben dem die Anordnungsbefugnis regelnden § 5 weitere formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen, die im Fall der Missachtung die getroffene Maßnahme genauso unzulässig – weil rechtswidrig – werden lassen wie etwa ein Verstoß gegen die materiellen Voraussetzungen des § 4.⁶²⁸ Dies ergibt sich auch bereits aus der systematischen Anordnung der Bestimmungen. Sie befinden sich ebenfalls im zweiten Abschnitt, der mit der Überschrift „Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung“ titulierte ist.

Wenn auch die Einhaltung der formellen Vorschriften von großer Wichtigkeit ist, um einen umfassenden und zugänglichen Rechtsschutz zu gewährleisten, so ist die Frage nach den Konsequenzen einer Unzulässigerklärung aufgrund formeller Mängel differenziert zu beurteilen. Liegen nämlich die materiellen Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung bei gleichzeitig festgestelltem Formalfehler sehr wohl vor, so kann es unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr nicht Intention des Gesetzgebers gewesen sein, in diesem Fall zu einer Aufhebung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme zu gelangen. In einer teleologischen Reduktion der § 13 Abs 2 und § 15 Abs 3 ist diesfalls zwar die formelle Unzulässigkeit festzustellen, aber die Freiheitsbeschränkung dennoch nicht aufzuheben.⁶²⁹

⁶²⁸ *Barth/Engel*, Heimrecht § 5 Anm 1 HeimAufG; *Barth/Engel*, ÖJZ 2005, 408 bei FN 82; *Barth*, RZ 2006, 6-8; aA *Klaushofer*, ZfV 2004, 602, der der Einhaltung der Dokumentations- und Informationspflichten zwar besonderen Wert beilegt, ihre Verletzung allerdings als sanktionslos ansieht.

⁶²⁹ So dazu *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 151 f; gegenteilig zur Unzulässigkeit der Freiheitsbeschränkung bei gravierender Verletzung der Dokumentationspflicht und Aufhebungsverpflichtung siehe LG Wels 18.1.2006, 21 R 2/06b, iFamZ 2006/15 (26); weiters LG

Das LGZ Wien hielt zur Unterlassung der Verständigung gem § 7 Abs 2 – konkret wurde der Bewohnervertreter nicht verständigt – fest, dass die Unzulässigkeit hier nur bis zu jenem Zeitpunkt dauert, „in welchem der Bewohnervertreter – wenn auch auf andere Weise – faktisch Kenntnis von der angeordneten Freiheitsbeschränkung erlangt hat, weil die nochmalige Verständigung sonst ein unnötiger Formalismus hinsichtlich einer sachlich vielleicht dringend erforderlichen Maßnahme wäre“⁶³⁰.

Ähnlich entschied das LG Steyr⁶³¹ in einem Fall zur fehlenden Dokumentation: „In Fällen, in denen eine Dokumentation nachgereicht wird, erscheint es aber denkbar, die Freiheitsbeschränkung bis zu diesem Zeitpunkt für unzulässig und ab diesem Zeitpunkt für eine nach § 15 Abs 2 HeimAufG festzulegende Frist für zulässig zu erklären.“

In einer Entscheidung des BG Innere Stadt⁶³² wurde nicht automatisch bei mangelnder Dokumentation (konkret: Verstoß gegen einen Einzelaspekt der Dokumentationspflicht – mangelnde bzw unvollständige Angabe von Gründen) die Unzulässigkeit der Freiheitsbeschränkung angenommen. Nach den Ausführungen des Gerichts finde sich § 6 HeimAufG zwar ebenfalls im Abschnitt „Voraussetzungen für die Freiheitsbeschränkung“, doch treffe es nicht zu, „dass die Nichtbeachtung von einzelnen Teilaspekten der Dokumentationspflicht eine effiziente Kontrolle nicht ermöglichen würde. Im konkreten Fall war es gerade so, dass die Urgenz der Bewohnervertretung aufgrund der Meldung, aus der sich für sie noch nicht hinreichend die Gefährdung ergeben hat, zu einer Vervollständigung der Dokumentation geführt hat.“

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung der formellen Vorschriften ist abschließend eine bislang vereinzelt gebliebene Entscheidung des

Steyr 26.3.2008, 1 R 193/07m, iFamZ 2008/101 (194), welches eine medikamentöse Freiheitsbeschränkung aus formellen Gründen (fehlende Verständigung des Bewohnervertreters) für unzulässig erklärte und gleichzeitig festhielt, dass sich die Überprüfung, ob der Einsatz der bewegungsdämpfenden Medikation materiell gerechtfertigt war, damit erübrige.

⁶³⁰ LGZ Wien 18.5.2006, 42 R 270/06a, iFamZ 2006/39 (98) (*Kopetzki*); so auch OGH 13.9.2006, 7 Ob 186/06p, iFamZ 2007/18 (37); wiederholt in OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w, iFamZ 2007/43 (85) = EF-Z 2007, 66; OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f, iFamZ 2007/101 (206); vgl dazu auch zuletzt LG Salzburg 15.12.2010, 21 R 402/09b, iFamZ 2011/116 (160) und LG Linz 26.1.2011, 15 R 18/11i, iFamZ 2011/118 (160).

⁶³¹ LG Steyr 10.7.2006, 1 R 147/06w, iFamZ 2007/14 (35).

⁶³² BG Innere Stadt 22.1.2009, 3 HA 1/08b, iFamZ 2009/121 (162).

OGH⁶³³ anzuführen, in welcher die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verfahrensfehlern eingeschränkt wird. Im vorliegenden Fall ging es um die Unterlassung der nach § 7 Abs 2 HeimAufG vorgeschriebenen Verständigung des Bewohnervertreters. Der OGH sprach zwar neuerlich aus, dass es sich bei der Unterlassung der Verständigung nicht um einen bloßen Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift handle, sondern dies grundsätzlich die Unzulässigkeit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme zur Folge habe – dies jedenfalls bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme.⁶³⁴ Letztlich schränkte das Gericht jedoch diesen Grundsatz im Ergebnis wohl verfehlt⁶³⁵ folgendermaßen ein: „Soweit also eine unverzügliche Verständigung zwar unterblieben ist, eine solche aber auch nicht geeignet gewesen wäre, dem Bewohnervertreter eine Einflussnahme auf die durch die Maßnahme herbeigeführten Folgen zu ermöglichen, führt die bloße Tatsache der unterlassenen Verständigung nicht per se zu einer Unzulässigkeit der Maßnahme. In einem solchen Fall ist die Maßnahme nur dann für unzulässig zu erklären, wenn sie inhaltlich ungerechtfertigt, also etwa zum Schutz des Bewohners nicht erforderlich oder unverhältnismäßig war.“⁶³⁶

A. Dokumentation

1. § 6 HeimAufG

Gem § 6 Abs 1 HeimAufG sind der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung schriftlich⁶³⁷ zu dokumentieren, wobei ärztliche Zeugnisse und der Nachweis über die notwendigen Verständigungen diesen Aufzeichnungen anzuschließen sind. Gleiches gilt gem Abs 2 leg cit bei einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit: Der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer sind festzuhalten. Im zweiten Fall liegt zwar keine Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG vor.⁶³⁸ Die trotzdem erforderliche

⁶³³ OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h, RdM 2009/84 (123) (*Kopetzki*) = iFamZ 2009/123 (163).

⁶³⁴ Siehe bereits oben bei FN 630.

⁶³⁵ Vgl die ausführliche Entscheidungsanmerkung zu OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h von *Kopetzki*, RdM 2009, 125 f.

⁶³⁶ OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h, RdM 2009/84 (125).

⁶³⁷ Zur Zulässigkeit elektronischer Aufzeichnungen bei *Klaushofer*, ZfV 2004, 602.

⁶³⁸ Vgl § 3 Abs 2 HeimAufG.

Dokumentation soll die Kontrolle solcher Maßnahmen durch den Bewohnervertreter und das Gericht gewährleisten und somit der Umgehung des HeimAufG vorbeugen.⁶³⁹

Im Gesetz finden sich keine Angaben hinsichtlich der Person, die die schriftliche Dokumentation vorzunehmen hat. Vom Wortlaut her genügt es, wenn irgendein Bediensteter die Dokumentation letztlich tatsächlich durchführt. Da sie aber – wie bereits angesprochen – eine besondere Bedeutung für die Beweisführung in Haftungsfällen und für die generelle Nachvollziehbarkeit der Maßnahme hat, wird sie zumindest von der Person zu tätigen sein, die die Durchführungsverantwortung für die Vornahme der Freiheitsbeschränkung trägt. Die Erläuternden Bemerkungen⁶⁴⁰ ergänzen, dass bei der Dokumentation im Besonderen die Gründe anzuführen sind, aus denen die anordnungsbefugte Person die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung für gegeben erachtet. Daraus lässt sich schließen, dass idR die anordnungsbefugte Person selbst zu dokumentieren hat, weil nur sie persönlich gewährleisten kann, dass diese Gründe richtig, vollständig und in nachvollziehbarer Weise festgehalten werden. Sobald jedoch etwa auch ein ärztliches Zeugnis eines beigezogenen externen Arztes⁶⁴¹ vorliegt, aus dem deutlich und lückenlos die Gründe für die Anordnung hervorgehen, ist es mE ausreichend, wenn zB die bzw der die Maßnahme durchführende DGKS bzw DGKP die Dokumentation bewirkt und entsprechend den Anforderungen des § 6 Abs 1 zweiter Satz das ärztliche Zeugnis anschließt.

2. Weitere Dokumentationsvorschriften abseits des HeimAufG

Weiters ist auf die allgemein im Zusammenhang mit der Pflege und der ärztlichen Behandlung bestehenden Dokumentationspflichten zu verweisen. Folgende Bestimmungen spielen dabei eine Rolle:

- § 10 Abs 1 Z 2 lit a und b KAKuG: In Krankenanstalten sind einheitliche Krankengeschichten zu führen, die nicht nur die ärztlichen Maßnahmen, sondern auch die sonstigen angeordneten sowie erbrachten wesentlichen Leistungen, insb

⁶³⁹ 353 BlgNR 22. GP 12; *Barth/Engel*, Heimrecht § 6 Anm 3 HeimAufG.

⁶⁴⁰ 353 BlgNR 22. GP 12.

⁶⁴¹ Beigezogene Ärzte sind zu der in § 6 geforderten Dokumentation nicht verpflichtet. Zu beachten ist selbstverständlich die in § 51 ÄrzteG vorgesehene Dokumentationspflicht, nach der Ärzte ua die von ihnen gesetzten Maßnahmen zu dokumentieren haben.

die pflegerischen Maßnahmen, zu enthalten haben. Gem Abs 3 leg cit obliegt die Führung der Krankengeschichte hinsichtlich der Aufzeichnungen nach Abs 1 Z 2 lit a⁶⁴² dem für die ärztliche Behandlung verantwortlichen Arzt und hinsichtlich der Aufzeichnungen nach Abs 1 Z 2 lit b⁶⁴³ der jeweils für die erbrachten sonstigen Leistungen verantwortlichen Person.

- Für Pflegeheime sehen die diversen Pflegeheimgesetze und -verordnungen der Länder vor, dass der Heimträger für die Führung von Pflege- bzw Betreuungsdokumentationen Sorge zu tragen hat. Regelungen dazu finden sich in § 6 Bgld Altenwohn- und PflegeheimG, § 8 Krnt HeimG, § 9 Nö PflegeheimV, § 4 Sbg PflegeG, § 9 Stmk PflegeheimG, § 8 VlbG PflegeheimG, § 6 Tir HeimG und § 17 Wr Wohn- und PflegeheimG. Lediglich die Oö Alten- und PflegeheimV enthält keine gesonderte Bestimmung über die Pflegedokumentation.⁶⁴⁴
- Ergänzend kommen noch die berufsrechtlichen Verpflichtungen hinzu. Gem § 5 GuKG haben Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe bei Ausübung ihres Berufs die von ihnen gesetzten gesundheits- und krankenpflegerischen Maßnahmen zu dokumentieren, wobei die Dokumentation insb die Pflegeanamnese, die Pflegediagnose, die Pflegeplanung und die Pflegemaßnahmen zu enthalten hat. Für Ärzte⁶⁴⁵ gilt die Verpflichtung zur Dokumentation gem § 51 ÄrzteG.

Zweckmäßiger Weise sind die Aufzeichnungen nach § 6 HeimAufG der Krankengeschichte bzw der Pflege- oder Betreuungsdokumentation beizulegen⁶⁴⁶, um verwaltungstechnisch die bestmögliche Übersicht zu erhalten.

⁶⁴² Vorgeschichte der Erkrankung (Anamnese), Zustand des Pflégelings zur Zeit der Aufnahme (status praesens), Krankheitsverlauf (decursus morbi), angeordnete Maßnahmen sowie erbrachte ärztliche Leistungen einschließlich Medikation (insb hinsichtlich Name, Dosis und Darreichungsform) und Aufklärung des Pflégelings.

⁶⁴³ Sonstige angeordnete sowie erbrachte wesentliche Leistungen, insb der pflegerischen, einer allfälligen psychologischen bzw psychotherapeutischen Betreuung sowie Leistungen der medizinisch-technischen Dienste.

⁶⁴⁴ Das Erfordernis der Führung von Pflegedokumentationen in oö Heimen ergibt sich jedoch implizit aus § 14 Abs 1 Z 2 Oö Alten- und PflegeheimV (Pflégedienst, Pflégedienstleiter), der zu den Aufgaben des Pflégedienstes neben der Erstellung von Pflegeplänen auch die Führung von Pflegedokumentationen zählt.

⁶⁴⁵ Zur ärztlichen Dokumentation vgl *Wagner-Kreimer*, Anordnung und Dokumentation freiheitsbeschränkender Maßnahmen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen – Berufsrechtliche Regelungen und Dokumentationspflichten, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 35 (38 f).

⁶⁴⁶ § 17 Abs 3 Z 7 Wr Wohn- und PflegeheimG schreibt sogar ausdrücklich vor, dass der Heimträger oder das pflegende, medizinische und therapeutische Personal in die Dokumentation über eine

B. Aufklärung

§ 7 Abs 1 erster Satz HeimAufG bestimmt, dass die anordnungsbefugte Person den Bewohner über den Grund, die Art, den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Freiheitsbeschränkung auf geeignete, seinem Zustand entsprechende Weise aufzuklären hat. Die Erläuternden Bemerkungen⁶⁴⁷ fordern dafür keine bestimmte Form. Es genügt ein bloßes Gespräch, dem der Bewohner folgen und dessen Inhalt er verstehen kann. Allerdings würde eine zusätzlich zum mündlichen Gespräch erfolgende Aushändigung einer Niederschrift des Aufklärungsinhalts für den Bewohner im Fall einer von ihm selbst vorzunehmenden Antragstellung auf gerichtliche Überprüfung eine große Unterstützung bedeuten. Der Gesetzgeber entschied sich gegen eine solche Verpflichtung. Der Zweck der Aufklärung nach dem HeimAufG liegt somit darin, den Bewohner in die Lage zu versetzen, sich auf das einstellen zu können, was auf ihn zukommt, und sich seinem Zustand entsprechend ein ungefähres Bild der Beschränkung machen zu können.

Das LGZ Wien führte zB dazu wörtlich aus, dass die Aufklärung der Bewohnerin den Zweck verfolge, diese durch eine eingriffsintensive freiheitsbeschränkende Maßnahme nicht völlig zu „überrumpeln“ und ihr zu ermöglichen, sich auf den bevorstehenden Eingriff „seelisch einzustellen“.⁶⁴⁸ Die Verankerung der Aufklärungsverpflichtung in § 7 Abs 1 erster Satz trägt auch den Anforderungen des Art 5 Abs 2 EMRK und des Art 4 Abs 6 PersFrG Rechnung, die verlangen, dass der Betroffene ehestens über die Gründe des Freiheitsentzugs zu unterrichten ist.⁶⁴⁹

Nun stellt sich die Frage, ob die anordnungsbefugte Person die Aufklärung zwingend selbst vorzunehmen hat oder ob sie diese Verpflichtung auch delegieren darf. *Klaushofer*⁶⁵⁰ vertritt dazu die im Ergebnis zutreffende Ansicht der Unzulässigkeit einer Delegation. Er stützt seinen Standpunkt auf die Argumentation, dass § 7 keine entsprechenden Vorkehrungen treffe und der systematische Zusammenhang mit § 5 auf eine unmittelbare Aufklärungspflicht des

Bewohnerin oder einen Bewohner jedenfalls auch Angaben über allfällige Freiheitsbeschränkungen nach § 6 HeimAufG einzutragen hat.

⁶⁴⁷ 353 BlgNR 22. GP 12.

⁶⁴⁸ LGZ Wien 19.12.2008, 42 R 558/08g, iFamZ-Spezial 2010/64 (66).

⁶⁴⁹ Siehe zB *Grabenwarter*, EMRK 172 f Rz 27.

⁶⁵⁰ *Klaushofer*, ZfV 2004, 601.

Anordnungsbefugten schließen lasse. Weiters zieht er aus der Tatsache, dass der Anordnungsbefugte in den Erläuternden Bemerkungen⁶⁵¹ mit dem Hinweis auf § 5 Abs 1 HeimAufG spezifiziert wird, den Schluss, dass nur dieser persönlich aufklären dürfe. Der Klammerverweis auf § 5 in den Erläuternden Bemerkungen zu § 7 soll natürlich den Anordnungsbefugten derart spezifizieren, dass logischerweise nur die in § 5 genannten Personen bei der Anführung des Anordnungsbefugten gemeint sind. Dies umschreibt aber nur nochmals, wer als anordnungsbefugte Person in Betracht kommt und sagt nichts darüber aus, ob dieser § 5-Anordnungsbefugte selbst aufklären muss. Den weiteren von *Klaushofer*⁶⁵² angeführten Argumenten ist aber beizupflichten. Die aktive Formulierung, das ausdrückliche Anführen der anordnungsbefugten Person und der somit gewählte Wortlaut⁶⁵³ lassen kein anderes Auslegungsergebnis zu. Hätte der Gesetzgeber eine Delegation zulässigerweise gewollt, so hätte er dies wohl auch in den Materialien entsprechend zum Ausdruck gebracht.⁶⁵⁴ Es ist daher im Ergebnis von einer persönlichen Aufklärungspflicht der anordnungsbefugten Person auszugehen.

C. Verständigung

Die Vornahme einer Freiheitsbeschränkung und deren Aufhebung sowie eine mit dem Willen des Bewohners vorgenommene Einschränkung seiner persönlichen Freiheit und auch deren Aufhebung lösen die ebenfalls in § 7 HeimAufG normierte Verständigungskette aus.

1. Verständigung des Einrichtungsleiters

Zunächst hat die anordnungsbefugte Person nach § 7 Abs 1 zweiter Satz von der Freiheitsbeschränkung, von deren Aufhebung und von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit unverzüglich den Leiter der Einrichtung zu verständigen. Die Einrichtung ist

⁶⁵¹ 353 BlgNR 22. GP 12.

⁶⁵² Siehe *Klaushofer*, ZfV 2004, 601.

⁶⁵³ Vgl § 7 Abs 1 HeimAufG: „Die anordnungsbefugte Person *hat ... aufzuklären.*“

⁶⁵⁴ Vgl beispielsweise zur Verständigungspflicht des Einrichtungsleiters und der hier zulässigen Delegation in 353 BlgNR 22. GP 12 zu § 7 Abs 2: „Der Leiter der Einrichtung hat dafür *Sorge zu tragen*, dass ... verständigt werden.“

selbstverständlich so zu organisieren, dass ein Vertreter für den Fall der Abwesenheit des Leiters bestellt wird, dem gegenüber dann diese Informationen zu erteilen sind.

Mit unverzüglicher Verständigung ist gemeint, dass sie ohne jeglichen Aufschub bzw ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen hat.⁶⁵⁵ Die Terminologie der Unverzüglichkeit findet sich im Zusammenhang mit der Verständigung des Patientenanwalts bzw eines Angehörigen auch in § 10 Abs 2 UbG. Die Verständigung muss zwar nicht sofort, aber doch innerhalb einer der Bedeutung und Dringlichkeit der Sache angemessenen Frist vorgenommen werden. Dabei ist zu beachten, dass ein Zeitraum von mehreren Stunden nur unter besonderen Umständen als unverzüglich zu werten sein wird.⁶⁵⁶ Diese Wertungen können zur Auslegung der Unverzüglichkeit nach dem hier gegenständlichen § 7 HeimAufG analog herangezogen werden.

Das Gesetz schreibt für die Verständigung des Einrichtungsleiters keine bestimmte Form vor. Zu berücksichtigen ist jedoch das Erfordernis des § 6 Abs 1 zweiter Satz, einen Nachweis über die erfolgte Verständigung der schriftlichen Dokumentation anzuschließen.

2. Verständigung des Vertreters und der Vertrauensperson

a) Allgemeines

§ 7 Abs 2 legt fest, dass in weiterer Folge der Einrichtungsleiter von der Freiheitsbeschränkung und von deren Aufhebung bzw auch von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit sowie deren Aufhebung⁶⁵⁷ unverzüglich⁶⁵⁸ den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners zu verständigen hat. Mit Ausnahme des Falles einer mit dem Willen des

⁶⁵⁵ Siehe *Barth/Engel*, Heimrecht § 7 Anm 2 HeimAufG; *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber 93; *Zierl*, Heimrecht 148.

⁶⁵⁶ Vgl *Hopf/Aigner*, § 10 Anm 3 und 14 UbG.

⁶⁵⁷ Im Zuge der Ub-HeimAufG-Nov 2010 wurde § 7 Abs 2 dahingehend ergänzt, dass auch die Aufhebung einer mit dem Willen des Betroffenen gesetzten Freiheitseinschränkung die Verständigungspflicht auslöst.

⁶⁵⁸ Zur Unverzüglichkeit siehe die soeben dargelegten Ausführungen über die Verständigung des Einrichtungsleiters. *Klaushofer*, ZfV 2004, 601, geht davon aus, dass bedingt durch moderne Kommunikationsmedien die Verständigung binnen 24 Stunden ab Anordnung bzw Aufhebung idR möglich sei und ein längerer Zeitraum besonderer Rechtfertigung (zB Wochenende) bedürfe.

Bewohners vorgenommenen Einschränkung bzw deren Aufhebung hat er diesen Personen auch Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Ein erster Blick auf die wörtliche Formulierung lässt die persönliche Verpflichtung des Einrichtungsleiters zur Vornahme der Verständigungen vermuten. Aus den Erläuternden Bemerkungen⁶⁵⁹ zu § 7 ergibt sich aber, dass er lediglich „dafür Sorge zu tragen“ hat. Er muss und wird idR die notwendigen Verständigungen nicht selbst vornehmen. Entscheidend ist nur, dass der Ablauf in der Einrichtung dementsprechend organisiert ist und letztlich die genannten Personen tatsächlich verständigt werden. Die Letztverantwortung liegt dabei aber beim Leiter der Einrichtung.

b) *Zu informierende Personen*

Als zu informierende Personen nennt das HeimAufG den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners. Unter Vertrauensperson ist die dem Heimträger gem § 27e Abs 1 KSchG namhaft gemachte⁶⁶⁰ Person zu verstehen. Diese Vertrauensperson soll dem Bewohner beistehen und ihm im Verkehr mit dem Heimträger helfend zur Seite stehen. Als zentrale Aufgabe der Vertrauensperson ergibt sich somit die Unterstützung der betroffenen Person bei der Willensfindung und Willensäußerung, wobei die rechtsgeschäftlichen Handlungen weiterhin vom Bewohner selbst wahrgenommen werden sollen.⁶⁶¹ In wichtigen zivilrechtlichen Angelegenheiten obliegt dem Heimträger die Pflicht, sich an die Vertrauensperson zu wenden.⁶⁶²

Der Begriff des Vertreters des Bewohners umfasst einerseits seinen gesetzlichen Vertreter (dh den Sachwalter, der nach seinem Wirkungskreis zur Wahrnehmung des Rechts auf persönliche Freiheit zuständig ist⁶⁶³), andererseits auch den bevollmächtigten Vertreter gem § 8 Abs 1 HeimAufG und den als

⁶⁵⁹ 353 BlgNR 22. GP 12. Derselbe Schluss ergibt sich richtigerweise auch aus § 7 Abs 2 zweiter Satz aufgrund der dort verwendeten passiven Formulierung: „Diese Personen *sind* auch ... *zu* *verständigen*.“

⁶⁶⁰ Da die Namhaftmachung kein rechtsgeschäftlicher Akt ist, muss der Bewohner nicht geschäftsfähig sein, sondern es genügt, wenn er in der Lage ist, seinen natürlichen Willen zum Ausdruck zu bringen. Zu einem Fall der nicht wirksamen Namhaftmachung LG Innsbruck 14.4.2006, 53 R 29/06p, iFamZ 2006/37 (97).

⁶⁶¹ Vgl *Ganner*, Selbstbestimmung 117 f.

⁶⁶² Zu den Agenden der Vertrauensperson allgemein *Barth/Engel*, Heimrecht § 27e Anm 3 KSchG.

⁶⁶³ Faktisch kann damit nur ein Sachwalter gemeint sein, der für alle Angelegenheiten bestellt ist; vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 11 Anm 2 HeimAufG.

Bewohnervertretung agierenden Verein gem § 8 Abs 2.⁶⁶⁴ Dieses weite Begriffsverständnis des Vertreters gilt im Übrigen auch für alle anderen Stellen⁶⁶⁵, an denen das HeimAufG bloß den Begriff „Vertreter“ ohne nähere Umschreibung verwendet. Gemeint sind immer – soweit vorhanden – alle drei soeben aufgezählten möglichen Vertreter.

Der verfassungsrechtliche Hintergrund ist in Art 4 Abs 7 PersFrG verankert, wonach jeder Festgenommene das Recht hat, dass auf sein Verlangen ohne unnötigen Aufschub und nach seiner Wahl ein Angehöriger und ein Rechtsbeistand von der Festnahme verständigt werden.

c) *Form der Verständigung*

Hinsichtlich der Form der Verständigungen nach § 7 Abs 1 und 2 finden sich keine näheren Angaben, woraus zu schließen ist, dass in jedweder Form verständigt werden kann – schriftlich oder mündlich. Es würde genügen, den zu verständigenden Personen die Informationen telefonisch oder unter Umständen auch per Fax oder E-Mail mitzuteilen. Die Erläuternden Bemerkungen⁶⁶⁶ ergänzen aber, dass die Verständigung idR schriftlich zu erfolgen hat, um allfällige Beweisprobleme hintanzuhalten. Dies ist logische Konsequenz aus der Verpflichtung des § 6 Abs 1 zweiter Satz, demgemäß der Nachweis über die notwendigen Verständigungen den Dokumentationsaufzeichnungen anzuschließen ist. Natürlich reicht nach dem Wortlaut des Gesetzes auch ein Aktenvermerk, der der Pflegedokumentation beigefügt wird. Am besten wird dem Grundsatz der Nachvollziehbarkeit jedoch entsprochen, wenn die Verständigung selbst in schriftlicher Form erfolgt und dann eine Kopie dieses Schreibens mit dem entsprechenden Vermerk der tatsächlichen Vornahme der Dokumentation angeschlossen wird.

§ 7 Abs 3 sieht jedenfalls allgemein vor, dass bei der Kommunikation nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten der Einrichtung hinreichende Maßnahmen zur Datensicherheit zu treffen sind.

⁶⁶⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 12.

⁶⁶⁵ So auch §§ 11 Abs 1, 12 Abs 1, 14 Abs 1, 15 Abs 4, 16 Abs 1 und 3, 18 Abs 1, 19 Abs 1 und 2, 19a Abs 1 und 3.

⁶⁶⁶ 353 BlgNR 22. GP 12.

3. Begriff der „Einrichtung“

Eine nicht unwesentliche Frage, nämlich wer genau als Einrichtungsleiter anzusehen ist, wird im Gesetz nicht näher erläutert. Unter dem Leiter wird die Person zu verstehen sein, die im Hinblick auf die Endverantwortung und die Organisationsgewalt in der Hierarchie an oberster Stelle steht und betreffend die innere Organisation als Leiter bestellt wurde. Leiter der Einrichtung ist also, wer vom Einrichtungsträger mit dieser Aufgabe betraut wurde. Je nach Bestellungsvertrag verfügt er über verschiedene Kompetenzen (idR Geschäftsführerfunktionen).⁶⁶⁷

Nicht unproblematisch ist das Fehlen einer Definition des Begriffs der „Einrichtung“ im HeimAufG. Auch die landesrechtlichen Heimgesetze und -verordnungen verwenden diesen Begriff ohne weitere Ausführungen, die als Interpretationshilfe herangezogen werden könnten. Bei kleineren Einrichtungen bzw Alters- und Pflegeheimen im klassischen Verständnis bereitet dies keinerlei Auslegungsprobleme. Mit Einrichtung ist immer das Heim als solches gemeint.

Nicht klar ist die Situation hingegen bei sehr großen Krankenanstalten wie etwa dem Wiener AKH. Hier stellt sich nämlich im Zusammenhang mit den Verständigungen gem § 7 die Frage, was genau als Einrichtung iSd HeimAufG anzusehen ist: das AKH als solches oder bereits die einzelnen Einheiten (Abteilungen), die teilweise äußerst selbständig agieren. Es macht einen beachtlichen Unterschied, ob das AKH als Ganzes die Einrichtung iSd HeimAufG darstellt oder ob jeder Teil der Anstalt als Einrichtung verstanden werden kann. Wäre vom gesamten AKH als Einrichtung auszugehen, müssten für die Verständigung des Leiters und dann in weiterer Folge für die Meldung an die Bewohnervertretung streng genommen alle Stellen bis zur obersten Leitungsstelle durchlaufen werden, was einen gewaltigen Verwaltungsaufwand bedeuten würde.

Da aber in Krankenanstalten das HeimAufG nicht allgemein gilt, sondern nur auf bestimmte Patienten anzuwenden ist⁶⁶⁸, ist meiner Meinung nach davon auszugehen, dass im Bereich der Krankenanstalten nicht die gesamte Anstalt als Einrichtung zu verstehen ist. Vielmehr ist bei der Beantwortung der Frage nach der

⁶⁶⁷ In diesem Sinn *Zierl*, Heimrecht 23 f; auch *Barth/Engel*, Heimrecht § 8 Anm 15 HeimAufG.

⁶⁶⁸ Vgl § 2 Abs 1 HeimAufG; während in allen anderen Einrichtungen das HeimAufG nicht von einem personenbezogenen Geltungsbereich ausgeht, sondern bei der Regelung der Voraussetzungen und der Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen die Einrichtung bzw das Heim stets als Ganzes erfasst.

Einrichtung auf die Einheit abzustellen, die die betreffenden Personen pflegt und betreut. Die Personenbezogenheit rechtfertigt die Einschränkung des Einrichtungsbegriffs auf den Teil der Großkrankenanstalt, in dem die betroffene Person aufgenommen ist. Für das AKH bedeutet dies beispielsweise, dass es ausreichend ist, die Meldungen über den Leiter der internen Abteilung ablaufen zu lassen, wenn ein vom Anwendungsbereich des HeimAufG erfasster Patient in einer akutgeriatrischen Station, die der internen Abteilung angeschlossen ist, in seiner Freiheit beschränkt wird.

4. Dokumentations- und Meldeformular der Bewohnervertretung

Um nun in der Praxis die nach dem HeimAufG erforderlichen Dokumentations- und Meldepflichten möglichst einfach und wenig aufwendig zu gestalten, wurde von den Bewohnervertretervereinen in Absprache mit dem Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs dafür ein eigenes Formular entwickelt. Die Bewohnervertretung empfiehlt, dieses Formular als Dokumentationsblatt für die Pflegedokumentation heranzuziehen und die Meldung damit vorzunehmen. Erfolgt die Dokumentation bzw die Meldung mit anderen Formblättern oder einem individuell angefertigten Schriftstück, genügt dies selbstverständlich ebenfalls, um den prinzipiellen Erfordernissen der §§ 6 und 7 zu entsprechen.

Am besten ist es dennoch, dieses einheitliche Formular zu verwenden. Eine einheitliche Vorgehensweise seitens der Einrichtungen trägt einerseits zur Arbeitserleichterung der Bewohnervertretung bei und bietet andererseits die Sicherheit einer vollständigen Dokumentation und Meldung, da in diesem Formular lückenlos alle notwendigen Punkte aufgelistet sind.

Zur Vornahme der Meldung mittels dieses Formulars stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Man kann die Meldung per Internet über eine gesicherte Website⁶⁶⁹ übermitteln. Die Datenübermittlungen erfolgen verschlüsselt und sind für Dritte nicht einsehbar. Dadurch wird den Anforderungen des Datenschutzes für sensible Daten, wie sie hier vorliegen, entsprochen.⁶⁷⁰ Es werden

⁶⁶⁹ Login über <https://fbm.bewohnervertretung.at>.

⁶⁷⁰ Vgl § 7 Abs 3 HeimAufG, welcher im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 neu eingefügt wurde.

lediglich persönliche Zugangsdaten (dh Benutzername und Passwort) benötigt, welche von der Bewohnervertretung bekannt gegeben werden. Alternativ zur Online-Meldung kann die Meldung auch mit eigenem Faxformular an die Bewohnervertretung geschickt werden. Sowohl das Formular als auch eine dazugehörige Ausfüllhilfe können im Internet unter <http://www.bewohnervertretung.at> heruntergeladen werden.

In seiner derzeitigen Ausgestaltung sieht das Dokumentations- und Meldeformular (Version 2) folgendermaßen aus:

Faxen Sie an: 01/546800940	
Dokumentation/ Meldung über die gemäß HeimAufG	<input type="checkbox"/> Vorname <input type="checkbox"/> Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung/-einschränkung <input type="checkbox"/> Verlängerung einer Freiheitsbeschränkung gem § 19
BITTE IN BLOCKSCHRIFT AUSFÜLLEN!	
BewohnerIn/PatientIn/KlientIn:	
Nachname: _____ Titel: _____ <input type="checkbox"/> weibl. <input type="checkbox"/> männl.	Geburtsdatum (Tag-Monat-Jahr: zB 15.01.1960): _____
Vorname(n): _____	Postleitzahl: _____ Pavillon/Abteilung/Station/Wohnung: _____
Einrichtung: _____	
Beginn Datum: _____ Uhrzeit: _____	Ende Datum: _____ Uhrzeit: _____
Voraussichtliche Dauer der Freiheitsbeschränkung <input type="checkbox"/> < 48 Stunden <input type="checkbox"/> 3 - 7 Tage <input type="checkbox"/> > 7 Tage <input type="checkbox"/> > 6 Monate	Grund: <input type="checkbox"/> entlassen/verlegt <input type="checkbox"/> verstorben <input type="checkbox"/> Sonstiger Aufhebungsgrund
<input type="checkbox"/> Zustimmung der einsichts- und urteilsfähigen BewohnerIn/PatientIn (Freiheitseinschränkung)	
Grund der Freiheitsbeschränkung <input type="checkbox"/> Psychische Krankheit <input type="checkbox"/> Geistige Behinderung	
Medizinische Diagnose: _____ ICD 10 (optional): _____	
Vorliegen einer ernstlichen und erheblichen <input type="checkbox"/> Selbstgefährdung <input type="checkbox"/> Fremdgefährdung	
Konkrete Beschreibung der Gefährdung: _____	
Angaben zum ärztlichen Dokument gem § 5 Abs 2 HeimAufG Art des ärztlichen Dokuments: <input type="checkbox"/> Gutachten <input type="checkbox"/> Zeugnis <input type="checkbox"/> Sonstige ärztliche Aufzeichnungen	
Name d. ausstellenden ÄrztIn: _____	
Datum der Erstellung: _____	
Zur Abwehr der Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität angemessen und die Gefahr kann nicht durch andere Maßnahmen abgewendet werden Versuchte gelindere Maßnahmen: _____	
_____ Nachname Einrichtung/LeiterIn _____ Vorname Einrichtung/LeiterIn _____ Unterschrift/Paraphie _____	
_____ Nachname der anordnenden Person _____ Vorname der anordnenden Person _____ Unterschrift/Paraphie _____	
_____ Nachname der anordnenden Person _____ Vorname der anordnenden Person _____ Unterschrift/Paraphie _____	
Art der Freiheitsbeschränkung/-einschränkung Hindern am Verlassen eines Bereichs mittels: <input type="checkbox"/> Elektronisches Überwachungssystem und Anordnung des Zurückhaltens <input type="checkbox"/> Androhung/Anordnung des Zurückhaltens <input type="checkbox"/> Verschlussene Tür <input type="checkbox"/> Codierung <input type="checkbox"/> Drehknopf Andere Freiheitsbeschränkung/-einschränkung: _____	
Hindern an d. Fortbewegung mit / am Aufstehen aus dem Rollstuhl mittels: <input type="checkbox"/> Gurten <input type="checkbox"/> Tisch <input type="checkbox"/> Therapietisch <input type="checkbox"/> Bremsen <input type="checkbox"/> Sitzhose Andere Freiheitsbeschränkung/-einschränkung: _____	
Hindern am Aufstehen einer Sitzgelegenheit mittels: <input type="checkbox"/> Gurten <input type="checkbox"/> Tisch <input type="checkbox"/> Therapietisch Andere Freiheitsbeschränkung/-einschränkung: _____	
Hindern am Verlassen des Betts mittels: <input type="checkbox"/> Seitenteilen <input type="checkbox"/> Gurten <input type="checkbox"/> Handmanschetten Andere Freiheitsbeschränkung/-einschränkung: _____	
<input type="checkbox"/> Durch Medikamente Medikation (Bezeichnung/Dosierung): _____	
Angeordnet von <input type="checkbox"/> ÄrztIn <input type="checkbox"/> DGKS/P <input type="checkbox"/> Pädagogische/r LeiterIn _____ Nachname der anordnenden Person _____ Vorname der anordnenden Person _____ Unterschrift/Paraphie _____	
gesendet an: <input type="checkbox"/> Bewohnervertretung <input type="checkbox"/> Vertrauensperson <input type="checkbox"/> gesetzliche/r VertreterIn <input type="checkbox"/> selbst gewählte/r VertreterIn	
DVR-Nr 0689530 Version 2 (gültig ab 1.7.2010) www.bewohnervertretung.at	

X. Vertretung der Interessen der Bewohner

Zur Überwachung der Einhaltung der heimaufenthaltsrechtlichen Vorgaben und zur Wahrnehmung seiner Rechte stehen dem Bewohner die im folgenden Abschnitt angeführten Personen zur Seite. Sollte der Bewohner weder einen bevollmächtigten Vertreter zur Wahrnehmung seines Rechts auf persönliche Freiheit bestellt noch eine Vertrauensperson iSd § 27e KSchG namhaft gemacht haben und steht er auch nicht unter einer alle Angelegenheiten umfassenden Sachwalterschaft, bleibt jedenfalls immer die Bewohnervertretung bestehen, die von einer Freiheitsbeschränkung verständigt werden muss, die Befugnisse gemäß § 9 HeimAufG ausüben darf und einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung stellen kann. Durch diese Konstruktion wird sichergestellt, dass in allen Fällen eine unabhängige und objektive Institution Unterstützung bei der Rechtsdurchsetzung bietet und nebenbei eine Überwachung und Konfliktbereinigung im Vorfeld gewährleistet. Indem die Bewohnervertretung von vornherein in vermittelndem Kontakt mit der jeweiligen Einrichtung steht und um alternative Maßnahmen und Wege bemüht ist, wird auch eine Art Filterwirkung für die Gerichte erzeugt.

