

## Vorblatt

### Problem

Die Pflege und Betreuung alter, behinderter und chronisch kranker Menschen ist eine Aufgabe, der aufgrund der demografischen Entwicklung ständig zunehmende Bedeutung zukommt. Österreichweit gibt es zur Zeit allein etwa 800 Alten- und Pflegeheime, in denen ca. 70 000 Menschen versorgt und betreut werden. Der körperliche und geistige Zustand mancher der in diesen und anderen Einrichtungen betreuten Menschen erfordert bisweilen freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Bei der Entscheidung über solche Maßnahmen und bei ihrer Durchführung agieren die Träger, Einrichtungsleiter und Pflegepersonen auf Grund der geltenden Rechtslage aber in einer rechtlichen „Grauzone“. Das Regierungsprogramm für die XXII. Gesetzgebungsperiode sieht daher im Kapitel Justiz u.a. vor, für diesen Bereich klare und eindeutige rechtliche Vorgaben zu schaffen.

### Ziel und Inhalt

Mit dem Heimaufenthaltsgesetz sollen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Beschränkung der persönlichen Freiheit von Menschen in Alten- und Pflegeheimen und in vergleichbaren Einrichtungen geregelt werden. Hiefür wird eine den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechende, effiziente und tatsächlich zugängliche gerichtliche Überprüfung vorgesehen. Den betroffenen Menschen sollen kraft Gesetzes fachkundige Vertreter zur Seite gestellt werden, die ihre Interessen im gerichtlichen Verfahren und dem Träger der Einrichtung gegenüber wahrnehmen.

### Alternativen

Die Beibehaltung der erwähnten „Grauzone“ bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen würde den Interessen aller Beteiligten widersprechen. Auch ist es hoch an der Zeit, hier verfassungsrechtlich einwandfreie und klare Rechtsverhältnisse zu schaffen.

Der Dachverband der österreichischen Heimleiter hat vorgeschlagen, freiheitsbeschränkende Maßnahmen in einem aus Vertretern der Leitung, der Bediensteten und des Betroffenen zusammengesetzten Gremium unter Einbindung der Aufsichtsbehörden und mit der Möglichkeit der Anrufung der unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern zu erörtern. Ein derartiges System widerspricht allerdings den verfassungsrechtlichen Vorgaben, nach denen über die Zulässigkeit eines Freiheitsentzugs innerhalb einer Woche durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Behörde entschieden werden muss. Zudem entspricht das mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag verfolgte Konzept besser den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit.

Die ebenfalls schon aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderliche Vertretung der Bewohner sollte durch Einrichtungen wahrgenommen werden, die von den Trägern der Einrichtungen und den Kostenträgern (also Ländern und Gemeinden) möglichst unabhängig sind. Aus diesen Erwägungen ist es weder möglich noch sinnvoll, mit der Vertretung der Bewohner die Heimaufsichtsbehörden oder die von den Ländern eingerichteten Patientenanzwaltschaften zu betrauen. Die für die Namhaftmachung von Sachwaltern zuständigen Vereine verfügen über die notwendige Unabhängigkeit sowie über die unerlässliche Kompetenz und Erfahrung im Umgang mit psychisch beeinträchtigten Menschen.

### Kompetenz

Der Entwurf basiert auf dem Zuständigkeitstatbestand des Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG.

### Kosten

Die Bestimmungen über die Zulässigkeit und über die gerichtliche Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Einrichtungen werden Aufwendungen nach sich ziehen. Der Entwurf ist freilich bemüht, diesen Aufwand in begrenztem Rahmen zu halten. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben erfordern eine gerichtliche Überprüfung und eine effiziente Vertretung der betreuten und gepflegten Personen. Diese Vertretung sollen die mit der Namhaftmachung von Sachwaltern betrauten Vereine übernehmen. Damit sollen „Synergieeffekte“ genutzt werden, zumal viele Sachwalter, die von Vereinen nominiert werden, ohnehin Alten- und Pflegeheime sowie sonstige Einrichtungen besuchen, in denen sich ihre Klienten aufhalten. Die „Bewohnervertretung“ soll dazu beitragen, dass schon im Vorfeld einer möglichen gerichtlichen Überprüfung ein Großteil der sich aus der Vornahme von Freiheitsbeschränkungen ergebenden Probleme kooperativ mit der Einrichtungs- oder Pflegeleitung abgeklärt werden kann. Die auf diese Art und Weise nicht lösbaren Fälle sollen grundsätzlich nur auf Antrag (nicht von Amts wegen) durch die Außerstreitgerichte geprüft werden. Nach den Erfahrungen mit der Vertretung der Patienten im Verfahren nach dem Unterbringungsgesetz und unter Einrechnung der erwähnten „Synergieeffekte“ geht das Bundesministerium für Justiz von einem Sachaufwand (im Vollausbau dieses Systems) in Höhe von ca. drei Millionen Euro jährlich für die Vertretung der Bewohner aus. Der Mehraufwand, der den Ge-

richten entsteht, wird – vorsichtig geschätzt – mit etwa zwölf Richtern und den für die Besorgung der Geschäfte unerlässlichen nicht-richterlichen Bediensteten (etwa 30 Personen bundesweit) zu veranschlagen sein. Das ergibt einen Personalaufwand vom insgesamt 1 860 000 Euro jährlich. Diesen Aufwendungen stehen **Einsparungen** in unbekannter Höhe gegenüber, namentlich was die Entlastung der Heimaufsichtsbehörden und das Sachwalterrecht angeht.

#### **Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort**

Das Vorhaben wird sich auf diese Anliegen nicht negativ auswirken.

#### **Aspekte der Deregulierung**

Aspekte der Deregulierung stehen dem Vorhaben nicht entgegen.

#### **Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens**

Der Entwurf unterliegt keinen besonderen Beschlusserfordernissen. Der Konsultationsmechanismus kann dadurch nicht ausgelöst werden, weil das Vorhaben keine Mehrkosten für die öffentlichen Haushalte der anderen Gebietskörperschaften nach sich ziehen wird.

#### **EU-Konformität**

Ist gegeben.

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

#### 1. Einleitung

Der körperliche und geistige Zustand mancher Menschen in Alten- und Pflegeheimen, Krankenanstalten und anderen vergleichbaren Anstalten und Institutionen erfordert bisweilen **freiheitsbeschränkende Maßnahmen**. Bei der Entscheidung, ob und in welchem Umfang derartige Beschränkungen vorgenommen werden, agieren die Träger und Leiter solcher Einrichtungen ebenso wie die Pflegepersonen derzeit aber in einer rechtlichen „Grauzone“. Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen fehlen, die Beteiligten müssen häufig gravierende rechtliche Konsequenzen für Maßnahmen befürchten, die sie auf Grund des Zustandes des Betroffenen für notwendig und unumgänglich erachten. Den betreuten oder gepflegten Personen selbst fehlt vielfach die Fähigkeit, sich ausreichend zu artikulieren und ihren Standpunkt darzulegen. Eine gerichtliche Überwachung solcher Einschränkungen der persönlichen Freiheit findet in der Regel nicht statt. Die geltende Rechtslage führt zur Verunsicherung der Betroffenen, ihrer Angehörigen, der Träger und der in der Einrichtung tätigen Menschen und sie entspricht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Entzug der persönlichen Freiheit. Das **Regierungsprogramm** für die XXII. Gesetzgebungsperiode sieht daher u.a. vor, für diesen Bereich klare und eindeutige rechtliche Vorgaben zu schaffen.

Der Gesetzesvorschlag folgt in seinem Aufbau im Wesentlichen einem im Sommer 2002 zur allgemeinen Begutachtung versendeten Entwurf für ein Heimaufenthaltsgesetz. Dieser Entwurf ist im **Begutachtungsverfahren sehr positiv** aufgenommen worden. Nach der Klarstellung der Bundeskompetenz durch den Verfassungsgerichtshof (siehe dazu näher Punkt 3.) haben das Bundesministerium für Justiz und das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen das Vorhaben in Zusammenarbeit mit den Vertretern aller Beteiligten fortentwickelt. Der gegenständliche Entwurf berücksichtigt weitestgehend die Ergebnisse dieses Diskussionsprozesses und stützt sich auf den allgemeinen Konsens zur raschen Regelung dieses Bereichs.

Viele alte, pflegebedürftige oder behinderte Menschen werden in Heimen und ähnlichen Einrichtungen bestens versorgt. Die Träger und vor allem die Mitarbeiter dieser Institutionen unternehmen nämlich alle nur denkbaren Anstrengungen, um den Bewohnern einen möglichst angenehmen und menschenwürdigen Aufenthalt zu ermöglichen. Es ist freilich auch von Missständen in manchen Einrichtungen die Rede. Das Vorhaben will mit den in die Zuständigkeit des Bundes fallenden Mitteln zur **Verbesserung der rechtlichen Situation** der Bewohner selbst sowie auch der Bediensteten solcher Einrichtungen und ihrer Träger beitragen. Das Gesetz stellt klar, dass Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bewohner nur als letztes Mittel unter genau umschriebenen Voraussetzungen zulässig sind. Auch werden ihnen effiziente und durchsetzungsfähige Organisationen, die in der Lage sind, ihre Interessen wahrzunehmen, zur Seite gestellt.

Der Dachverband der österreichischen Heimleiter hat vorgeschlagen, freiheitsbeschränkende Maßnahmen in einem aus Vertretern der Leitung, der Bediensteten und des Betroffenen zusammengesetzten **Gremium** unter Einbindung der Aufsichtsbehörden und mit der Möglichkeit der Anrufung der unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern zu erörtern. Ein derartiges System widerspricht allerdings den verfassungsrechtlichen Vorgaben, nach denen über die Zulässigkeit eines Freiheitsentzugs innerhalb einer Woche durch ein Gericht oder eine andere unabhängige Behörde entschieden werden muss. Zudem entspricht das mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag verfolgte Konzept besser den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Es steht den Heimträgern sowie den Heimleitern aber selbstverständlich frei, die oft schwierige Frage des Umgangs mit der persönlichen Freiheit der Betroffenen (und natürlich auch andere pflegerische Probleme) in multiprofessionell zusammengesetzten Plattformen unter Beiziehung der Bewohnervertreter, der Interessenorganisationen der Betroffenen und allenfalls auch des zuständigen Gerichts zu diskutieren. Derartige Foren und ihre Ergebnisse können für die Qualitätsentwicklung und damit auch für den Umgang mit den Bewohnern außerordentlich wichtig sein und auch dazu beitragen, die Belastung aller Beteiligten einschließlich der Gerichte zu vermindern. Sie können aber die verfassungsrechtlich gebotene Überprüfbarkeit des Einzelfalls durch die Gerichte nicht ersetzen.

#### 2. Inhalt

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf sollen die **Voraussetzungen von Eingriffen in die persönliche Freiheit** kranker und behinderter Menschen festgeschrieben werden. Solche Maßnahmen sind nur dann zulässig, wenn der Betroffene an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist, wenn er

sich oder andere deshalb gefährdet und wenn diese Gefahr nicht auf andere Weise abgewendet werden kann. Bei der Vornahme der Freiheitsbeschränkung sind moderne fachliche Standards einzuhalten. Diese materiell-rechtlichen Vorschriften werden durch besondere Verfahrensregeln ergänzt. Den in der Einrichtung betreuten oder gepflegten Menschen wird durch das Gesetz ein „Bewohnervertreter“ zur Wahrung ihrer Freiheitsrechte zur Seite gestellt. Er hat sie im möglichen gerichtlichen Verfahren, vor allem aber der Einrichtung gegenüber zu vertreten und ihre Interessen wahrzunehmen. Die Durchführung von Beschränkungen der persönlichen Freiheit kann durch das Gericht überprüft werden. Zu einem derartigen Verfahren kommt es dann, wenn dies der Betreute selbst, sein Vertreter oder seine Vertrauensperson oder auch die Einrichtung beantragt. Dann hat das Gericht über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung im Außerstreitverfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung rasch zu entscheiden.