A. Besteller Vertreter (§ 8 Abs 1 HeimAufG)

In § 8 Abs 1 wurde für den Bewohner die Möglichkeit geschaffen, selbst einen frei wählbaren Vertreter für die Wahrnehmung seines Rechts auf persönliche Freiheit zu bestellen.⁶⁷¹ Dazu bedarf es einer besonderen, auf die Wahrnehmung dieses Rechts lautenden, schriftlichen⁶⁷² Vollmacht (iSd § 1008 ABGB). Erst die rechtswirksam erteilte Vollmacht berechtigt den Vertreter, für den Bewohner Rechtshandlungen außenwirksam und Dritten gegenüber verbindlich zu setzen. Das Innenverhältnis richtet sich nach dem Auftragsvertrag, der zwischen dem Bewohner und seinem Vertreter geschlossen wird. Der wirksame Abschluss des mit dem Auftrag verbundenen Bevollmächtigungsvertrags setzt natürlich die

⁶⁷¹ Zur Änderung durch die Ub-HeimAuf-Nov 2010, mit welcher die Einschränkung auf nahe Angehörige, Rechtsanwälte und Notare beseitigt wurde, siehe bereits oben S 68.

⁶⁷² Gemeint ist Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB und damit genügt grundsätzlich Unterschriftlichkeit; so 601 BlgNR 24. GP 22.

Geschäftsfähigkeit des Bewohners voraus. Wurde bei mangelnder Geschäftsfähigkeit ein Sachwalter bestellt, in dessen Wirkungsbereich diese Angelegenheit fällt, so ist dessen Zustimmung erforderlich.⁶⁷³

Im Zuge der Novelle 2010 wurde in § 8 Abs 1 zweiter Satz ausdrücklich ergänzt, dass der bestellte Vertreter weder in einem Abhängigkeitsverhältnis noch in einer anderen engen Beziehung zur Einrichtung stehen darf. Auf die Notwendigkeit, wonach der bevollmächtigte Vertreter vom Heim unabhängig sein muss, um bei der Wahrnehmung der Freiheitsrechte des Bewohners in keinen Interessenskonflikt zu geraten, wiesen schon bisher die Gesetzesmaterialien hin.⁶⁷⁴

Damit Kenntnis über die Person eines bestellten Vertreters besteht und den Verständigungspflichten nachgekommen werden kann, hat der bestellte Vertreter selbst gem § 8 Abs 4 den Einrichtungsleiter und im Fall eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens zusätzlich das Gericht unverzüglich von der Begründung, aber auch von der Beendigung der Vollmacht zu verständigen.

B. Bewohnervertreter (§ 8 Abs 2 HeimAufG)

1. Allgemeines

Die Bestimmung des § 8 wurde im Zuge der Gesetzwerdung mehrmals umstrukturiert.⁶⁷⁵ Damit der Bewohner in Bezug auf die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen stets ausreichend abgesichert ist (etwa in Fällen der Untätigkeit eines bestellten Vertreters)⁶⁷⁶, wurde letztlich jene Fassung beschlossen, nach der der für die Namhaftmachung von Bewohnervertretern nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständige Verein (iSd § 1 VSPBG⁶⁷⁷) ausnahmslos in allen Fällen, in denen eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird, gem § 8 Abs 2 ex lege Vertreter des Bewohners wird. Dadurch wird eine Art

⁶⁷³ Siehe 353 BlgNR 22. GP 13; AB 378 BlgNR 22. GP 2.

⁶⁷⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 12.

⁶⁷⁵ Siehe dazu bereits S 54.

⁶⁷⁶ In diesem Sinn AB 378 BlgNR 22. GP 2.

⁶⁷⁷ Gem Art V iVm Art X § 3 Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006, BGBl I 2006/92, trat mit 1.7.2007 eine der Existenz der Bewohnervertretung Rechnung tragende, novellierte Fassung des VSPAG in Kraft, wobei der Gesetzestitel in „Bundesgesetz über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (Vereinsachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz – VSPBG)“ umbenannt wurde.

„Sicherheitsnetz“ für den Bewohner geschaffen. Sollte ein persönlich gewählter Vertreter bestellt worden sein, kommt daneben gleichberechtigt dem Verein die Vertretungsbefugnis bei der Wahrnehmung des Freiheitsrechts des betroffenen Bewohners zu. Durch diese Vertretungsbefugnis des Vereins werden weder die Geschäftsfähigkeit des Bewohners noch die Vertretungsbefugnis eines anderen Vertreters berührt (§ 8 Abs 2 letzter Satz).

2. Vertretungsbefugnis des Vereins

Derzeit bestehen folgende vier Vereine, bei denen Bewohnervertretungen eingerichtet sind:⁶⁷⁸

- Verein VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenanzwaltschaft, Bewohnervertretung (zuvor bis Ende August 2006: Verein für Sachwalterschaft, Patientenanzwaltschaft und Bewohnervertretung)⁶⁷⁹
- Niederösterreichischer Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnervertretung⁶⁸⁰
- Salzburger Hilfswerk – Verein für Sachwalterschaft⁶⁸¹
- Institut für Sozialdienste – Sachwalterschaft, Bewohnervertretung und Patientenanzwaltschaft⁶⁸²

Diese vier Vereine sind mit insgesamt rund 60 Bewohnervertretern tätig.⁶⁸³ Die Bewohnervertreter weisen unterschiedliche berufliche Ausbildungen auf – überwiegend Sozialarbeiter, Sonder- und Heilpädagogen, diplomierte Gesundheits- und Krankenpfleger, Psychologen, Soziologen oder Juristen – und verfügen über facheinschlägige Berufserfahrung. Zur optimalen Zusammenarbeit sind sie in multiprofessionellen Teams tätig.⁶⁸⁴ Zwischen den Vereinen besteht Kooperation hinsichtlich eines gemeinsamen Ausbildungscurriculums und eines gemeinsamen

⁶⁷⁸ Zu den regionalen Zuständigkeiten siehe § 2 Verordnung der Bundesministerin für Justiz über die Feststellung der Eignung von Vereinen, zum Sachwalter bestellt zu werden sowie Patientenanzwäle und Bewohnervertreter namhaft zu machen, BGBl II 2007/117.

⁶⁷⁹ Aktuelle Informationen abrufbar unter <http://www.vsp.at> bzw <http://www.bewohnervertretung.at>.

⁶⁸⁰ <http://www.noelv.at>.

⁶⁸¹ <http://www.sachwalter.co.at>.

⁶⁸² <http://www.ifs.at>.

⁶⁸³ Laut *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 22 FN 2, ist ein Bewohnervertreter im Durchschnitt für 34 Einrichtungen und 2900 Bewohner in drei Bezirksgerichtssprengeln zuständig.

⁶⁸⁴ *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 22.

Arbeitskonzepts.⁶⁸⁵ Weiters sind auch das Meldeformular und -verfahren einheitlich ausgestaltet.

Die Konstruktion, dass ein Verein als solcher aufgrund des Gesetzes zum Vertreter bestellt wird, war der österreichischen Rechtsordnung zuvor fremd. Vergleicht man die Vertretungsbefugnis mit jener der Patientenanwälte nach dem UbG so zeigt sich, dass diese dort bis zur Ub-HeimAuf-Nov 2010 anders geregelt war. Gemäß der bis 30.6.2010 geltenden alten Fassung des § 14 Abs 1 UbG wurde der Patientenanwalt selbst (also eine natürliche Person) und nicht der Verein ex lege zum Vertreter des ohne Verlangen untergebrachten psychisch Kranken. § 13 Abs 1 UbG sah vor, dass der Patientenanwalt (bzw falls erforderlich auch mehrere) für die Kranken einer Anstalt vom Vorsteher des Bezirksgerichts bereits im Voraus aus dem Kreis der vom Verein namhaft gemachten Personen bestellt wird. Die davon abweichende Vertretungssystematik der Bewohnervertretung im HeimAufG wurde mit der Vielzahl der vom HeimAufG erfassten Einrichtungen begründet. Der Gesetzgeber gab somit diesem neuen Vertretungskonzept aus Praktikabilitätsgründen gegenüber dem im UbG vorgesehenen Modell der Bestellung bestimmter natürlicher Personen den Vorzug.⁶⁸⁶

Mittlerweile wurde auch das System der Vertretungsbefugnis im UbG insofern geändert, als eine Neureglung in Anlehnung an die Ausgestaltung im HeimAufG getroffen wurde. Begründet wurde dies in den Erläuternden Bemerkungen⁶⁸⁷ va mit der größeren Flexibilität, die eine Vertretung durch den Verein direkt bietet. Im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurden daher die §§ 13 und 14 UbG dahingehend geändert, dass nunmehr ex lege der für die Namhaftmachung von Patientenanwälten nach der Lage der psychiatrischen Abteilung örtlich zuständige Verein iSd § 1 VSPBG zum Vertreter des ohne Verlangen untergebrachten Kranken wird, wobei den Patientenanwälten die Ausübung der Vertretungsbefugnisse des Vereins zukommt.

Im Rahmen der Bewohnervertretung hat der Verein – wie nunmehr auch im Unterbringungsrecht – die Vertretungsbefugnisse inne, während sie von eigens dafür von ihm ausgebildeten und für die besonderen Verhältnisse im Pflegebereich

⁶⁸⁵ Siehe *Nagode*, Podiumsdiskussion zum Heimaufenthaltsgesetz, in *BMJ* (Hrsg), Recht und Würde im Alter – Österreichische Richterwoche 2005 (2006) 83 (93).

⁶⁸⁶ Vgl 353 BlgNR 22. GP 13.

⁶⁸⁷ 601 BlgNR 24. GP 5.

geschulten Personen, den Bewohnervertretern, ausgeübt werden. Bei Ausübung ihrer Tätigkeit unterstehen die Bewohnervertreter daher ausschließlich dem Verein, dem damit die alleinige fachliche Aufsicht über die Bewohnervertreter obliegt. Gem § 5 Abs 1 VSPBG liegt die fachliche Aufsicht über den Verein beim Bundesminister für Justiz, der auf diesem Weg mittelbar über die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben durch den Verein und seine Vertreter wacht. Die Erläuternden Bemerkungen⁶⁸⁸ fügen des Weiteren noch klärend hinzu, dass das nach § 11 Abs 2 HeimAufG zuständige Gericht weder Überwachungs- noch Weisungsbefugnisse gegenüber den Bewohnervertretern besitzt.

Zur Vorgangsweise bei der Bestellung schreibt § 8 Abs 3 vor, dass der Verein dem Einrichtungsträger⁶⁸⁹ (nicht bloß dem Einrichtungsleiter!) und dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichts eine oder mehrere Bewohnervertreter namhaft zu machen hat. Name und Büroadresse des Bewohnervertreters werden dann vom Gerichtsvorsteher in der Ediktsdatei kundgemacht.⁶⁹⁰ Sollte der Verein zu einem späteren Zeitpunkt eine solche Namhaftmachung widerrufen, so hat der Gerichtsvorsteher die Kundmachung zu berichtigen.

3. Rechte und Pflichten des Bewohnervertreters und des bevollmächtigten Vertreters

Dem Bewohnervertreter und auch dem vom Bewohner hierfür bestellten Vertreter werden in § 9 Abs 1 besondere Befugnisse eingeräumt, die ihnen die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erleichtern sollen. So dürfen sie etwa die Einrichtung unangemeldet besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck verschaffen, mit der anordnungsbefugten Person und anderen Bediensteten der Einrichtung das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung besprechen, die Interessenvertreter⁶⁹¹ der Bewohner der Einrichtung befragen und in

⁶⁸⁸ 353 BlgNR 22. GP 13.

⁶⁸⁹ Träger der Einrichtung ist jene idR juristische Person, die für die Einrichtung im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt. Vgl dazu *Barth/Engel*, Heimrecht § 8 Anm 10 HeimAufG; weiters *Zierl*, Heimrecht 22.

⁶⁹⁰ Zur bloß deklarativen Wirkung dieser Kundmachung siehe OGH 22.2.2007, 3 Ob 246/06g, iFamZ 2007/76 (147) (*Kopetzki*): „Dass Bewohnervertreter nur die Personen wären, die via RIS im allgemein zugänglichen Edikt (Kundmachung von Bewohnervertretern) aufscheinen, somit der Ediktseinschaltung eine konstitutive Wirkung zukäme, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.“

⁶⁹¹ In einem umfassenden Sinn; vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 9 Anm 3 HeimAufG.

dem zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner nehmen. Diese Berechtigungen sind erforderlich, um sich ein umfassendes Bild von der Situation vor Ort machen und besser beurteilen zu können, ob ein Überprüfungsverfahren bei Gericht eingeleitet werden soll. Außerdem soll durch die vorab geführte Diskussion und die Suche nach Alternativen bereits die Situation entschärft und dadurch auf die eine oder andere freiheitsbeschränkende Maßnahme verzichtet werden, was wiederum eine Arbeitsentlastung für die Gerichte bewirkt.

Durch der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde der Wortlaut des § 9 Abs 1 dahingehend umformuliert, dass sich nun eindeutig aus dem Gesetz ergibt, dass den für eine Einrichtung abstrakt zuständigen Bewohnervertretern und auch einem bestellten Vertreter die Befugnisse des § 9, insb das Zugangsrecht zu unter das HeimAufG fallenden Einrichtungen, jedenfalls zukommen, unabhängig davon, ob die Meldung einer Freiheitsbeschränkung vorliegt oder nicht. Zum gleichen Ergebnis hatte jedoch auch schon bisher die verfassungskonforme Interpretation des Gesetzes im Sinne eines wirksamen und zugänglichen Rechtsschutzes zu gelangen.⁶⁹² Da aber neben dem hier gegenständlichen Recht auf persönliche Freiheit auch andere Bewohnerrechte, wie etwa das Recht auf Wahrung des Privat- und Familienlebens und der Wohnung, sowie Aspekte des Datenschutzes im Raum stehen, sind beim Zugangsrecht selbstverständlich auch diese anderen Rechte zu wahren, sodass nach Vornahme einer Interessensabwägung wohl entsprechende Verdachtsmomente bzw die Zustimmung des Bewohners oder seines gesetzlichen Vertreters vorzuliegen haben.⁶⁹³

Gem § 9 Abs 1 letzter Satz ist bei Wahrnehmung dieser Rechte auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen, dh dass nach Möglichkeit die gewöhnlichen Öffnungs- und Besuchszeiten sowie Sprechstunden und Bürozeiten einzuhalten sind. Außerdem sollten die anderen Bewohner nicht gestört und die normalen pflegerischen Abläufe nicht beeinträchtigt werden.

Dem Bewohnervertreter kommt nach § 9 Abs 3 weiters die Befugnis zu, den Aufsichtsbehörden bei der jeweiligen Landesregierung bzw in Wien beim Magistrat oder den sonstigen Beschwerdestellen über die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit

⁶⁹² 601 BlgNR 24. GP 23.

⁶⁹³ So *Heuberger*, Kritische Anmerkungen zur Heimaufenthaltsnovelle 2010, ÖZPR 2010, 22 (23).

gemachten Wahrnehmungen Mitteilung zu erstatten. Außerdem besteht diesen Behörden gegenüber insoweit eine Auskunftspflicht, als dies für die Besorgung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Mit dieser Vernetzung soll zum Erheben von Missständen beigetragen und für deren rasche Beseitigung gesorgt werden.⁶⁹⁴

4. Verhältnis des Bewohnervertreeters zum Bewohner

§ 10 regelt das Verhältnis des Bewohnervertreeters zum betroffenen Bewohner, indem dem Bewohnervertreter eine Aufklärungsverpflichtung und eine Verschwiegenheitspflicht auferlegt werden. Der Bewohnervertreter hat gem § 10 Abs 1 den Bewohner über beabsichtigte Vertretungshandlungen (va die Einbringung eines Überprüfungsantrags bei Gericht) und über sonstige wichtige Angelegenheiten (zB Mitteilung an die Heimaufsicht, Einsicht in die Pflegedokumentation bzw Krankengeschichte, wichtige Gespräche mit dem Einrichtungsleiter) aufzuklären. Die Aufklärung hat natürlich auf den Zustand des Bewohners Bedacht zu nehmen und daher in geeigneter, dessen Zustand entsprechender Weise zu erfolgen. Das Gespräch mit dem Bewohner ist so zu gestalten, dass dieser dem Vertreter soweit folgen kann, um zu verstehen, welche Vertretungshandlungen erfolgen sollen. Natürlich soll es den Bewohner nicht zu sehr belasten oder aufwühlen.⁶⁹⁵ Soweit wie möglich – gesetzlich vorgegebene Grenzen sind die Beachtung des Wohls des Bewohners sowie die Zumutbarkeit seitens des Bewohnervertreeters – hat der Bewohnervertreter bei seiner Vorgehensweise die Wünsche des Bewohners zu beachten und ihnen zu entsprechen.

Bei § 10 handelt es sich um die Regelung des Innenverhältnisses zwischen diesen beiden Personen. Folglich hängt die Wirksamkeit einer gesetzten Vertretungshandlung nach außen nicht von der Einhaltung dieser Vorschriften ab. Das Gesetz sieht grundsätzlich keine ausdrückliche Sanktion für den Fall vor, dass der Bewohnervertreter seine Pflichten verletzt. Da die Bewohnervertreter aber dem jeweils örtlich zuständigen Verein unterstehen und von diesem namhaft gemacht werden, kann der Verein im Rahmen der Beaufsichtigung seiner Bewohnervertreter auf die Einhaltung ihrer Pflichten hinwirken, sie gegebenenfalls ermahnen und falls

⁶⁹⁴ Vgl 353 BlgNR 22. GP 13.

⁶⁹⁵ Eine Art „therapeutisches Privileg“ in dem Sinn, dass je nach Verfassung des Bewohners nicht alle Einzelheiten umfassend angeführt werden müssen; vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 10 Anm 5 HeimAufG.

notwendig, die Namhaftmachung widerrufen. Pflichtverletzungen eines Bewohnervertreeters sind daher an den nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständigen Verein, der die Namhaftmachung vorgenommen hat, heranzutragen.⁶⁹⁶

Damit der Bewohnervertreter bei seiner Tätigkeit auch ein entsprechendes Umfeld vorfindet, hat der Einrichtungsleiter insofern mitzuwirken, als er gem § 9 Abs 2 dafür zu sorgen hat, dass der Bewohner in geeigneter Weise Auskunft über den Bewohnervertreter erhält und sich mit diesem und mit dem allenfalls von ihm bestellten Vertreter ungestört besprechen kann.⁶⁹⁷

Der Leiter der Einrichtung muss diese Information zwar nicht selbst erteilen, er hat aber sicherzustellen, dass die Mitteilung über die Person des Bewohnervertreeters den Bewohner tatsächlich erreicht. Nachdem die Regelung die Formulierung „in geeigneter Weise“ enthält, ist die dabei im jeweiligen Fall erforderliche Form den Fähigkeiten und dem Zustand des Bewohners anzupassen. Somit ist die Frage nach der Zulässigkeit der bloßen Übergabe eines Merkblattes individuell zu beurteilen.⁶⁹⁸ In Alten- und Behinderteneinrichtungen wird dies nur selten ausreichend sein. Personen, die nicht (mehr) über ein entsprechendes Auffassungsvermögen verfügen, sowie in ihrem Sehvermögen schwer beeinträchtigte Bewohner werden jedenfalls in einer für sie verständlichen Art und Weise mündlich über den Bewohnervertreter und den Vorgang der Kontaktaufnahme in Kenntnis gesetzt werden müssen.

Die geforderte ungestörte Besprechungsmöglichkeit ist bei Einzelzimmern ohnehin gegeben. Das Gespräch mit dem Vertreter kann hier im eigenen Zimmer ohne Beisein anderer geführt werden. Für diejenigen Betroffenen, die in Mehrbettzimmern wohnen, folgt daraus jedoch, dass es im Verantwortungsbereich des Heimleiters liegt, sich um die Einrichtung eines „Besprechungszimmers“ zu bemühen. Dazu muss nicht extra ein eigener Raum geschaffen werden. Es ist ausreichend, dass dem Bewohner und seinem Vertreter eine Räumlichkeit zur Verfügung steht, in der sie sich alleine ungestört unterhalten können.⁶⁹⁹

⁶⁹⁶ *Barth/Engel*, Heimrecht § 10 Anm 6 HeimAufG.

⁶⁹⁷ Diese Bestimmung ist § 14 Abs 2 erster Satz UbG nachgebildet.

⁶⁹⁸ Siehe *Hopf/Aigner*, § 14 Anm 9 UbG; *Barth/Engel*, Heimrecht § 9 Anm 6 HeimAufG.

⁶⁹⁹ Bereitstellen des momentan unbenutzten Schwesternzimmers, Therapiezimmers, Seminarraums des Hauses etc; vgl *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber 99 f; *Zierl*, Heimrecht 153.

Selbstverständlich ist der Bewohnervertreter grundsätzlich jedermann gegenüber zur Verschwiegenheit über die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet (§ 10 Abs 2). Die Verschwiegenheitspflicht erweist sich als ein tragendes Element im Hinblick auf das zwischen Vertreter und Bewohner aufzubauende bzw bestehende Vertrauensverhältnis und umfasst alle Informationen, die dem Vertreter vom Bewohner direkt mitgeteilt werden, aber auch – wie der Gesetzeswortlaut ausdrücklich bestimmt – alle sonstigen Wahrnehmungen, die ihm auf welche Art auch immer in Ausübung seiner Tätigkeit bekannt werden. Diese Verpflichtung findet jedoch gem § 10 Abs 2 dort ihre Grenze, wo kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse des Bewohners besteht und den Bewohner selbst eine Auskunftspflicht trifft. Außerdem gilt sie nicht gegenüber dem Gericht, dem Verein, dem Vertreter und der Vertrauensperson des Bewohners sowie gegenüber den in § 9 Abs 3 genannten Aufsichtsbehörden und Beschwerdestellen. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist wie die Verletzung von Berufsgeheimnissen (§ 121 StGB)⁷⁰⁰ zu bestrafen.

Das sich aus dieser Bestimmung gegenüber dem Bewohnervertreter ergebende Auskunftsrecht der Vertrauensperson und des gesetzlichen Vertreters des Bewohners schafft gewissermaßen einen Ausgleich für die diesen beiden Personengruppen nicht zukommenden Rechte des § 9 Abs 1.⁷⁰¹

Da die das Verhältnis zum Bewohner regelnde Vorschrift des § 10 nur für den Bewohnervertreter gilt, richten sich die Einzelheiten des Verhältnisses des bevollmächtigten Vertreters zum Bewohner nach dem jeweiligen mit der Bevollmächtigung verbundenen Auftragsvertrag.⁷⁰²

⁷⁰⁰ Verfolgung nur auf Verlangen des Bewohners bzw gegebenenfalls dessen Sachwalters, da es sich um ein Privatanklagedelikt handelt.

⁷⁰¹ Vgl § 9 Abs 1, der ausdrücklich nur den bestellten Vertreter und den Bewohnervertreter nennt; dazu oben S 204.

⁷⁰² Ausführlich *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber 102 f; zum Bevollmächtigungsvertrag (§§ 1002 ff ABGB) näher bei *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 203 ff.

C. Vertrauensperson iSd § 27e KSchG und gesetzlicher Vertreter (Sachwalter)

Durch die in § 7 Abs 2 und § 11 Abs 1 HeimAufG eingeräumten Rechte zählen neben dem Bewohnervertreter und dem bevollmächtigten Vertreter auch die Vertrauensperson und ein eventuell bestellter, nach seinem Wirkungskreis zuständiger Sachwalter zum abschließenden Kreis jener Personen, die dem Bewohner bei der Wahrnehmung seines Freiheitsrechts unterstützend zur Seite stehen. Durch diese umfangreiche Begebung an Interessenvertretern wird bewirkt, dass eine konstante und umfassende Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften gewahrt bleibt. Da die Vertrauensperson und der gesetzliche Vertreter (Sachwalter) an anderer Stelle bereits behandelt wurden, ist für nähere Ausführungen auf diese zu verweisen.⁷⁰³

⁷⁰³ Dazu S 195.

XI. Rechtsschutz durch gerichtliche Überprüfung

Aufgrund der Schwerpunktsetzungen dieser Arbeit⁷⁰⁴ auf die Bereiche der rechtshistorischen Entwicklung und der materiellen Grundlagen von Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich erfolgt die Darstellung der verfahrensrechtlichen Vorgaben lediglich in einem die wichtigsten Eckpunkte zusammenfassenden Überblick.

A. Allgemeines

1. Verfahrensvorschriften

Die auf das gerichtliche Überprüfungsverfahren anzuwendenden Normen befinden sich im vierten Abschnitt des HeimAufG (§§ 11 bis 19a). Diese Sondervorschriften werden um die allgemeinen Bestimmungen des AußStrG (§§ 1 bis 80) ergänzt, welche gem § 11 Abs 3 HeimAufG auf das Verfahren insoweit anzuwenden sind, als in den §§ 11 bis 19a nichts anderes bestimmt wird.

Laut § 11 Abs 4 trägt der Bund die Kosten des Verfahrens.⁷⁰⁵ Unter den somit vom Bund zu tragenden Kosten sind Verfahrenskosten wie die Gerichtsgebühren, die Kosten von gerichtlichen Amtshandlungen außerhalb des Gerichtsgebäudes und die Gebühren für gerichtlich bestellte Sachverständige zu verstehen. Die Kosten für Privatgutachter oder bevollmächtigte Vertreter zählen jedoch nicht dazu, sodass es im heimaufenthaltsrechtlichen Verfahren keinen Vertretungskostenersatz gibt.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Siehe eingangs S 14.

⁷⁰⁵ Klar eine Kostenersatzpflicht der Bewohnervertretung ablehnend LG Wels 24.10.2007, 21 R 382/07m, iFamZ 2008/17 (25).

⁷⁰⁶ Siehe LG Innsbruck 29.1.2009, 51 R 99/08w und 51 R 100/08t, iFamZ 2009/125 (164), wo in der Begründung auf die korrespondierende Bestimmung des § 40 UbG und dessen Auslegung Bezug genommen wird.

2. Zuständigkeit

Zur Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung ist gem § 11 Abs 2 iVm Abs 3 in erster Instanz ein Einzelrichter des Bezirksgerichts zuständig, in dessen Sprengel die Einrichtung liegt. Das Heim bzw die sonstige Einrichtung selbst ist der diesbezüglich entscheidende Anknüpfungspunkt, nicht der Ort des Sitzes des Einrichtungsträgers.⁷⁰⁷

3. Antragslegitimation

Antragslegitimiert hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Freiheitsbeschränkung sind gem § 11 Abs 1 der Bewohner⁷⁰⁸, sein gesetzlicher Vertreter (der für alle Angelegenheiten bestellte Sachwalter), der selbst gewählte bevollmächtigte Vertreter, der Bewohnervertreter, die allenfalls namhaft gemachte Vertrauensperson und der Leiter der Einrichtung⁷⁰⁹. Sollte etwa in sehr kleinen Einrichtungen nicht eigens ein Leiter bestellt worden sein, so muss wohl – um die Intention des Gesetzgebers zu wahren – folgerichtig dem Träger der Einrichtung (dh der natürlichen Person, die die Einrichtung betreibt, bzw bei juristischen Personen deren zuständigem Organ) die Befugnis zur Antragstellung zuerkannt werden.⁷¹⁰

Für den Fall, dass der Bewohner verstirbt, ist aufgrund der Judikatur des OGH davon auszugehen, dass das Antragsrecht nach § 11 und in weiterer Folge auch das Rechtsmittelrecht des Bewohnervertreters dennoch aufrecht bleiben. Für den Bereich des HeimAufG sprach der OGH in einer Entscheidung aus 2010⁷¹¹ aus, dass das Rekursrecht des Einrichtungsleiters gegen eine Unzulässigerklärung einer Freiheitsbeschränkung auch nach dem Tod des Bewohners nicht wegfällt. Es bestehe nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse und zwar sowohl in der Form des Interesses

⁷⁰⁷ So zutreffend *Klaushofer*, ZfV 2004, 603 bei FN 138.

⁷⁰⁸ Der Bewohner, für den kein Sachwalter bestellt wurde, ist gem § 2 Abs 3 AußStrG iVm § 1 ZPO iVm § 865 ABGB dann prozessunfähig, wenn er den Gebrauch der Vernunft nicht hat.

⁷⁰⁹ Der Einrichtungsleiter hat va die Interessen des Bewohners sowie das öffentliche Interesse auf Gefahrenabwehr und nicht ausschließlich die des Einrichtungsträgers oder der anordnungsbefugten Person zu verfolgen. So wiederholt *Barth/Engel*, Heimrecht § 11 Anm 4, § 13 Anm 5 und § 16 Anm 7 HeimAufG.

⁷¹⁰ *Zierl*, Heimrecht 156.

⁷¹¹ OGH 21.4.2010, 7 Ob 43/10i, RdM-LS 2010/46 (122) = iFamZ 2010/199 (283) = ÖZPR 2010/85 (87).

der Allgemeinheit als auch des Interesses der Einrichtung, für künftige Situationen abzuklären, ob eine Maßnahme zulässig sei oder nicht.

Im Unterbringungsrecht korrigierte der OGH mittlerweile ebenfalls seine bisherige Rechtsprechung. Ging er 2008⁷¹² noch davon aus, dass die Antragslegitimation des Patientenanwalts nur dann auch noch nach dem Tod des Patienten fortbesteht, wenn der Patient während der Unterbringung stirbt und ein Zusammenhang zwischen der Unterbringung und dem Tod des Patienten behauptet wird, so wird dem Patientenanwalt nunmehr die Vertretungsbefugnis nach dem Tod des Patienten jedenfalls zugesprochen und ist somit unabhängig davon gegeben, ob ein Zusammenhang zwischen Unterbringung und Tod behauptet wird.⁷¹³ Unter Berücksichtigung der soeben zitierten Entscheidungen und der Parallelen zwischen UbG und HeimAufG ist folgerichtig die Entscheidung aus 2007⁷¹⁴ zum Tod des Bewohners und dessen Auswirkungen auf die Vertretungsbefugnis des Bewohnervertreeters als überholt anzusehen und vom Fortbestand des Vertretungsrechts des Bewohnervertreeters auch nach dem Tod des Bewohners auszugehen.

4. Antragsbedürftigkeit

Eine Überprüfung kann nur aufgrund eines beim Bezirksgericht gestellten Antrags einer der soeben genannten legitimierten Personen erfolgen. Im Unterschied zum UbG wird das Gericht nicht von Amts wegen tätig. Diese Konstruktion hinsichtlich des Rechtsschutzes genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art 5 Abs 4 EMRK und des Art 6 Abs 1 PersFrG.

So schreibt das PersFrG vor, dass „jedermann, der festgenommen oder angehalten wird, das Recht auf ein Verfahren hat, in dem durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde binnen einer Woche über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Fall der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird“. Aus Art 5 Abs 4 EMRK („...hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen...“) ergibt sich, dass es sich beim Überprüfungsverfahren nicht zwingend

⁷¹² OGH 7.8.2008, 6 Ob 169/08h, RdM-LS 2009/6 (20) = iFamZ 2009/41 (40).

⁷¹³ OGH 23.2.2010, 4 Ob 210/09z, iFamZ 2010/156 (206) = ÖZPR 2010/86 (87).

⁷¹⁴ OGH 1.2.2007, 9 Ob 148/06i, iFamZ 2007/75 (146), wo ausgesprochen wurde, dass das Vertretungsrecht des Bewohnervertreeters mit dem Tod des Bewohners erlischt.

um amtswegiges Vorgehen handeln muss. Prinzipiell genügt es, dem Betroffenen eine Antragsmöglichkeit einzuräumen. Jedenfalls soll ihm ein wirksames und tatsächlich zugängliches Überprüfungsrecht gewährleistet werden.⁷¹⁵ Dies bedeutet, dass in jenen Fällen, in denen die betroffene Person durch ihre geistige Verfassung unter Umständen nicht in der Lage ist, selbst einen Überprüfungsantrag zu stellen, entsprechende spezielle verfahrenstechnische Vorkehrungen getroffen werden müssen, um die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens erforderlichenfalls auch ohne Initiative des Betroffenen sicherzustellen.⁷¹⁶ Dies wird hier durch die Antragsrechte der beigegebenen Vertreter erreicht.

Da aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben eine umfassende Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs zu gewährleisten ist, umfasst der anzuwendende Prüfungsmaßstab sowohl die materiellen (§ 4) als auch die formellen (§§ 5 bis 7) Zulässigkeitsvoraussetzungen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme.⁷¹⁷

5. Form und Frist bei Antragstellung

Der Überprüfungsantrag bedarf keiner besonderen Form.⁷¹⁸ Es reicht daher aus, wenn er mündlich bei Gericht vorgebracht wird. Zu den erforderlichen inhaltlichen Mindestangaben zählen jedenfalls der Name des Antragstellers und Angaben über dessen Verhältnis zum Bewohner, um dem Gericht die Überprüfung der Antragslegitimation zu ermöglichen. Weiters sind logischerweise der Name des betroffenen Bewohners, die Adresse der Einrichtung, in der dieser gepflegt bzw. betreut wird, und in einer kurzen Beschreibung die zu überprüfende Freiheitsbeschränkung anzuführen.

Zur Wahrung der Zugänglichkeit und Effektivität des Rechtsschutzes ist der Antrag an keine Frist gebunden. In den Erläuternden Bemerkungen wird diesbezüglich damit argumentiert, dass Einschränkungen der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis auf noch nicht beendete Freiheitsbeschränkungen oder eine

⁷¹⁵ Vgl. *Kopetzki*, Art 6 PersFrG Rz 6.

⁷¹⁶ *Kopetzki*, Art 6 PersFrG Rz 34 f; 353 BlgNR 22. GP 14; in diesem Sinn auch *Mayer*, B-VG Kurzkomentar⁴ (2007) Art 6 PersFrG I.

⁷¹⁷ So auch *Frowein/Peukert*, EMRK³ 133 Rz 141; *Kopetzki*, Art 6 PersFrG Rz 22; siehe weiters dazu S 187.

⁷¹⁸ Vgl. 353 BlgNR 22. GP 14.