Die Kombination eines **schnellen und effizienten Außerstreitverfahrens** mit einer den Interessen der Betroffenen dienenden **Vertretung** hat sich im Bereich der Unterbringung psychisch kranker Menschen in psychiatrischen Anstalten und Abteilungen sehr bewährt. Hier ist es in verhältnismäßig kurzer Zeit gelungen, ein den grundrechtlichen Anforderungen und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte entsprechendes und auch international sehr beachtetes System einzurichten, das die Situation der betroffenen Kranken entscheidend verbessert hat. Es liegt daher nahe, dieses Modell auch für die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Alten- und Pflegeheimen und in anderen vergleichbaren Institutionen nutzbar zu machen. Dabei darf freilich nicht vernachlässigt werden, dass die Bedingungen und Voraussetzungen der Unterbringung in psychiatrischen Einrichtungen mit jenen der Freiheitsbeschränkung in anderen Einrichtungen nicht gleich gesetzt werden können. Geht es in dem einen Fall nämlich im Allgemeinen um die rasche Überprüfung von Zwangsmaßnahmen in Akutsituationen, so stehen im anderen pflegerische Maßnahmen im Vordergrund, die gleichsam „schleichend“ auf Grund eines schon längeren Prozesses erforderlich werden. Diese und andere Unterschiede in den tatsächlichen Gegebenheiten erfordern ein auf die spezifischen Bedingungen im Pflegebereich zugeschnittenes Schutz- und Kontrollsystem. Dieses System soll jedenfalls dazu beitragen, das Bewusstsein für Freiheitseingriffe zu schärfen, den Umgang mit den Bewohnern auf neue Grundlagen zu stellen und die Beschränkung sowie damit verbunden die Ausübung von Zwang auf das unerlässliche Minimum zu reduzieren.

### 3. Kompetenz

Die Regelung der Errichtung, der Erhaltung und des Betriebs von Heimen für Personen, die wohl ständiger Pflege, aber bloß fallweise der ärztlichen Betreuung bedürfen, fällt gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder. Von dieser Zuständigkeit ist – wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 28.6.2003, G 208/02, klargestellt hat – u.a. jedoch die Regelung freiheitsbeschränkender Maßnahmen ausgenommen. Solche Bestimmungen sind kompetenzrechtlich dem **Gesundheitswesen** im Sinn des Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG zuzuordnen und daher in Gesetzgebung und Vollziehung Bundes-sache.

### 4. Kosten des Vorhabens

Der mit dem Vorhaben verbundene **Mehraufwand** lässt sich nur schwer abschätzen. Die finanziellen Auswirkungen werden sich aber in vertretbaren Grenzen halten und nicht zu einer unverhältnismäßigen Mehrbelastung der öffentlichen Haushalte führen. Einen Anhaltspunkt für die erwartenden Mehrkosten können die Vollzugsdaten zum UbG liefern: In den 22 psychiatrischen Anstalten oder Abteilungen gibt es insgesamt ca. 5 500 Betten. Derzeit werden jährlich etwa 16 000 Unterbringungssachen vor den Gerichten anhängig. Hiefür stehen 35 Patientenanwälte und rechnerisch 7,46 Richter zur Verfügung. Das Heimaufenthaltsgesetz hat jedenfalls auf den ersten Anschein einen größeren Anwendungsbereich, nämlich etwa 800 Alten- und Pflegeeinrichtungen mit ca. 70 000 Pflegestellen und etwa 500 Einrichtungen der Behindertenhilfe. Dazu kommen auch noch Krankenanstalten, in denen geistig beeinträchtigte Menschen, die ständiger Betreuung oder Pflege bedürfen, versorgt werden. Das Vorhaben kann damit für wenigstens 80 000 bis 90 000 Pflegeplätze relevant sein. Das im Gesetz vorgesehene System wird freilich nicht für alle in solchen Einrichtungen betreuten oder gepflegten Menschen Bedeutung haben. Das hängt mit dem Begriff der Freiheitsbeschränkung zusammen: So wird vor allem nicht jede pflegerische Maßnahme, die dem ersten Anschein nach eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit ist, eine Freiheitsbeschränkung im Sinn des § 3 sein. Das sei am Beispiel der „Steckgitter“ erklärt, deren Anbringung in der Nacht nicht in jedem Fall, sondern nur ausnahmsweise als Freiheitsentziehung zu werten ist. Außerdem unterliegen Maßnahmen, die mit dem Willen des Betroffenen vorgenommen werden, nicht dem strengen Regime des Gesetzes (§ 3 Abs. 2). Darüber hinaus ist die Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen anders gestaltet als das auf die Akutpsychiatrie zugeschnittene Verfahren nach dem UbG und die dortige Vertretung des Patienten. Das Gericht wird nur auf Antrag einschreiten, nicht aber von Amts wegen. Der Bewohnervertreter ist auch nicht ständig vor Ort in der jeweiligen Einrichtung tätig, sondern von einer zentralen Geschäftsstelle aus. Letztlich darf bei der Veranschlagung der Kosten des Vorhabens auch nicht vernachlässigt werden, dass Freiheitsbeschränkungen in den in Betracht kommenden Einrichtungen gemäß den

Intentionen des Gesetzes künftig nicht die Regel, sondern die Ausnahme sein werden. Ähnlich wie das UbG im Bereich der Psychiatrie soll und wird nämlich auch das Heimaufenthaltsgesetz ein Umdenken im Umgang mit pflegebedürftigen Menschen und eine Reduktion von Zwangsmaßnahmen ohne oder gegen den Willen des Bewohners bewirken.