Antragsfrist in Anlehnung an die Judikatur des VfGH zum PersFrG und des OGH zum UbG nicht vorgesehen sind.⁷¹⁹ Die hier anzuwendenden verfahrensrechtlichen Vorschriften sind stark an jene des Unterbringungsverfahrens⁷²⁰ angelehnt, weshalb die zum UbG bestehende Judikatur und Literatur herangezogen werden kann.

In einer zum UbG ergangenen Entscheidung vom 23.1.2007⁷²¹ hielt der OGH ausdrücklich fest, dass auch eine Antragstellung nach Aufhebung der Unterbringung zulässig ist und hierfür keine Antragsfrist besteht. In den Entscheidungsgründen wird dazu ausgeführt, dass „eine Frist für das Stellen eines Antrags auf nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Unterbringung oder einer während der Unterbringung erfolgten ärztlichen Behandlung im UbG nicht vorgesehen ist. ... Ein die Prüfungsbefugnisse der Unterbringungsgerichte einschränkendes Erfordernis „unverzögerlicher“ Antragstellung steht mit dem UbG und dessen Zielsetzung des Ausbaus eines umfassenden Rechtsschutzes nicht im Einklang.“⁷²²

Da keine Befristung besteht und nicht nur aufrechte, sondern auch schon beendete⁷²³ Freiheitsbeschränkungen Gegenstand der Überprüfung sein können⁷²⁴, ist es daher auch im Heimaufenthaltsrecht gleich wie im Unterbringungsrecht möglich, einen Überprüfungsantrag hinsichtlich schon eine beliebige Zeit zurückliegender Eingriffe zu stellen. Das von der Judikatur unter verfassungskonformer Auslegung in der Praxis bereits zugesprochene Recht auf nachträgliche Überprüfung wurde mit der Ub-HeimAuf-Nov 2010 in § 19a HeimAufG und in § 38a UbG ausdrücklich verankert.⁷²⁵ Dabei ist an dieser Stelle aber darauf hinzuweisen, dass bei Antragstellung nach § 11 HeimAufG und anschließender Aufhebung der Freiheitsbeschränkung noch vor einer Entscheidung nach § 13 kein Antrag nach § 19a zu stellen ist, sondern das bereits eingeleitete Verfahren normal fortzusetzen ist. Nach den Regelungen des § 19a ist nur in jenen Fällen vorzugehen, in denen eine bereits

⁷¹⁹ 353 BlgNR 22. GP 14 mwN.

⁷²⁰ Vgl § 12 und §§ 18 bis 32 UbG.

⁷²¹ OGH 23.1.2007, 1 Ob 235/06z, RdM 2007/57 (87).

⁷²² OGH 23.1.2007, 1 Ob 235/06z, RdM 2007/57 (88); wiederholt auch in OGH 5.8.2009, 6 Ob 160/09m, RdM-LS 2010/11 (29).

⁷²³ Siehe OGH 13.9.2006, 7 Ob 186/06p, iFamZ 2007/18 (37), wo der OGH zur Verpflichtung der Gerichte, Freiheitsbeschränkungen auch noch nachträglich zu überprüfen, folgendes anführte: „Dies erscheint im Hinblick darauf, dass die Einschränkung der persönlichen Freiheit einen Eingriff in ein Grundrecht darstellt, geboten: Ansonsten würde die rechtzeitige Aufhebung unzulässiger Freiheitsentziehungen ja jede gerichtliche Überprüfung vereiteln.“

⁷²⁴ Zur diesen Aspekt des Art 6 PersFrG betreffenden einhelligen Lehre bei *Kopetzki*, Art 6 PersFrG Rz 18.

⁷²⁵ Siehe dazu S 241 f.

beendete Freiheitsbeschränkung, hinsichtlich derer noch kein Antrag nach § 11 eingebracht wurde, überprüft werden soll.⁷²⁶

6. Vertretung im Verfahren

Zur Vertretung ist festzuhalten, dass im Verfahren erster und zweiter Instanz keine Vertretungspflicht besteht. In erster Instanz kann sich die Partei gem § 4 Abs 1 AußStrG durch jede beliebige, eigenberechtigte Person vertreten lassen. Im Rekursverfahren gilt gem § 6 Abs 2 AußStrG relative Vertretungspflicht. Möchte sich die Partei vertreten lassen, so ist dies nur durch einen Rechtsanwalt oder Notar möglich. Absolute Vertretungspflicht besteht im Revisionsrekursverfahren vor dem OGH. Es muss zwingend ein Rechtsanwalt oder Notar beigezogen werden (§ 6 Abs 2 zweiter Satz AußStrG). Gegenüber im Verfahren nicht durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertretenen Parteien obliegt dem Gericht die Anleitungs- und Belehrungspflicht nach § 14 AußStrG.

B. Ablauf des Verfahrens in erster Instanz

1. Anhörung des Bewohners (§ 12 HeimAufG)

Angelehnt an das Unterbringungsverfahren (§ 19 UbG) wurde auch im HeimAufG ein zweistufiges Verfahren⁷²⁷ eingeführt. In der Erstanhörung, die der Beweisaufnahme und dem rechtlichen Gehör dient, soll eine Entscheidung über die vorläufige Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung getroffen werden. Ihr nachfolgend ist eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, an deren Ende über die eigentliche Zulässigkeit abzusprechen ist. Trotz der grundsätzlichen Zweiteilung ermöglicht § 12 Abs 2 HeimAufG dem Richter nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, die Anhörung sogleich mit einer mündlichen Verhandlung zu verbinden.⁷²⁸

⁷²⁶ Vgl den diesbezüglichen Hinweis in den Erläuternden Bemerkungen 601 BlgNR 24.GP 25.

⁷²⁷ Zu einem grafischen Überblick betreffend den Ablauf des erstinstanzlichen Verfahrens nach dem HeimAufG siehe *Kletečka-Pulker/Jaquemar*, Checkliste: Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, RdM 2005, 114 (115 f).

⁷²⁸ Gegen ein in allen Fällen verpflichtend vorgeschriebenes einstufiges Verfahren spricht, dass es in der praktischen Umsetzung für das Gericht schwierig werden kann, innerhalb so kurzer Zeit mit vertretbarem Aufwand alle für die Zulässigkeitsentscheidung erforderlichen Beweismittel zu beschaffen und die Termine der Verfahrensbeteiligten zu koordinieren; so 353 BlgNR 22. GP 14.

§ 12 Abs 1 schreibt vor, dass das Gericht sich binnen sieben Tagen⁷²⁹ ab dem Einlangen des Antrags einen persönlichen Eindruck vom Bewohner in der Einrichtung zu verschaffen hat. Es hat ihn im Rahmen dieser Anhörung über den Grund und den Zweck des Verfahrens – selbstverständlich seinem Zustand entsprechend – zu unterrichten und ihm Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äußern. Weiters ist in die Krankengeschichte bzw die Pflegedokumentation und andere den Bewohner betreffende Aufzeichnungen einzusehen. Der Bewohnervertreter, ein allenfalls bestellter Vertreter nach § 8 Abs 1, der gesetzliche Vertreter, die Vertrauensperson, der Einrichtungsleiter, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch der Arzt, der das Dokument iSd § 5 Abs 2 errichtet hat,⁷³⁰ und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen sind zu hören.

Das Gericht kann bereits in diesem Verfahrensstadium einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beiziehen. In der mündlichen Verhandlung ist dann gem § 14 Abs 3 die Beiziehung eines solchen Sachverständigen zwingend vorgeschrieben.⁷³¹

Über die Person des Sachverständigen gibt das Gesetz nur insofern Auskunft, als er nicht der Einrichtung angehören darf und auch sonst von dieser völlig unabhängig sein muss, damit die Objektivität seines Gutachtens gewahrt bleibt. Die Erläuternden Bemerkungen⁷³² gehen von der Wahl eines „geeigneten Sachverständigen“ aus. Welcher Sachverständige mit welchem fachlichen Gebiet im konkreten Einzelfall geeignet und somit kompetent ist, hängt von der zu beurteilenden Frage ab. Geht es darum zu klären, ob jemand aufgrund seiner psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung sich selbst oder andere ernstlich und erheblich gefährdet, wird man am besten einen Facharzt für Psychiatrie bzw Neurologie beiziehen. Natürlich kann sich die Krankheit bzw die Behinderung schon zweifelsfrei aus der Pflegedokumentation, vorhandenen ärztlichen Gutachten, dem

⁷²⁹ Zum Fristenlauf siehe *Barth/Engel*, Heimrecht § 12 Anm 1 HeimAufG.

⁷³⁰ Da die Anhörung durch das Gericht sowie auch die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung für freiberufliche Ärzte mit ihrer Ordinationstätigkeit oft nur schwer koordinierbar ist, wurde die Anhörung bzw Ladung des Arztes ins Ermessen des Gerichts gestellt; 601 BlgNR 24. GP 23.

⁷³¹ Damit wurde ein heftiger Kritikpunkt im Zuge des Begutachtungsverfahrens berücksichtigt. Nach § 7 Abs 3 ME zum HeimAufG war nämlich ein Sachverständiger lediglich fakultativ vorgesehen. Nur im Fall eines Verfahrens über eine neuerliche Beschränkung nach Ablauf der vom Gericht ursprünglich festgesetzten Frist musste gem § 11 zweiter Satz ME zum HeimAufG ein Sachverständiger verpflichtend bestellt werden.

⁷³² 353 BlgNR 22. GP 15.

Akt über eine erfolgte Sachwalterbestellung udgl ergeben, sodass für diese spezifische Frage ein entsprechender Facharzt nicht benötigt wird. Handelt es sich um die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie den pflegerischen Alternativen, wird es sinnvoll sein, eine Pflegefachkraft⁷³³ bzw eine pädagogische Fachkraft⁷³⁴ zum Sachverständigen zu bestellen. Ferner spricht nichts dagegen, dem Verfahren zwei verschiedene Sachverständige beizuziehen, wenn dies zur Klärung der Sachfragen notwendig erscheint. Dies liegt allein im richterlichen Ermessen.

2. Erste Entscheidung (§ 13 HeimAufG)

Zu einer ersten Entscheidung kommt es dann, wenn das Gericht die Anhörung nicht mit einer mündlichen Verhandlung verbindet. Der Richter hat diesfalls am Schluss der Anhörung über die vorläufige Zulässigkeit der zu überprüfenden Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Die endgültige Entscheidung wird erst am Ende der auf die Erstanhörung folgenden mündlichen Verhandlung getroffen.

Am Ende der Anhörung nach § 12 kommen vier Entscheidungsvarianten – eine formelle und drei materielle – in Betracht:

- Zurückweisung des Antrags aus formalen Gründen, wobei nur der Zurückweisungsgrund der mangelnden Antragslegitimation greifen kann. Vertretungspflicht besteht nicht. Wurde der Antrag bei einem sachlich oder örtlich unzuständigen Gericht eingebracht, hat dieses gem § 44 JN die Rechtssache von Amts wegen an das zuständige Bezirksgericht zu überweisen.⁷³⁵ Auch an Formmängel ist insofern nur eingeschränkt zu denken, als hier eben keine besondere Formpflicht existiert und das Gericht im Rahmen der Manuduktionspflicht unvertretene Parteien zu belehren und anzuleiten hat.
- Abweisung des Antrags, weil die gesetzte Maßnahme keine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 HeimAufG darstellt und es somit einer weiteren Prüfung nach den Bestimmungen des HeimAufG nicht bedarf.

⁷³³ ZB LG Eisenstadt 1.3.2011, 20 R 30/11b, iFamZ 2011/168 (208).

⁷³⁴ Zu den Aufgaben von Sachverständigen im Allgemeinen und von sonder- und heilpädagogischen Sachverständigen im Besonderen vgl *Datler/Studener-Kuras*, Das Heimaufenthaltsgesetz: Die Rolle der gerichtlichen Sachverständigen und Alternativen zur Freiheitsbeschränkung aus sonder- und heilpädagogischer Sicht, in *ÖKSA* (Hrsg), „Freiheitsbeschränkungen“ bei Personen mit einer geistigen Behinderung und/oder einer psychischen Erkrankung – Dokumentation der Fachtagung des ÖKSA vom 16.6.2005 in Salzburg (2005) 47 (53 ff).

⁷³⁵ Siehe *Fucik/Kloiber*, AußStrG (2005) Vor § 1 Rz 3 f.

- Vorläufige Zulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung, weil das Gericht infolge der ersten kurzen Beweisaufnahme und Sichtung der Umstände zum Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung vorliegen. Zugleich ist eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, die spätestens innerhalb von 14 Tagen nach der Anhörung stattzufinden hat. § 13 Abs 1 letzter Satz legt klar, dass gegen diese Entscheidung ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig ist. Grund dafür ist der rein provisorische Charakter dieser ersten Entscheidung. Mit der Konstruktion der Erstentscheidung binnen sieben Tagen ab Einlangen des Antrags wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprochen, die sicherstellen sollen, dass der Betroffene binnen einer Woche⁷³⁶ eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs erhält. Die endgültige Entscheidung kann nur nach Durchführung eines gründlichen Beweisverfahrens unter Ladung der beteiligten Personen und verpflichtender Beiziehung eines Sachverständigen erfolgen. Die Frist von 14 Tagen soll in Umsetzung der von der EMRK vorgesehenen „ehesten Entscheidung“⁷³⁷ dafür sorgen, dass ein angemessener und nicht zu langer Zeitraum rasche Gewissheit über die Rechtmäßigkeit bzw Rechtswidrigkeit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme bringt. Da ein abgesondertes Rechtsmittel unzulässig ist, kann dieser gerichtliche Beschluss erst mit dem Rekurs gegen den endgültigen erstinstanzlichen Beschluss des § 15 angefochten werden.⁷³⁸ Sollte diese § 15-Entscheidung entfallen, weil die Beschränkung des Bewohners mittlerweile nicht mehr aufrecht ist, kann die Erstentscheidung selbständig angefochten werden.⁷³⁹ In diesem Fall kommt ex post betrachtet der Erstentscheidung ausnahmsweise keine provisorische, sondern eine endgültige Wirkung zu, die eine selbständige Bekämpfung gestattet.
- Unzulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung, falls das Gericht zum Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung nicht vorliegen. Die Freiheitsbeschränkung ist gem § 13 Abs 2 sofort aufzuheben, es sei denn, dass der

⁷³⁶ Vgl Art 6 Abs 1 zweiter Satz PersFrG.

⁷³⁷ Vgl Art 5 Abs 4 EMRK.

⁷³⁸ 353 BlgNR 22. GP 15; die Materialien enthalten auch einen entsprechenden Hinweis auf die vergleichbare Regelung des § 20 Abs 3 UbG.

⁷³⁹ Zutreffend *Barth/Engel*, Heimrecht § 13 Anm 3 HeimAufG.

Leiter der Einrichtung in der Anhörung gegen diesen Beschluss einen Rekurs⁷⁴⁰ anmeldet und das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt. Der Einrichtungsleiter hat den Rekurs binnen drei Tagen auszuführen. Unterbleibt dies, ist die Freiheitsbeschränkung jedenfalls aufzuheben. Wird das Rechtsmittel des Rekurses nicht erhoben, kommt es in weiterer Folge auch nicht mehr zu einer mündlichen Verhandlung. Anderenfalls ist vom Bezirksgericht ein Verhandlungstermin anzuberaumen. Das Rechtsmittelgericht hat noch vor diesem Termin eine Entscheidung über den mit aufschiebender Wirkung versehenen Rekurs zu treffen.

Der Gesetzgeber verabsäumte, in § 13 Abs 2 einen zeitlichen Rahmen festzulegen, innerhalb dessen hier die mündliche Verhandlung anzuberaumen ist. Analog zu § 13 Abs 1 ist von einer maximal 14-tägigen Zeitspanne auszugehen. Schließlich kann im Fall eines Unzulässigkeitsbeschlusses und Rekurses mit aufschiebender Wirkung der Bewohner bei der Klärung der Zulässigkeit des Eingriffs im Hinblick auf den ihm zukommenden Rechtsschutz nicht schlechter gestellt sein als bei einer vorläufigen Zulässigerklärung einer Freiheitsbeschränkung.⁷⁴¹

Abhängig von der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts gestaltet sich der weitere Ablauf wie folgt: Bestätigt die zweite Instanz die erstgerichtliche Entscheidung (dh die Unzulässigerklärung), ist gem § 13 Abs 2 die Freiheitsbeschränkung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach § 14 aufzuheben. Wird jedoch in zweiter Instanz die Unzulässigerklärung aufgehoben, ist § 13 Abs 1 nun anzuwenden und die ohnehin bereits anberaumte Verhandlung hat stattzufinden.

Im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde in § 13 Abs 2 ergänzend ausdrücklich festgehalten, dass die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung das Rekursrecht unberührt lässt.⁷⁴²

§ 13 trifft keine nähere Feststellung über die Form des Beschlusses.⁷⁴³ Daraus ist zu schließen, dass es genügt, wenn der Richter den Beschluss mündlich verkündet.

⁷⁴⁰ Da dieser Unzulässigkeitsbeschluss nicht als vorläufige Entscheidung konzipiert ist, kann er mittels Rekurs selbständig angefochten werden.

⁷⁴¹ *Barth/Engel*, Heimrecht § 13 Anm 6 HeimAufG.

⁷⁴² Siehe weiters auch S 233.

⁷⁴³ Anders betreffend den endgültigen Beschluss am Ende der mündlichen Verhandlung; vgl § 15 Abs 4 HeimAufG.

Eine schriftliche Ausfertigung und anschließende Zustellung sind entbehrlich. In Analogie zur gefestigten Vorgangsweise im Unterbringungsverfahren ist allerdings auch für das heimaufenthaltsrechtliche Verfahren davon auszugehen, dass der § 13-Beschluss zumindest kurz zu begründen und zu protokollieren ist.⁷⁴⁴

3. Mündliche Verhandlung (§ 14 HeimAufG)

Kommt es zu einer mündlichen Verhandlung iSd § 14, weil entweder das Gericht gleich gem § 12 Abs 2 die Anhörung mit einer mündlichen Verhandlung verbindet oder infolge der Erstentscheidung gem § 13 ein solcher Verhandlungstermin anzuberaumen war, so hat das Gericht gem § 14 Abs 1 zur in der Einrichtung abzuhaltenden mündlichen Verhandlung den Bewohner, seine Vertreter⁷⁴⁵, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch den Arzt, der das Dokument iSd § 5 Abs 2 ausgestellt hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen⁷⁴⁶ zu laden.

Die Praxiserfahrung zeigt, dass – vermutlich bedingt durch die mitunter große Zahl an Beteiligten und die Komplexität bei der Erfassung aller entscheidungswesentlichen Umstände – die Verhandlungsdauer meist zwischen ein und drei Stunden liegt, was um einiges länger ist als bei Verfahren nach dem UbG.⁷⁴⁷

a) Anwesenheit des Bewohners und Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Der Einrichtungsleiter hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner an der Verhandlung teilnehmen kann.⁷⁴⁸ Damit ist einerseits an die persönliche Anwesenheit des Bewohners zu denken. Andererseits sollte sich der Bewohner darüber hinaus so weit als möglich in einem Zustand befinden, in dem er der Verhandlung folgen kann

⁷⁴⁴ Zu § 20 UbG *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 657 bei FN 4091 und FN 4092.

⁷⁴⁵ Zum weiten Verständnis des Vertreterbegriffs siehe S 195 f.

⁷⁴⁶ Etwa Angehörige des Bewohners sowie sonstiges Heimpersonal, insb die die freiheitsbeschränkende Maßnahme durchführende Person.

⁷⁴⁷ Siehe die diesbezüglichen Wahrnehmungen der Bewohnervertretung bei *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 24.

⁷⁴⁸ Zum Recht des Betroffenen auf Beteiligung am Verfahren zB *Frowein/Peukert*, EMRK³ 131 f Rz 137.

und nicht durch dämpfende Medikamente beeinträchtigt ist.⁷⁴⁹ Dem Erfordernis der persönlichen Anwesenheit des Bewohners kann bei fehlender Mobilität etwa in der Weise entsprochen werden, als die Verhandlung nach Möglichkeit in seinem Zimmer abzuhalten ist.

Dabei ist wiederum auf die Verpflichtung zu achten, dass im Interesse der Privatsphäre des Bewohners die Verhandlung von anderen Bewohnern tunlichst nicht wahrgenommen werden kann. Gem § 14 Abs 2 dritter Satz HeimAufG gilt für die mündliche Verhandlung § 19 AußStrG⁷⁵⁰, wobei weiters ausdrücklich angeführt wird, dass das Gericht die Öffentlichkeit auch ausschließen kann, wenn es das Interesse des Bewohners erfordert, und dass auf Verlangen des Bewohners oder seines Vertreters die Öffentlichkeit jedenfalls auszuschließen ist.

Dass hinsichtlich der Volksöffentlichkeit gegenüber dem Zivilprozess andere Akzente zu setzen sind, wird auch in den Erläuternden Bemerkungen zum 2003 neu gefassten AußStrG betont. Viele Bereiche des Außerstreitverfahrens betreffen höchstpersönliche, sensible und der Berücksichtigung von Geheimhaltungsinteressen besonders bedürftige Rechtsbereiche.⁷⁵¹ Dies trifft auch auf den Heimaufenthaltsbereich zu, wo im Zuge des Verfahrens besonders heikle, die Gesundheit und auch sonst die Intimsphäre betreffende Informationen erörtert werden. Oberstes Prinzip des gesamten Verfahrens ist somit jedenfalls die möglichste Schonung des Bewohners.

b) Fragerecht gegenüber dem Sachverständigen

Das Gericht hat gem § 14 Abs 3 der mündlichen Verhandlung zwingend einen geeigneten und unabhängigen Sachverständigen⁷⁵² beizuziehen, an den die Parteien während der Verhandlung Fragen stellen können.

⁷⁴⁹ Vgl Hopf/Aigner, § 24 Anm 3 UbG.

⁷⁵⁰ Laut § 19 Abs 1 AußStrG ist die mündliche Verhandlung öffentlich. Abs 2 sieht vor, dass die Öffentlichkeit jedoch von Amts wegen auszuschließen ist, wenn 1. durch sie die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint; 2. die begründete Besorgnis besteht, dass sie zur Störung der Verhandlung oder zur Erschwerung der Erhebung des Sachverhalts führen könnte; 3. dies im Interesse einer pflegebefohlenen Person erforderlich ist. Abs 3 schreibt ergänzend vor, dass die Öffentlichkeit auch auf Antrag einer Partei aus berücksichtigungswürdigen Gründen auszuschließen ist, insb weil Tatsachen des Familienlebens zu erörtern sind.

⁷⁵¹ Vgl 224 BlgNR 22. GP 8.

⁷⁵² Zur Person des Sachverständigen siehe im Detail S 216 f.

Während das Gesetz das Fragerecht den Parteien zuspricht, ergibt sich aus den Erläuternden Bemerkungen, dass „alle Verfahrensbeteiligten das Recht haben, im Rahmen der mündlichen Gutachtenserörterung Fragen an den Sachverständigen zu stellen“⁷⁵³. Diese Diskrepanz in der Wortwahl scheint auf die Formulierung des ME zurückzugehen. Gem § 7 Abs 3 ME zum HeimAufG war vorgesehen, den Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit zu geben, Fragen an den Sachverständigen zu richten. Der Gesetzgeber hatte in diesem Punkt offensichtlich ursprünglich alle Verfahrensbeteiligten (dh alle geladenen Personen) vor Augen gehabt, dies dann aber mit Erstellung der RV wieder verworfen und auf die Parteien eingeschränkt. Auch die endgültig beschlossene Gesetzesfassung hält nun am Begriff der Partei an Stelle der Verfahrensbeteiligten fest. Dies deutet darauf hin, dass die wörtliche Übernahme der Formulierung der Erläuterungen des ME in die Erläuternden Bemerkungen der RV als Versehen zu werten ist und man nach Einschränkung des Fragerechts auf die Partei übersah, die Erläuternden Bemerkungen in diesem Punkt an die erfolgte Änderung anzupassen. Dass auch die letztlich beschlossene Fassung der Bestimmung des § 14 Abs 3 die durch die RV geänderte Formulierung hinsichtlich des Fragerechts der Partei übernahm, spricht für den Willen des Gesetzgebers, hier bewusst eine Änderung vornehmen zu wollen. Das Fragerecht kommt mE somit nur den Parteien zu.⁷⁵⁴

Es wäre eigentlich nicht notwendig gewesen, ein solches Fragerecht der Parteien zusätzlich in den verfahrensrechtlichen Sonderbestimmungen des HeimAufG zu verankern, weil durch die Außerstreitverfahrensreform 2003 in § 3 Abs 2 AußStrG ohnehin ausdrücklich ein Fragerecht der Parteien gesetzlich festgeschrieben wurde. § 3 Abs 2 erster Satz AußStrG sieht vor, dass jede Partei den anderen Parteien oder deren Vertretern, den Zeugen oder Sachverständigen Fragen durch das Gericht stellen lassen oder mit dessen Zustimmung selbst stellen kann.

Die Abgrenzung zwischen den Parteien und sonstigen Verfahrensbeteiligten ist im Ergebnis hier für die Einräumung des Fragerechts von nicht allzu großer Konsequenz. Beinahe allen – von einigen wenigen, anschließend aufzuzeigenden

⁷⁵³ 353 BlgNR 22. GP 15; wortgleich auch bereits 366/ME 21. GP 28.

⁷⁵⁴ Zutreffend *Klaushofer*, ZfV 2004, 604 bei FN 155; aM *Barth/Engel*, Heimrecht § 14 Anm 1 HeimAufG, die von einem Fragerecht auch der anordnungsbefugten Person ausgehen; im Ergebnis ebenfalls bei *Barth/Engel*, ÖJZ 2005, 412; uneinheitlich *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber 119 und 121, die ohne nähere Angaben einmal vom Fragerecht aller Parteien und einmal vom Fragerecht aller Verfahrensbeteiligten sprechen.

Ausnahmen abgesehen – zum Verfahren zu ladenden Personen kommt nämlich Parteistellung zu.

Betreffend die Wahrung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit dem Fragerecht gegenüber dem Sachverständigen bei Einholung eines das erstinstanzliche Gutachten ergänzenden Sachverständigengutachtens durch das Rekursgericht ist an dieser Stelle eine interessante Entscheidung des OGH zu erwähnen. Der OGH befasste sich in seiner Entscheidung vom 29.5.2008⁷⁵⁵ mit dem Stellungnahmerecht zum vom Rekursgericht eingeholten Ergänzungsgutachten: Falls das weitere Gutachten nur „der Verdeutlichung oder Erläuterung der schon in erster Instanz mündlich erörterten Ergebnisse der Befundaufnahme dienen soll“, und das Fragerecht in der ersten Instanz auch ausreichend gewahrt wurde, so muss den Parteien nicht zwingend nochmals ein Fragerecht gewährt werden. Wenn aber das Ergänzungsgutachten in den entscheidungsrelevanten Aspekten abweichend ist oder überhaupt neue Punkte beinhaltet, ist den Parteien ein neuerliches Fragerecht einzuräumen. Abschließend wurde vom OGH in dieser Entscheidung dazu noch festgehalten, dass es aber „zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs jedenfalls geboten ist, den am Rechtsmittelverfahren beteiligten Parteien vom Inhalt des ergänzenden Gutachtens so rechtzeitig Kenntnis zu verschaffen, dass für sie noch vor der Sachentscheidung die Möglichkeit zu einer (schriftlichen) Äußerung besteht“.⁷⁵⁶

c) *Parteien des Überprüfungsverfahrens*

Eine der bedeutenden Neuerungen im Zuge der Reform des Außerstreitverfahrens 2003 ist die erstmalige ausdrückliche gesetzliche Verankerung des Parteibegriffs.⁷⁵⁷ Während zwar schon bisher sowohl vom formellen als auch vom materiellen Parteibegriff ausgegangen wurde⁷⁵⁸, wurde der Parteibegriff nun in § 2 AußStrG neu umschrieben. Nach Abs 1 Z 1 und 2 leg cit sind jedenfalls der Antragsteller und der vom Antragsteller als Antragsgegner oder sonst als Partei Bezeichnete Parteien des Verfahrens (formeller Parteibegriff). Die materielle Partei

⁷⁵⁵ OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z, iFamZ 2008/133 (260).

⁷⁵⁶ OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z, iFamZ 2008/133 (260).

⁷⁵⁷ Vgl die Erläuternden Bemerkungen zum neuen AußStrG, 224 BlgNR 22. GP 10.

⁷⁵⁸ Näheres zum Parteibegriff des AußStrG aF siehe *Klicka/Oberhammer*, Außerstreitverfahren³ (2000) 20 Rz 29 ff; zur Regelung der Parteistellung in § 2 nach der Reform des Außerstreitverfahrens vgl *Klicka/Oberhammer/Domes*, Außerstreitverfahren⁴ (2006) 22 ff Rz 73 ff; *Langer*, AußStrG – Außerstreitgesetz 2003² (2007) 43 f.

findet sich in Z 3 leg cit. Als Partei gilt demnach auch jede Person, soweit ihre rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte oder vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde. Gem Z 4 leg cit umfasst der Parteibegriff zusätzlich noch jene Personen oder Stellen, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften in das Verfahren einzubeziehen sind (Amts- und Legalparteien). Abschließend wird in § 2 Abs 2 klargestellt, dass derjenige, der eine Tätigkeit des Gerichts offensichtlich nur anregt, nicht als Partei gilt.

Zur Frage, welche der gem § 14 Abs 1 HeimAufG zu ladenden Personen als Parteien zu laden sind, kann daher Folgendes festgehalten werden:

- Bewohner: Er ist immer Partei des Verfahrens. In jenen Fällen, in denen der Überprüfungsantrag nicht von ihm selbst gestellt wird, ist er gem § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG als materielle Partei anzusehen.
- Bewohnervertreter: Wenn er als Antragsteller auftritt, ist er unter den formellen Parteibegriff des § 2 Abs 1 Z 1 AußStrG zu subsumieren. Aber auch bei Antragstellung durch andere Personen nimmt er eine eigene Parteistellung im Verfahren ein, die sich aus dem materiellen Parteiverständnis ergibt. *Barth*⁷⁵⁹ begründet dies mE zutreffend damit, dass der Bewohnervertreter kraft seiner gesetzlichen Stellung selbständig und unbeeinflussbar für den Bewohner und damit nicht in dessen Namen tätig wird. Er ist daher als Partei und nicht bloß nach den Regeln für Parteienvertreter zu laden.
- Gesetzlicher Vertreter/Sachwalter: Für ihn gelten dieselben Ausführungen wie zum Bewohnervertreter.⁷⁶⁰
- Bestellter Vertreter iSd § 8 Abs 1: Er tritt rein als Vertreter des Bewohners auf und ist daher nicht selbst Partei. Seine Stellung bestimmt sich nach den Vertretungsregeln des Privatrechts. Vom Gericht ist er daher in seiner Eigenschaft als Parteienvertreter zu laden.
- Vertrauensperson: Zweifelsfrei erlangt sie jedenfalls bei eigener Antragstellung gem § 2 Abs 1 Z 1 AußStrG formelle Parteistellung. *Barth* geht noch einen Schritt weiter und plädiert dafür, darüber hinaus der Vertrauensperson eine materielle

⁷⁵⁹ *Barth*, RZ 2006, 4; aM *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) 174 Rz 518 und 175 Rz 520.

⁷⁶⁰ Siehe zum gesetzlichen Vertreter im Übrigen *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 2 Rz 6.

Parteistellung einzuräumen. Zur Begründung greift er auf die auch für die Vertrauensperson anzuwendende Argumentation hinsichtlich des Bewohnervertreeters und des Sachwalters zurück. Die Vertrauensperson könne ihre gesetzlichen Befugnisse⁷⁶¹ ebenfalls selbständig und unbeeinflussbar für den Bewohner ausüben und werde daher nicht in dessen Namen tätig. Ihre materielle Parteistellung sei somit als eine eigene, vom Bewohner abgeleitete zu qualifizieren.⁷⁶²

- **Leiter der Einrichtung:** Bei Antragstellung ist der Einrichtungsleiter allein aufgrund dieser Tatsache formelle Partei. Da aber die rechtlich geschützte Stellung der Einrichtung – nämlich die Klärung der Zulässigkeit einer in der Einrichtung vorgenommenen Freiheitsbeschränkung – durch die vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung unmittelbar beeinflusst wird und der Leiter als Organ der Einrichtung im Verfahren nach außen hin für sie tätig wird, kommt dem Einrichtungsleiter auch eine materielle Parteistellung zu.⁷⁶³
- **Anordnungsbefugte Person:** Die anordnungsbefugte Person ist nicht antragslegitimiert. Eine formelle Parteistellung scheidet deswegen von vornherein aus. Gleiches gilt für die materielle Betrachtung wegen des Fehlens einer rechtlich geschützten Stellung. Somit ergibt sich für die anordnungsbefugte Person, dass sie die Position einer bloßen Verfahrensbeteiligten innehat und als Zeuge zu behandeln ist.
- **Andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen:** Sie haben lediglich Zeugenstellung und sind keine Parteien des Verfahrens.

Mit Ausnahme des bestellten Vertreters, der anordnungsbefugten Person und der sonstigen Auskunftspersonen sind somit alle anderen zu ladenden Personen des § 14 Abs 1 als Parteien zu laden.

d) *Mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens*

Das Sachverständigengutachten kann sowohl schriftlich als auch rein mündlich erbracht werden. Das HeimAufG trifft keine Angaben über eine zwingend vorzusehende Form. Aus der Tatsache, dass die Parteien ein entsprechendes

⁷⁶¹ Vgl §§ 11 Abs 1, 12 Abs 1, 14 Abs 1, 15 Abs 4, 16 Abs 1 und 3, § 18 Abs 1 HeimAufG.

⁷⁶² Barth, RZ 2006, 4.

⁷⁶³ Barth, RZ 2006, 4.

Fragerecht haben und dass in den Erläuternden Bemerkungen von einer „mündlichen Gutachtenserörterung“⁷⁶⁴ gesprochen wird, ergibt sich folgender Schluss: Sollte ein Gutachten zuvor bereits schriftlich erstellt worden sein⁷⁶⁵, ist dieses jedenfalls im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu erörtern und vom Sachverständigen auszuführen.

Die mündliche Erörterung von schriftlichen Beweismitteln ergibt sich weiters allgemein als Bestandteil des Grundsatzes der Unmittelbarkeit des Verfahrens. Wie *Kopetzki*⁷⁶⁶ zum Unterbringungsverfahren überzeugend darlegt, darf schließlich in der Entscheidung nur berücksichtigt werden, was im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebracht wurde.

Auch aus historischer Sicht ging der Gesetzgeber stets von der zwingenden Erörterung aller Beweismittel in der mündlichen Verhandlung aus. § 242 AußStrG aF⁷⁶⁷, dem der neue § 121 Abs 6 AußStrG⁷⁶⁸ wörtlich gleicht, sah vor, dass die Ergebnisse der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung zu erörtern sind. Bereits die Erläuterungen zum ME⁷⁶⁹ legten fest, dass auf die mündliche Verhandlung des Verfahrens nach dem HeimAufG die §§ 239 (mündliche Verhandlung, Ausschluss der Öffentlichkeit) und 242 AußStrG aF anzuwenden sind. Diese Formulierung wurde vermutlich einfach deswegen nicht in die Erläuternden Bemerkungen zur RV übernommen und an die Bestimmungen des AußStrG neu angepasst, weil allein aufgrund des nach wie vor verankerten Hinweises auf das Fragerecht „im Rahmen der mündlichen Gutachtenserörterung“ dieser Punkt ohnehin ausreichend klargelegt ist.

Wie bereits kurz angedacht, ist es ausreichend, wenn der Sachverständige erst bei der mündlichen Verhandlung im Rahmen der Beweisaufnahme mündlich ein Gutachten abgibt und dieses sogleich vom verhandelnden Richter protokolliert wird. Auf eine nachfolgende schriftliche Ausführung kann mangels gegenteiliger gesetzlicher Anordnung verzichtet werden.

⁷⁶⁴ 353 BlgNR 22. GP 15.

⁷⁶⁵ Im Unterbringungsverfahren sogar verpflichtend vorgeschrieben in § 22 Abs 1 UbG.

⁷⁶⁶ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 680 bei FN 4220.

⁷⁶⁷ Kaiserliches Patent vom 9.8.1854, Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen, RGBI 1854/208, aufgehoben und ersetzt durch das neue AußStrG, BGBl I 2003/111.

⁷⁶⁸ Regelung über die mündliche Verhandlung im Verfahren über die Sachwalterschaft für behinderte Personen.

⁷⁶⁹ 366/ME 21. GP 28.