Kosten wird der Aufbau der **Bewohnervertretung** verursachen. Der Begutachtungsentwurf ist hier von einem Mehraufwand von ca. zwei Millionen Euro jährlich ausgegangen. Aufgrund der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Gesetzes im Vergleich zum Begutachtungsentwurf (die schon aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist) wird sich dieser Aufwand noch erhöhen. Im Licht der Erfahrungen mit dem UbG und der Patientenanwaltschaft werden für eine effiziente Bewohnervertretung (die ebenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig ist) im Vollausbau ca. 50 professionelle Bewohnervertreter benötigt. Als Bewohnervertreter sollten tunlichst erfahrene Personen fungieren und weniger Berufsanfänger, sodass die Vereine, die diese Personen namhaft machen, ihnen adäquate Gehälter zahlen müssen. Der Entwurf setzt das Jahresgehalt eines solchen erfahrenen Vertreters mit einem Betrag von 45 000 Euro brutto an. Dazu treten aufgrund der spezifischen Anforderungen an diese Aufgabe noch weitere Aufwendungen, nämlich (jeweils jährlich) 3 500 Euro Reisekosten, 1 500 Euro für die Bildung und Anleitung, 4 000 Euro für die administrativen Begleitmaßnahmen und 6 000 Euro für den sonstigen Sachaufwand. Daraus ergibt sich ein Gesamtaufwand von jährlich 60 000 Euro für den einzelnen Bewohnervertreter und von 3 Millionen Euro für insgesamt 50 Personen. Dieser Aufwand wird zunächst als zusätzlicher Sachaufwand des Bundesministeriums für Justiz im Rahmen der Finanzierung der Sachwaltervereine anfallen. Bis zum Vollausbau dieses Systems werden Kosten für die Bewohnervertreter nach § 23 Abs. 2 und 3 anfallen.

Die **Mehrbelastungen für die Gerichte** sollten sich zwar deshalb in Grenzen halten, weil das Verfahren – verfassungskonform – in der Regel nur auf Antrag und nicht etwa von Amts wegen eingeleitet werden soll. Dennoch muss aufgrund der Anzahl der Einrichtungen und Pflegeplätze personell vorgesorgt werden. Die Erfahrungen mit dem Vollzug des UbG lassen den Schluss zu, dass für das vorgesehene Kontrollregime zwölf Richter erforderlich sein werden. Das ergibt bei einem jährlichen Aufwand von 80 000 Euro je Richter einen Gesamtbetrag von 960 000 Euro. Dazu kommen noch die Kosten für die nicht-richterlichen Bediensteten, wobei – wie üblich – je Richter rechnerisch 2,5 Personen veranschlagt werden. Bei 30 Bediensteten (von denen 15 als v3-Bedienstete und 15 als v4-Bedienstete eingestuft werden) resultiert daraus bei einem durchschnittlichen Gehalt von 30 000 Euro jährlich eine Gesamtbelastung von 900 000 Euro jährlich. Bei den Gerichten ist also mit einem Personalaufwand von insgesamt 1 860 000 Euro jährlich zu rechnen. Schließlich sind noch die weiteren Kosten des Verfahrens, insbesondere die Kosten der Sachverständigen zu veranschlagen.

Diesen Aufwendungen stehen **Einsparungen der öffentlichen Hand** gegenüber: In erster Linie ist hier die mit dem Gesetz verbundene Rechtssicherheit zu nennen. Sie wird sich in den Einrichtungen, die von der öffentlichen Hand betrieben oder finanziert werden (das ist die weit überwiegende Mehrheit) kostenmindernd auswirken, ohne dass sich dieser Effekt ziffernmäßig ausdrücken lässt. Er wird aber ein erhebliches Ausmaß erreichen, das in der Kostenrechnung nicht vernachlässigt werden kann. Dazu kommen Synergieeffekte aufgrund der vorgesehenen Vernetzung der Bewohnervertreter mit den Organen der Heimaufsicht. Zwar ist der Bewohnervertreter nicht dazu berufen, die den Ländern obliegende Aufsicht über die fraglichen Einrichtungen wahrzunehmen. Er hat die Aufsichtsbehörden aber über seine Beobachtungen zu informieren. Das trägt faktisch zur substanziellen Entlastung der Heimaufsichtsbehörden bei. Auch diese Effekte können beträchtliche Ausmaße erreichen. Letztlich darf hier nicht vernachlässigt werden, dass der Bewohnervertreter die – aufwändige – Bestellung eines Sachwalters zur Wahrung der Freiheitsrechte des Betroffenen erübrigt (vgl. § 273 Abs. 2 ABGB). Weiter sind hier Einsparungen zu nennen, die sich aus der Namhaftmachung sowohl der Bewohnervertreter als auch der Sachwalter durch ein und denselben Verein ergeben. Der oben dargestellte Gesamtaufwand wird durch diese Effekte erheblich reduziert, der dadurch verbleibende Restaufwand muss aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben getragen werden.

Das Vorhaben wird letztlich im Ergebnis maßgeblich zur Qualitätssteigerung und damit zur **Verbesserung der Situation der Bewohner und Klienten** der Einrichtungen beitragen. Auch das kann und darf im gegebenen Zusammenhang nicht vernachlässigt werden. Eine einigermaßen gleichwertige Alternative ist nicht in Sicht. Es ist im Gegenteil so, dass das vorgeschlagene Konzept (Bewohnervertretung mit Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Freiheitsbeschränkung) die Ziele des Vorhabens, nämlich den grundrechtlich einwandfreien Umgang mit pflegebedürftigen Menschen sowie die Entlastung der Bediensteten und der Träger durch die Klärung der Rechtslage) verhältnismäßig günstig verwirklicht.

### **5. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort**

Das Vorhaben wird sich auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort **nicht negativ** auswirken. Für die Träger der betroffenen Einrichtungen bedeuten die zum Schutz der Bewohner vorgesehenen Bestimmungen keine substanziellen Erschwernisse.

### **6. Aspekte der Deregulierung**

Das Vorhaben ist sozial-, gesundheits- und rechtspolitisch wichtig, weil es die **rechtliche Situation** der Bewohner von Heimen und der Klienten anderer Einrichtungen **verbessern** soll. Aspekte der Deregulierung, wie sie Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001 anspricht, stehen ihm nicht entgegen.