Da es in der Praxis bedingt durch Zeitknappheit und auch durch hohe Komplexität der einzelnen Fälle oft nicht möglich ist, ein schriftliches Gutachten zu erstellen, bereiten die Sachverständigen das Gutachten meistens in den wesentlichen Kernpunkten schriftlich vor, um es dann im Zuge der Tagsatzung mündlich zu erstatten.⁷⁷⁰

e) *Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im heimaufenthaltsrechtlichen Verfahren*

Aufgrund der im Außerstreitverfahren notwendigen Flexibilität wurde der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht als starres Grundprinzip verankert, sondern soll nur als eine Art Leitlinie für eine möglichst sachnahe und sachrichtige Verfahrensgestaltung gelten.⁷⁷¹

Dennoch spielt die Einhaltung der Unmittelbarkeit bei bestimmten verfahrensrechtlichen Aspekten eine Rolle. So sind die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens in der mündlichen Verhandlung zu erörtern. Kein Zweifel besteht auch am Erfordernis der persönlichen Unmittelbarkeit in dem Sinn, dass nur der Richter, der die mündliche Verhandlung durchgeführt hat, die am Ende zu treffende Sachentscheidung vornehmen darf. Strittig ist hingegen, ob der Richter der Anhörung nach § 13 und der Richter einer getrennt davon erfolgenden mündlichen Verhandlung gem § 14 ein und dieselbe Person sein müssen. Nach der Judikatur des OGH – zwar zum UbG, aber aufgrund der vielfach zitierten Parallelen analog heranziehbar – wird dies als entbehrlich erachtet.⁷⁷² Dem ist kritisch zu begegnen. Schließlich stellt der erste persönliche und unmittelbare Eindruck, der in der Erstanthörung gewonnen wird, ein wichtiges Beweismittel dar. Aufgrund der Wichtigkeit der Erstanthörung im Hinblick auf ihren Bestandteil der Entscheidungsgrundlagen trat bereits *Kopetzki* betreffend die sinngleiche Regelung

⁷⁷⁰ So *Mandl/Zulehner*, Das Heimaufenthaltsgesetz aus Sachverständigenperspektive – Von der Befundaufnahme zur Erstellung eines Gutachtens, iFamZ 2008, 149 (151).

⁷⁷¹ Dazu *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen 63 Rz 109, unter Bezugnahme auf die Erläuternden Bemerkungen zum neuen AußStrG, 224 BlgNR 22. GP 8.

⁷⁷² Vgl OGH 26.9.1991, 7 Ob 590/91, EFSIlg 97.564.

im Unterbringungsverfahren dafür ein, dass bei Erstanhörung und Endentscheidung der Richter derselbe sein sollte.⁷⁷³

4. Beschluss (§ 15 HeimAufG)

a) Entscheidungsvarianten des Gerichts

Gem § 15 Abs 1 hat das Gericht am Schluss der mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Der Beschluss ist in der mündlichen Verhandlung zu verkünden, zu begründen, zu protokollieren und dem Bewohner in geeigneter, seinem Zustand entsprechender Weise zu erläutern. Durch die mündliche Verkündung ist er bereits außenwirksam erlassen.⁷⁷⁴ Der bei noch aufrechter Freiheitsbeschränkung⁷⁷⁵ binnen sieben Tagen⁷⁷⁶ schriftlich auszufertigende Beschluss ist dem Bewohner, seinem Vertreter, seiner Vertrauensperson und dem Einrichtungsleiter zuzustellen (§ 15 Abs 4).

Je nachdem ob das Gericht die Voraussetzungen für die Vornahme einer Freiheitsbeschränkung nach Würdigung der Ergebnisse des Beweisverfahrens für gegeben erachtet oder nicht, erklärt es die zu überprüfende freiheitsbeschränkende Maßnahme für zulässig oder unzulässig. Als weitere Entscheidungsvariante ist die Zurückweisung des Antrags aus formalen Gründen möglich, wobei den einzig praktisch relevanten Fall die Antragstellung durch eine nicht legitimierte Person bildet. Sollte das Gericht befinden, dass es sich bei der gegenständlichen Maßnahme nicht um eine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 HeimAufG handelt oder dass die betreffende Einrichtung nicht vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfasst ist, so ist der Überprüfungsantrag abzuweisen.

⁷⁷³ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 646 bei FN 4030; zustimmend auch *Barth/Engel*, Heimrecht § 14 Anm 1 HeimAufG.

⁷⁷⁴ 353 BlgNR 22. GP 15.

⁷⁷⁵ Aus dieser Formulierung des § 15 Abs 4 ergibt sich deutlich die Intention des Gesetzgebers, auch bereits beendete Freiheitsbeschränkungen als überprüfungswürdig einzustufen. Vgl auch weiter oben S 214; zum HeimAufG ausdrücklich zB LGZ Wien 17.2.2006, 44 R 81/06x, iFamZ 2006/13 (26); LG Eisenstadt 10.8.2006, 20 R 80/06y, iFamZ 2006/78 (219): „Nichtsdestoweniger hat aber der Bewohner auch nach der Aufhebung dieser freiheitsbeschränkenden Maßnahme (Bauchgurt) weiterhin ein Rechtsschutzinteresse an der Feststellung, ob diese zu Recht erfolgte.“

⁷⁷⁶ Die Frist ist ab der mündlichen Verkündung zu rechnen; 353 BlgNR 22. GP 16.

b) *Zulässigkeitserklärung der Maßnahme*

Im Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, sind gem § 15 Abs 2 zugleich eine bestimmte, sechs Monate nicht überschreitende Frist zu setzen und die näheren Umstände sowie das zulässige Ausmaß der Freiheitsbeschränkung unter möglichster Schonung des Bewohners genau zu bestimmen.

Die Antragsgebundenheit der Überprüfung manifestiert sich auch in der gerichtlichen Festsetzung des erlaubten Ausmaßes der freiheitsbeschränkenden Maßnahme. Der Richter darf keine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklären, die über den bereits angeordneten Umfang hinausgeht. Einschränkungen des ursprünglich angeordneten Umfangs, der im Verfahren den Überprüfungsgegenstand bildet, sind möglich, „Vorratsbeschlüsse“ hingegen nicht.⁷⁷⁷

Die Befristung bezeichnet die maximal zulässige Dauer der beschränkenden Maßnahme und gibt somit den Zeitraum bis zur nächsten Überprüfung an. Es bedeutet nicht, dass die Freiheitsbeschränkung jedenfalls bis zum Ablauf der gesetzten Frist aufrechterhalten werden darf. Auch eine gerichtlich für zulässig erklärte Maßnahme ist immer nur solange rechtmäßig, als ihre Voraussetzungen (§ 4) noch vorliegen. Sind diese nicht mehr gegeben, ist die Beschränkung sofort aufzuheben. Dies ist in § 18 Abs 2 erster Satz ausdrücklich fixiert. Wie *Barth/Engel*⁷⁷⁸ näher darlegen, berechnet sich die vom Gericht bestimmte Frist ab Verkündung des Zulässigkeitsbeschlusses.

Im Rahmen der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde § 15 Abs 2 dahingehend ergänzt, dass das Gericht die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung erforderlichenfalls auch an die Erfüllung von Auflagen knüpfen kann. In den Erläuternden Bemerkungen⁷⁷⁹ wird dies damit erklärt, dass im gerichtlichen Überprüfungsverfahren mitunter Alternativen aufgezeigt werden, die in der konkreten Einrichtung noch nicht zur Verfügung stehen, aber mit organisatorisch machbarem Aufwand und in absehbarer Zeit sehr wohl bereit gestellt werden können. Eine sofortige Aufhebung der bisherigen Maßnahme würde laut Materialien bis zur Beschaffung besserer Ersatzlösungen die Gefahr erheblicher Nachteile für den

⁷⁷⁷ Ausdrücklich in 353 BlgNR 22. GP 15.

⁷⁷⁸ *Barth/Engel*, Heimrecht § 15 Anm 7 HeimAufG.

⁷⁷⁹ 601 BlgNR 24. GP 24.

Bewohner mit sich bringen.⁷⁸⁰ In diesem Punkt reagierte der Gesetzgeber auf die bisher ohnehin schon von den Gerichten gelebte Vorgangsweise. In der Rechtsprechungspraxis wurden auch bereits vor dem 1.7.2010 Freiheitsbeschränkungen teilweise solange befristet für zulässig erklärt, als innerhalb einer angemessenen, vom Gericht vorgegebenen Frist eine weniger einschränkende Maßnahme bereitgestellt werden kann.⁷⁸¹

c) *Unzulässigkeitserklärung der Maßnahme*

Erklärt das erstinstanzliche Gericht in seinem Beschluss die zu überprüfende Freiheitsbeschränkung für unzulässig, so ist diese gem § 15 Abs 3 sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Einrichtungsleiter noch in der Verhandlung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Wird innerhalb der für den Einrichtungsleiter geltenden siebentägigen Frist – gerechnet ab Zustellung der Beschlussausfertigung – der angemeldete Rekurs nicht tatsächlich ausgeführt, muss die Freiheitsbeschränkung umgehend nach Ablauf dieser sieben Tage aufgehoben werden. Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt (§ 15 Abs 3 zweiter Satz).⁷⁸²

Ob die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird, ist grundsätzlich eine Frage richterlichen Ermessens. In Anlehnung an das unterbringungsrechtliche Verfahren nimmt dabei speziell der Grad der Gefährdung iSd § 4 Z 1 HeimAufG eine maßgebende Rolle ein.⁷⁸³ Wie *Kopetzki*⁷⁸⁴ zum UbG zeigt, ist bei verfassungskonformer Interpretation nicht von einem komplett freien Ermessen auszugehen. Vielmehr sind Wertungen zu berücksichtigen, die aus § 524 Abs 2 ZPO gewonnen werden können. So ist eine umfassende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Gefahrenabwehr und dem Interesse des Patienten bzw des Bewohners an einer sofortigen Beendigung der

⁷⁸⁰ 601 BlgNR 24. GP 24.

⁷⁸¹ Siehe dazu S 153 f.

⁷⁸² Siehe weiters zu dieser im Rahmen der Ub-HeimAuf-Nov 2010 erfolgten Klarstellung S 219 und 233.

⁷⁸³ Vgl 353 BlgNR 22. GP 16, wo mit der Nennung des § 26 Abs 3 UbG erneut die starke Vorbildfunktion des Unterbringungsverfahrens für das Verfahren nach dem HeimAufG verdeutlicht wird. Zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nach § 26 Abs 3 UbG weiters *Hopf/Aigner*, § 26 Anm 9 iVm § 20 Anm 11 UbG.

⁷⁸⁴ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 662 f.

Freiheitsbeschränkung der Entscheidung über die aufschiebende Wirkung zu Grunde zu legen. Für § 15 Abs 3 HeimAufG bedeutet dies Folgendes: Dem Rekurs des Einrichtungsleiters ist umso eher aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, je weniger beweiskräftig die Ermittlungsergebnisse in der Erstanhörung waren und je eher die Gefahr besteht, dass sich bei einer sofortigen Aufhebung der Freiheitsbeschränkung die vom Einrichtungsleiter behauptete Gefährdung realisieren könnte.⁷⁸⁵

d) *Aufrechterhaltung einer Freiheitsbeschränkung trotz Unzulässigkeitsbeschluss*

Nach erfolgter Unzulässigkeitsentscheidung ist seitens des Einrichtungsleiters dafür zu sorgen, dass die angeordnete, nach wie vor bestehende Maßnahme unverzüglich beendet wird. Wird dem nicht Rechnung getragen, ist die weitere Aufrechterhaltung der Freiheitsbeschränkung unter Missachtung des gerichtlichen Beschlusses rechtswidrig. Faktisch kann das Gericht jedoch nichts dagegen tun, da es sich bei seinem Beschluss lediglich um eine Feststellungsentscheidung⁷⁸⁶ mit mittelbarer Verpflichtung handelt⁷⁸⁷, die weder Gegenstand einer Vollstreckung gem § 79 AußStrG⁷⁸⁸ sein kann noch im Wege einer Exekution nach § 80 AußStrG zwangsweise durchsetzbar ist. Das HeimAufG selbst beinhaltet ebenfalls keine Bestimmung, auf die Zwangsmittel gestützt werden könnten oder die eine Beendigungsverfügung enthält, hinsichtlich derer dann Exekution geführt werden könnte.⁷⁸⁹ Aus der weiteren rechtswidrigen Durchführung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme entgegen dem rechtskräftigen Ausspruch des Außerstreitgerichts resultieren jedoch straf- und haftungsrechtliche Konsequenzen.⁷⁹⁰

⁷⁸⁵ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 663 bei FN 4130; zustimmend für den Bereich des heimaufenthaltsrechtlichen Verfahrens *Barth*, RZ 2006, 8.

⁷⁸⁶ Feststellungsentscheidungen sind einer Exekution nicht zugänglich, da das angestrebte Rechtsschutzziel schon mit der Rechtskraft der stattgebenden Entscheidung erreicht wird; vgl *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁵ (2009) 2 Rz 1.

⁷⁸⁷ LG Wels 24.10.2007, 21 R 382/07m, iFamZ 2008/17 (26): „Die Tätigkeit des Richters im Verfahren nach dem HeimAufG erschöpft sich nämlich in der Feststellung der Unzulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme, was die Verpflichtung der Heimleitung nach sich zieht, die Maßnahme sofort aufzuheben. Eine Feststellungsentscheidung, aus der sich nur mittelbar eine Verpflichtung ergibt, kann aber nicht Gegenstand einer Vollstreckung sein.“

⁷⁸⁸ Verfahrensinterne Zwangsmittel bei Nichtbefolgung von für den Fortgang des Verfahrens notwendigen Verfügungen.

⁷⁸⁹ Zum gleich gelagerten Problem beim Unzulässigkeitsbeschluss im Unterbringungsverfahren *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 932 f.

⁷⁹⁰ Vgl weiter unten S 243 ff.

Durch die Qualifikation als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ist die Maßnahme in dieser Konstellation ausnahmsweise vor dem UVS bekämpfbar.⁷⁹¹

C. Rechtsmittel

1. Rekursverfahren

Je nachdem, ob es sich um einen Zulässigkeits- oder Unzulässigkeitsbeschluss handelt, ergeben sich unterschiedliche Kreise von Rechtsmittelberechtigten und von diesen einzuhaltende Fristen. Gem § 16 Abs 1 können gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, folgende Personen innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses Rekurs erheben: der Bewohner, sein Vertreter (Bewohnervertreter, gesetzlicher Vertreter und bestellter Vertreter iSd § 8 Abs 1) und seine Vertrauensperson.

Dem Einrichtungsleiter steht mangels weiterreichenden Rechtsschutzinteresses kein Rekursrecht gegen auf Zulässigkeit lautende Entscheidungen zu. Umgekehrt ist er der Einzige⁷⁹², der einen Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, mittels Rekurs bekämpfen kann.⁷⁹³ Die Frist dafür beträgt sieben Tage⁷⁹⁴ ab Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidung (§ 16 Abs 2). Voraussetzung für die Erhebung eines Rekurses durch den Einrichtungsleiter ist jedoch, dass er noch in der mündlichen Verhandlung das Rechtsmittel angemeldet hat.⁷⁹⁵

⁷⁹¹ Siehe *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 155.

⁷⁹² Zur fehlenden Rechtsmittellegitimation des Bewohners bzw seiner Vertrauensperson bei Unzulässigerklärung einer Freiheitsbeschränkung vgl zB LG Salzburg 22.11.2005, 21 R 484/05f, iFamZ 2006/16 (27); LGZ Wien 13.8.2009, 42 R 374/09z, iFamZ 2009/243 (353) (*Ganner*).

⁷⁹³ Das LGZ Graz 17.8.2007, 6 R 175/07k, iFamZ 2008/16 (25) (*Kopetzki*) hat wohl verfehlt den Rekurs des Trägers einer Einrichtung zugelassen, obwohl gem § 16 Abs 2 ausdrücklich nur der Einrichtungsleiter zur Anbringung des Rechtsmittels legitimiert ist. Zur mangelnden Parteistellung des Einrichtungsträgers (im konkreten Fall: Pensionsversicherungsanstalt) vgl LG Salzburg 26.2.2009, 21 R 576/08I, iFamZ 2009/122 (163).

⁷⁹⁴ Die Rechtfertigung dieser kürzeren Frist für den Einrichtungsleiter liegt in den gewichtigen Interessen der Bewohner, in ihrer persönlichen Freiheit geschützt zu werden, und in der besonderen Funktion des Einrichtungsleiters, den Bewohnerinteressen nicht kontradiktorisch, sondern fürsorglich gegenüberzustehen; so *Klaushofer*, ZfV 2004, 605 FN 160.

⁷⁹⁵ OGH 16.6.2008, 8 Ob 46/08k, iFamZ 2008/166 (329) unter ausführlicher Bezugnahme auf die §§ 26 Abs 3 und 28 Abs 2 UbG sowie die Materialien zum HeimAufG.

Dem Leiter der Einrichtung steht auch dann ein Rekursrecht zu, wenn die freiheitsbeschränkende Maßnahme bereits aufgehoben bzw die Frist, für die die Maßnahme als zulässig erklärt wurde, abgelaufen ist. Diese von der Rechtsprechung des UbG abweichende Vorgangsweise wird in der Judikatur damit begründet, dass bei heimaufenthaltsrechtlichen Verfahren keine Amtswegigkeit herrscht und der Einrichtungsleiter zu den gem § 11 Abs 1 antragslegitimierten Personen gehört, womit ihm die Wahrung der Interessen des Einrichtungsträgers zukommt, während sich die Position des Abteilungsleiters im Unterbringungsverfahren auf die Verfolgung der Patienteninteressen beschränkt und ihm laut stRsp eine aufrechte Beschwer in diesem Falle aberkannt wurde.⁷⁹⁶ Durch die Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde schließlich in diesem Punkt eine Änderung vorgenommen, indem auch in § 20 Abs 2 und § 26 Abs 3 UbG in Einklang mit § 13 Abs 2 und § 15 Abs 3 HeimAufG ein jedenfalls bestehendes Rechtsmittelrecht des Abteilungsleiters verankert wurde, unabhängig von der sofortigen Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung und in weiterer Folge auch unabhängig vom aktuellen Fortbestand der Unterbringung.⁷⁹⁷

Bei Abweisung des Überprüfungsantrags durch das Erstgericht ist für die Ermittlung der Rechtsmittellegitimation auf die allgemeinen Bestimmungen des AußStrG (§§ 45 f AußStrG) zurückzugreifen. Neben der Eigenschaft als Partei des Verfahrens ist für die Rekursbefugnis erforderlich, dass rechtlich geschützte Interessen des Betroffenen durch die anzufechtende Entscheidung beeinträchtigt werden (Beschwer).⁷⁹⁸ Für den Fall der Antragsabweisung folgt daraus das Recht des Bewohners, seines Vertreters und seiner Vertrauensperson, den erstinstanzlichen Beschluss binnen 14 Tagen ab Zustellung der schriftlichen Ausfertigung mit Rekurs zu bekämpfen.⁷⁹⁹

⁷⁹⁶ Siehe dazu LG Salzburg 9.2.2006, 21 R 36/06z, iFamZ 2006/12 (25); LG Eisenstadt 24.4.2006, 20 R 28/06a, iFamZ 2006/38 (98); in diesem Sinn auch OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w und OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m. In OGH 30.10.2008, 2 Ob 198/08v, RdM-LS 2009/13 (100) (mit zu Recht kritischer Anmerkung von *Kopetzki* insb zum Aspekt des fairen Verfahrens und der Ungleichbehandlung der Parteien) = iFamZ 2009/78 (104) sowie OGH 29.1.2009, 2 Ob 284/08s, iFamZ 2009/126 (164) wurde an der abweichenden Judikatur zum UbG festgehalten.

⁷⁹⁷ Siehe 601 BlgNR 24. GP 11 f.

⁷⁹⁸ Siehe dazu *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen 97 f Rz 243.

⁷⁹⁹ Vgl OGH 14.5.2009, 6 Ob 80/09x, RdM-LS 2009/57 (224) (*Kopetzki*) und OGH 3.6.2009, 7 Ob 86/09m: „Durch einen Beschluss, der einen Antrag auf Überprüfung mit der Begründung abweist, es liege keine Freiheitsbeschränkung im Sinne des § 3 HeimAufG vor, sind nur der Bewohner, sein Vertreter und seine Vertrauensperson beschwert.“ – keine Parteistellung bzw Rechtsmittellegitimation des Einrichtungsträgers oder des Obmanns des Trägervereins; zuvor auch zB LG Feldkirch 21.11.2006, 2 R 264/06y zur Zulässigkeit des Rekurses des Bewohnervertreeters.

§ 46 Abs 3 AußStrG ermöglichte für die bis 30.6.2011 ergangenen erstinstanzlichen Entscheidungen, dass Beschlüsse auch noch nach Ablauf der Rekursfrist angefochten werden konnten, wenn ihre Abänderung oder Aufhebung mit keinem Nachteil für eine andere Person verbunden war.⁸⁰⁰ Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung ließ beispielsweise das LG Steyr⁸⁰¹ den verspäteten Rekurs des Bewohnervertreters gegen einen Abweisungsbeschluss (wegen sachlicher und örtlicher Unzuständigkeit) mit der Begründung zu, dass „das Erstgericht nicht ausgesprochen hat, ob die Maßnahme nun zulässig oder unzulässig ist. Diesbezüglich besteht nach wie vor für beide Seiten Ungewissheit, weshalb ein Nachteil durch die Aufhebung des Beschlusses nicht gegeben ist“.

Der Rekurs ist gem § 47 Abs 1 AußStrG in allen Fällen beim Gericht erster Instanz, dh beim örtlich zuständigen Bezirksgericht, durch Überreichung eines Schriftsatzes einzubringen. Im Zuge des BBG 2011 fiel die bisherige Möglichkeit, Rechtsmittel auch mündlich zu Protokoll zu erklären, weg.⁸⁰² Für die inhaltlichen Erfordernisse sind die Abs 2 und 3 *leg cit* maßgebend.

In Abweichung von der allgemeinen Regelung des § 48 AußStrG⁸⁰³ ist gem § 16 Abs 3 HeimAufG der Rekurs nur dann zweiseitig, wenn der Einrichtungsleiter gegen einen Unzulässigkeitsbeschluss ein Rechtsmittel erhebt. Nur dann sind der Bewohner, sein Vertreter sowie seine Vertrauensperson innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung des Rechtsmittels zur Rekursbeantwortung⁸⁰⁴ berechtigt.

Als Rekursgericht hat das örtlich zuständige Landesgericht⁸⁰⁵ gem § 17 HeimAufG⁸⁰⁶ immer in der Sache selbst (reformatorisch) zu entscheiden, wobei diese Entscheidung bei nach wie vor andauernden Freiheitsbeschränkungen innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Zeitraums von 14 Tagen ab dem Einlangen der Akten zu

Kopetzki kritisiert zutreffend die von manchen Gerichten in diesen Fällen immer wieder vorgenommene Abweisung, da der Antrag richtigerweise zurückzuweisen wäre, nachdem „das Gericht zur Kontrolle anderer Maßnahmen gar nicht zuständig ist“; siehe *Kopetzki* in der Entscheidungsanmerkung zu OGH 14.5.2009, 6 Ob 80/09x, RdM-LS 2009/57 (225).

⁸⁰⁰ Diese Bestimmung wurde durch das Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011) BGBl I 2010/111 aufgehoben.

⁸⁰¹ LG Steyr 25.6.2009, 1 R 49/09p, iFamZ 2009/200 (295).

⁸⁰² Für jene Fälle, in denen die erstinstanzliche Entscheidung nach dem 30.4.2011 ergangen ist.

⁸⁰³ Recht jeder aktenkundigen Partei auf Rekursbeantwortung.

⁸⁰⁴ Das Unterlassen der Zustellung einer Gleichschrift des Rekurses an die in § 16 Abs 3 genannten Personen bedingt die Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung wegen Entzugs des rechtlichen Gehörs im Rekursverfahren, siehe OGH 3.5.2007, 1 Ob 80/07g, iFamZ 2007/128 (248).

⁸⁰⁵ § 3 Abs 1 JN.

⁸⁰⁶ § 29 UbG als parallele Regelung im Unterbringungsverfahren, die auch in den Erläuternden Bemerkungen ausdrücklich genannt wird; vgl 353 BlgNR 22. GP 16.

treffen ist. Abs 2 *leg cit* legt fest, dass das Rekursgericht das Verfahren selbst zu ergänzen oder neu durchzuführen hat, soweit es dies für erforderlich hält. Dabei wird vom Grundsatz der persönlichen Unmittelbarkeit insofern Abstand genommen, als sich das Rechtsmittelgericht auch durch ein einzelnes Mitglied des Senats vor Ort einen persönlichen Eindruck vom Bewohner verschaffen kann.

Im Rekursverfahren herrscht grundsätzlich kein Neuerungsverbot. Nachdem im HeimAufG keine Sonderbestimmungen betreffend Neuerungen im Verfahren enthalten sind, gelten die allgemeinen Regelungen des Außerstreitverfahrens und daher § 49 AußStrG über die Zulässigkeit von Neuerungen. Die prinzipielle Neuerungerlaubnis wird dadurch gewissen Einschränkungen unterworfen.⁸⁰⁷ Aus § 49 Abs 1 AußStrG geht für antragsgebundene Verfahren hervor, dass sich die im Rekursverfahren neu vorgebrachten Tatsachen und angebotenen Beweismittel nur auf die angefochtenen und somit nicht auf die unangefochtenen, in Teilrechtskraft erwachsenen Teile des Beschlusses beziehen können. *Nova reperta*⁸⁰⁸ sind allerdings dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses hätten vorgebracht werden können, es sei denn, die Partei kann darlegen, dass es sich bei der Verspätung bzw Unterlassung des Vorbringens um eine entschuld bare Fehlleistung handelt (Abs 2). Auch für *nova producta*⁸⁰⁹ ist eine Beschränkung zu beachten. Sie finden im Rechtsmittelverfahren nur soweit Berücksichtigung, als sie nicht ohne wesentlichen Nachteil zum Gegenstand eines neuen Antrags – ausgenommen einen Abänderungsantrag – gemacht werden können (Abs 3). Für das heimaufenthaltsrechtliche Verfahren bedeutet dies, dass einer Änderung der Sachlage – zB mittlerweile hinzugetretene relevante Selbstgefährdung – stets Beachtung zu schenken ist und dass das Rekursgericht die geänderten Tatsachen bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat.⁸¹⁰

§ 17 Abs 3 HeimAufG hält ausdrücklich fest, dass wenn das Rekursgericht beschließt, eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, diese aber noch

⁸⁰⁷ Ergänzend dazu *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen 99 Rz 249 f und 103 f Rz 266 ff.

⁸⁰⁸ Jene Tatsachen und Beweismittel, die zur Zeit des erstinstanzlichen Beschlusses schon vorhanden waren.

⁸⁰⁹ Jene Tatsachen, die zur Zeit des erstinstanzlichen Beschlusses noch nicht vorhanden waren, sondern erst danach entstanden sind.

⁸¹⁰ So zB LG Eisenstadt 24.4.2006, 20 R 28/06a, iFamZ 2006/38 (98); wiederholt in LG Eisenstadt 10.8.2006, 20 R 80/06y, iFamZ 2006/78 (219) zur Fixierung am Rollstuhl mittels Bauchgurt ersetzt durch Rollstuhlischchen.

aufrecht ist, das Gericht unverzüglich⁸¹¹ den Einrichtungsleiter und den Bewohnervertreter zu verständigen hat. Wie auch aus den bisherigen Ausführungen wiederholt hervorgeht, ist die Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben.

2. Revisionsrekurs

Das Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Landesgerichts ist der Revisionsrekurs. Im HeimAufG ist lediglich in § 17a vorgesehen, dass im Revisionsrekursverfahren § 16 Abs 3 und § 17 Abs 3 sinngemäß gelten. Nachdem keine weiteren speziellen Abweichungen festgelegt wurden, ist daher darüber hinaus bei Bekämpfung des Beschlusses in dritter Instanz nach den §§ 62 bis 71 AußStrG vorzugehen.⁸¹²

An dieser Stelle ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Parteien im Verfahren vor dem OGH zwingend durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten sein müssen.⁸¹³ Dieser hat den Revisionsrekurs gem § 65 Abs 1 AußStrG binnen 14 Tagen ab Zustellung der zweitinstanzlichen Entscheidung durch Überreichung eines Schriftsatzes⁸¹⁴ beim Gericht erster Instanz zu erheben.

Zur Frage, ob auch dem Einrichtungsleiter eine 14-tägige Frist gleich wie dem Bewohner bzw dessen Vertreter zusteht, ist die Judikatur bislang uneinheitlich. In zwei OGH-Entscheidungen aus der Zeit vor dem In-Kraft-Treten der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurde mE verfehlt aus § 16 Abs 3 zweiter Satz HeimAufG (Rekursbeantwortung) eine bloß 7-tägige Revisionsrekursfrist für den Einrichtungsleiter abgeleitet.⁸¹⁵ Im Jahr 2011 änderte das Höchstgericht seine bisherige Rechtsprechung dazu, indem es festhielt, dass auch für den Einrichtungsleiter die Revisionsrekursfrist 14 Tage beträgt.⁸¹⁶ Kurz darauf erging eine neuerliche Entscheidung des OGH zu dieser Frage, wo wiederum von einer 7-tägigen Frist des Leiters der Einrichtung zur Erhebung eines Revisionsrekurses ausgegangen

⁸¹¹ Etwa per Fax; so 601 BlgNR 24. GP 24.

⁸¹² Zum Revisionsrekursverfahren vor dem OGH eingehend bei *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen 110 ff.

⁸¹³ Siehe bereits S 215.

⁸¹⁴ Vgl § 65 Abs 2 AußStrG.

⁸¹⁵ OGH 17.8.2006, 10 Ob 49/06p, iFamZ 2007/17 (37); OGH 18.10.2006, 9 Ob 103/06x, iFamZ 2007/74 (145) (*Kopetzki*).

⁸¹⁶ OGH 25.5.2011, 8 Ob 64/10k, iFamZ 2011/204 (279).

wird.⁸¹⁷ Argumentiert wurde dies damit, dass kein Grund erkennbar sei, dass der Gesetzgeber die Frist für den Revisionsrekurs und dessen Beantwortung unterschiedlich regeln wollte und daher der in § 17a fehlende Verweis auf § 16 Abs 2 ersten Satz HeimAufG als bloßes Redaktionsversehen zu deuten sei. Meiner Ansicht nach kann man dem Gesetzgeber dies jedoch nicht so ohne weiteres unterstellen, nachdem eben die unterschiedlichen Fristen zur Rekuserhebung bzw die unterschiedliche Ausgestaltung zur Möglichkeit der Rekurs- bzw Revisionsrekursbeantwortung ausdrücklich vom Gesetzgeber getroffen wurden. Den Wortlaut betrachtend verwies eben der Gesetzgeber gerade ausdrücklich nur auf bestimmte Absätze.

Gem § 62 Abs 1 AußStrG ist der Revisionsrekurs nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Rekursgericht von der Rechtsprechung des OGH abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist. Als Gründe können einschränkend nur jene, die in § 66 Abs 1 AußStrG genannt sind, geltend gemacht werden: die Fälle der §§ 56, 57 Z 1 oder 58, Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache.

Als Neuerungen können nur jene neuen Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden, die der Unterstützung oder Bekämpfung der Revisionsrekursgründe dienen.⁸¹⁸

D. Neuerlicher Überprüfungsantrag nach eingetretener Rechtskraft

Nach Eintritt der Rechtskraft eines Beschlusses gibt es nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, dennoch gegen den Beschluss aufzutreten. § 18 Abs 1 HeimAufG gestattet dem Bewohner, seinem Vertreter und seiner Vertrauensperson, einen Antrag zu stellen, aufgrund dessen das Gericht vor Ablauf der festgesetzten Frist für die Dauer der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung darüber neuerlich zu

⁸¹⁷ OGH 7.9.2011, 7 Ob 152/11w, RdM-LS 2012/17 (37) = iFamZ 2012/25 (34).

⁸¹⁸ Vgl § 66 Abs 2 AußStrG.

entscheiden hat. Die Gesetzesmaterialien⁸¹⁹ zeigen zweifelsfrei, dass dadurch kein Recht zur Bekämpfung der gerichtlichen Erstentscheidung eingeräumt werden soll, sondern dass dies der Berücksichtigung nachträglich eingetretener Änderungen der Sachlage⁸²⁰ dienen soll. Ein solcher Antrag kann daher erst nach Eintritt der Rechtskraft eines Beschlusses gestellt werden.⁸²¹ Dahinter stehender Zweck ist, nach Rechtskraft des Beschlusses eine vorzeitige Überprüfung der ursprünglichen Zulässigkeitsentscheidung zu erwirken, noch bevor die vom Gericht festgesetzte Frist für die höchstzulässige Dauer der Freiheitsbeschränkung abgelaufen ist. Denkbar ist zB, dass sich erst jetzt alternative Betreuungsmöglichkeiten ergeben, die Zweifel an der weiteren Zulässigkeit der überprüften Maßnahme aufkommen lassen. In solch einem Fall kann der soeben beschriebene Antrag gestellt werden.

Zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Beschlusses schon vorhandene Tatsachen und Beweismittel (*nova reperta*) können trotz rechtskräftiger Entscheidung allenfalls im Rahmen eines Abänderungsantrags gem § 73 Abs 1 Z 6 AußStrG⁸²² geltend gemacht werden. Dabei ist jedoch Voraussetzung, dass die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, die neuen Tatsachen oder Beweismittel im vorangegangenen Verfahren geltend zu machen.

Da die Abänderungsgründe in § 73 Abs 1 AußStrG taxativ aufgelistet und *nova producta* darin nicht enthalten sind, war es notwendig, die Bestimmung des § 18 HeimAufG in sinnvoller Ergänzung zu schaffen. Gäbe es diese Regelung nicht, könnte man verfahrenstechnisch nach Rechtskraft eines heimaufenthaltsrechtlichen Zulässigkeitsbeschlusses eingetretene Sachverhaltsänderungen vor Ablauf der gerichtlich gem § 15 Abs 2 HeimAufG festgesetzten Frist nicht geltend machen, was einen wohl untragbaren Zustand bedeutet hätte. Selbstverständlich gilt hier für die Praxis in den Einrichtungen, dass auch ohne eine gegenteilige gerichtliche Entscheidung Freiheitsbeschränkungen bei Wegfall einer der Voraussetzungen sofort – veranlasst durch die dafür verantwortliche anordnungsbefugte Person – aufzuheben sind (§ 18 Abs 2 HeimAufG).

⁸¹⁹ 353 BlgNR 22. GP 16.

⁸²⁰ Gleich den *nova producta* im Rekursverfahren.

⁸²¹ Vgl *Barth/Engel*, Heimrecht § 18 Anm 4 HeimAufG.

⁸²² Dieser lautet: „Nach dem Eintritt der Rechtskraft eines Beschlusses, mit dem über die Sache entschieden wurde, kann seine Abänderung beantragt werden, wenn ... 6. die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benützung im früheren Verfahren eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt hätte.“

Von all dem zu trennen ist der Fall, dass es sich um eine neuerliche, aber diesmal andere als die gerichtlich bereits für zulässig erklärte Beschränkung an demselben Bewohner handelt. Hier kann bei Zweifel an der Zulässigkeit ganz normal ein neuer Antrag gem § 11 HeimAufG eingebracht werden. Da es sich um eine andere zu überprüfende Maßnahme handelt, steht einem diesbezüglichen Verfahren nicht das Hindernis der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen.

E. Länger dauernde Freiheitsbeschränkungen

Gegen Ende der verfahrensrechtlichen Darstellung ist kurz die Vorgangsweise aufzuzeigen, wenn die im Zulässigkeitsbeschluss gesetzte Frist abgelaufen ist, aber dennoch die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme unverändert erfüllt sind und die Beschränkung auch tatsächlich bestehen bleiben soll. Dafür wurde in § 19 HeimAufG (länger dauernde Freiheitsbeschränkung)⁸²³ eine entsprechende Regelung vorgesehen.

§ 19 Abs 1 bestimmt für den Fall, dass die anordnungsbefugte Person beabsichtigt, die Freiheitsbeschränkung nicht mit Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist aufzuheben, dass eine Verständigungskette gleich jener des § 7 ausgelöst wird. Die anordnungsbefugte Person hat rechtzeitig⁸²⁴ unter Angabe der Gründe für die länger dauernde Freiheitsbeschränkung den Einrichtungsleiter sowie in sinngemäßer Anwendung des § 7 Abs 1 erster Satz den Bewohner zu verständigen. Der Einrichtungsleiter hat seinerseits spätestens 14 Tage vor Ablauf der Frist die Verständigung an die Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners weiterzuübermitteln.

Der Vertreter kann nun neuerlich einen Überprüfungsantrag stellen oder dem Gericht noch vor Fristablauf mitteilen, dass er davon Abstand nimmt. Unterlässt er die Antragstellung, so hat er gleichzeitig die Gründe anzuführen, wieso er die Voraussetzungen für die weitergehende Freiheitsbeschränkung für gegeben erachtet. In dieser Konstellation kommt der einzige Fall einer amtswegigen

⁸²³ Verlängerung einer ununterbrochenen Freiheitsbeschränkung; *Barth/Engel*, Heimrecht § 19 Anm 1 HeimAufG.