### **7. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens**

Der Entwurf unterliegt **keinen besonderen Beschlusserfordernissen** im Nationalrat und im Bundesrat. Der Konsultationsmechanismus kann nicht ausgelöst werden, weil das Vorhaben keine Mehrkosten für die Länder und die Gemeinden nach sich ziehen wird. Der Entwurf muss auch nicht nach dem Notifikationsgesetz 1999 notifiziert werden.

### **8. EU-Konformität**

Die Regeln über die Zulässigkeit und die Überwachung von Freiheitsentziehungen in Alten- und Pflegeheimen und in anderen vergleichbaren Einrichtungen betreffen Bereiche, die im **Gemeinschaftsrecht nicht** geregelt sind.

## Besonderer Teil

### Zu § 1

Nach § 1 Abs. 1 erster Satz stehen die Freiheitsrechte von Menschen in Alten- und Pflegeheimen und vergleichbaren Einrichtungen unter dem **besonderen Schutz der Gesetze**. Diese Regelung ist nicht etwa nur als Zielbestimmung zu verstehen, sondern als grundlegender Auftrag an alle mit der Pflege oder Betreuung und mit der Vertretung solcher Menschen sowie mit der Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen befassten Einrichtungen, Personen und Behörden. Die Regelungen über die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen dürfen nicht zur Legitimation mangelhafter Zustände in Heimen und ähnlichen Einrichtungen missbraucht werden. Solche Maßnahmen sind vielmehr nur ausnahmsweise und nur dann zulässig, wenn sie aufgrund des Zustandes des Betroffenen unerlässlich sind. Im Zweifel kommt seinen **Freiheitsrechten der Vorrang** zu.

§ 1 Abs. 1 zweiter Satz betont zudem nach dem Vorbild des § 1 UbG, dass die **Menschenwürde** der betreuten oder gepflegten Personen unter allen Umständen zu achten und zu wahren ist. Dieses Gebot betrifft sowohl die Frage der Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung als auch deren Durchführung.

Nach § 1 Abs. 1 dritter Satz sind schließlich die mit der Pflege oder Betreuung alter, behinderter oder kranker Menschen betrauten Personen in ihrer schwierigen Tätigkeit **besonders zu unterstützen**. Aus dieser Regelung werden sich zwar keine konkreten Rechte der Bediensteten ableiten lassen. Ihre zentrale Rolle auch bei der Wahrung der Freiheitsrechte der Betroffenen soll aber vorweg herausgestellt werden. Wie bereits erwähnt, verfolgt das Gesetz nicht zuletzt das Ziel, für unerlässliche Freiheitsbeschränkungen klare rechtliche Vorgaben zu erlassen und auf solche Weise die schwierige Aufgabe der mit der Pflege oder Betreuung betrauten Menschen zu erleichtern.

Nach § 1 Abs. 2 bedarf jegliche Beschränkung der persönlichen Freiheit einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen oder verfassungsrechtlich gedeckten einfachgesetzlichen **Regelung**. Auch diese Bestimmung hat ihr Vorbild im UbG (§ 1 Abs. 2). Im vorliegenden Zusammenhang sind grundrechtlich vor allem zwei Regelungen relevant, nämlich Art. 5 Abs. 1 lit. e der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) und Art. 2 Abs. 1 Z 5 des Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl. Nr. 684/1988 (im Folgenden kurz: PersFrG). Mit dem vorliegenden Gesetz soll diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben nachgekommen werden.

### Zu § 2

Die Bestimmung legt den **Geltungsbereich** des Gesetzes fest: Es ist auf Alten- und Pflegeheime und auf alle anderen Einrichtungen anzuwenden, in denen die Betreuung oder die Pflege von alten, behinderten oder chronisch kranken Menschen ähnlich wie in Heimen organisiert ist. Maßgebend sind hiebei zum einen die diesen Einrichtungen gemeinsame innere Ordnung und strukturellen pflegerischen Bedingungen, zum anderen die daraus für die betreuten oder gepflegten Personen resultierende „Lebenswelt“, in die sie sich einzuordnen haben. Die Anzahl der Pflegeplätze (das Gesetz gilt für Einrichtungen, in denen mindestens drei Personen gepflegt oder betreut werden können) bedingt im Allgemeinen eine Organisation der Pflege oder Betreuung, die dazu führt, dass auftretende Probleme nicht mehr allein durch zwischenmenschliche Zuwendung wie etwa in einer Familie gelöst werden können; vielmehr bedarf es hierfür struktureller Vorkehrungen. Das Gesetz erfasst somit zunächst Alten- und Pflegeheime (einschließlich so genannter „Seniorenresidenzen“ und „Geriatrizentren“ zur Pflege oder Betreuung alter Menschen) sowie Heime für behinderte Menschen. Darüber hinaus gilt es in Tagesbetreuungseinrichtungen zur ständigen Pflege oder Betreuung alter Menschen, wenn sie wie Heime organisiert oder an diese angeschlossen sind. Ferner ist das Gesetz in anderen vergleichbaren Einrichtungen anzuwenden, in denen wenigstens drei pflegebedürftige und zugleich geistig beeinträchtigte Menschen rund um die Uhr gepflegt oder betreut werden können.

Das Gesetz gilt weiter für **Krankenanstalten** (mit Ausnahme psychiatrischer Anstalten oder Abteilungen), soweit dort alte, behinderte oder chronisch kranke Menschen, die ständiger (also voraussichtlich auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit) Pflege und Betreuung bedürfen, Freiheitsbeschränkungen unterworfen werden. Wesentlich ist hiebei, dass die Pflege oder Betreuung nicht durch die dem Patienten in der Anstalt oder Einrichtung zukommende oder zugekommene medizinische Behandlung bedingt ist. Zu diesen Anstalten und Einrichtungen gehören Pflegeanstalten für chronisch Kranke (vgl. § 2 Abs. 1 Z 4 KAKuG), Spitalsabteilungen in Pflegeheimen und Abteilungen in Krankenanstalten, soweit dort solche Menschen gepflegt und betreut werden.

Es besteht zweifellos ein gewisses Naheverhältnis der in diesem Gesetz gebrauchten Formulierung („Personen, die ... der ständigen Pflege oder Betreuung bedürfen“) und der in § 4 BPGG enthaltenen Anspruchsvoraussetzung für **Pflegegeld**, nämlich dem „ständigen Betreuungs- und Hilfsbedarf (Pflegebe-

darf)“. Ähnlichkeit besteht v.a. insofern, als etwa Therapien, die der Heilung und Behandlung von körperlichen Beeinträchtigungen dienen, weder der Betreuung noch der Hilfe i.S.d. § 4 BPGG zuzurechnen sind (so OGH 25.11.1997, 10 ObS 376/97k). Freilich sind für die Frage der Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme zum Teil andere Gesichtspunkte wesentlich als für das Vorliegen eines Anspruchs auf Pflegegeld. So kann beispielsweise eine Freiheitsbeschränkung unter Umständen auch dann vorzunehmen sein, wenn der „Pflegebedarf“ monatlich durchschnittlich nicht mehr als 50 Stunden beträgt (Pflegegeldstufe 1), der Pflegling aber dennoch sich oder andere aufgrund seiner – etwa nur fallweise auftretenden – psychischen Beeinträchtigung ernstlich und erheblich gefährdet und andere pflegerische Maßnahmen nicht ausreichen. Auch kommt es – um ein anderes Beispiel zu nennen – nicht darauf an, dass die Voraussetzungen der Pflegegeldstufe 6 vorliegen, wonach u.a. die dauernde Anwesenheit einer Pflegeperson während des Tages und der Nacht erforderlich ist, weil die Wahrscheinlichkeit einer Eigen- oder Fremdgefährdung gegeben ist. Zu bemerken ist schließlich, dass nur die Möglichkeit der Vornahme einer im Sinn dieses Gesetzes zulässigen Freiheitsbeschränkung Einfluss auf die Entscheidung über das Pflegegeld haben kann.

Diese **Ausdehnung des Anwendungsbereichs** des Gesetzes geht auf die Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens und die daran anschließenden Diskussionen des Vorhabens zurück. Freiheitsbeschränkungen können bei psychisch kranken oder geistig behinderten Menschen auch in anderen als den im Begutachtungsentwurf genannten Einrichtungen vorkommen und notwendig sein. Es wäre sachlich problematisch, solche Maßnahmen – beispielsweise – nur in Alten- und Pflegeheimen zu regeln, nicht aber in anderen von der Sachlage her durchaus vergleichbaren Institutionen, in denen ebenso ein Bedarf an klaren und eindeutigen rechtlichen Vorgaben besteht.

Das Gesetz ist dagegen nach Abs. 2 **nicht** auf Einrichtungen **der nicht-stationären Behindertenhilfe** anzuwenden. Sie dienen im Allgemeinen weniger der Pflege als vielmehr der Förderung (z.B. Erlernen von Fertigkeiten) sowie der Unterstützung und Begleitung im Alltag (etwa Organisation von gemeinschaftlichem Kochen oder Ausflügen) und einer etwaigen Erwerbstätigkeit der Klienten dieser Einrichtungen. Freiheitsbeschränkungen in solchen – meist kleineren „enthospitalisierenden“ – Einrichtungen (z.B. Behindertenwerkstätten) können – soweit sie nicht ohnedies vermeidbar sind – nicht auf der Grundlage des Heimaufenthaltsgesetzes vorgenommen werden; hier bedarf es eines Rückgriffs auf andere allgemeine Regelungen, etwa auf die sich aus dem Strafrecht ergebenden Rechtfertigungsgründe (§ 3 StGB).

Vom **Anwendungsbereich ausgenommen** sind nach Abs. 2 ferner Heime und sonstige Einrichtungen zur Übernahme von Minderjährigen in Pflege und Erziehung (die unter der Aufsicht der Jugendwohlfahrtsträger stehen; vgl. § 22 Jugendwohlfahrtsgesetz 1989). Ebenso unterliegen typische altersspezifische Freiheitsbeschränkungen im Rahmen der elterlichen Obsorge nicht dem Heimaufenthaltsgesetz, auch wenn diese Beschränkungen nicht durch die Obsorgeberechtigten selbst, sondern aufgrund deren Ermächtigungen durch öffentliche oder private Einrichtungen vorgenommen werden. Weiter soll das Gesetz aufgrund gänzlich anderer organisatorischer und zum Teil auch (verfassungs-)gesetzlicher Rahmenbedingungen keine Anwendung finden, wenn eine Person zu Hause von Familienangehörigen oder mobilen Diensten oder im Rahmen einer familienähnlichen Wohngemeinschaft betreut oder gepflegt wird. Die Unterbringung in einer Krankenanstalt oder Abteilung für Psychiatrie ist darüber hinaus ausschließlich nach dem UbG, die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme oder entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher nach den §§ 21, 22 und 24 f. StGB und den §§ 429 ff. StPO zu beurteilen. Schließlich sind auch Nachsorgeeinrichtungen (einschließlich psychosozialer Dienste) und medizinisch-technische Dienste nicht vom Gesetz erfasst.

Das Gesetz beschränkt sich auf die Regelung der Voraussetzungen, der Vornahme und der gerichtlichen Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in Heimen und anderen Einrichtungen. Andere Rechte der Betroffenen **bleiben** davon **unberührt**. Die Regelung allfälliger Einschränkungen dieser Rechte ist Sache der Länder im Rahmen ihrer Kompetenz für die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb von Pflegeheimen. Auch die Aufnahme des Betroffenen in das Heim oder die Einrichtung wird nicht geregelt.