⁸²⁴ Aus dem weiteren Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass dies spätestens 14 Tage vor Ablauf der gerichtlichen Frist zu erfolgen hat. Sonst könnte der Einrichtungsleiter wiederum seiner daraus resultierenden Verpflichtung nicht zeitgerecht nachkommen. In diesem Sinn auch *Barth/Engel*, Heimrecht § 19 Anm 3 HeimAufG.

Überprüfungsmöglichkeit im Heimaufenthaltsrecht zum Tragen. Sollte das Gericht nämlich Zweifel an der Zulässigkeit der länger dauernden Freiheitsbeschränkung hegen, kann es gem § 19 Abs 2 von Amts wegen ein Verfahren einleiten.

Auf solche Überprüfungsverfahren finden erneut die §§ 11 bis 18 Anwendung. Einziger Unterschied ist die Verlängerung der im Beschluss zu setzenden Frist auf einen zeitlichen Rahmen von höchstens einem Jahr (Abs 3).⁸²⁵

Die Erläuternden Bemerkungen statuieren deutlich, dass auch bei Unterlassung einer neuerlichen Antragstellung durch den Vertreter und darauf folgendem Unterbleiben eines amtswegigen Überprüfungsverfahrens später noch *nova producta* Berücksichtigung finden können. „Der Vertreter des Bewohners ist an seine Erklärung nicht gebunden. Wenn sich seiner Auffassung nach der Zustand des Bewohners in der Folge verbessert, kann er diese Änderung der Verhältnisse zum Anlass nehmen, später einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung der länger dauernden Freiheitsbeschränkung zu stellen.“⁸²⁶

Eine Ungereimtheit fällt bei näherer Betrachtung des § 19 auf. Verständigt werden sollen sowohl alle Vertreter (Bewohnervertreter, gesetzlicher Vertreter und bevollmächtigter Vertreter) als auch die Vertrauensperson. In Abs 2 wird jedoch nur den Vertretern das Recht auf neuerliche Antragstellung bzw zur diesbezüglichen Verzichtserklärung zuerkannt. Dies ist mE fragwürdig, weil die Verständigung der Vertrauensperson ins Leere läuft, wenn ihr daran anknüpfende Rechte letztlich verwehrt bleiben. Außerdem zählt die Vertrauensperson neben den Vertretern zum antragslegitimierten Personenkreis des § 11 Abs 1. Dementsprechend sollte ihr das Antragsrecht zur Überprüfung einer länger dauernden Freiheitsbeschränkung ebenfalls eingeräumt werden. Nachdem aber auch im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 § 19 Abs 2 unverändert blieb, ist die Vertrauensperson weiterhin vom Recht auf neuerliche Antragstellung ausgenommen.⁸²⁷

⁸²⁵ Zur Vorgangsweise des Gerichts bei Säumigkeit des Vertreters in Bezug auf seine Erklärung dem Gericht gegenüber und zur Frage der Anwendbarkeit der längeren Frist des § 19 Abs 3 siehe näher *Barth*, RZ 2006, 10 f.

⁸²⁶ 353 BlgNR 22. GP 16.

⁸²⁷ Vgl zu diesem Problem *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber 135, die jedoch ohne weiteres die Vertrauensperson als antrags- bzw verzichtsberechtigt anführen und sich somit über den Gesetzeswortlaut hinwegsetzen.

F. Nachträgliche Überprüfung

Mit der Ub-HeimAuf-Nov 2010 wurden mit § 19a HeimAufG Regelungen hinsichtlich der nachträglichen Überprüfung⁸²⁸ einer Freiheitsbeschränkung eingefügt, die ein Antragsrecht des Bewohners und seines Vertreters verankern, auch dann eine gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme zu erwirken, wenn die Freiheitsbeschränkung bereits vor einer Antragstellung nach § 11 wieder aufgehoben wurde. Der Gesetzgeber reagierte damit auf eine in der Zwischenzeit herausgebildete Rechtsprechung, die bereits vor In-Kraft-Treten des § 19a ein solches Überprüfungsrecht zubilligte.⁸²⁹

§ 19a Abs 2 und 3 enthalten spezielle⁸³⁰ Regelungen für das Verfahren bei der nachträglichen Überprüfung. Demnach ist über diesbezügliche Anträge mündlich zu verhandeln, wobei zur Tagsatzung der Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson, der Leiter der Einrichtung und die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, zu laden sind. Das Gericht kann auch einen Sachverständigen beiziehen. Weiters ist vorgeschrieben, dass der Einrichtungsleiter dem Gericht das ärztliche Dokument iSd § 5 Abs 2, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und sonstige Aufzeichnungen über den Bewohner vorzulegen hat. Hinsichtlich der Teilnahmemöglichkeit des Bewohners und der Öffentlichkeit der Verhandlung sowie deren Einschränkung wird auf § 14 Abs 2 verwiesen.

Als Rechtsmittel gegen einen Zulässigkeitsbeschluss ist die Möglichkeit der Rekurerhebung durch den Bewohner und seinen Vertreter vorgesehen. Falls die Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, kommt das Rekursrecht allein dem Einrichtungsleiter zu. In beiden Fällen ist der Rekurs gem § 19a Abs 3 binnen 14 Tagen ab Zustellung der Entscheidung zu erheben.

Eine Frist für die Stellung eines nachträglichen Überprüfungsantrags wurde absichtlich nicht festgelegt. Vielmehr wurde die zuerst schon im Ministerialentwurf

⁸²⁸ Eine vergleichbare Regelung wurde im Zuge der Ub-HeimAuf-Nov 2010 mit § 38a UbG auch im Unterbringungsrecht ausdrücklich festgeschrieben.

⁸²⁹ Siehe dazu S 214 und 228 FN 775; vgl auch *Jelinek*, Die nachträgliche Überprüfung im UbG und HeimAufG, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltssnovelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 15 (15).

⁸³⁰ Die Materialien halten ergänzend ausdrücklich fest, dass die in § 19a Abs 2 und 3 nicht erwähnten Verfahrensbestimmungen des HeimAufG nicht anzuwenden sind; 601 BlgNR 24. GP 25.

vorgesehene Frist⁸³¹ wieder herausgenommen. Die Erläuternden Bemerkungen begründen dies damit, dass „Bemühungen um eine außergerichtliche Klärung und Aufarbeitung ohne Zeitdruck erfolgen können“.⁸³²

⁸³¹ Siehe weiter oben S 68.

⁸³² 601 BlgNR 24. GP 25.

XII. Verletzungsfolgen

A. Haftung und Rückersatz

1. Freiheitsentzug als Hoheitsverwaltung und § 24 HeimAufG

Zur näheren Regelung der Haftung bei Verletzungen der heimaufenthaltsrechtlichen Vorschriften wurde kurz vor Beschluss des HeimAufG § 24 über Haftung und Rückersatz eingefügt, der in der Regierungsvorlage ursprünglich noch nicht enthalten gewesen war.

Da durch die gesetzliche Übertragung der Anordnungsbefugnisse für Freiheitsbeschränkungen die Einrichtungsträger und in weiterer Folge die anordnungsbefugten Personen mit hoheitlichen Befugnissen betraut werden und dadurch eine Beleihung vorliegt⁸³³, ist logische Konsequenz, dass Haftungsfragen – wie sonst auch im Bereich der Hoheitsverwaltung – nach dem AHG geltend zu machen sind. Eingriffe in die Freiheitsrechte eines jeden Einzelnen zählen zu den typischen Staatsaufgaben und somit zu den an sich hoheitlichen Tätigkeiten. Die persönliche Freiheit ist verfassungsrechtlich umfassend geschützt, sodass „jeder nicht ohnehin aufgrund gerichtlicher Anordnungen erfolgende Eingriff in diese Rechte durch andere Organe von Rechtsträgern ausschließlich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen ist. Eine Anordnung, die Freiheitsentzug zur Folge hat, darf nur aufgrund eines hoheitlichen Befehls erfolgen; nicht nur sie selbst, sondern auch alle darauf folgenden Akte des Freiheitsentzugs sind hoheitliche Zwangsakte“.⁸³⁴

So sieht § 24 Abs 1 HeimAufG ausdrücklich vor, dass der Bund nach Maßgabe des AHG⁸³⁵ für den Schaden am Vermögen oder an der Person haftet, den ein Bediensteter oder Beauftragter⁸³⁶ einer Einrichtung in Vollziehung dieses

⁸³³ Vgl VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 (S 1152 f); dazu bereits oben S 88 f. *Barth/Engel*, Heimrecht § 24 Anm 4 HeimAufG, gehen hingegen für den vorliegenden Bereich nicht von einer Beleihung, sondern von einer „Inpflichtnahme“ aus. Zur Abgrenzung Beleihung – „Inpflichtnahme“ siehe *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 42 ff Rz 114 ff und 45 Rz 121.

⁸³⁴ *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 1 Rz 76 und 104.

⁸³⁵ Auf den Schadenersatzanspruch finden daher alle materiellen sowie formellen Regelungen des AHG Anwendung; vgl AB 378 BlgNR 22. GP 2.

⁸³⁶ Gemeint ist damit va ein beigezogener einrichtungsexterner Arzt.

Bundesgesetzes durch rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt hat. Wie auch im AHG festgeschrieben, haftet der Bedienstete oder Beauftragte dem Geschädigten nicht. Mögliche Regressansprüche des Bundes gegen den Einrichtungsträger und schließlich gegen den Bediensteten bzw den Beauftragten bestehen nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz (§ 24 Abs 2 und 3 HeimAufG).

Die erfassten Haftungsszenarien reichen von der rechtswidrigen Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme bis hin zur pflichtwidrigen Unterlassung einer solchen Anordnung. Es geht somit jedenfalls um alle einen Eingriff in die persönliche Freiheit des Einzelnen darstellenden Verhaltensweisen in jenen Einrichtungen, auf die sich der Anwendungsbereich des HeimAufG erstreckt, soweit die Vorgaben dieses Gesetzes nicht eingehalten werden. Weiters sind auch all jene Schäden darunter zu subsumieren, die gerade deswegen eintreten, weil eine zu setzende Maßnahme nicht durchgeführt wird.

2. Umfang des Schadenersatzes

Laut AHG richtet sich die Haftung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Dort regelt § 1329 ABGB⁸³⁷ den „Schadenersatz bei Verletzungen an der persönlichen Freiheit“. Neben der Wiedergewährung der Freiheit ist – entsprechend der allgemeinen Regelung des § 1324 ABGB – bei leichter Fahrlässigkeit nur der positive Schaden und im Fall von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz „volle Genugtuung“ (positiver Schaden und entgangener Gewinn) zu leisten. Der hier vorgesehene Umfang ist insofern problematisch, als in Art 5 Abs 5 EMRK und Art 7 PersFrG⁸³⁸ ein verschuldensunabhängiger⁸³⁹ Anspruch vorgesehen ist, der sogar den Ersatz immaterieller Schäden⁸⁴⁰ beinhaltet. Dies wird einerseits dadurch entschärft, dass nach einhelliger Judikatur § 1329 ABGB bei vorsätzlichem Handeln auch den Ersatz des ideellen Schadens zulässt.⁸⁴¹ Andererseits gehen die hM⁸⁴² und die

⁸³⁷ Zur rechtswidrigen Freiheitsberaubung *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 167 ff.

⁸³⁸ Art 5 Abs 5 EMRK: „Jeder, der entgegen den Bestimmungen dieses Artikels von Festnahme oder Haft betroffen worden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz.“ Art 7 PersFrG: „Jedermann, der rechtswidrig festgenommen oder angehalten wurde, hat Anspruch auf volle Genugtuung einschließlich des Ersatzes nicht vermögensrechtlichen Schadens.“

⁸³⁹ Vgl *Kopetzki*, Art 7 PersFrG Rz 13; *Grabenwarter*, EMRK 178 Rz 37.

⁸⁴⁰ Dazu etwa *Frowein/Peukert*, EMRK³ 138 Rz 151.

⁸⁴¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 348 FN 269.

stRsp⁸⁴³ ohnehin davon aus, dass die Ansprüche bei Freiheitsverletzungen durch hoheitliches Handeln – wie eben hier bei der durch das HeimAufG erfolgten Beleihung der Einrichtungen mit hoheitlichen Tätigkeiten – direkt auf Art 5 Abs 5 EMRK bzw Art 7 PersFrG gestützt werden können.

§ 24 HeimAufG ist daher verfassungskonform dergestalt auszulegen, dass bei Verletzungen der persönlichen Freiheit in einer unter das HeimAufG fallenden Einrichtung ein umfassender Ersatzanspruch gegen den Bund in Anlehnung an das Amtshaftungsverfahren geltend gemacht werden kann, der sowohl materielle als auch ideelle Schäden erfasst und darüber hinaus verschuldensunabhängig ist.

Bei der Bemessung des immateriellen Schadens spielen folgende Faktoren eine Rolle: die Dauer und Intensität des rechtswidrigen Freiheitsentzugs und des dadurch ausgestandenen Ungemachs, die psychisch-physische Situation des Betroffenen, die Beschaffenheit seiner Gefühlswelt, die Empfindsamkeit und die Schwankungsbreite seiner Gefühlswelt sowie die Schädigung des beruflichen und wirtschaftlichen Rufs.⁸⁴⁴

B. Strafrechtliche Sanktionen

Neben der zivilrechtlichen Haftung für Freiheitsverletzungen steht die Frage nach den strafrechtlichen Folgen im Raum. Wird in einer Einrichtung, auf die das HeimAufG anzuwenden ist, entgegen den materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen eine freiheitsbeschränkende Maßnahme gesetzt und kann diesbezüglich auch nicht auf einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen werden, so ist eine Verantwortlichkeit nach § 99 StGB (Freiheitsentziehung) zu prüfen.

⁸⁴² Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 348; *Schrägel*, AHG³ § 1 Rz 10 und 169 sowie Judikaturübersicht bei Rz 310; zu Art 5 Abs 5 EMRK weiters auch *Frowein/Peukert*, EMRK³ 137 Rz 147.

⁸⁴³ ZB OGH 18.6.1975, 1 Ob 226/74, SZ 48/69 (Grundsatzentscheidung); OGH 17.2.1982, 1 Ob 8/82, SZ 55/18; OGH 15.11.1989, 1 Ob 43/89, JBl 1990, 456; OGH 19.12.1990, 1 Ob 27,28/90, SZ 63/223; OGH 29.5.1995, 1 Ob 7/95, SZ 68/102; OGH 23.6.1995, 1 Ob 26/95, RZ 1996/51 (176); OGH 25.11.1997, 1 Ob 190/97s, SZ 70/243.

⁸⁴⁴ *Schrägel*, AHG³ § 1 Rz 10; zur Bemessung der Höhe des Ersatzanspruchs auch *Kopetzki*, Art 7 PersFrG Rz 15.

Den Tatbestand dieses Vorsatzdeliktes verwirklicht, wer einen anderen widerrechtlich gefangen hält oder ihm auf andere Weise die persönliche Freiheit entzieht.

In aller Kürze sind hier zwei als wesentlich zu beachtende Aspekte anzuführen: Erstens scheiden als taugliche Deliktsobjekte jene Personen aus, die nicht wenigstens die grundsätzliche Befähigung besitzen, ihre eigene Lage in Zeit und Raum zu bestimmen.⁸⁴⁵ Zweitens wird in der herrschenden Lehre und Judikatur von einer gewissen „Erheblichkeitsschwelle“ ausgegangen. Um von einer tatbestandsrelevanten Freiheitsentziehung sprechen zu können, wird eine zeitliche Mindestdauer von ca zehn Minuten verlangt.⁸⁴⁶ Dies ist aber nicht als starre Regel anzusehen. An die notwendige zeitliche Beeinträchtigung sind mit zunehmender sonstiger Intensität des Freiheitsentzugs geringere Anforderungen zu stellen.⁸⁴⁷

Eine allfällige strafrechtliche Haftung im Zusammenhang mit Verstößen im Bereich des HeimAufG kann nur bei natürlichen Personen auftreten. Seit dem In-Kraft-Treten des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes⁸⁴⁸ können zwar auch juristische Personen für Straftaten verantwortlich gemacht und sanktioniert werden. Da aber gem § 1 Abs 3 Z 2 des VbVG Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen nicht als Verbände im Sinne dieses Gesetzes gelten, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln, und die Einrichtungsträger egal welcher Rechtsnatur im Anwendungsbereich des HeimAufG immer hoheitlich agieren, kommt eine entsprechende Haftung nach dem VbVG nicht in Betracht.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ Vgl dazu S 133 FN 460.

⁸⁴⁶ Siehe *Schwaighofer* in WK² § 99 Rz 23; *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹¹ (2010) § 99 Rz 6.

⁸⁴⁷ ZB gewaltsames Niederdrücken für zwei Minuten; *Lewisch*, Strafrecht Besonderer Teil I² 99 f; zur Relevanz der Begleitumstände *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 99 Rz 8a; auch *Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil I² (2008) § 99 Rz 15.

⁸⁴⁸ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG) BGBl I 2005/151, in Kraft getreten mit 1.1.2006.

⁸⁴⁹ Vgl näher dazu *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 174 f.

XIII. Abschließende Bemerkungen

Das HeimAufG hat sich in seinen ersten Praxisjahren gut bewährt. Gleichzeitig zeigte der Heimalltag auch, wo Problemfelder in der Anwendung des HeimAufG liegen. Diese konnten im Zuge der ersten großen Novelle 2010 weitgehend behoben bzw verbessert werden.

Allein im ersten Jahr nach In-Kraft-Treten des HeimAufG ist es der Pflege- und Betreuungspraxis ganz gut gelungen, sich auf die neuen Rahmenbedingungen bei der Vornahme von Freiheitsbeschränkungen im Heimbereich einzustellen. Die Zahl der monatlich gemeldeten Freiheitsbeschränkungen ist – nach ihrem absoluten Spitzenwert von mehr als 16.000 Meldungen österreichweit im Juli 2005 – auf durchschnittlich rund 2.400 gesunken. Bis 31.12.2005 gab es jedenfalls insgesamt beinahe 32.000 Meldungen.⁸⁵⁰

Durch die Vermittlerrolle der Bewohnervertreter, die im Einvernehmen mit dem Einrichtungspersonal auf den Einsatz von alternativen Lösungsansätzen statt die Freiheit beeinträchtigende Maßnahmen hinwirken, konnte bzw kann die Zahl der zur Klärung einzelner Situationen wirklich notwendigen gerichtlichen Überprüfungsanträge niedrig gehalten werden. Auf die Möglichkeit der Überprüfung durch die Gerichte wird weitgehend erst dann zurückgegriffen, wenn alle Vorgespräche und Verhandlungen scheitern oder um aus Gründen der Rechtssicherheit Anträge zu wesentlichen Rechtsfragen des HeimAufG zu stellen. Daher wurden bislang die Gerichte verstärkt zur Entscheidung in jenen Fällen angerufen, in denen es um besonders massive, in Dauer und Intensität unverhältnismäßige und körpernahe Beschränkungen ging. Bei den überprüften Maßnahmen handelte es sich beispielsweise verstärkt um schwere Fixierungen, Sedierungen durch Medikamente und verspernte Türen.⁸⁵¹

Das HeimAufG statuiert unter Wahrung der grundrechtlichen Anforderungen betreffend den umfassenden Schutz der persönlichen Freiheit eindeutige Vorgaben dafür, wer in welchen Fällen welche Maßnahmen anordnen darf. Des Weiteren darf bei Setzung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nicht darauf vergessen werden,

⁸⁵⁰ Siehe *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 22.

⁸⁵¹ *Jaquemar/Bürger/Pimon*, iFamZ 2006, 23.

neben der persönlichen Freiheit andere grundrechtlich geschützte Rechtsgüter zu beachten und in ihrer Unversehrtheit zu wahren. Aufgrund der mit der vorliegenden Arbeit verbundenen Fragestellungen zum Schutz der persönlichen Freiheit blieben solche weiteren im Zuge von Beschränkungen möglicherweise noch betroffenen Rechtsgüter außer Betracht. Dennoch ist auf die Tatsache hinzuweisen, dass neben der durch Art 5 EMRK und das PersFrG geschützten körperlichen Bewegungsfreiheit im Raum auch andere Rechte – zB das Recht auf Leben, Gesundheit und körperliche Unversehrtheit (Art 2 EMRK), das Recht auf Achtung der Menschenwürde, Verbot erniedrigender und unmenschlicher Behandlung (Art 3 EMRK) sowie das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) – beeinträchtigt sein können. Dies sei an dieser Stelle erwähnt, um zum Abschluss auch diese heiklen Bereiche in Erinnerung zu rufen.

Besonders drastisch sind Fälle der psychischen Gewalt, wie sie in der Vergangenheit infolge von Überforderung und mangelhafter Ausbildung vereinzelt durchaus in Erscheinung traten. Zu denken ist etwa an Vorkommnisse wie den Entzug des zustehenden Taschengelds als pädagogische Straf- bzw Erziehungsmaßnahme, demütigenden Umgangston udgl. Ebenfalls vor dem grundrechtlichen Hintergrund von praktischer Relevanz ist die Frage nach der Zulässigkeit von elektronischen Überwachungs- und Personenortungssystemen unter dem Aspekt des Selbstbestimmungsrechts und der Achtung der Privatsphäre des Betroffenen, da bei Einsatz dieser Mittel kein Schritt mehr unbeobachtet getan werden kann. Hier ist somit einzelfallbezogen unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abzuwägen, ob nicht das von Art 8 EMRK geschützte Privatleben in unzulässigem Umfang verletzt wird.

Im Ergebnis zeigt sich daher, dass freiheitsbeschränkende Maßnahmen nicht nur begrenzt im Hinblick auf die Wahrung des Grundrechts auf persönliche Freiheit zu sehen sind, sondern auch aus einem gesamtheitlichen Blickwinkel im Sinne der soeben erfolgten Überlegungen. Den zentralen Kernbereich bildet dabei natürlich das HeimAufG, das nach langer Zeit der rechtlichen „Grauzone“ endlich Rechtssicherheit und klare Vorgaben für trotz größter Mühe und Sorgfalt des Pflege- und Betreuungspersonals unvermeidbare freiheitsbeschränkende Maßnahmen brachte.

Im Großen und Ganzen gelang es dem Gesetzgeber, eine verständliche Regelung unter Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu schaffen. Mit der

Erweiterung des Anwendungsbereichs auf nicht-stationäre Behinderteneinrichtungen erfolgte eine erste Novellierung⁸⁵² des HeimAufG. Die Ub-HeimAuf-Nov 2010⁸⁵³ brachte in diversen Punkten größere Veränderungen bzw Korrekturen mit sich. Mit dieser ersten kleinen Reform des Heimaufenthaltsrechts wurde auf die Erfahrungen der Anwendungspraxis und auch auf die dazu herausgebildete Judikatur reagiert. Die Auseinandersetzung mit dem Thema der Kostentragung bei beigezogenen externen Ärzten blieb jedoch neuerlich unberücksichtigt. Wie bereits aufgezeigt, wurde zwischenzeitlich eine diesbezügliche Vereinbarung zwischen Ärztekammer und Bundesverband der Alten- und Pflegeheime geschlossen.⁸⁵⁴ Hier sollte sich der Gesetzgeber dennoch verpflichtet fühlen, eine verbindliche Vorgabe für alle in Form einer gesetzlichen Regelung zu schaffen.

Im Zusammenhang mit der Kosten- und Ressourcenfrage ist auch darauf zu achten, dass ein wirksamer Rechtsschutz nur dann gewährleistet werden kann, wenn auch der Bewohnervertretung genügend finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, um einen entsprechenden Personalstand zu erhalten. So wurde etwa der Anwendungsbereich des HeimAufG im Jahr 2006 auf Tagesbetreuungseinrichtungen für Menschen mit geistigen Behinderungen erweitert, ohne jedoch an zusätzliche Ressourcen für die ohnehin bereits an ihren Kapazitätsgrenzen arbeitende Bewohnervertretung zu denken. Um den nach langer Zeit des rechtlichen „Graubereichs“ endlich durch das HeimAufG errungenen Rechtsschutz in Bezug auf die Freiheitsrechte von Heimbewohnern effektiv zu gewährleisten, ist somit auch die ausreichende Finanzierung der aufgrund des HeimAufG vorgesehenen Rechtsschutzeinrichtungen sicher zu stellen.⁸⁵⁵

Abschließend ist festzuhalten, dass dem HeimAufG zusammenfassend betrachtet eine beachtliche Signalwirkung zukommt. Es verdeutlicht den besonderen Stellenwert des verfassungsrechtlich abgesicherten Schutzes der persönlichen Freiheit in allen Lebensbereichen. Mit den heimaufenthaltsrechtlichen Bestimmungen wurde eine Basis geschaffen, die neben der gewünschten Rechtssicherheit allgemein zur Bewusstseinsbildung und zur Offenheit für Alternativen anregt, um

⁸⁵² BGBl I 2006/94.

⁸⁵³ BGBl I 2010/18.

⁸⁵⁴ Siehe S 184 ff.

⁸⁵⁵ Zur Ressourcenproblematik der Bewohnervertretung siehe *Schlaffer*, Rechte setzen sich nicht von selbst durch, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 152 (161 f).

freiheitsbeschränkende Maßnahmen auf ein unumgängliches Minimum zu reduzieren. Eine wichtige Rolle bei der praktischen Umsetzung nehmen die Bewohnervertreter ein, da sie als Beratungs-, Vermittlungs- und Kommunikationsinstanz fungieren und im kooperativen Miteinander gemeinsam mit dem Pflege- und Betreuungspersonal nach Wegen der Vermeidung von Freiheitsbeschränkungen suchen. Veränderte Sichtweisen und Zugänge zu alternativen Pflege- und Betreuungsmöglichkeiten wirken sich darüber hinaus letztendlich auch positiv auf die Qualität der Pflege aus⁸⁵⁶, sodass stets eine Weiterentwicklung und Verbesserung im Interesse aller Beteiligten stattfindet.

⁸⁵⁶ Zur diesbezüglichen Erwartungshaltung vgl. *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation 54 und 76; zur erfolgten Sensibilisierung in Bezug auf Freiheitsbeschränkungen in den Einrichtungen als positiver Haupteffekt des HeimAufG siehe *Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Rechtsschutz und Pflegekultur 41 f, 130 und 146.

XIV. Anhang

A. VlbG PflegeheimG (idF vlbG LGBl 2002/16) – Auszug

Beschränkung der Bewegungsfreiheit

§ 12. (1) Die Bewegungsfreiheit eines Bewohners darf nur zum Schutz des Lebens und der Gesundheit dieses Bewohners oder anderer Menschen beschränkt werden. Eine Beschränkung ist nach Art, Umfang und Dauer nur insoweit zulässig, als sie im Einzelfall zur Gefahrenabwehr unerlässlich ist. Eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit, die mit einem Freiheitsentzug verbunden ist (freiheitsentziehende Maßnahme), ist weiters nur dann zulässig, wenn der betroffene Bewohner an einer psychischen Erkrankung leidet.

(2) Freiheitsentziehende Maßnahmen dürfen nur von der Pflegeleitung und nur mit ärztlicher Genehmigung angeordnet werden. Art, Umfang, Dauer und Grund sind in der Pflegedokumentation festzuhalten. Andere Beschränkungen der Bewegungsfreiheit sind ebenso zu dokumentieren.

(3) Der betroffene Bewohner, sein gesetzlicher Vertreter und die Person, die vom Bewohner als auskunftsberechtigt genannt wurde (§ 10), sind über freiheitsentziehende Maßnahmen unverzüglich zu verständigen.

Schutz der persönlichen Freiheit

§ 13. (1) Wer von einer freiheitsentziehenden Maßnahme betroffen ist oder war (§ 12), hat das Recht, den Unabhängigen Verwaltungssenat mit der Behauptung anzurufen, dass ihm die Freiheit rechtswidrig entzogen wurde (Art. 6 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit).

(2) Die Beschwerde kann vom betroffenen Bewohner, von den anderen in § 10 Abs. 1 angeführten Personen und von der Bezirkshauptmannschaft erhoben werden.

(3) Der Unabhängige Verwaltungssenat hat binnen einer Woche zu entscheiden, es sei denn, die freiheitsentziehende Maßnahme hätte vorher geendet. Wenn der Freiheitsentzug rechtswidrig ist oder war, entscheidet der Unabhängige Verwaltungssenat auf Aufhebung bzw. Unzulässigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme.

B. Ministerialentwurf HeimAufG – 366/ME 21. GP

Bundesgesetz, mit dem Freiheitsbeschränkungen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen geregelt werden (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)

Anwendungsbereich

§ 1. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes gelten für die Durchführung von Beschränkungen in Alten- und Pflegeheimen sowie ähnlichen Einrichtungen, in denen wenigstens drei Menschen stationär auf Dauer oder auf bestimmte Zeit betreut und gepflegt werden können (im Folgenden Heime). Sie sind weder auf Krankenanstalten noch auf Einrichtungen für medizinische Maßnahmen der Rehabilitation, die nicht der Betreuung alter, pflegebedürftiger oder behinderter Menschen dienen, noch auf Heime und sonstige Einrichtungen anzuwenden, die zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung bestimmt sind.

(2) Eine Beschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn einem Heimbewohner im Heim die Bewegungsfreiheit gegen oder ohne seinen Willen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise entzogen wird.

Voraussetzungen einer Beschränkung

§ 2. (1) Eine Beschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn

1. der Heimbewohner an einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leidet und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer konkret gefährdet,
2. die Beschränkung zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet ist und
3. die Gefahr nicht durch schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen abgewendet werden kann.

(2) Die Beschränkung muss hinsichtlich ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen sein. Die Würde des Heimbewohners ist unter allen Umständen zu achten und zu wahren.

Vornahme einer Beschränkung

§ 3. (1) Eine Beschränkung darf nur unter Einhaltung fachlich zeitgemäßer Standards und unter möglicher Schonung des Heimbewohners vorgenommen werden. Sie muss von der für die Leitung der Pflege und Betreuung verantwortlichen Person oder ihrem Vertreter (Pflegeleitung) angeordnet werden. Wenn eine Beschränkung voraussichtlich auf Dauer oder regelmäßig erforderlich sein wird, ist zudem das ärztliche Zeugnis eines Facharztes für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie über das Vorliegen der Voraussetzungen einzuholen.

(2) Der Grund und die Art sowie der Beginn und die Dauer der Beschränkung sind in der Pflegedokumentation festzuhalten. Das ärztliche Zeugnis und der Nachweis über die Verständigungen nach Abs. 3 sind dieser als Bestandteil anzuschließen.

(3) Die Pflegeleitung hat den Heimbewohner über den Grund und die Art sowie den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Beschränkung aufzuklären. Sein Vertreter, eine von ihm genannte Vertrauensperson und die Geschäftsstelle des Vereins zur Bewohnervertretung (§§ 4 und 5) sind davon unverzüglich zu verständigen.

Bewohnervertretung

§ 4. (1) Die Vertretung der Heimbewohner bei der Wahrnehmung ihres Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt dem nach der Lage des Heimes örtlich zuständigen Verein für Sachwalterschaft und Patientenadvokatur (§ 1 VSPAG).

(2) Der Verein wird mit der Vornahme der Beschränkung kraft Gesetzes Vertreter des Heimbewohners, sofern der Heimbewohner nicht bereits einen Rechtsanwalt oder Notar zu seinem Vertreter bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit bestellt hat. Durch diese Vertretungsbefugnis des Vereins werden weder die Geschäftsfähigkeit des Heimbewohners noch die Vertretungsbefugnis eines sonstigen gesetzlichen Vertreters berührt.

(3) Der Verein hat der Heimleitung und dem Gericht eine oder mehrere Personen namhaft zu machen, denen die Ausübung seiner Vertretungsbefugnisse zukommt (Bewohnervertreter).

(4) Wenn der Heimbewohner nachträglich einen Rechtsanwalt oder Notar zu seinem Vertreter bei der Wahrnehmung des Rechtes auf persönliche Freiheit bestellt, erlischt die Vertretungsbefugnis des Vereins. Sie lebt jedoch wieder auf, wenn die Vollmacht des Rechtsanwalts oder Notars endet. Von der Begründung oder Beendigung seiner Vollmacht hat der Rechtsanwalt oder Notar die Geschäftsstelle des Vereins, die Heimleitung und das Gericht unverzüglich zu verständigen.

(5) Der Bewohnervertreter ist insbesondere berechtigt, sich einen persönlichen Eindruck vom Heimbewohner zu verschaffen, mit der Pflegeleitung das Vorliegen der Voraussetzungen der Beschränkung zu besprechen, jederzeit ein Heim auch unangemeldet zu besuchen und Einsicht in die Pflegedokumentation in dem zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderlichen Umfang zu nehmen.

(6) Die Heimleitung hat dafür zu sorgen, dass der Heimbewohner in geeigneter Weise Auskunft über den Bewohnervertreter erhält.

Verhältnis zum Heimbewohner

§ 5. (1) Der Bewohnervertreter hat den Heimbewohner über die beabsichtigten Vertretungshandlungen und sonstige wichtige Angelegenheiten aufzuklären und seinen Wünschen zu entsprechen, soweit diese dem Wohl des Heimbewohners nicht offenbar abträglich und dem Bewohnervertreter zumutbar sind.

(2) Der Bewohnervertreter ist mit Ausnahme des Gerichtes und des Vereins jedermann gegenüber zur Verschwiegenheit über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Heimbewohners erforderlich ist und nicht

diesen selbst eine Auskunftspflicht trifft. Die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung (§ 301 StGB).

Gerichtliche Überprüfung eine Beschränkung

§ 6. (1) Der Heimbewohner, sein Vertreter, seine Vertrauensperson und die Pflegeleitung sind berechtigt, einen schriftlichen Antrag auf gerichtliche Überprüfung einer Beschränkung zu stellen. Sofern der Antrag nicht von der Vertrauensperson des Heimbewohners gestellt wird, sind deren Namen und Adresse im Antrag anzugeben.

(2) Zur Prüfung einer Beschränkung ist jenes Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel das Heim liegt.

(3) Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens trägt der Bund.

Mündliche Verhandlung

§ 7. (1) Das Gericht hat innerhalb von längstens sieben Tagen ab Einlangen des Antrags nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Heim zu entscheiden. Zur mündlichen Verhandlung sind jedenfalls der Heimbewohner, sein Vertreter, seine Vertrauensperson und die Pflegeleitung zu laden.

(2) In der Verhandlung hat das Gericht sich einen persönlichen Eindruck vom Heimbewohner zu verschaffen und ihn zu hören. Es hat in die Pflegedokumentation einzusehen und den Vertreter des Heimbewohners, seine Vertrauensperson, die Pflegeleitung und andere anwesende Auskunftspersonen zu hören. Die Pflegeleitung hat dafür zu sorgen, dass der Heimbewohner an der mündlichen Verhandlung teilnehmen kann. Das Gericht und die anderen Beteiligten haben darauf zu achten, dass die Verhandlung unter möglichster Schonung des Heimbewohners durchgeführt wird.

(3) Das Gericht kann der mündlichen Verhandlung einen nicht dem Heim angehörenden Sachverständigen beiziehen. Dieser hat seinen Befund und sein Gutachten mündlich zu erstellen. Den Verfahrensbeteiligten ist Gelegenheit zu geben, Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

(4) Auf die Verhandlung sind die §§ 239 und 242 AußStrG sinngemäß anzuwenden.

Beschluss

§ 8. (1) Am Schluss der mündlichen Verhandlung hat das Gericht über die Zulässigkeit der Beschränkung zu entscheiden. Der Beschluss ist in der mündlichen Verhandlung zu verkünden, zu begründen und dem Heimbewohner in geeigneter Weise zu erläutern.

(2) Erklärt das Gericht die Beschränkung für zulässig, so hat es hiefür im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen und die näheren Umstände der Beschränkung genau zu umschreiben. Es hat das zulässige Ausmaß der Beschränkung unter möglichster Schonung des Heimbewohners zu bestimmen.

(3) Erklärt das Gericht die Beschränkung für unzulässig, so ist diese sogleich aufzuheben, es sei denn, dass die Pflegeleitung in der mündlichen Verhandlung erklärt, sie werde gegen den Beschluss Rekurs erheben, und das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt.

(4) Das Gericht hat den Beschluss innerhalb von sieben Tagen schriftlich auszufertigen. Der Beschluss ist dem Heimbewohner, seinem Vertreter, seiner Vertrauensperson und der Pflegeleitung jeweils mit Zustellnachweis zuzustellen.

Rechtsmittel

§ 9. (1) Gegen den Beschluss, mit dem eine Beschränkung für zulässig erklärt wird, können die in § 8 Abs. 4 genannten Personen innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Rekurs erheben.

(2) Gegen den Beschluss, mit dem eine Beschränkung für unzulässig erklärt wird, kann die Pflegeleitung unter der Voraussetzung des § 8 Abs. 3 innerhalb von sieben Tagen Rekurs erheben. Das Gericht erster Instanz hat unmittelbar nach Einlangen des Rekurses zu entscheiden, ob dem Rekurs weiter aufschiebende Wirkung zukommt. Gegen diese Entscheidung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

Verfahren in zweiter Instanz

§ 10. (1) Das Gericht zweiter Instanz hat, sofern die Beschränkung noch andauert, innerhalb von vierzehn Tagen ab Einlangen der Akten zu entscheiden.

(2) Dabei hat es das Verfahren selbst zu ergänzen oder neu durchzuführen, soweit es dies für erforderlich hält. Einen persönlichen Eindruck vom Heimbewohner darf es sich auch durch ein einzelnes Mitglied des Senats verschaffen.

(3) Erklärt das Gericht zweiter Instanz die Beschränkung für unzulässig, so ist diese sofort aufzuheben.

Neuerliche Beschränkung

§ 11. Wird nach Ablauf der vom Gericht festgesetzten Frist neuerlich eine Beschränkung vorgenommen, so sind auf deren Zulässigkeit sowie auf das Verfahren zu ihrer Überprüfung die §§ 2 bis 10 und 12 anzuwenden. Das Gericht hat in diesem Fall der mündlichen Verhandlung einen Sachverständigen beizuziehen. Im Beschluss, mit dem das Gericht die Beschränkung für zulässig erklärt, kann es in diesem Fall eine Frist festsetzen, die ein Jahr nicht übersteigt.

Aufhebung der Beschränkung

§ 12. (1) Vor Ablauf der vom Gericht festgesetzten Frist hat das Gericht über die Zulässigkeit der Beschränkung zu entscheiden, wenn dies der Heimbewohner, sein Vertreter oder seine Vertrauensperson beantragt.

(2) Die Pflegeleitung hat die Beschränkung jederzeit aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Sie hat hievon unverzüglich das Gericht, den Heimbewohner, seinen Vertreter und seine Vertrauensperson in geeigneter Weise in Kenntnis zu setzen.

In-Kraft-Treten

§ 13. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2004 in Kraft.

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf Beschränkungen anzuwenden, die schon vor seinem In-Kraft-Treten vorgenommen worden sind und weiterhin andauern.

(3) Solange ein Verein im Sinn des § 4 Abs. 1 noch keinen Bewohnervertreter namhaft gemacht hat, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts dazu geeignete und bereite, vom Heim und von dessen Träger unabhängige Personen zu Bewohnervertretern zu bestellen. Diesen Personen kommen die ansonsten dem Verein zustehenden Vertretungsbefugnisse sowie die Rechte der vom Verein namhaft gemachten Bewohnervertreter zu.

(4) Ein nach Abs. 3 bestellter Bewohnervertreter hat Anspruch auf Ersatz der Reise- und Aufenthaltskosten sowie der notwendigen Barauslagen und auf Abgeltung des Zeitaufwands in der in § 18 Abs. 1 GebAG 1975 angeführten Höhe. Über den Gebührenanspruch entscheidet der Vorsteher des Bezirksgerichts. Die Beträge sind am Ende jedes Kalendervierteljahres auszuführen.

Vollziehung

§ 14. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

C. Regierungsvorlage HeimAufG – 353 BlgNR 22. GP

An dieser Stelle werden nur jene Bestimmungen der RV zitiert, die im Justizausschuss letztlich noch kurzfristig eine Änderung erfahren haben. Die haftungsrechtliche Regelung (neu eingefügter § 24 HeimAufG) kam überhaupt erst im Zuge der letzten Korrekturen hinzu. Sonst deckt sich der Wortlaut der RV mit dem schließlich kundgemachten HeimAufG.

Geltungsbereich

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Voraussetzungen und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, Behindertenheimen sowie in anderen Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können. In Krankenanstalten ist dieses Bundesgesetz nur auf Personen anzuwenden, die dort wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege oder Betreuung bedürfen.

(2) Dieses Bundesgesetz ist auf nicht-stationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe, auf Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, auf Krankenanstalten oder Abteilungen für Psychiatrie sowie auf Anstalten für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nicht anzuwenden.

Bewohnervertreter

§ 8. (1) Die Vertretung des Bewohners bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt dem nach der Lage der Einrichtung für die Namhaftmachung von Sachwaltern örtlich zuständigen Verein (§ 1 des Vereinssachwalter- und Patientenanwaltsgesetzes, BGBl. Nr. 156/1990).

(2) Der in Abs. 1 genannte Verein wird mit dem Beginn der Freiheitsbeschränkung kraft Gesetzes Vertreter des Bewohners. Durch diese Vertretungsbefugnis des Vereins werden weder die Geschäftsfähigkeit des Bewohners noch die Vertretungsbefugnis eines anderen gesetzlichen Vertreters berührt.

(3) Die Vertretungsbefugnis des Vereins tritt nicht ein oder endet, wenn der Bewohner einen Rechtsanwalt oder Notar zu seinem Vertreter bestellt. Hat er einen anderen Vertreter bestellt, so bleibt die Vertretungsbefugnis des Vereins aufrecht, soweit der Bewohner nicht im Einzelnen etwas anderes bestimmt.

(4) Der Verein hat dem Träger der Einrichtung und dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichts eine oder mehrere von ihm ausgebildete und für die besonderen Verhältnisse im Pflegebereich geschulte Personen namhaft zu machen, denen die Ausübung der Vertretungsbefugnisse zukommt (Bewohnervertreter). Der Vorsteher des Bezirksgerichtes hat den Namen und die Adresse des Bewohnervertreters in der Ediktsdatei kundzumachen. Wenn der Verein die Namhaftmachung

eines Bewohnervertreeters widerruft, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts die Kundmachung zu berichtigen.

(5) Ein vom Bewohner bestellter Rechtsanwalt, Notar oder sonstiger Vertreter hat von der Begründung oder Beendigung der Vollmacht die Geschäftsstelle des Vereins, den Leiter der Einrichtung und – sofern ein gerichtliches Verfahren anhängig ist – auch das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Vollziehung

§ 24. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind der Bundesminister für Justiz sowie der Bundesminister für Gesundheit und Frauen, hinsichtlich der §§ 11 Abs. 4 und 23 Abs. 3 im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen, betraut.

D. HeimAufG – BGBl I 2004/11 idF BGBl I 2006/94

Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Schutz der persönlichen Freiheit

§ 1. (1) Die persönliche Freiheit von Menschen, die aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer Krankheit der Pflege oder Betreuung bedürfen, ist besonders zu schützen. Ihre Menschenwürde ist unter allen Umständen zu achten und zu wahren. Die mit der Pflege oder Betreuung betrauten Menschen sind zu diesem Zweck besonders zu unterstützen.

(2) Freiheitsbeschränkungen sind nur dann zulässig, soweit sie im Verfassungsrecht, in diesem Bundesgesetz oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind.

Geltungsbereich

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz regelt allein die Voraussetzungen und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, Behindertenheimen sowie in anderen Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können. In Krankenanstalten ist dieses Bundesgesetz nur auf Personen anzuwenden, die dort wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege oder Betreuung bedürfen.

(2) Dieses Bundesgesetz ist auf Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, auf Krankenanstalten oder Abteilungen für Psychiatrie sowie auf Anstalten für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nicht anzuwenden.

(3) Im Übrigen gilt dieses Bundesgesetz nicht für die Aufnahme, die Pflege und Betreuung, die Behandlung und den Umgang mit sonstigen Persönlichkeitsrechten der Bewohner von Alten- und Pflegeheimen sowie anderen Einrichtungen.

Freiheitsbeschränkung

§ 3. (1) Eine Freiheitsbeschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (im Folgenden Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird.

(2) Eine Freiheitsbeschränkung liegt nicht vor, wenn der einsichts- und urteilsfähige Bewohner einer Unterbindung der Ortsveränderung, insbesondere im Rahmen eines Vertrages über die ärztliche Behandlung, zugestimmt hat.

2. Abschnitt

Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung

Zulässigkeitsvoraussetzungen

- § 4. Eine Freiheitsbeschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn
1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben und die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet,
 2. sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist sowie
 3. diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann.

Vornahme einer Freiheitsbeschränkung

§ 5. (1) Eine Freiheitsbeschränkung darf nur aufgrund der Anordnung einer dazu befugten Person vorgenommen werden. Anordnungsbefugte ist

1. der mit der Führung der Abteilung oder – falls eine solche nicht besteht – der mit der Leitung der Einrichtung betraute Arzt oder sein Vertreter oder
2. in Einrichtungen, die nicht unter ärztlicher Leitung stehen, die mit der ärztlichen Aufsicht oder mit der Leitung des Pflegedienstes betraute Person oder ihr Vertreter oder
3. in Einrichtungen, die weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter pflegerischer Leitung stehen, ein mit der Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen betrauter Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege oder sein Vertreter oder die mit der pädagogischen Leitung betraute Person oder ihr Vertreter.

(2) Wenn eine Freiheitsbeschränkung voraussichtlich länger als 24 Stunden oder wiederholt erforderlich sein wird, darf sie nur von einem Arzt angeordnet werden. Auch eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen muss von einem Arzt angeordnet werden.

(3) Eine Freiheitsbeschränkung darf nur unter Einhaltung fachgemäßer Standards und unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt werden.

(4) Eine Freiheitsbeschränkung ist sofort aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Dokumentation

§ 6. (1) Der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung sind schriftlich zu dokumentieren. Ärztliche Zeugnisse und der Nachweis über die notwendigen Verständigungen sind diesen Aufzeichnungen anzuschließen.

(2) Ebenso sind der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit festzuhalten.

Aufklärung und Verständigung

§ 7. (1) Die anordnungsbefugte Person hat den Bewohner über den Grund, die Art, den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Freiheitsbeschränkung auf geeignete, seinem Zustand entsprechende Weise aufzuklären. Zudem hat sie von der Freiheitsbeschränkung, von deren Aufhebung und von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit unverzüglich den Leiter der Einrichtung zu verständigen.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat von der Freiheitsbeschränkung oder von deren Aufhebung unverzüglich den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners zu verständigen und diesen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Diese Personen sind auch von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit unverzüglich zu verständigen.

3. Abschnitt

Vertretung

Bewohnervertreter

§ 8. (1) Die Vertretung des Bewohners bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt dem von ihm hierfür bestellten nahen Angehörigen, Rechtsanwalt oder Notar. Dieser vom Bewohner bestellte Vertreter bedarf einer auf die Wahrnehmung dieses Rechtes lautenden schriftlichen Vollmacht.

(2) Darüber hinaus wird auch der für die Namhaftmachung von Sachwaltern nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständige Verein (§ 1 des Vereinssachwalter- und Patientenanwaltsgesetzes, BGBl. Nr. 156/1990) kraft Gesetzes Vertreter des Bewohners, sobald eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird. Durch diese Vertretungsbefugnis werden die Geschäftsfähigkeit des Bewohners und die Vertretungsbefugnis eines anderen gesetzlichen Vertreters nicht berührt.

(3) Der Verein hat dem Träger der Einrichtung und dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichts eine oder mehrere von ihm ausgebildete und für die besonderen Verhältnisse im Pflegebereich geschulte Personen namhaft zu machen, denen die Ausübung der Vertretungsbefugnisse zukommt (Bewohnervertreter). Der Vorsteher des Bezirksgerichts hat den Namen und die Büroadresse des Bewohnervertreters in der Ediktsdatei kundzumachen. Wenn der Verein die Namhaftmachung eines Bewohnervertreters widerruft, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts die Kundmachung zu berichtigen.

(4) Ein vom Bewohner bestellter Vertreter (Abs. 1) hat von der Begründung oder Beendigung der Vollmacht den Leiter der Einrichtung und – sofern ein gerichtliches Verfahren anhängig ist – auch das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Befugnisse und Pflichten des Vertreters

§ 9. (1) Der bestellte Vertreter oder Bewohnervertreter ist insbesondere berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, mit der anordnungsbefugten Person und Bediensteten der Einrichtung das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung zu besprechen, die Interessenvertreter der Bewohner oder Klienten der Einrichtung zu befragen und in dem zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen. Bei der Wahrnehmung seiner Rechte hat der bestellte Vertreter oder Bewohnervertreter auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner in geeigneter Weise Auskunft über den Bewohnervertreter erhält und sich mit diesem oder dem von ihm bestellten Vertreter ungestört besprechen kann.

(3) Der Bewohnervertreter ist befugt, den für die Aufsicht über die Einrichtung oder zur Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Behörden die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen mitzuteilen. Er hat diesen Behörden insoweit Auskünfte zu erteilen, als dies für die Besorgung der ihnen zukommenden Aufgaben erforderlich ist.

Verhältnis zum Vertretenen

§ 10. (1) Der Bewohnervertreter hat den Bewohner über die beabsichtigten Vertretungshandlungen und sonstige wichtige Angelegenheiten auf geeignete, dessen Zustand entsprechende Weise aufzuklären. Er hat den Wünschen des Bewohners zu entsprechen, soweit diese dessen Wohl nicht offenbar abträglich und dem Bewohnervertreter zumutbar sind.

(2) Der Bewohnervertreter ist zur Verschwiegenheit über die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Bewohners erforderlich ist und nicht diesen selbst eine Auskunftspflicht trifft. Diese Verschwiegenheitspflicht gilt nicht gegenüber dem Gericht, dem Verein, dem Vertreter und der Vertrauensperson des Bewohners sowie gegenüber den in § 9 Abs. 3 genannten Behörden. Ihre Verletzung ist wie die Verletzung von Berufsgeheimnissen (§ 121 des Strafgesetzbuchs, BGBl. Nr. 60/1974) zu bestrafen.

4. Abschnitt

Gerichtliche Überprüfung

Antrag auf Überprüfung

§ 11. (1) Der Bewohner, sein Vertreter, seine Vertrauensperson und der Leiter der Einrichtung sind berechtigt, einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung zu stellen.

Sofern der Antrag nicht von der Vertrauensperson des Bewohners gestellt wird, sind deren Name und Adresse im Antrag anzugeben.

(2) Zur Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel die Einrichtung liegt.

(3) Soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, sind auf das Verfahren die allgemeinen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes anzuwenden. Das Verfahren ist dem Richter vorbehalten.

(4) Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens trägt der Bund.

Anhörung des Bewohners

§ 12. (1) Das Gericht hat sich binnen sieben Tagen ab dem Einlangen des Antrags einen persönlichen Eindruck vom Bewohner in der Einrichtung zu verschaffen. Es hat ihn über Grund und Zweck des Verfahrens zu unterrichten und hiezu zu hören, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und andere Aufzeichnungen über ihn einzusehen sowie seinen Vertreter, seine Vertrauensperson, die anordnungsbefugte Person und erforderlichenfalls andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu hören. Auch kann das Gericht der Anhörung des Bewohners einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beiziehen.

(2) Das Gericht kann die Anhörung mit einer mündlichen Verhandlung (§ 14) verbinden.

Erste Entscheidung

§ 13. (1) Hat das Gericht die Anhörung nicht mit einer mündlichen Verhandlung verbunden, so hat es am Schluss der Anhörung über die vorläufige Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung vorliegen, so hat es diese vorläufig bis zur Entscheidung nach § 15 Abs. 1 für zulässig zu erklären und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, die spätestens innerhalb von 14 Tagen nach der Anhörung stattzufinden hat. Gegen diese Entscheidung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(2) Gelangt das Gericht hingegen zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung nicht vorliegen, so hat es diese für unzulässig zu erklären. In diesem Fall ist die Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Anhörung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt. Der Rekurs ist innerhalb von drei Tagen auszuführen.

Mündliche Verhandlung

§ 14. (1) Das Gericht hat zur mündlichen Verhandlung in der Einrichtung den Bewohner, seinen Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die anordnungsbefugte Person und erforderlichenfalls andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu laden.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner an der Verhandlung teilnehmen kann. Das Gericht und die anderen an der Verhandlung Beteiligten haben darauf zu achten,

dass die Verhandlung unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt wird und von anderen Bewohnern tunlichst nicht wahrgenommen werden kann.

(3) Das Gericht hat der mündlichen Verhandlung einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beizuziehen. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

Beschluss

§ 15. (1) Das Gericht hat am Schluss der mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Der Beschluss ist in der mündlichen Verhandlung zu verkünden, zu begründen und dem Bewohner in geeigneter, seinem Zustand entsprechender Weise zu erläutern.

(2) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für zulässig, so hat es hierfür im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen und die näheren Umstände sowie das zulässige Ausmaß der Freiheitsbeschränkung unter möglicher Schonung des Bewohners genau zu bestimmen.

(3) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für unzulässig, so ist diese sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Verhandlung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt.

(4) Das Gericht hat, wenn die Freiheitsbeschränkung noch andauert, den Beschluss innerhalb von sieben Tagen schriftlich auszufertigen. Der Beschluss ist unverzüglich dem Bewohner, seinem Vertreter, seiner Vertrauensperson sowie dem Leiter der Einrichtung zuzustellen.

Rechtsmittel

§ 16. (1) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, können der Bewohner, sein Vertreter und seine Vertrauensperson innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Rekurs erheben.

(2) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, kann der Leiter der Einrichtung innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung Rekurs erheben. Das Gericht erster Instanz hat unmittelbar nach Einlangen des Rekurses zu entscheiden, ob die dem Rekurs nach § 15 Abs. 3 zuerkannte aufschiebende Wirkung weiter besteht. Gegen diese Entscheidung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(3) Das Recht zur Rekurs- oder Revisionsrekursbeantwortung steht nur dem Bewohner, seinem Vertreter und seiner Vertrauensperson gegen Rechtsmittel des Leiters der Einrichtung zu. Die Rekurs- oder Revisionsrekursbeantwortung ist innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung des Rechtsmittels einzubringen.

Rekursverfahren

§ 17. (1) Das Rekursgericht hat, wenn die Freiheitsbeschränkung noch andauert, innerhalb von 14 Tagen ab dem Einlangen der Akten zu entscheiden.

(2) Das Rekursgericht hat das Verfahren selbst zu ergänzen oder neu durchzuführen, soweit es dies für erforderlich hält. Es kann sich auch durch ein einzelnes Mitglied des Senats einen persönlichen Eindruck vom Bewohner verschaffen.

(3) Erklärt das Rekursgericht die Freiheitsbeschränkung für unzulässig, so ist diese sofort aufzuheben.

Aufhebung der Freiheitsbeschränkung

§ 18. (1) Vor Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist über die Dauer der Freiheitsbeschränkung hat das Gericht neuerlich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn dies der Bewohner, sein Vertreter oder seine Vertrauensperson beantragt.

(2) Auch eine gerichtlich für zulässig erklärte Freiheitsbeschränkung ist sofort aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Von der Aufhebung ist neben den in § 7 Abs. 1 und 2 genannten Personen auch das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Länger dauernde Freiheitsbeschränkung

§ 19. (1) Wenn eine Freiheitsbeschränkung voraussichtlich nicht mit dem Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist aufgehoben werden wird, hat die anordnungsbefugte Person hievon rechtzeitig unter Angabe der Gründe für die länger dauernde Freiheitsbeschränkung den Leiter der Einrichtung zu verständigen. Dieser hat hievon spätestens 14 Tage vor Ablauf der Frist den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners unter Angabe der Gründe zu verständigen.

(2) Stellt der Vertreter des Bewohners nicht erneut einen Antrag auf Überprüfung, so hat er dies dem Gericht vor Ablauf der Frist unter Angabe der Gründe mitzuteilen. In diesem Fall kann das Gericht von Amts wegen ein Verfahren einleiten, wenn es dennoch Zweifel an der Zulässigkeit der länger dauernden Freiheitsbeschränkung hegt. Auf das Verfahren zur Überprüfung einer länger dauernden Freiheitsbeschränkung sind die §§ 11 bis 18 anzuwenden.

(3) Im Beschluss, mit dem eine länger dauernde Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, kann das Gericht eine Frist festsetzen, die ein Jahr nicht übersteigt.

5. Abschnitt

Schlussbestimmungen

Verweisungen

§ 20. Soweit in diesem Bundesgesetz auf andere Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

Personenbezogene Bezeichnungen

§ 21. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

In-Kraft-Treten

§ 22. Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Juli 2005 in Kraft.

Übergangsbestimmungen

§ 23. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die vor seinem In-Kraft-Treten vorgenommen worden sind und weiterhin andauern.

(2) Sofern ein Verein keinen Bewohnervertreter namhaft macht, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts für die in seinem Sprengel gelegenen Einrichtungen geeignete und dazu bereite Personen zu Bewohnervertretern zu bestellen. Diesen Personen kommen die Rechte und Pflichten des Vereins und des Bewohnervertreters zu. Der Vorsteher des Bezirksgerichts hat die Namen und Adressen dieser Personen in der Ediktsdatei kundzumachen.

(3) Ein nach Abs. 2 bestellter Bewohnervertreter hat Anspruch auf Ersatz des Reise- und Aufenthaltskosten sowie der notwendigen Barauslagen und auf Abgeltung des Zeitaufwands in der in § 18 Abs. 1 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl. Nr. 136, angeführten Höhe. Über den Gebührenanspruch entscheidet der Vorsteher des Bezirksgerichts. Die Beträge sind am Ende jedes Kalendervierteljahres auszuführen.

Haftung und Rückersatz

§ 24. (1) Der Bund haftet nach Maßgabe des Amtshaftungsgesetzes, BGBl. Nr. 20/1949, für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den ein Bediensteter oder Beauftragter einer Einrichtung in Vollziehung dieses Bundesgesetzes durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt hat. Der Bedienstete oder Beauftragte haftet dem Geschädigten nicht.

(2) Der Träger der Einrichtung haftet dem Bund für die nach Abs. 1 erbrachten Leistungen, sofern der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist.

(3) Der Träger der Einrichtung kann vom Bediensteten oder Beauftragten für die nach Abs. 2 erbrachten Leistungen Rückersatz begehren, sofern dieser den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Auf diesen Anspruch und seine Geltendmachung sind die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes über den Rückersatz anzuwenden.

Vollziehung

§ 25. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind hinsichtlich der §§ 1 bis 7 und des § 23 Abs. 1, soweit diese Bestimmung sich auf die §§ 1 bis 7 bezieht, der Bundesminister für Gesundheit und Frauen, hinsichtlich der übrigen Bestimmungen der Bundesminister für Justiz betraut.

E. Ministerialentwurf Ub-HeimAuf-Nov 2010 – 74/ME 24. GP

Bundesgesetz, mit dem das Heimaufenthaltsgesetz, das Unterbringungsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz 2010 – Ub-HeimAuf-Nov 2010)

An dieser Stelle werden die Änderungen gegenüber der bisher geltenden Fassung des HeimAufG angeführt, wobei die Änderungen zur besseren Übersichtlichkeit durch Kursivsetzung hervorgehoben werden.

Artikel II Änderung des Heimaufenthaltsgesetzes

Zulässigkeitsvoraussetzungen

- § 4. Eine Freiheitsbeschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn
1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben *oder* die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet,
 2. bis 3. unverändert

Vornahme einer Freiheitsbeschränkung

§ 5. (1) *Das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung (§ 4 Z 1 erster Teil) muss durch ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 Ärztegesetz 1998), die Krankengeschichte des Bewohners oder durch sonstige ärztliche Aufzeichnungen (§ 51 Ärztegesetz 1998) belegt sein.*

(2) *Eine Freiheitsbeschränkung darf nur auf Grund der Anordnung einer dazu befugten Person vorgenommen werden. Anordnungsbefugt sind*

1. *für Freiheitsbeschränkungen durch medikamentöse oder sonstige ärztliche Maßnahmen jeder von der Einrichtung betraute Arzt;*
2. *für Freiheitsbeschränkungen durch andere Maßnahmen*
 - a. *die mit der Leitung des Pflegedienstes betraute Person oder deren Vertreter oder die mit der Anordnung derartiger freiheitsbeschränkender Maßnahmen von der Einrichtung betrauten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege oder*
 - b. *die mit der pädagogischen Leitung betraute Person und deren Vertreter.*

(3) bis (4) unverändert

Aufklärung und Verständigung

§ 7. (1) unverändert

(2) Der Leiter der Einrichtung hat von der Freiheitsbeschränkung *und* von deren Aufhebung unverzüglich den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners zu verständigen und diesen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Diese Personen sind auch von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit *sowie deren Aufhebung* unverzüglich zu verständigen.

Bewohnervertreter

§ 8. (1) Die Vertretung des Bewohners bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt *der von ihm hierfür bestellten Person*. Dieser vom Bewohner bestellte Vertreter bedarf einer auf die Wahrnehmung dieses Rechtes lautenden schriftlichen Vollmacht.

(2) Darüber hinaus wird auch der für die Namhaftmachung von *Bewohnervertretern* nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständige Verein (§ 1 VSPBG) kraft Gesetzes Vertreter des Bewohners, sobald eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird. Durch diese Vertretungsbefugnis werden die Geschäftsfähigkeit des Bewohners und die Vertretungsbefugnis eines *anderen Vertreters* nicht berührt.

(3) bis (4) unverändert

Befugnisse und Pflichten des Vertreters

§ 9. (1) *Der Bewohnervertreter oder sonstige bestellte Vertreter* ist insbesondere berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, mit der anordnungsbefugten Person und Bediensteten der Einrichtung das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung zu besprechen, die Interessenvertreter der Bewohner oder Klienten der Einrichtung zu befragen und in dem zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen. *Diese Rechte stehen ihm auch dann zu, wenn er nicht nach § 7 Abs. 2 von einer Freiheitsbeschränkung verständigt worden ist*. Bei der Wahrnehmung seiner Rechte hat *der Bewohnervertreter oder sonstige bestellte Vertreter* auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

(2) bis (3) unverändert

Anhörung des Bewohners

§ 12. (1) Das Gericht hat sich binnen 7 Tagen ab dem Einlangen des Antrags einen persönlichen Eindruck vom Bewohner in der Einrichtung zu verschaffen. Es hat ihn über Grund und Zweck des Verfahrens zu unterrichten und hiezu zu hören, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und andere Aufzeichnungen über ihn einzusehen sowie seinen Vertreter, seine

Vertrauensperson und den Leiter der Einrichtung, sowie erforderlichenfalls auch die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, und den Arzt, der das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nach § 4 Abs.2 bestätigt hat, oder andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu hören. Auch kann das Gericht der Anhörung des Bewohners einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beiziehen.

(2) unverändert

Erste Entscheidung

§ 13. (1) unverändert

(2) Gelangt das Gericht hingegen zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung nicht vorliegen, so hat es diese für unzulässig zu erklären. In diesen Fall ist die Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Anhörung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt. *Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt.* Der Rekurs ist innerhalb von drei Tagen auszuführen.

Mündliche Verhandlung

§ 14. (1) Das Gericht hat zur mündlichen Verhandlung in der Einrichtung den Bewohner, seinen Vertreter, seine Vertrauensperson und den Leiter der Einrichtung sowie erforderlichenfalls auch die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, und den Arzt, der das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nach § 4 Abs. 2 bestätigt hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu laden.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner an der Verhandlung teilnehmen kann. Das Gericht und *alle in der Verhandlung anwesenden Personen* haben darauf zu achten, dass die Verhandlung unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt wird. *Für die mündliche Verhandlung gilt § 140 AußStrG.*

(3) unverändert

Beschluss

§ 15. (1) unverändert

(2) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für zulässig, so hat es hierfür im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen und die näheren Umstände sowie das zulässige Ausmaß der Freiheitsbeschränkung unter möglicher Schonung des Bewohners genau zu bestimmen. *Es kann die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung erforderlichenfalls auch an Auflagen knüpfen.*

(3) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für unzulässig, so ist diese sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Verhandlung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt. *Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt.*

(4) unverändert

Rechtsmittel

§ 16. (1) bis (2) unverändert

(3) Das Recht zur *Rekursbeantwortung* steht nur dem Bewohner, seinem Vertreter und seiner Vertrauensperson gegen Rechtsmittel des Leiters der Einrichtung zu. Die *Rekursbeantwortung* ist innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung des Rechtsmittels einzubringen.

Rekursverfahren

§ 17. (1) bis (2) unverändert

(3) *Beschließt das Rekursgericht, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, so hat es, sofern die Freiheitsbeschränkung noch aufrecht ist, unverzüglich den Leiter der Einrichtung zu verständigen. Die Freiheitsbeschränkung ist in diesem Fall sogleich aufzuheben.*

Revisionsrekursverfahren

§ 17a. *Im Revisionsrekursverfahren gelten die §§ 16 Abs. 3 und 17 Abs. 3 sinngemäß.*

Länger dauernde Freiheitsbeschränkung

§ 19. (1) *Beabsichtigt die anordnungsbefugte Person, die Freiheitsbeschränkung nicht mit dem Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist aufzuheben, so hat sie hievon rechtzeitig unter Angabe der Gründe für die länger dauernde Freiheitsbeschränkung den Leiter der Einrichtung sowie in sinngemäßer Anwendung des § 7 Abs. 1 erster Satz den Bewohner zu verständigen. Der Leiter der Einrichtung hat hievon spätestens 14 Tage vor Ablauf der Frist die Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners unter Angabe der Gründe zu verständigen.*

(2) bis (3) unverändert

Nachträgliche Überprüfung

§ 19a. (1) *Auf Antrag des Bewohners, seines Vertreters oder seiner Vertrauensperson hat das Gericht nachträglich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn diese bereits vor der Entscheidung des Gerichts nach § 13 aufgehoben wurde.*

(2) *Der Antrag ist innerhalb von sechs Wochen ab der Aufhebung der Freiheitsbeschränkung zu stellen. Diese Frist beginnt erst zu laufen, wenn ein Vertreter des Kranken Kenntnis von der Freiheitsbeschränkung hat. Das Antragsrecht erlischt jedenfalls nach Ablauf von drei Jahren, war die Freiheitsbeschränkung mit einer gerichtlich strafbaren Handlung verbunden, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, nach Ablauf von 30 Jahren ab Aufhebung der Freiheitsbeschränkung.*

Verfahren

§ 19b. (1) *Über Anträge nach § 19a ist mündlich zu verhandeln. Zur Tagsatzung hat das Gericht den Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson und den Leiter der Einrichtung zu laden. Es kann auch einen Sachverständigen beiziehen (§ 14 Abs. 3). Der Leiter der Einrichtung hat dem Gericht die Krankengeschichte und die Pflegedokumentation bzw. sonstige Aufzeichnungen über den Bewohner vorzulegen. Für die mündliche Verhandlung gilt § 140 AußStrG.*

(2) *Wird die Entscheidung des Gerichts mündlich verkündet und in der Niederschrift über die Tagsatzung beurkundet, so ist sie nur auf Verlangen des Bewohners, seiner Vertreter, seiner Vertrauensperson oder des Leiters der Einrichtung auszufertigen und diesen Personen zuzustellen. § 16 Abs. 1 und Abs. 2 erster Satz gilt sinngemäß.*

Übergangsbestimmungen

§ 23. (1) bis (2) unverändert

(3) *Die §§ 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 17a, 19, 19a und 19b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I xxx/2009 treten mit 1. Jänner 2010 in Kraft. Die §§ 17 Abs. 3 und 17a zweiter Fall in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I xxx/2009 sind anzuwenden, wenn das Gericht, den Beschluss, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, nach dem 31. Dezember 2009 fasst. Die §§ 19a und 19b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I xxx/2009 sind auch auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die vor dem 1. Jänner 2010 vorgenommen wurden, doch beginnen die in diesen Bestimmungen festgelegten Fristen frühestens am 1.1.2010 zu laufen.*

F. Regierungsvorlage Ub-HeimAuf-Nov 2010 – 601

BlgNR 24. GP

Da in der RV dieselben Bestimmungen novelliert werden wie im ME, werden an dieser Stelle nur jene Paragraphen vollständig angeführt, die nach dem ME nochmals abgeändert wurden.

Artikel II

Änderung des Heimaufenthaltsgesetzes

Zulässigkeitsvoraussetzungen

§ 4. Z 1 wie in 74/ME 24. GP

Vornahme einer Freiheitsbeschränkung

§ 5. (1) Eine Freiheitsbeschränkung darf nur auf Grund der Anordnung einer dazu befugten Person vorgenommen werden. Anordnungsbefugt sind

1. für Freiheitsbeschränkungen durch medikamentöse oder sonstige dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen und alle damit in unmittelbarem Zusammenhang erforderlichen Freiheitsbeschränkungen ein Arzt;

2. für Freiheitsbeschränkungen durch Maßnahmen im Rahmen der Pflege ein mit der Anordnung derartiger freiheitsbeschränkender Maßnahmen von der Einrichtung betrauter Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege und

3. für Freiheitsbeschränkungen durch Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe die mit der pädagogischen Leitung betraute Person und deren Vertreter.

(2) Wenn eine Freiheitsbeschränkung voraussichtlich länger als 48 Stunden andauern wird, muss außerdem das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung des Bewohners und einer damit im Zusammenhang stehenden ernstlichen und erheblichen Gefährdung seines Lebens oder seiner Gesundheit oder des Lebens oder der Gesundheit anderer (§ 4 Z 1) durch ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 Ärztegesetz 1998) oder durch sonstige ärztliche Aufzeichnungen (§ 51 Ärztegesetz 1998) belegt sein; diese Dokumente müssen im Zeitpunkt der Vornahme der Freiheitsbeschränkung aktuell sein.

(3) bis (4) unverändert

Aufklärung und Verständigung

§ 7. (1) unverändert

(2) wie in 74/ME 24. GP

(3) Bei der Kommunikation sind nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten der Einrichtung hinreichende Maßnahmen zur Datensicherheit zu treffen.

Bewohnervertreter

§ 8. (1) Die Vertretung des Bewohners bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt der von ihm hiefür bestellten Person. Dieser vom Bewohner bestellte Vertreter bedarf einer auf die Wahrnehmung dieses Rechtes lautenden schriftlichen Vollmacht und darf nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zur Einrichtung stehen.

(2) wie in 74/ME 24. GP

(3) bis (4) unverändert

Befugnisse und Pflichten des Vertreters

§ 9. (1) Die für eine Einrichtung namhaft gemachten Bewohnervertreter sind insbesondere berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, mit der anordnungsbefugten Person und Bediensteten der Einrichtung das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung zu besprechen, die Interessenvertreter der Bewohner der Einrichtung zu befragen und in dem zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen. Diese Rechte stehen auch dem vom Bewohner hiefür bestellten Vertreter zu. Bei der Wahrnehmung seiner Rechte hat der Bewohnervertreter oder sonstige bestellte Vertreter auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

(2) bis (3) unverändert

Anhörung des Bewohners

§ 12. (1) Das Gericht hat sich binnen 7 Tagen ab dem Einlangen des Antrags einen persönlichen Eindruck vom Bewohner in der Einrichtung zu verschaffen. Es hat ihn über Grund und Zweck des Verfahrens zu unterrichten und hiezu zu hören, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und andere Aufzeichnungen über ihn einzusehen sowie seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch den Arzt, der das Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2 errichtet hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu hören. Auch kann das Gericht der Anhörung des Bewohners einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beiziehen.

(2) unverändert

Erste Entscheidung

§ 13. (1) unverändert

(2) wie in 74/ME 24. GP

Mündliche Verhandlung

§ 14. (1) Das Gericht hat zur mündlichen Verhandlung in der Einrichtung den Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch den Arzt, der das Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2 ausgestellt hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu laden.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner an der Verhandlung teilnehmen kann. Das Gericht und alle in der Verhandlung anwesenden Personen haben darauf zu achten, dass die Verhandlung unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt wird und von anderen Bewohnern tunlichst nicht wahrgenommen werden kann. Für die mündliche Verhandlung gilt § 19 AußStrG. Das Gericht kann die Öffentlichkeit auch ausschließen, wenn es das Interesse des Bewohners erfordert. Auf Verlangen des Bewohners oder seines Vertreters ist die Öffentlichkeit jedenfalls auszuschließen.

(3) unverändert

Beschluss

§ 15. (1) unverändert

(2) bis (3) wie in 74/ME 24. GP

(4) unverändert

Rechtmittel

§ 16. (1) bis (2) unverändert

(3) wie in 74/ME 24. GP

Rekursverfahren

§ 17. (1) bis (2) unverändert

(3) Beschließt das Rekursgericht, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, so hat es, sofern diese noch aufrecht ist, unverzüglich den Leiter der Einrichtung sowie den Bewohnervertreter (§ 8 Abs. 2) zu verständigen. Die Freiheitsbeschränkung ist in diesem Fall sogleich aufzuheben.

Revisionsrekursverfahren

§ 17a. wie in 74/ME 24. GP

Länger dauernde Freiheitsbeschränkung

§ 19. (1) wie in 74/ME 24. GP

(2) bis (3) unverändert

Nachträgliche Überprüfung

§ 19a. (1) Auf Antrag des Bewohners oder seines Vertreters hat das Gericht nachträglich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn diese bereits vor einer Antragstellung nach § 11 aufgehoben wurde.