### Zu § 3

§ 3 umschreibt den für die Anwendung des Gesetzes zentralen Begriff der **Freiheitsbeschränkung**. Nicht jede Beschränkung der Bewegungsfreiheit stellt einen Freiheitsentzug im verfassungsrechtlichen Sinn dar. Nur eine **qualifizierte Beschränkung**, nämlich der „Entzug“ der persönlichen Freiheit, ist vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund regelt das vorliegende Gesetz nur – im verfassungsrechtlichen Verständnis – **freiheitsentziehende** Maßnahmen. Das Gesetz verwendet trotz der verfassungsrechtlichen Terminologie in § 3 und in den weiteren Bestimmungen den Ausdruck „Freiheitsbeschränkung“. Damit soll vermieden werden, dass die hier gemeinten Maßnahmen im Rahmen der Pflege oder Betreuung mit „Freiheitsentziehungen“ im strafrechtlichen und strafprozessualen Sinn assoziiert werden. Außerdem entspricht der Begriff „Freiheitsbeschränkung“ besser der



Terminologie des UbG, das in seinem § 2 als Unterbringung neben der Anhaltung von Personen in einem geschlossenen Bereich auch sonstige individuelle „Beschränkungen“ der Bewegungsfreiheit versteht. Für die Frage, was unter dem Begriff „Freiheitsbeschränkung“ im Sinn dieses Gesetzes zu verstehen ist, sind daher auch die Judikatur und das Schrifttum zum PersFrG und zum Unterbringungsrecht heranzuziehen (siehe zum Folgenden vor allem *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek* [Hrsg.] Österreichisches Bundesverfassungsrecht III Rz 18 - 46 zu Art. 1 PersFrG; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II, 459 ff.).

Eine **Freiheitsbeschränkung** im Verständnis dieses Gesetzes liegt immer dann vor, wenn es einer Person unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern. Dabei ist zunächst die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten räumlich abgegrenzten Bereich wesentlich. Durch diese **Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung** unterscheidet sich die Freiheitsbeschränkung maßgeblich von sonstigen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, die durch andere Grundrechte erfasst sind. Die Unmöglichkeit, bestimmte Räume oder Areale zu betreten (die so genannte „negative Konfinierung“), ist keine Freiheitsbeschränkung im Sinn dieses Gesetzes.

Neben der Allseitigkeit der Beschränkung ist die **Unterbindung** persönlicher Ortsveränderungen **mit physischen Mitteln** ein zentrales Kriterium. § 3 Abs. 1 definiert daher die Freiheitsbeschränkung als Unterbindung der Ortsveränderung durch den Einsatz oder die Androhung physischer Mittel gegen oder ohne den Willen des Bewohners. Dabei werden die wichtigsten dieser physischen Mittel, nämlich mechanische, elektronische und medikamentöse Maßnahmen, beispielhaft aufgezählt.

Solche physischen Mittel sind etwa **unmittelbare körperliche Zugriffe** mit dem Ziel, den Bewohner zurückzuhalten. Beispiele hierfür sind etwa die Anbringung eines Steckgitters am Bett, das Vorstellen eines Sessels oder Tisches, die Entfernung einer Gehhilfe, die Verhinderung des Aufstehens aus dem Rollstuhl oder einer anderen Sitzgelegenheit mittels eines Fixiergurts, einer „Fixierhose“ oder eines Leintuchs oder auch das körperliche Festhalten. Aber auch das Einschließen des Betroffenen in einem Raum oder in einer Abteilung fällt unter diese Kategorie. Eine Freiheitsbeschränkung kann darüber hinaus auch durch **medikamentöse Mittel** erfolgen. Davon kann allerdings nur dann gesprochen werden, 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. Der Einsatz **elektronischer Überwachungsmaßnahmen** wiederum (z. B. die so genannte „Induktionsschleife“ oder so genannte „Skorpione“) ist nur dann eine Freiheitsbeschränkung, wenn bei Auslösung des Alarms unmittelbare freiheitsentziehende Folgen zu erwarten sind, also etwa der Betreute „zurückgeholt“ wird.

Die Aufzählung der physischen Mittel im Gesetz ist nur beispielhaft, auch andere Maßnahmen können eine Freiheitsbeschränkung darstellen. Zu denken ist etwa an **rein bauliche Maßnahmen**, die die persönliche Bewegungsfreiheit beeinträchtigen sollen (etwa ein „Labyrinth“ zur Lenkung dementer Personen, die Anbringung schwerer Türen, die von den Betroffenen in der Regel nicht mehr geöffnet werden können, oder die entsprechende Ausgestaltung einer Station). Auch sie sind Freiheitsbeschränkungen im Verständnis des § 3.

**Keine Freiheitsbeschränkung** liegt dagegen vor, wenn sich die betreute oder gepflegte Person auch ohne die Maßnahme nicht fortbewegen kann. So ist die Anbringung eines Sitzgurts, die den drohenden Sturz eines gelähmten Menschen aus dem Rollstuhl verhindern soll, nicht als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren, wenn die Anbringung des Gurtes in einer notwendigen Gesamtbetrachtung in Wahrheit seinen Bewegungs- und Handlungsspielraum (z. B. zur Einnahme der Mahlzeiten im Speisesaal) erhöht. Wenn weiter einem Bewohner – namentlich bei Bewusstlosigkeit – überhaupt die Möglichkeit zu einer willkürlichen körperlichen Bewegung fehlt, kann ebenfalls nicht von einer Freiheitsbeschränkung gesprochen werden. Schutzgitter, die an einem Bett angebracht werden, um ein Herausfallen durch unwillkürliche Bewegungen des Betroffenen (z. B. spastische Bewegungen oder unwillkürliche Bewegungen im Schlaf) zu verhindern, sind also keine freiheitsentziehenden Maßnahmen. Und schließlich ist auch bei einem in Folge einer Operation und der damit verbundenen Anästhesie geistig noch beeinträchtigten Patienten, der zu seinem Schutz „fixiert“ wird, keine Freiheitsbeschränkung anzunehmen.