(2) Über Anträge nach Abs. 1 ist mündlich zu verhandeln. Zur Tagsatzung hat das Gericht den Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung und die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, zu laden. Es kann auch einen Sachverständigen beiziehen (§ 14 Abs. 3). Der Leiter der Einrichtung hat dem Gericht das ärztliche Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und sonstige Aufzeichnungen über den Bewohner vorzulegen. § 14 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, können der Bewohner und sein Vertreter, gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, kann der Leiter der Einrichtung innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Rekurs erheben.

In-Kraft-Treten

§ 22. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Juli 2005 in Kraft.

(2) Die §§ 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 17a, 19 und 19a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xxx/2010 treten mit 1. Juli 2010 in Kraft. § 5 Abs. 1 und 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xxx/2010 ist auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2010 vorgenommen werden; die Bestimmung ist nicht auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die bereits davor vorgenommen wurden und bereits beendet sind oder weiterhin andauern. Die §§ 17 Abs. 3 und 17a zweiter Fall in der Fassung des BGBl. I Nr. xxx/2010 sind anzuwenden, wenn das Gericht den Beschluss, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, nach dem 30. Juni 2010 fasst.

G. HeimAufG – BGBl I 2004/11 idF BGBl I 2010/18

Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)

1. Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Schutz der persönlichen Freiheit

§ 1. (1) Die persönliche Freiheit von Menschen, die aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer Krankheit der Pflege oder Betreuung bedürfen, ist besonders zu schützen. Ihre Menschenwürde ist unter allen Umständen zu achten und zu wahren. Die mit der Pflege oder Betreuung betrauten Menschen sind zu diesem Zweck besonders zu unterstützen.

(2) Freiheitsbeschränkungen sind nur dann zulässig, soweit sie im Verfassungsrecht, in diesem Bundesgesetz oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind.

Geltungsbereich

§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz regelt allein die Voraussetzungen und die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen, Behindertenheimen sowie in anderen Einrichtungen, in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können. In Krankenanstalten ist dieses Bundesgesetz nur auf Personen anzuwenden, die dort wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege oder Betreuung bedürfen.

(2) Dieses Bundesgesetz ist auf Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, auf Krankenanstalten oder Abteilungen für Psychiatrie sowie auf Anstalten für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nicht anzuwenden.

(3) Im Übrigen gilt dieses Bundesgesetz nicht für die Aufnahme, die Pflege und Betreuung, die Behandlung und den Umgang mit sonstigen Persönlichkeitsrechten der Bewohner von Alten- und Pflegeheimen sowie anderen Einrichtungen.

Freiheitsbeschränkung

§ 3. (1) Eine Freiheitsbeschränkung im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (im Folgenden Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird.

(2) Eine Freiheitsbeschränkung liegt nicht vor, wenn der einsichts- und urteilsfähige Bewohner einer Unterbindung der Ortsveränderung, insbesondere im Rahmen eines Vertrages über die ärztliche Behandlung, zugestimmt hat.

2. Abschnitt

Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung

Zulässigkeitsvoraussetzungen

- § 4. Eine Freiheitsbeschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn
1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet,
 2. sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist sowie
 3. diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann.

Vornahme einer Freiheitsbeschränkung

§ 5. (1) Eine Freiheitsbeschränkung darf nur auf Grund der Anordnung einer dazu befugten Person vorgenommen werden. Anordnungsbefugt sind

1. für Freiheitsbeschränkungen durch medikamentöse oder sonstige dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen und alle damit in unmittelbarem Zusammenhang erforderlichen Freiheitsbeschränkungen ein Arzt;
2. für Freiheitsbeschränkungen durch Maßnahmen im Rahmen der Pflege ein mit der Anordnung derartiger freiheitsbeschränkender Maßnahmen von der Einrichtung betrauter Angehöriger des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege und
3. für Freiheitsbeschränkungen durch Maßnahmen im Rahmen der Betreuung in Einrichtungen der Behindertenhilfe die mit der pädagogischen Leitung betraute Person und deren Vertreter.

(2) Sofern der Bewohner länger als 48 Stunden dauernd oder über diesen Zeitraum hinaus wiederholt in seiner Freiheit beschränkt wird, hat der Leiter der Einrichtung unverzüglich ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 Ärztegesetz 1998) oder sonstige ärztliche Aufzeichnungen (§ 51 Ärztegesetz 1998) darüber einzuholen, dass der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet. Diese ärztlichen Dokumente müssen in Zeitpunkt der Vornahme der Freiheitsbeschränkung aktuell sein.

(3) Eine Freiheitsbeschränkung darf nur unter Einhaltung fachgemäßer Standards und unter möglichster Schonung des Bewohners durchgeführt werden.

(4) Eine Freiheitsbeschränkung ist sofort aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Dokumentation

§ 6. (1) Der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung sind schriftlich zu dokumentieren. Ärztliche Zeugnisse und der Nachweis über die notwendigen Verständigungen sind diesen Aufzeichnungen anzuschließen.

(2) Ebenso sind der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit festzuhalten.

Aufklärung und Verständigung

§ 7. (1) Die anordnungsbefugte Person hat den Bewohner über den Grund, die Art, den Beginn und die voraussichtliche Dauer der Freiheitsbeschränkung auf geeignete, seinem Zustand entsprechende Weise aufzuklären. Zudem hat sie von der Freiheitsbeschränkung, von deren Aufhebung und von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit unverzüglich den Leiter der Einrichtung zu verständigen.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat von der Freiheitsbeschränkung und von deren Aufhebung unverzüglich den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners zu verständigen und diesen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Diese Personen sind auch von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit sowie deren Aufhebung unverzüglich zu verständigen.

(3) Bei der Kommunikation sind nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten der Einrichtung hinreichende Maßnahmen zur Datensicherheit zu treffen.

3. Abschnitt

Vertretung

Bewohnervertreter

§ 8. (1) Die Vertretung des Bewohners bei der Wahrnehmung seines Rechtes auf persönliche Freiheit obliegt der von ihm hierfür bestellten Person. Dieser vom Bewohner bestellte Vertreter bedarf einer auf die Wahrnehmung dieses Rechtes lautenden schriftlichen Vollmacht und darf nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung zur Einrichtung stehen.

(2) Darüber hinaus wird auch der für die Namhaftmachung von Bewohnervertretern nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständige Verein (§ 1 VSPBG) kraft Gesetzes Vertreter des Bewohners, sobald eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird. Durch diese Vertretungsbefugnis werden die Geschäftsfähigkeit des Bewohners und die Vertretungsbefugnis eines anderen Vertreters nicht berührt.

(3) Der Verein hat dem Träger der Einrichtung und dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichts eine oder mehrere von ihm ausgebildete und für die besonderen Verhältnisse im Pflegebereich geschulte Personen namhaft zu machen, denen die Ausübung der Vertretungsbefugnisse

zukommt (Bewohnervertreter). Der Vorsteher des Bezirksgerichts hat den Namen und die Büroadresse des Bewohnervertreters in der Ediktsdatei kundzumachen. Wenn der Verein die Namhaftmachung eines Bewohnervertreters widerruft, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts die Kundmachung zu berichtigen.

(4) Ein vom Bewohner bestellter Vertreter (Abs. 1) hat von der Begründung oder Beendigung der Vollmacht den Leiter der Einrichtung und – sofern ein gerichtliches Verfahren anhängig ist – auch das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Befugnisse und Pflichten des Vertreters

§ 9. (1) Die für eine Einrichtung namhaft gemachten Bewohnervertreter sind insbesondere berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, mit der anordnungsbefugten Person und Bediensteten der Einrichtung das Vorliegen der Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung zu besprechen, die Interessenvertreter der Bewohner der Einrichtung zu befragen und in dem zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen. Diese Rechte stehen auch dem vom Bewohner hierfür bestellten Vertreter zu. Bei der Wahrnehmung seiner Rechte hat der Bewohnervertreter oder sonstige bestellte Vertreter auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner in geeigneter Weise Auskunft über den Bewohnervertreter erhält und sich mit diesem oder dem von ihm bestellten Vertreter ungestört besprechen kann.

(3) Der Bewohnervertreter ist befugt, den für die Aufsicht über die Einrichtung oder zur Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Behörden die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen mitzuteilen. Er hat diesen Behörden insoweit Auskünfte zu erteilen, als dies für die Besorgung der ihnen zukommenden Aufgaben erforderlich ist.

Verhältnis zum Vertretenen

§ 10. (1) Der Bewohnervertreter hat den Bewohner über die beabsichtigten Vertretungshandlungen und sonstige wichtige Angelegenheiten auf geeignete, dessen Zustand entsprechende Weise aufzuklären. Er hat den Wünschen des Bewohners zu entsprechen, soweit diese dessen Wohl nicht offenbar abträglich und dem Bewohnervertreter zumutbar sind.

(2) Der Bewohnervertreter ist zur Verschwiegenheit über die von ihm in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Bewohners erforderlich ist und nicht diesen selbst eine Auskunftspflicht trifft. Diese Verschwiegenheitspflicht gilt nicht gegenüber dem Gericht, dem Verein, dem Vertreter und der Vertrauensperson des Bewohners sowie gegenüber den in § 9 Abs. 3 genannten Behörden. Ihre Verletzung ist wie die Verletzung von Berufsgeheimnissen (§ 121 des Strafgesetzbuchs, BGBl. Nr. 60/1974) zu bestrafen.

4. Abschnitt

Gerichtliche Überprüfung

Antrag auf Überprüfung

§ 11. (1) Der Bewohner, sein Vertreter, seine Vertrauensperson und der Leiter der Einrichtung sind berechtigt, einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung zu stellen. Sofern der Antrag nicht von der Vertrauensperson des Bewohners gestellt wird, sind deren Name und Adresse im Antrag anzugeben.

(2) Zur Überprüfung einer Freiheitsbeschränkung ist das Bezirksgericht zuständig, in dessen Sprengel die Einrichtung liegt.

(3) Soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, sind auf das Verfahren die allgemeinen Bestimmungen des Außerstreitgesetzes anzuwenden. Das Verfahren ist dem Richter vorbehalten.

(4) Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens trägt der Bund.

Anhörung des Bewohners

§ 12. (1) Das Gericht hat sich binnen sieben Tagen ab dem Einlangen des Antrags einen persönlichen Eindruck vom Bewohner in der Einrichtung zu verschaffen. Es hat ihn über Grund und Zweck des Verfahrens zu unterrichten und hiezu zu hören, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und andere Aufzeichnungen über ihn einzusehen sowie seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch den Arzt, der das Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2 errichtet hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu hören. Auch kann das Gericht der Anhörung des Bewohners einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beiziehen.

(2) Das Gericht kann die Anhörung mit einer mündlichen Verhandlung (§ 14) verbinden.

Erste Entscheidung

§ 13. (1) Hat das Gericht die Anhörung nicht mit einer mündlichen Verhandlung verbunden, so hat es am Schluss der Anhörung über die vorläufige Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung vorliegen, so hat es diese vorläufig bis zur Entscheidung nach § 15 Abs. 1 für zulässig zu erklären und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, die spätestens innerhalb von 14 Tagen nach der Anhörung stattzufinden hat. Gegen diese Entscheidung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(2) Gelangt das Gericht hingegen zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung nicht vorliegen, so hat es diese für unzulässig zu erklären. In diesem Fall ist die Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Anhörung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich

aufschiebende Wirkung zuerkennt. Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt. Der Rekurs ist innerhalb von drei Tagen auszuführen.

Mündliche Verhandlung

§ 14. (1) Das Gericht hat zur mündlichen Verhandlung in der Einrichtung den Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung, die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, sowie erforderlichenfalls auch den Arzt, der das Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2 ausgestellt hat, und andere zur Verfügung stehende Auskunftspersonen zu laden.

(2) Der Leiter der Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass der Bewohner an der Verhandlung teilnehmen kann. Das Gericht und alle in der Verhandlung anwesenden Personen haben darauf zu achten, dass die Verhandlung unter möglicher Schonung des Bewohners durchgeführt wird und von anderen Bewohnern tunlichst nicht wahrgenommen werden kann. Für die mündliche Verhandlung gilt § 19 AußStrG. Das Gericht kann die Öffentlichkeit auch ausschließen, wenn es das Interesse des Bewohners erfordert. Auf Verlangen des Bewohners oder seines Vertreters ist die Öffentlichkeit jedenfalls auszuschließen.

(3) Das Gericht hat der mündlichen Verhandlung einen nicht der Einrichtung angehörenden und von dieser unabhängigen Sachverständigen beizuziehen. Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, Fragen an den Sachverständigen zu stellen.

Beschluss

§ 15. (1) Das Gericht hat am Schluss der mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden. Der Beschluss ist in der mündlichen Verhandlung zu verkünden, zu begründen und dem Bewohner in geeigneter, seinem Zustand entsprechender Weise zu erläutern.

(2) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für zulässig, so hat es hierfür im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen und die näheren Umstände sowie das zulässige Ausmaß der Freiheitsbeschränkung unter möglicher Schonung des Bewohners genau zu bestimmen. Es kann die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung erforderlichenfalls auch an Auflagen knüpfen.

(3) Erklärt das Gericht die Freiheitsbeschränkung für unzulässig, so ist diese sofort aufzuheben, es sei denn, dass der Leiter der Einrichtung in der Verhandlung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet und dass das Gericht diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zuerkennt. Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung lässt das Rekursrecht unberührt.

(4) Das Gericht hat, wenn die Freiheitsbeschränkung noch andauert, den Beschluss innerhalb von sieben Tagen schriftlich auszufertigen. Der Beschluss ist unverzüglich dem Bewohner, seinem Vertreter, seiner Vertrauensperson sowie dem Leiter der Einrichtung zuzustellen.

Rechtsmittel

§ 16. (1) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, können der Bewohner, sein Vertreter und seine Vertrauensperson innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Rekurs erheben.

(2) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, kann der Leiter der Einrichtung innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung Rekurs erheben. Das Gericht erster Instanz hat unmittelbar nach Einlangen des Rekurses zu entscheiden, ob die dem Rekurs nach § 15 Abs. 3 zuerkannte aufschiebende Wirkung weiter besteht. Gegen diese Entscheidung ist ein abgesondertes Rechtsmittel nicht zulässig.

(3) Das Recht zur Rekursbeantwortung steht nur dem Bewohner, seinem Vertreter und seiner Vertrauensperson gegen Rechtsmittel des Leiters der Einrichtung zu. Die Rekursbeantwortung ist innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung des Rechtsmittels einzubringen.

Rekursverfahren

§ 17. (1) Das Rekursgericht hat, wenn die Freiheitsbeschränkung noch andauert, innerhalb von 14 Tagen ab dem Einlangen der Akten zu entscheiden.

(2) Das Rekursgericht hat das Verfahren selbst zu ergänzen oder neu durchzuführen, soweit es dies für erforderlich hält. Es kann sich auch durch ein einzelnes Mitglied des Senats einen persönlichen Eindruck vom Bewohner verschaffen.

(3) Beschließt das Rekursgericht, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, so hat es, sofern diese noch aufrecht ist, unverzüglich den Leiter der Einrichtung sowie den Bewohnervertreter (§ 8 Abs. 2) zu verständigen. Die Freiheitsbeschränkung ist in diesem Fall sogleich aufzuheben.

Revisionsrekursverfahren

§ 17a. Im Revisionsrekursverfahren gelten § 16 Abs. 3 und § 17 Abs. 3 sinngemäß.

Aufhebung der Freiheitsbeschränkung

§ 18. (1) Vor Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist über die Dauer der Freiheitsbeschränkung hat das Gericht neuerlich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn dies der Bewohner, sein Vertreter oder seine Vertrauensperson beantragt.

(2) Auch eine gerichtlich für zulässig erklärte Freiheitsbeschränkung ist sofort aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Von der Aufhebung ist neben den in § 7 Abs. 1 und 2 genannten Personen auch das Gericht unverzüglich zu verständigen.

Länger dauernde Freiheitsbeschränkung

§ 19. (1) Beabsichtigt die anordnungsbefugte Person, die Freiheitsbeschränkung nicht mit dem Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist aufzuheben, so hat sie hievon rechtzeitig unter Angabe der Gründe für die länger dauernde Freiheitsbeschränkung den Leiter der Einrichtung sowie in

sinngemäßer Anwendung des § 7 Abs. 1 erster Satz den Bewohner zu verständigen. Der Leiter der Einrichtung hat hievon spätestens 14 Tage vor Ablauf der Frist die Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners unter Angabe der Gründe zu verständigen.

(2) Stellt der Vertreter des Bewohners nicht erneut einen Antrag auf Überprüfung, so hat er dies dem Gericht vor Ablauf der Frist unter Angabe der Gründe mitzuteilen. In diesem Fall kann das Gericht von Amts wegen ein Verfahren einleiten, wenn es dennoch Zweifel an der Zulässigkeit der länger dauernden Freiheitsbeschränkung hegt. Auf das Verfahren zur Überprüfung einer länger dauernden Freiheitsbeschränkung sind die §§ 11 bis 18 anzuwenden.

(3) Im Beschluss, mit dem eine länger dauernde Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, kann das Gericht eine Frist festsetzen, die ein Jahr nicht übersteigt.

Nachträgliche Überprüfung

§ 19a. (1) Auf Antrag des Bewohners oder seines Vertreters hat das Gericht nachträglich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn diese bereits vor einer Antragstellung nach § 11 aufgehoben wurde.

(2) Über Anträge nach Abs. 1 ist mündlich zu verhandeln. Zur Tagsatzung hat das Gericht den Bewohner, seine Vertreter, seine Vertrauensperson, den Leiter der Einrichtung und die Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, zu laden. Es kann auch einen Sachverständigen beiziehen (§ 14 Abs. 3). Der Leiter der Einrichtung hat dem Gericht das ärztliche Dokument im Sinn des § 5 Abs. 2, die Krankengeschichte, die Pflegedokumentation und sonstige Aufzeichnungen über den Bewohner vorzulegen. § 14 Abs. 2 gilt entsprechend.

(3) Gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklärt wird, können der Bewohner und sein Vertreter, gegen den Beschluss, mit dem eine Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, kann der Leiter der Einrichtung innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung Rekurs erheben.

5. Abschnitt

Schlussbestimmungen

Verweisungen

§ 20. Soweit in diesem Bundesgesetz auf andere Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

Personenbezogene Bezeichnungen

§ 21. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter.

In-Kraft-Treten

§ 22. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Juli 2005 in Kraft.

(2) Die §§ 4, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 17a, 19 und 19a in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 18/2010 treten mit 1. Juli 2010 in Kraft. § 5 Abs. 1 und 2 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 18/2010 ist auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2010 vorgenommen werden; die Bestimmung ist nicht auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die bereits davor vorgenommen wurden und bereits beendet sind oder weiterhin andauern. Die §§ 17 Abs. 3 und 17a zweiter Fall in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 18/2010 sind anzuwenden, wenn das Gericht den Beschluss, die Freiheitsbeschränkung für unzulässig zu erklären, nach dem 30. Juni 2010 fasst.

Übergangsbestimmungen

§ 23. (1) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auch auf Freiheitsbeschränkungen anzuwenden, die vor seinem In-Kraft-Treten vorgenommen worden sind und weiterhin andauern.

(2) Sofern ein Verein keinen Bewohnervertreter namhaft macht, hat der Vorsteher des Bezirksgerichts für die in seinem Sprengel gelegenen Einrichtungen geeignete und dazu bereite Personen zu Bewohnervertretern zu bestellen. Diesen Personen kommen die Rechte und Pflichten des Vereins und des Bewohnervertreters zu. Der Vorsteher des Bezirksgerichts hat die Namen und Adressen dieser Personen in der Ediktsdatei kundzumachen.

(3) Ein nach Abs. 2 bestellter Bewohnervertreter hat Anspruch auf Ersatz des Reise- und Aufenthaltskosten sowie der notwendigen Barauslagen und auf Abgeltung des Zeitaufwands in der in § 18 Abs. 1 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl. Nr. 136, angeführten Höhe. Über den Gebührenanspruch entscheidet der Vorsteher des Bezirksgerichts. Die Beträge sind am Ende jedes Kalendervierteljahres auszuzahlen.

Haftung und Rückersatz

§ 24. (1) Der Bund haftet nach Maßgabe des Amtshaftungsgesetzes, BGBl. Nr. 20/1949, für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den ein Bediensteter oder Beauftragter einer Einrichtung in Vollziehung dieses Bundesgesetzes durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt hat. Der Bedienstete oder Beauftragte haftet dem Geschädigten nicht.

(2) Der Träger der Einrichtung haftet dem Bund für die nach Abs. 1 erbrachten Leistungen, sofern der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist.

(3) Der Träger der Einrichtung kann vom Bediensteten oder Beauftragten für die nach Abs. 2 erbrachten Leistungen Rückersatz begehren, sofern dieser den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Auf diesen Anspruch und seine Geltendmachung sind die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes über den Rückersatz anzuwenden.

Vollziehung

§ 25. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind hinsichtlich der §§ 1 bis 7 und des § 23 Abs. 1, soweit diese Bestimmung sich auf die §§ 1 bis 7 bezieht, der Bundesminister für Gesundheit und Frauen, hinsichtlich der übrigen Bestimmungen der Bundesminister für Justiz betraut.

XV. Verwendete Judikatur

Die Verweise in den eckigen Klammern beziehen sich auf die Seitenzahlen dieser Arbeit.

A. VfGH

VfGH 11.12.1959, K II-2/59, VfSlg 3.650 [84, 90]

VfGH 11.12.1963, K II-1/63, VfSlg 4.609 [90]

VfGH 24. 6.1975, K II-1/74, VfSlg 7.582 [84]

VfGH 26.3.1977, K II-2/76, VfSlg 8.035 [90]

VfGH 6.12.1977, R 115/77, VfSlg 8.195 [84]

VfGH 1.3.1982, K II-4/79, VfSlg 9.337 [82]

VfGH 15.3.1986, G 60/82, VfSlg 10.831 [82]

VfGH 16.10.1992, K II-2/91, VfSlg 13.237 = JBl 1993, 382 = ÖJZ 1993/24 (672) = ZfVB 1994/398 (124) [35, 45, 81 ff, 87]

VfGH 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929 = RdM 2003/81 (150) (*Kopetzki*) = ZfVB 2004/578 (285) [45, 58, 85 ff, 243]

B. OGH

OGH 18.6.1975, 1 Ob 226/74, SZ 48/69 [245]

OGH 17.2.1982, 1 Ob 8/82, SZ 55/18 [245]

OGH 28.1.1987, 1 Ob 709/86, SZ 60/12 = JBl 1988, 105 = NZ 1988, 78 [29]

OGH 15.11.1989, 1 Ob 43/89, JBl 1990, 456 [245]

OGH 19.12.1990, 1 Ob 27,28/90, SZ 63/223 [245]

OGH 26.9.1991, 7 Ob 590/91, EFSlg 97.564 [227]

OGH 27.5.1992, 2 Ob 542/92 [143]

OGH 27.8.1992, 3 Ob 552/92, RZ 1994/8 (20) [138]

OGH 16.12.1992, 2 Ob 600/92, EFSlg 97.485 [144]

OGH 25.2.1993, 2 Ob 605/92, EFSlg 97.616 [142, 146, 152]

OGH 9.3.1993, 4 Ob 513/93 [143]

OGH 25.8.1993, 1 Ob 584/93 [112]

OGH 22.2.1994, 5 Ob 571/93, NZ 1994, 253 = RdM 1994/22 (94) = JBl 1995, 63 [114]
OGH 10.5.1994, 4 Ob 534/94, SZ 67/87 = ÖAV 1995, 31 [134]
OGH 29.5.1995, 1 Ob 7/95, SZ 68/102 [245]
OGH 22.6.1995, 6 Ob 546/95, RdM 1996/2 (23) [138]
OGH 23.6.1995, 1 Ob 26/95, RZ 1996/51 (176) [245]
OGH 30.5.1996, 2 Ob 2100/96d, RdM 1996/30 (157) [151]
OGH 8.7.1997, 10 ObS 183/97b, SZ 70/130 [32]
OGH 25.11.1997, 1 Ob 190/97s, SZ 70/243 [245]
OGH 14.4.1998, 10 Ob 137/98i, RdM 1998/21 (149) [131]
OGH 12.9.2002, 6 Ob 198/02i [135]
OGH 23.1.2007, 1 Ob 235/06z, RdM 2007/57 (87) [214]
OGH 7.8.2008, 6 Ob 169/08h, RdM-LS 2009/6 (20) = iFamZ 2009/41 (40) [212]
OGH 5.8.2009, 6 Ob 160/09m, RdM-LS 2010/11 (29) [214]
OGH 23.2.2010, 4 Ob 210/09z, iFamZ 2010/156 (206) = ÖZPR 2010/86 (87) [212]

C. Entscheidungen zum HeimAufG

OGH 16.5.2006, 5 Ob 111/06v, iFamZ 2006/36 (97) (*Kopetzki*) [62]
OGH 17.8.2006, 10 Ob 49/06p, iFamZ 2007/17 (37) [236]
OGH 30.8.2006, 7 Ob 144/06m, iFamZ 2007/19 (38) [112, 135]
OGH 13.9.2006, 7 Ob 186/06p, iFamZ 2007/18 (37) [118, 188, 214]
OGH 18.10.2006, 9 Ob 103/06x, iFamZ 2007/74 (145) (*Kopetzki*) [236]
OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w, iFamZ 2007/43 (85) = EF-Z 2007, 66 [126, 188, 233]
OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m = EF-Z 2007, 67 [233]
OGH 1.2.2007, 9 Ob 148/06i, iFamZ 2007/75 (146) [212]
OGH 22.2.2007, 3 Ob 246/06g, iFamZ 2007/76 (147) (*Kopetzki*) = EvBl 2007/88 = Zak 2007/231 [101, 204]
OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f, iFamZ 2007/101 (206) [112, 136, 188]
OGH 3.5.2007, 1 Ob 80/07g, iFamZ 2007/128 (248) [107, 234]
OGH 25.5.2007, 6 Ob 46/07v, iFamZ 2007/127 (246) = EF-Z 2007, 183 [107]
OGH 11.9.2007, 10 Ob 78/07d, iFamZ 2008/18 (26) = EF-Z 2008, 32 [107]
OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z, iFamZ 2008/133 (260) [118, 223]

OGH 16.6.2008, 8 Ob 46/08k, iFamZ 2008/166 (329) [232]

OGH 30.10.2008, 2 Ob 198/08v, RdM-LS 2009/13 (100) (*Kopetzki*) = iFamZ 2009/78 (104) [233]

OGH 29.1.2009, 2 Ob 284/08s, iFamZ 2009/126 (164) [233]

OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09h, RdM 2009/84 (123) (*Kopetzki*) = iFamZ 2009/123 (163) = iFamZ 2009/162 (223) [118, 189]

OGH 14.5.2009, 6 Ob 80/09x, RdM-LS 2009/57 (224) (*Kopetzki*) [233]

OGH 3.6.2009, 7 Ob 86/09m [233]

OGH 19.11.2009, 4 Ob 149/09d, RdM-LS 2010/32 (92) = iFamZ 2010/66 (90) = ÖZPR 2010/23 (24) [124]

OGH 18.12.2009, 2 Ob 162/09a, RdM-LS 2010/34 (92) (*Kopetzki*) = iFamZ 2010/120 (158) = ÖZPR 2010/84 (86) [103]

OGH 24.2.2010, 3 Ob 24/10s, iFamZ 2010/121 (159) [103]

OGH 21.4.2010, 7 Ob 43/10i, RdM-LS 2010/46 (122) = iFamZ 2010/199 (283) = ÖZPR 2010/85 (87) [211]

OGH 11.11.2010, 3 Ob 176/10v, iFamZ 2011/74 (90) [119]

OGH 25.5.2011, 8 Ob 64/10k, iFamZ 2011/204 (278) [104, 236]

OGH 31.8.2011, 7 Ob 142/11z, RdM-LS 2012/16 (37) = iFamZ 2012/24 (33) [119]

OGH 7.9.2011, 7 Ob 152/11w, RdM-LS 2012/17 (37) = iFamZ 2012/25 (34) [237]

OLG Linz 11.6.2007, 2 R 52/07s, RdM 2007/107 (152) (*Herdega*) = iFamZ 2008/15 (23) [178]

LG Salzburg 3.11.2005, 21 R 494/05a, EFSlg 111.460, 111.461 und 111.468 [144]

LG Salzburg 22.11.2005, 21 R 484/05f, iFamZ 2006/16 (27) [232]

LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v, EFSlg 111.463, EFSlg 111.465 und EFSlg 111.467 [143, 144, 152]

LG Wels 18.1.2006, 21 R 2/06b, iFamZ 2006/15 (26) [172, 187]

LG Leoben 19.1.2006, 3 R 9/06i, iFamZ 2006/14 (26) [152]

LG Salzburg 9.2.2006, 21 R 36/06z, iFamZ 2006/12 (25) [233]

LGZ Wien 17.2.2006, 44 R 81/06x, iFamZ 2006/13 (26) [228]

LG Innsbruck 14.4.2006, 53 R 29/06p, iFamZ 2006/37 (97) [195]

LG Innsbruck 19.4.2006, 51 R 38/06x [135]

LG St Pölten 21.4.2006, 10 R 20/06b, iFamZ 2006/56 (167) (*Kopetzki*) [67, 150, 153]

LG Eisenstadt 24.4.2006, 20 R 28/06a, iFamZ 2006/38 (98) [68, 118, 233, 235]

LGZ Wien 18.5.2006, 42 R 270/06a, iFamZ 2006/39 (98) (*Kopetzki*) [134, 188]

LG Steyr 10.7.2006, 1 R 147/06w, iFamZ 2007/14 (35) [143, 188]

LG Ried im Innkreis 14.7.2006, 6 R 194/06f, iFamZ 2007/42 (84) [152]

LG Korneuburg 9.8.2006, 25 R 75/06s, iFamZ 2006/79 (220) [143]

LG Eisenstadt 10.8.2006, 20 R 80/06y, iFamZ 2006/78 (219) [118, 153, 228, 235]

LG Krems 8.9.2006, 2 R 127/06y, iFamZ 2007/44 (87) (*Kopetzki*) [102]

LG Feldkirch 21.11.2006, 2 R 264/06y [233]

LG Wiener Neustadt 13.3.2007, 16 R 89/07p [106]

LGZ Graz 17.8.2007, 6 R 175/07k, iFamZ 2008/16 (25) (*Kopetzki*) [147, 232]

LG Wels 24.10.2007, 21 R 382/07m, iFamZ 2008/17 (25) [210, 231]

LG Steyr 4.12.2007, 1 R 315/07b, iFamZ-Spezial 2010/12 (59) [115]

LG Klagenfurt 28.1.2008, 4 R 27/08z, iFamZ 2008/74 (152) [115]

LG Linz 20.3.2008, 15 R 98/08z, iFamZ-Spezial 2010/15 (59) [118]

LG Steyr 26.3.2008, 1 R 193/07m, iFamZ 2008/101 (194) [118, 187]

LG Wels 30.4.2008, 21 R 128/08k, iFamZ-Spezial 2010/35 (62) [143]

LG Linz 30.7.2008, 15 R 264/09p, iFamZ-Spezial 2010/4 (57) und iFamZ-Spezial 2010/47 (63) [103, 150]

LG Linz 5.8.2008, 15 R 309/08d, iFamZ 2009/42 (41) [153]

LGZ Wien 19.9.2008, 43 R 619/08k, iFamZ-Spezial 2010/3 (57) [103]

LG Salzburg 24.10.2008, 21 R 513/08z, iFamZ 2009/43 (41) (*Ganner*) [152]

LG Salzburg 19.11.2008, 21 R 569/08k, iFamZ-Spezial 2010/50 (64) [153]

LGZ Wien 19.12.2008, 42 R 558/08g, iFamZ-Spezial 2010/64 (66) [192]

LG Innsbruck 23.12.2008, 51 R 118/08i, iFamZ 2009/79 (105) (*Ganner*) [152]

LG Innsbruck 29.1.2009, 51 R 99/08w und 51 R 100/08t, iFamZ 2009/125 (164) [210]

LG Linz 18.2.2009, 15 R 509/08s, iFamZ 2009/165 (224) [148]

LG Salzburg 26.2.2009, 21 R 576/08l, iFamZ 2009/122 (163) [232]

LG Steyr 25.6.2009, 1 R 49/09p, iFamZ 2009/200 (295) [234]

LG Wels 8.7.2009, 21 R 229/09i, iFamZ 2009/201 (295) [114]

LGZ Wien 13.8.2009, 42 R 374/09z, iFamZ 2009/243 (353) (*Ganner*) [232]

LG St. Pölten 28.9.2009, 10 R 108/09y, iFamZ 2010/25 (30) [118]

LG Wels 7.4.2010, 21 R 108/10x, iFamZ 2010/196 (283) [118]

LG Wels 19.5.2010, 21 R 163/10k, iFamZ 2010/237 (330) [118]
LG Linz 1.7.2010, 15 R 232/10h, iFamZ 2010/200 (283) [143]
LG Salzburg 5.10.2010, 21 R 225/10z, iFamZ 2011/37 (31) [118]
LG Salzburg 15.12.2010, 21 R 402/09b, iFamZ 2011/116 (160) [188]
LG Linz 26.1.2011, 15 R 18/11i, iFamZ 2011/118 (160) [118, 188]
LG Eisenstadt 1.3.2011, 20 R 30/11b, iFamZ 2011/168 (208) [217]
LG Wels 6.4.2011, 21 R 77/11i, iFamZ 2011/169 (209) [169]

BG Frankenmarkt 21.3.2006, 8 HA 1/05b [173]
BG Bad Ischl 24.3.2006, 1 HA 1/06t [177]
BG Bad Ischl 24.3.2006, 1 HA 2/06i [177]
BG Krems 7.8.2006, 18 HA 1/06p [101]
BG Innere Stadt 22.1.2009, 3 HA 1/08b, iFamZ 2009/121 (162) [188]

XVI. Quellenverzeichnis

A. Gesetzesquellen

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811 JGS 946

Kaiserliches Patent vom 9.8.1854, Gesetz über das gerichtliche Verfahren in
Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen RGBI 1854/208

Kaiserliches Patent vom 20.12.1859, womit eine Gewerbeordnung für den ganzen Umfang
des Reiches, mit Ausnahme des venezianischen Verwaltungsgebietes und der
Militärgrenze, erlassen, und vom 1.5.1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird
RGBI 1859/227

Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit RGBI 1862/87

Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe
vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142

Gesetz betreffend die Organisation des öffentlichen Sanitätsdienstes (ReichssanitätsG) RGBI
1870/68

Verordnung des Ministeriums des Inneren im Einvernehmen mit dem Justizministerium vom
14.5.1874, mit welcher Bestimmungen in Betreff des Irrenwesens erlassen werden
RGBI 1874/71

Kaiserliche Verordnung vom 28.6.1916 über die Entmündigung RGBI 1916/207

Gesetz über die Errichtung und Unterbringung von Volkspflegestätten (VolkspflegestättenG)
StGBI 1919/309

Vollzugsanweisung über die Einrichtung und Führung von öffentlich erklärten
Volkspflegestätten (Volkspflegestättenordnung) StGBI 1919/349

Gesetz vom 15.7.1920 über die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb öffentlicher
Heil- und Pflegeanstalten (Krankenanstaltengesetz) StGBI 1920/327

Bundesgesetz vom 9.9.1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines
Sozialversicherungsgesetz – ASVG) BGGI 1955/189

Bundesgesetz vom 18.12.1956 über Krankenanstalten (Krankenanstaltengesetz – KAG)
BGGI 1957/1 (Anm: Mit Wirksamkeit vom 20.4.2002 wurde das KAG durch BGGI I
2002/65 in „Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten – KAKuG“
umbenannt.)

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische
Menschenrechtskonvention) BGGI 1958/210

Bundesgesetz vom 2.2.1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen BGGI
1983/136

Bundesverfassungsgesetz vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684

Bundesgesetz vom 1.3.1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz – UbG) BGBl 1990/155

Bundesgesetz über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz – VSPBG) BGBl 1990/156 (idF BGBl I 2006/92)

Bundespflegegeldgesetz BGBl 1993/110

Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen samt Anlagen (Pflegevereinbarung) BGBl 1993/866

Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe (Gesundheits- und Krankenpflegegesetz – GuKG) BGBl I 1997/108

Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (Ärztegesetz 1998) BGBl I 1998/169 (Anm: Das Ärztegesetz 1998 ersetzte das bisherige Ärztegesetz 1984 BGBl 1984/373.)

Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135

Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) BGBl I 2003/111

Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) BGBl I 2004/11 (idF BGBl I 2010/18)

Bundesgesetz, mit dem im Konsumentenschutzgesetz Bestimmungen über den Heimvertrag eingeführt werden (Heimvertragsgesetz – HVerG) BGBl I 2004/12

Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG) BGBl I 2005/151

Bundesgesetz über Patientenverfügungen (Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG) BGBl I 2006/55

Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006 BGBl I 2006/92

Verordnung der Bundesministerin für Justiz über die Feststellung der Eignung von Vereinen, zum Sachwalter bestellt zu werden sowie Patientenanwälte und Bewohnervertreter namhaft zu machen BGBl II 2007/117

Budgetbegleitgesetz 2011 (BBG 2011) BGBl I 2010/111

B. Landesrechtliche Bestimmungen

Verordnung der Salzburger Landesregierung, mit der Richtlinien für die Errichtung und den Betrieb von Altenheimen, Pflegeheimen und Pflegestationen erlassen werden sbg LGBI 1978/12

Steiermärkisches Pflegeheimgesetz stmk LGBI 1994/108

Kärntner Heimgesetz krnt LGBI 1996/7

Oberösterreichische Alten- und Pflegeheimverordnung oö LGBI 1996/29

Burgenländisches Altenwohn- und Pflegeheimgesetz bgld LGBI 1996/61

Burgenländische Altenwohn- und Pflegeheimverordnung bgld LGBI 1998/55

Salzburger Pflegegesetz sbg LGBI 2000/52

Niederösterreichische Pflegeheim-Verordnung nö LGBI 2002/92

Vorarlberger Pflegeheimgesetz vlbg LGBI 2002/16

Tiroler Heimgesetz tir LGBI 2005/23

Wiener Wohn- und Pflegeheimgesetz (WWPG) wr LGBI 2005/15

Durchführungsverordnung zum WWPG wr LGBI 2005/31

C. Gesetzesentwürfe, Materialien

1. HeimAufG

Diskussionsentwurf zur Abänderung des Sachwalterrechts, JMZ 4.973/21-I/1998

Entwurf für ein Bundes-Heimvertragsgesetz: Antrag der Abgeordneten Dr. Peter Kostelka, Kolleginnen und Kollegen vom 27.4.2000 betreffend ein Bundesgesetz über ein Bundes-Heimvertragsgesetz, 139/A 21. GP

Entschließungsantrag der Abgeordneten Dr. Kurt Grünwald, Kolleginnen und Kollegen vom 30.1.2002 betreffend bundesweite Regelung zu Freiheitsbeschränkungen in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen, 593/A (E) 21. GP

Ministerialentwurf des Bundesministeriums für Justiz für ein Bundesgesetz, mit dem das Konsumentenschutzgesetz und das Produkthaftungsgesetz geändert werden und mit dem ein Bundesgesetz über Freiheitsbeschränkungen in Heimen und ähnlichen Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) erlassen wird, 1.8.2002 BMJ GZ 7.054/62-I.2/2002, 366/ME 21. GP

Stellungnahmen:

BMSG, 1/SN – 366/ME 21. GP

Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Univ.-Prof. Dr. Schauer, 2/SN – 366/ME 21. GP

Rechnungshof, 3/SN – 366/ME 21. GP
 Amt der Tiroler Landesregierung, 4/SN – 366/ME 21. GP
 Vereine für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 5/SN – 366/ME 21. GP
 BMF, 6/SN – 366/ME 21. GP
 Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, 7/SN – 366/ME 21. GP
 Pro mente Oberösterreich, 8/SN – 366/ME 21. GP
 Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, 9/SN – 366/ME 21. GP
 IfS – Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft, 10/SN – 366/ME 21. GP
 Verein für Konsumenteninformation, 11/SN – 366/ME 21. GP
 Bund Österreichischer Frauenvereine, 12/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, 13/SN – 366/ME 21. GP
 Lebenshilfe Österreich, 14/SN – 366/ME 21. GP
 BMSG, 15/SN – 366/ME 21. GP
 BMaA, 16/SN – 366/ME 21. GP
 BMBWK, 17/SN – 366/ME 21. GP
 Amt der Wiener Landesregierung, 18/SN – 366/ME 21. GP
 Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, 19/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation, 20/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichische Bischofskonferenz, 21/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichische Notariatskammer, 22/SN – 366/ME 21. GP
 Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs, 23/SN – 366/ME 21. GP
 Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs, 24/SN – 366/ME 21. GP
 ÖAMTC, 25/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichischer Städtebund, 26/SN – 366/ME 21. GP
 OGH, 27/SN – 366/ME 21. GP
 Univ.-Prof. Dr. Rudolf Forster, 28/SN – 366/ME 21. GP
 Amt der Kärntner Landesregierung, 29/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichisches Rotes Kreuz, 30/SN – 366/ME 21. GP
 ARGE PDL der stationären geriatrischen Einrichtungen, 31/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichische Ärztekammer, 32/SN – 366/ME 21. GP
 Österreichischer Seniorenrat (Bundesaltenrat Österreichs), 33/SN – 366/ME 21. GP
 Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, 34/SN – 366/ME 21. GP
 Wirtschaftskammer Österreich, Fachverband für Unternehmensberatung und Informationstechnologie, 35/SN – 366/ME 21. GP
 Amt der Vorarlberger Landesregierung, 36/SN – 366/ME 21. GP
 Bundeskanzleramt, 37/SN – 366/ME 21. GP
 Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Österreichs, 38/SN – 366/ME 21. GP

Regierungsvorlage (samt Erläuternden Bemerkungen) betreffend Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG), 353 BlgNR 22. GP

Entschließungsantrag aller Fraktionen, JA 6/AEA 22. GP

Bericht des Justizausschusses des Nationalrates und Entschließungstext, 378 BlgNR 22. GP

Parlamentskorrespondenz vom 20.1.2004, Nr 33 (zur Abstimmung über die RV im Justizausschuss)

Parlamentskorrespondenz vom 20.1.2004, Nr 34 (zum Expertenhearing im Justizausschuss)

Gesetzesentwurf idF des Ausschussberichts, 63/AA 22. GP
Stenographisches Protokoll NR 22. GP, 46. Sitzung (29.1.2004)
Gesetzesbeschluss des Nationalrates, 144/BNR 22. GP (29.1.2004)
Bericht des Justizausschusses des Bundesrates, 6966 BlgBR
Stenographisches Protokoll BR 705. Sitzung (13.2.2004)
Bericht und Antrag des Justizausschusses des Nationalrates über den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das HeimAufG geändert wird, 1512 BlgNR 22. GP
Stenographisches Protokoll NR 22. GP, 153. Sitzung (24.5.2006)
Gesetzesbeschluss des Nationalrates, 649/BNR 22. GP (24.5.2006)
Bericht des Justizausschusses des Bundesrates, 7568 BlgBR
Stenographisches Protokoll BR 735. Sitzung (9.6.2006)
Ministerialentwurf des Bundesministeriums für Justiz für ein Bundesgesetz, mit dem das Heimaufenthaltsgesetz, das Unterbringungsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz 2010 – Ub-HeimAuf-Nov 2010), 17.7.2009 BMJ-B4.907/0013-I 1/2009, 74/ME 24. GP
Regierungsvorlage (samt Erläuternden Bemerkungen) betreffend Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz 2010 – Ub-HeimAuf-Nov 2010), 601 BlgNR 24. GP
Bericht des Justizausschusses des Nationalrates, 608 BlgNR 24.GP
Gesetzesbeschluss des Nationalrates, 215/BNR 24. GP (24.2.2010)
Bericht des Justizausschusses des Bundesrates, 8285 BlgBR

2. Sonstige Materialien

Entwurf der Bundesregierung für ein Bundes-Pflegeheimgesetz, BKA GZ 61.605/6-VI/C/16/90
Regierungsvorlage (samt Erläuternden Bemerkungen) zum neuen AußStrG, 224 BlgNR 22. GP

D. Sonstige Quellen

BMGF, Brief an den Dachverband der ARGE Heimleiter betreffend Heimaufenthaltsgesetz – ärztliche Anordnung einer Freiheitsbeschränkung – Kostentragung, 15.7.2005 GZ BMGF-96.115/0007-I/B/10/2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (9.11.2005)

- BMGF*, Brief an den Dachverband der ARGE Heimleiter betreffend Besprechung vom 29.7.2005 zu § 5 HeimAufG, 9.8.2005 GZ BMGF-92.605/0005-Stab I/B/2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (28.11.2005)
- BMGF*, Schreiben zur Frage der Abgrenzung der Geltungsbereiche von UbG und HeimAufG, GZ 93.331/0004-I/B/8/2005, RdM 2006/7 (18)
- Bundespressediens*t, Arbeitsübereinkommen zwischen der Sozialdemokratischen Partei Österreichs und der Österreichischen Volkspartei 29.11.1994, Österreich Dokumentation (1994) = *Götz*, Das Koalitionsübereinkommen 1994 und seine Entstehung, in *Kohl/Ofner/Stirnemann* (Hrsg), Österreichisches Jahrbuch für Politik 1994 (1995) 723
- Bundesregierung*, Koalitionsübereinkommen zwischen der Sozialdemokratischen Partei Österreichs und der Österreichischen Volkspartei 11.3.1996, Mitarbeiter-Magazin 20. Jahrhundert 1996/3
- Bundesregierung*, Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die 21. Gesetzgebungsperiode 4.2.2000, <http://www.bundesregierung.at/2004/4/7/Regprogr.pdf> (31.10.2011)
- Bundesregierung*, Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die 22. Gesetzgebungsperiode 28.2.2003, <http://www.bundesregierung.at/2004/4/7/Regierprogr28.2.03.pdf> (31.10.2011)
- Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs*, Abgeltung der ärztlichen Anordnung nach § 5 HeimAufG – Mitgliederinformation 30.6.2005, <http://www.lebensweltheim.at/index.php> unter dem Punkt Aktuell (28.11.2005)
- Dachverband der Arbeitsgemeinschaften der HeimleiterInnen der Alten- und Pflegeheime Österreichs*, Schreiben von Johannes Wallner (Präsident des Dachverbands der ARGE Heimleiter) vom 19.9.2006 an die Alten- und Pflegeheime, http://www.lebensweltheim.at/catit/pdf_usr/Schreiben%20Heime%209%2006.pdf (10.3.2009)
- Erlass des Bundesministeriums für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz* vom 9.9.1992 GZ 22.331/35-II/A/5/92 gem § 105a ÄrzteG zwecks Ausstellung einer Bescheinigung gem § 8 UbG
- Niederösterreichischer Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnerververtretung*, Warum ist das Heimaufenthaltsgesetz notwendig? <http://www.noelv.at/bewohnerververtretung/> (5.11.2011)
- Niederösterreichischer Landesverein für Sachwalterschaft und Bewohnerververtretung*, Heimaufenthaltsgesetz – Erläuterungen zur medikamentösen Freiheitsbeschränkung, http://www.noelv.at/cms/upload/pdf/Manual_Medikamentse_Freiheitsbeschrnkungen_2011_Endfassung.pdf (13.2.2012)
- ÖÄK*, Autonome Honorarrichtlinien der ÖÄK für gutachterliche Tätigkeiten, Beschluss der Vollversammlung der ÖÄK vom 22.6.2001, http://www.aerztekammer/service/honorarrichtlinien_gutachten.pdf (28.11.2005)
- ÖÄK*, Honorarrichtlinie vom 24.6.2005, Rundschreiben 2005/122

ÖÄK, Heimaufenthaltsgesetz, Rundschreiben 2005/142

ÖÄK, *Verein Lebenswelt Heim*, Vereinbarung vom 7.6.2010 zwischen der Österreichischen Ärztekammer und dem Verein Lebenswelt Heim – Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs über die Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, http://www.lebensweltheim.at/cms/dv/images/vereinbarung_heimaufg.pdf (8.10.2010)

Statistik Austria, Indikatoren zu Sterblichkeit und Lebenserwartung, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_masszahlen/demographische_indikatoren/023576.html (6.7.2011)

Statistik Austria, Bevölkerungsstatistik, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/index.html (25.10.2011)

Statistik Austria, Bevölkerungsprognosen 2011-2075, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_prognosen/bevoelkerungsprognosen/027308.html (25.10.2011)

Statistik Austria, Bundespflegegeldbezieherinnen und -bezieher 1999-2009, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/sozialleistungen_auf_bundesebene/bundespflegegeld/020069.html (25.10.2011)

Statistik Austria, Landespflegegeldbezieherinnen und -bezieher 1999-2009, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/sozialleistungen_auf_landesebene/landespflegegeld/020136.html (25.10.2011)

Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch Österreichs 2011

Verein Vertretungsnetz, Heimaufenthaltsgesetz – Erläuterungen zur medikamentösen Freiheitsbeschränkung, http://www.bewohnervertretung.at/fileadmin/user_upload/6_Bewohnervertretung/Mannual_FBdMed.pdf (13.2.2012)

Wiener Krankenanstaltenverbund, Geriatriezentrum am Wienerwald – Geschichte unseres Hauses, http://www.wienkav.at/kav/gzw/texte_anzeigen.asp?id=489 (25.10.2011)

XVII. Literaturverzeichnis

- Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht Band III Grundrechte (2003)
- Allmer*, Leben & Gesundheit vs Freiheit & Menschenwürde, ÖPZ 2001/3, 22
- Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, 525
- Amelung*, Die Einwilligungsfähigkeit in Deutschland, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 24 (zit: *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit)
- Bachinger*, Heimbewohnerrechte, Heimaufenthaltsgesetz, ÖPZ 2005/2, 36
- Badelt/Leichsenring*, Versorgung, Betreuung, Pflege, in *BMSG* (Hrsg), Seniorenbericht 2000: Zur Lebenssituation älterer Menschen in Österreich (2000) 408 (zit: *Badelt/Leichsenring*, Versorgung)
- Barta/Ganner*, Betreuung und Wohnen im Alter, JRP 1997, 86
- Barta/Ganner* (Hrsg), Alter, Recht und Gesellschaft – Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung – Ein Forschungsförderungsprojekts (1998)
- Barta/Ganner* (Hrsg), Rechtliche Rahmenbedingungen der Alten- und Pflegebetreuung, Tagungsband (1998)
- Barta/Ganner*, Brauchen wir einen Katalog von Persönlichkeitsrechten für alte Menschen? JAP 1998/99, 197
- Barta/Ganner*, Überlegungen zum Heimvertrag, JRP 1998, 28
- Barta/Ganner*, Was könnte ein Bundes-Heimvertragsgesetz leisten? SozSi 1999, 981
- Barta/Ganner*, Rechtspolitische und legistische Gründe für ein bundeseinheitliches Heimvertragsgesetz (B-HeimVG), SozSi 2000, 593
- Barth*, Das Heimaufenthaltsgesetz, ÖPZ 2005/3, 36
- Barth*, Spezielle Fragen zum Gerichtsverfahren nach HeimAufG, RZ 2006, 2
- Barth*, Am „Schauplatz“ Pflegeheim oder von der Freiheit, zu stürzen bzw eine Behandlung abzulehnen, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 124 (zit: *Barth*, „Schauplatz“ Pflegeheim)
- Barth*, Die Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetze 2010, iFamZ-Spezial 2010, 29
- Barth*, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente – Zum Tatbestand der Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen nach dem HeimAufG, iFamZ 2011, 80
- Barth*, Richtlinien im Umgang mit medikamentösen Freiheitsbeschränkungen – ein interdisziplinär erarbeitetes Papier als Hilfestellung für die Praxis, iFamZ 2011, 318

- Barth/Engel*, Heimrecht – Heimaufenthaltsgesetz und Heimvertragsrecht mit Musterheimvertrag (2004) (zit: *Barth/Engel*, Heimrecht)
- Barth/Engel*, Das Heimaufenthaltsgesetz – Die neuen gesetzlichen Regeln über freiheitsbeschränkende Maßnahmen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen, ÖJZ 2005, 401
- Barth/Ganner*, Freiheitsbeschränkungen in stationären Einrichtungen, in ÖKSA (Hrsg), „Demenz – Pflegende Angehörige“, Dokumentation der Jahreskonferenz (2004) 107
- Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)
- Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000)
- Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Grundlagen für die Implementation des Heimaufenthaltsgesetzes (2005), auch veröffentlicht auf der Homepage des IRKS unter <http://www.irks.at/downloads/HeimAufGForschungsberichtIRKS.pdf> (25.10.2011) (zit: *Berlach-Pobitzer/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Implementation)
- Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹¹ (2010)
- Binder*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung, in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (2005) 183
- BMAGS*, Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich – Übersicht über die Bedarfs- und Entwicklungspläne der Länder (1999)
- BMSG*, Ausbau der Dienste und Einrichtungen für pflegebedürftige Menschen in Österreich – Zwischenbilanz (2004)
- Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ (2009)
- Datler/Studener-Kuras*, Das Heimaufenthaltsgesetz: Die Rolle der gerichtlichen Sachverständigen und Alternativen zur Freiheitsbeschränkung aus sonder- und heilpädagogischer Sicht, in ÖKSA (Hrsg), „Freiheitsbeschränkungen“ bei Personen mit einer geistigen Behinderung und/oder einer psychischen Erkrankung – Dokumentation der Fachtagung des ÖKSA vom 16.6.2005 in Salzburg (2005) 47
- DNQP*, Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege (2005) (zit: *DNQP*, Expertenstandard)
- Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht vor medizinischen Eingriffen (1996) (zit: *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht)
- Fabrizy*, StGB Kurzkommentar¹⁰ (2010) (zit: *Fabrizy*, StGB¹⁰)
- Fried*, Heimaufenthaltsgesetz: Steckgitter, Fixierhosen und Überwachungschips, ÖKZ 2004/3, 10
- Frowein/Peukert*, EMRK³ (2009)
- Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008) (zit: *Fuchs*, Strafrecht AT I⁷)
- Fucik/Kloiber*, AußStrG (2005)
- Gaisbauer*, Rechtsfragen zum neuen Unterbringungsrecht, RZ 1993, 112

- Ganner*, Die Kompetenzlage in der Alten- und Pflegebetreuung, *SozSi* 1997, 938
- Ganner*, Die unzulängliche Vertretung von HeimbewohnerInnen, *Juridikum* 2000, 102
- Ganner*, Vorsorge-/Betreuungsvollmacht, *Pflegeexpress* 2000/3, 13
- Ganner*, Keine Aufsichtspflicht, aber Schutz- und Sorgfaltspflichten in der Altenpflege, *Pflegeexpress* 2002/2, 15
- Ganner*, Recht und Gewalt in der stationären Pflege (Teil I), *medical tribune* 2003, Heft 43, 17
- Ganner*, Recht und Gewalt in der stationären Pflege (Teil II), *medical tribune* 2003, Heft 44, 20
- Ganner*, Selbstbestimmung im Alter – Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland (2005) (zit: *Ganner*, Selbstbestimmung)
- Ganner*, Recht der Altenpflege, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), *Handbuch Medizinrecht für die Praxis* (2003) IV/141
- Ganner*, Begriff und Merkmale der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, in *BMJ* (Hrsg), *Recht und Würde im Alter – Österreichische Richterwoche 2005* (2006) 97
- Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Österreichischer Heimratgeber (2004) (zit: *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Heimratgeber)
- Ganner*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – Besonderheiten und Zulässigkeitsvoraussetzungen, in *Barth* (Hrsg), *Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltssnovelle 2010*, *iFamZ-Spezial* 2010, 46
- Geiger*, Das Versorgungshaus Lainz in den 20er Jahren, in *Arias/Horn/Hubenstorf* (Hrsg), „In der Versorgung“ – Vom Versorgungshaus Lainz zum „Geriatrizentrum am Wienerwald“ (2005) 177
- Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) (zit: *Grabenwarter*, EMRK)
- Gräßl*, Alternativen in der stationären Altenpflege, *ÖKPZ* 1995/6-7, 13
- Gschaidner/Hufnagl*, Die Novelle des Heimaufenthaltsgesetzes aus der Sicht der Bewohnervertretung, *ÖZPR* 2010, 144
- Hack*, Heimaufenthaltsgesetz: Es sind noch viele Fragen offen, *Geriatric Praxis Österreich* 2004/6, 10
- Herdega*, Die Kostentragung von ärztlichen Anordnungen bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, *RdM* 2010, 75
- Herdega*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG – (k)ein Eingriff in die ärztliche Therapiefreiheit? *RdM* 2012, 4
- Herdega/Wallner*, Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem HeimAufG – Vereinbarung zwischen der Österreichischen Ärztekammer und dem Verein Lebenswelt Heim – Bundesverband der Alten- und Pflegeheime Österreichs, in *Barth* (Hrsg), *Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltssnovelle 2010*, *iFamZ-Spezial* 2010, 44

- Herdega/Wallner*, Vereinbarung über die Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, ÖZPR 2010, 83
- Heuberger*, Kritische Anmerkungen zur Heimaufenthaltsgesetz-Novelle 2010, ÖZPR 2010, 22
- Hochgerner*, Freiheitsbeschränkung: Dilemma im Niemandsland, Geriatrie Praxis Österreich 2000/1, 8
- Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Rechtsschutz und Pflegekultur – Effekte des Heimaufenthaltsgesetzes, Schriftenreihe des BMJ, Band 137 (2008)
(zit: *Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Rechtsschutz und Pflegekultur)
- Hofinger/Kreissl/Pelikan/Pilgram*, Menschenrechte als Organisationsproblem – Die Wirkung des HeimAufG in der Praxis – Befunde aus rechtssoziologischer Sicht, iFamZ 2008, 78
- Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz (1993)
- Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch²
- Huhn*, Expertenstandard Sturzprophylaxe, ÖPZ 2005/10, 8
- Janoch*, Freiheitsbeschränkung durch Medikation – Wann liegt eine medizinische Indikation vor und welche Medikamente eignen sich zur Durchführung von Freiheitsbeschränkungen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz-Novelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 51
- Jaquemar/Kinzl*, Vom Narrenturm zum HeimAufG, 1811-1915: Unzureichende gesetzliche Regelungen und starker Anstieg der Betroffenen, <http://www.vsp.at/index.php?id=63> (25.10.2011)
- Jaquemar/Bürger/Pimon*, Heimaufenthaltsgesetz in der Praxis – Erste Erfahrungen der Bewohnervertreterinnen, iFamZ 2006, 22
- Jelinek*, Die nachträgliche Überprüfung im UbG und HeimAufG, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz-Novelle 2010, iFamZ-Spezial 2010, 15
- Jilge/Pfabigan*, Einblicke und Ausblicke, in *Arias/Horn/Hubenstorf* (Hrsg), „In der Versorgung“ – Vom Versorgungshaus Lainz zum „Geriatriezentrum am Wienerwald“ (2005) 283 (zit: *Jilge/Pfabigan*, Einblicke und Ausblicke)
- Kienapfel/Schroll*, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil I² (2008)
- Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 2004, 590
- Kletečka-Pulker/Jaquemar*, Checkliste: Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, RdM 2005, 114
- Klicka/Oberhammer/Domes*, Außerstreitverfahren⁴ (2006)
- Klie/Lörcher*, Gefährdete Freiheit – Fixierungspraxis in Pflegeheimen und Heimaufsicht (1994)
- Klie/Pfundstein*, Pflege ohne Gewalt? – Freiheitsentziehende Maßnahmen in Pflegeheimen – Entwicklung von Präventions- und Handlungsmaßnahmen (2005)

- Kneihls*, Freiheitsentzug im Pflegeheim und Kompetenzverteilung, ZfV 2004, 304
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht I – Historische Entwicklung und verfassungsrechtliche Grundlagen (1995) (zit: *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I)
- Kopetzki*, Unterbringungsrecht II – Materielles Recht, Verfahren und Vollzug (1995) (zit: *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II)
- Kopetzki*, Freiheitsentzug im Sachwalterrecht, in FS Rill (1995) 153 (zit: *Kopetzki* in FS Rill)
- Kopetzki*, Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit, in *Kopetzki* (Hrsg), Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit (2002) 1
- Kopetzki*, Entscheidungsanmerkung zu VfGH 28.6.2003, G 208/02, RdM 2003/81 (150)
- Kopetzki*, PersFrG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2003) (zit: *Kopetzki*, PersFrG)
- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) (zit: *Kopetzki*, Grundriss)
- Kopetzki*, Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ – Patientenrechte – Pflegeheime – Unterbringung, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 116 (zit: *Kopetzki*, Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“)
- Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung – Wirkungen und Nebenwirkungen, in *Körtner/Kopetzki/Kletečka-Pulker* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz – Ethische und rechtliche Aspekte (2007) 127 (zit: *Kopetzki*, Patientenverfügungs-Gesetz)
- Kopetzki*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz – Eine kritische Würdigung, iFamZ 2007, 22
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984)
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006)
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007)
- Kytir/Münz*, Demografische Rahmenbedingungen: die alternde Gesellschaft und das älter werdende Individuum, in *BMSG* (Hrsg), Seniorenbericht 2000: Zur Lebenssituation älterer Menschen in Österreich (2000) 22
- Langer*, AußStrG - Außerstreitgesetz 2003² (2007)
- Leder*, Heimaufenthalt und Unterbringung – ein Vergleich: Strukturelle Unterschiede und Gemeinsamkeiten, iFamZ 2006, 217
- Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992)
- Lewisch*, Strafrecht Besonderer Teil I² (1999)
- Mandl/Zulehner*, Das Heimaufenthaltsgesetz aus Sachverständigenperspektive – Von der Befundaufnahme zur Erstellung eines Gutachtens, iFamZ 2008, 149
- Marcher*, Gewalt in der Altersarbeit – Eine Realität, ÖKPZ 1997/2, 12

- Matul*, Stationäre Einrichtungen der Altenhilfe: Lösungsvorschläge zur Erfolgsmessung und Qualitätsbeurteilung in Alten- und Pflegeheimen (1995)
- Mayer*, B-VG Kurzkommentar⁴ (2007)
- Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen³ (2006) (zit: *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen)
- Mazal*, Anordnung gem § 5 HeimAufG – Überlegungen zur Honorierung, http://www.lebensweltheim.at/catit/pdf_usr/Dr.%20Mazal%20Fallgruppen.pdf (10.3.2009)
- Memmer*, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht für die Praxis (2003) I/27
- Moser*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen, in *Barth* (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetze 2010, iFamZ-Spezial 2010, 54
- Müller*, Zulässigkeit von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Pflegeeinrichtungen, http://www.geronto.at/Artikel/Recht/freiheitsentzug/hauptteil_freiheitsentzug.html (16.8.2006)
- Nabegger*, Gewalt und Aggression in der professionellen Pflege, ÖPZ 2001/4, 22
- Nagode*, Podiumsdiskussion zum Heimaufenthaltsgesetz, in *BMJ* (Hrsg), Recht und Würde im Alter – Österreichische Richterwoche 2005 (2006) 83
- Pimon*, Freiheitsbeschränkung durch Medikamente – Erfahrungen der Bewohnervertretung, iFamZ 2010, 280
- Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁶⁰ (2004)
- Ramharter*, Zur Reformdiskussion im Sachwalterschafts- und Behindertenrecht, ÖJZ 1995, 858
- Ramharter*, Dürfen geistig Behinderte zu Recht in ihrer Freiheit beschränkt werden? ÖJZ 1997, 259
- Ramharter*, Freiheitsbeschränkungen in Pflegeheimen nach der derzeitigen Rechtslage; ist eine Gesetzesänderung erforderlich? ÖJZ 2001, 592
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009)
- Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁵ (2009)
- Reitbauer*, Auswirkungen des Unterbringungsgesetzes auf die psychiatrische Pflege, ÖKPZ 1994/12, 18
- Rosenmayr*, Altenhilfe – ein soziales Anliegen der Jahrhundertwende (1991)
- Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, 1. ErgBd (2003)
- Russegger*, Freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Pflegeheim, ÖPZ 2002/10, 16
- Rutter*, Freiheit versus Sicherheit, Geriatrie Praxis Österreich 2000/6, 20

- Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100
- Schauer*, Rechtssystematische Bemerkungen zum Sachwalterrecht idF KindRÄG 2001, NZ 2001, 275
- Scherff/Popperl*, ASVG Sozialversicherungs-Handbuch II (2005) (zit: *Scherff/Popperl*, ASVG)
- Schlaffer*, Rechte setzen sich nicht von selbst durch, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Selbstbestimmung und Abhängigkeit – Rechtsschutz in „besonderen Rechtsverhältnissen“ (2006) 152
- Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ (2003) (zit: *Schragel*, AHG³)
- Schwamberger*, Praxisfälle im Zusammenhang mit dem UbG, RdM 2001, 3
- Schwamberger*, Patienten- und Klientenschutz im Gesundheits- und Heimbereich (2004) (zit: *Schwamberger*, Patienten- und Klientenschutz)
- Sokol*, Der „Pfleheim-Skandal“ und die politische Verantwortung, ÖKPZ 1995/4, 10
- Spiess/Bohner/Bertsch*, Das Heimaufenthaltsgesetz in Vorarlberger Krankenanstalten – Umsetzung, Praxisbeispiele, statistische Auswertung und Ausblick, iFamZ 2009, 219
- Staudinger*, Offene und geschlossene Seniorenbetreuung im Wandel der Zeit unter Berücksichtigung veränderter pädagogischer Anforderungen in der Ausbildung betreuender Personen, Diplomarbeit, Universität Wien (1999) (zit: *Staudinger*, Seniorenbetreuung)
- Stellamor*, Derzeit geltendes Recht und ethische Überlegungen in Bezug auf Geisteskranke und geistig Behinderte, ÖKZ 1993/1-2, 25
- Stellamor/Steiner*, Für den Arzt wichtige Judikatur bezüglich Kausalität und Freiheitsentzug, ÖKZ 1993/12, 719
- Sternberg*, Entmündigungsordnung I (1917)
- Sternberg*, Entmündigungsordnung II (1917)
- Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht (2008)
- Triffterer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (zit: *Triffterer*, StGB)
- Vašek*, Der normative Gehalt der Menschenwürdeklauseln in UbG und HeimAufG, RdM 2009, 108
- Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft*, Im rechtsfreien Raum... (1999), auch veröffentlicht auf der Homepage des Vereins unter http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/1_SERVICE_Publikationen/Im_rechtsfreien_Raum_02.pdf (31.10.2011) (zit: *VSP*, Im rechtsfreien Raum)

- VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenrechtsvertretung, Bewohnerververtretung, Heimaufenthaltsgesetz – Information über den Umgang mit Freiheitsbeschränkungen in Altenheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und Krankenanstalten (2010), auch veröffentlicht auf der Homepage des Vereins unter http://www.vsp.at/fileadmin/user_upload/6_Bewohnerververtretung/HeimAufG_web2010.pdf (5.11.2011)*
- Vogt, Reise in die Welt der Altenpflege – Ein kritisches Tagebuch (2005)*
- Wagner-Kreimer, Anordnung und Dokumentation freiheitsbeschränkender Maßnahmen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen – Berufsrechtliche Regelungen und Dokumentationspflichten, in Barth (Hrsg), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz 2010, iFamZ-Spezial 2010, 35*
- Wallner, Erste Erfahrungen mit dem Heimaufenthaltsgesetz, Lebenswelt Heim 2006/5, 22*
- Walter, Zur Entstehung der beruflichen Krankenpflege in Österreich, HISTORICUM Frühling 2003, 22*
- Walter, Zur beruflichen Pflege in Österreich 1784 bis 1914, in Walter/Seidl/Kozon (Hrsg), Wider die Geschichtslosigkeit der Pflege (2004) 25*
- Wartbichler, Das Recht auf Autonomie des Bewohners im Widerspruch zur Obsorgepflicht der Pflegeperson, ÖPZ 2002/10, 23*
- Weidinger, Zur historischen Struktur von Altenheimen – Die Fallstudie Mauerbach, Dissertation, Universität Wien (1978) (zit: Weidinger, Zur historischen Struktur von Altenheimen)*
- Weiss, Seniorenbetreuung – ein rechtsfreier Raum? ÖKZ 2000/9, 10*
- Zeinhofer, Zur Kostentragung bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz - Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Rechts, iFamZ 2010, 26*
- Zierl, Zum Freiheitsentzug in Altenheimen, ÖJZ 2000, 753*
- Zierl, Heimrecht – Heimvertragsgesetz, Heimaufenthaltsgesetz und Mustervorlagen² (2004) (zit: Zierl, Heimrecht)*
- Zierl, Das neue Heimaufenthaltsgesetz im Überblick, http://www.behindertearbeit.at/TCgi/Images/bha/20050624114938_1.pdf (1.7.2008)*
- Zierl, Die ärztliche Anordnung von Freiheitsbeschränkungen gemäß HeimAufG – Anmerkungen zur Rechtsnatur der Anordnung und zur Kostentragung, iFamZ 2006, 210*

XVIII. Abstract

Die Vornahme von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in Heimen sowie in anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen erfolgte lange Zeit in einer rechtlichen „Grauzone“, was einerseits ein massives Rechtsschutzdefizit für die betroffenen Bewohner zur Folge hatte und andererseits zu großer Rechtsunsicherheit für die in Pflege und Betreuung beschäftigten Personen in Bezug auf die Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf persönliche Freiheit führte. Die in Frage kommenden Freiheitsbeschränkungen sind vielfältig und reichen von mechanischen (etwa Steckgitter am Bett, Rollstuhlgurte, verschlossene Türen, etc) und elektronischen (zB Alarmarmbänder, die dazu führen, dass der Betroffene unmittelbar zurückgeholt wird, sobald ein bestimmter Bereich verlassen wird) bis hin zu medikamentösen Maßnahmen.

Nach Klärung der Kompetenzzuständigkeiten erfolgte schließlich im Jahr 2004 die Erlassung eines Bundesgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG) BGBl I 2004/11, welches mit 1.7.2005 in Kraft trat und bis dato zweimal novelliert wurde (BGBl I 2006/94 und BGBl I 2010/18).

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die rechtsdogmatische Betrachtung und Analyse des österreichischen Heimaufenthaltsrechts, wobei eine besondere Schwerpunktsetzung auf der geschichtlichen Entwicklung dieses Rechtsbereichs liegt. Unter Berücksichtigung der Judikatur werden weiters die materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für freiheitsbeschränkende Maßnahmen im Pflege- und Heimbereich vertiefend dargestellt und auch kontroverse Sichtweisen zu Detailproblemen aufgegriffen. Besonderes Augenmerk wird dabei ua auf Fragen des personenbezogenen Anwendungsbereichs des HeimAufG in Krankenanstalten und der Kostentragung der ärztlichen Anordnungen sowie auf die Auslegung des Begriffs der medikamentösen Freiheitsbeschränkung gerichtet. Zur Vervollständigung der Darstellung findet sich gegen Ende der Arbeit auch ein Überblick über die Verfahrensvorschriften für die gerichtliche Überprüfung der Freiheitsbeschränkungen.

For a long period of time there have been no regulations for measures restricting personal liberty in homes and other nursing and care institutions, so that there remained a certain kind of legal grey area. This led to a massive deficit of legal protection for the affected occupants. Also the personnel working in these homes had to carry out these restrictions under a vast legal uncertainty. The measures restricting personal liberty are manifold, like mechanical, electronic or medicinal measures.

After having solved the question of the legislative competence within the Austrian Federal State the “Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG)“ BGBl I 2004/11 was enacted in 2004. It came into force on the 1st July 2005 and has been amended twice so far (BGBl I 2006/94 and BGBl I 2010/18).

The subject of this thesis is the legal dogmatic examination and analysis of the Austrian “Heimaufenthaltsrecht” with a special focus on the historical development of this area of law. Furthermore formal and material conditions of the admissibility of measures restricting personal liberty in the institutions regulated by the HeimAufG are discussed in detail and controversial views on specific problems are highlighted. Further attention is in particular turned to questions concerning the personal scope of the application of the HeimAufG in hospitals, the costs of the doctor’s order and the definition of a medicinal measure. To complete this thesis the procedural regulations for judicial review of restrictions of personal liberty are described in a general overview.

XIX. Lebenslauf

Persönliche Daten

Vorname: Barbara
Familiennamen: Salasch
Akademischer Grad: Magistra der Rechtswissenschaften
Geburtsdatum, -ort: 11.11.1980, Wien
Staatsangehörigkeit: Österreich

Ausbildung

09/1987 – 06/1991 Volksschule Ettenreichgasse, 1100 Wien

09/1991 – 06/1999 Bundesgymnasium und -realgymnasium
Ettenreichgasse, 1100 Wien

10/1999 – 06/2004 Diplomstudium der Rechtswissenschaften
an der Universität Wien

Seit 10/2004 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
an der Universität Wien

Schwerpunktausbildungen: Wahlfachkörbe
Medizinrecht sowie Computer und Recht

Beruflicher Werdegang

Diverse Praktika (Magistrat der Stadt Wien MA 53 Pressedienst, Humanic,
Anker-Versicherung, Verein für Konsumenteninformation)

10/2005 – 09/2006 geringfügige Beschäftigung beim Verein für
Konsumenteninformation (telefonische Rechtsberatung
für die Bereiche allgemeines Konsumentenrecht und
grenzüberschreitende Verbrauchergeschäfte im Rahmen
der Europahotline)

10/2006 – 09/2007 Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien
(BG Favoriten, ASG Wien, StA Wien)

Seit 01/2008 Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien
(Arbeitsrechtsexpertin im Bereich
Beratung – Abteilung Arbeitsrecht)

Sprachkenntnisse Englisch, Französisch