Eine Freiheitsbeschränkung setzt nicht notwendigerweise die Anwendung physischen Zwangs voraus. Es genügt auch **dessen Androhung**. Der Begriff der Androhung ist im spezifischen Konnex der Pflege oder Betreuung des Betroffenen zu verstehen: Es ist nicht erforderlich, dass ihm von der anordnungsbefugten Person oder anderen Bediensteten konkret mit freiheitsentziehenden Maßnahmen „gedroht“ wird. Vielmehr reicht es aus, wenn er aus dem Gesamtbild des Geschehens den Eindruck gewinnen muss, dass er seinen Aufenthaltsort nicht mehr verlassen kann. Eine Freiheitsbeschränkung ist somit auch dann gegeben, wenn die betreute oder gepflegte Person einen unversperrten Ort nicht verlässt, weil sie damit rechnen muss, am Verlassen gehindert oder „zurückgeholt“ zu werden. Das bloße Überreden und die Aufklärung des Bewohners über die negativen gesundheitlichen Auswirkungen bei Unterbleiben der freiheitsent-

ziehenden Maßnahmen sind dagegen keine Freiheitsbeschränkung, selbst wenn er sich ihnen 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.

Der **räumliche Umfang** der Beschränkung spielt für die Freiheitsbeschränkung **keine Rolle**. Die Bewegungsbeschränkung auf die Einrichtung in ihrer Gesamtheit unter Wahrung freier Bewegungsmöglichkeiten innerhalb des Areals der Einrichtung ist daher ebenso eine Freiheitsbeschränkung wie die Beschränkung auf einzelne Bereiche der Einrichtung, die Beschränkung auf ein einzelnes Zimmer oder die Beschränkung innerhalb eines Raums (z. B. durch Netzbetten, Angurten, Zwangsjacken und ähnliche Maßnahmen).

Im Gegensatz zum deutschen Recht (vgl. § 1906 Abs. 4 BGB) kommt es für die Freiheitsbeschränkung auch **nicht** auf eine **zeitliche Komponente** im Sinn einer Mindestdauer der Beschränkung an. Einen Gestaltungsraum des einfachen Gesetzgebers für derartige zeitliche Differenzierungen sieht das österreichische Verfassungsrecht nämlich nicht vor. Das bedeutet, dass im Einzelfall auch schon wenige Minuten ausreichen können, um eine bestimmte Maßnahme (etwa das Festbinden am Bett) als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren. Anders verhält es sich aber wieder bei einer nächtlichen Haustorsperre, weil eine derartige Beschränkung eine allgemeine Vorsichtsmaßnahme zur Verhinderung des unkontrollierten Ein- und Ausgangs darstellt (OGH 22.2.1994 NZ 1994, 253).

Eine Freiheitsbeschränkung liegt letztlich nur dann vor, wenn der Betroffene **gegen oder ohne seinen Willen** beschränkt wird, wenn ihm also während des Aufenthalts in der Einrichtung entweder gegen seinen (ausdrücklich oder konkludent erklärten) Willen oder ohne seinen Willen (wenn er etwa zu einer Willensabgabe nicht [mehr] fähig ist) die Bewegungsfreiheit entzogen wird. Die **Einwilligung** durch die betreute oder gepflegte Person selbst schließt einen Grundrechtseingriff aus. Die Einwilligung kann insbesondere auch im Rahmen eines ärztlichen Behandlungsvertrags erteilt werden. Beschränkungen der Bewegungsfreiheit mit dem Willen des Bewohners sind daher nach § 3 Abs. 2 keine Freiheitsbeschränkungen. Damit die Einwilligung rechtserheblich ist, muss sie ernstlich sowie frei von Zwang und Irrtum erteilt werden, auch muss der Bewohner die Fähigkeit zum freien Willensentschluss haben. Maßgeblich ist hierbei nicht die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, sondern die **natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit**, die auch psychisch kranke und geistig behinderte Menschen haben können. Die betreute oder gepflegte Person muss geistig in der Lage sein, die Situation an sich und die Tragweite ihres Einverständnisses zu erfassen. Die Einwilligung kann sich schon aus diesem Grund nur auf eine konkrete Situation und einen zeitlich überschaubaren Rahmen beziehen. Eine pauschale Zustimmung zu allen Beschränkungen ist nicht wirksam. Selbstverständlich schließt auch die Freiwilligkeit des Aufenthalts in der Einrichtung nicht automatisch die Zustimmung zu allfälligen internen Beschränkungen ein. Die Einwilligung kann im Übrigen jederzeit und auch schlüssig widerrufen werden.

#### Zu § 4

§ 4 regelt die materiellen Voraussetzungen für die **Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung** in einem Heim oder in einer ähnlichen Einrichtung. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

Eine Freiheitsbeschränkung des Betroffenen darf ohne oder gegen dessen Willen nur vorgenommen werden, wenn er an einer **psychischen Krankheit** leidet oder **geistig behindert** ist. Freiheitsbeschränkungen geistig gesunder Menschen sind nicht zulässig. Die Zulassung auch von Freiheitsbeschränkungen geistig behinderter Menschen widerspricht nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Auch eine geistige Behinderung fällt nämlich unter den Begriff der „psychischen Erkrankung“ nach Art. 2 Abs. 1 Z 5 PersFrG (vgl. dazu *Kopetzki* in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht III Rz 65 zu Art. 2 PersFrG). Die Begriffe „*psychisch krank*“ und „*geistig behindert*“ im Sinn des § 4 Z 1 sind so wie die vergleichbaren Begriffe des § 273 Abs. 1 ABGB (vgl. *Stabentheiner* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Rz 1 zu § 273 ABGB) „Rechtsbegriffe“. Sie orientieren sich zwar am medizinischen Verständnis, müssen sich aber nicht in allen Belangen mit diesem decken. Im Hinblick auf verschiedene Zweifel sei klargestellt, dass auch die so genannte „Demenz“ eine psychische Erkrankung im Sinn des § 4 Z 1 ist.

Für die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung wird neben der psychischen Beeinträchtigung auch gefordert, dass der Betroffene wegen dieser Krankheit **sich oder andere gefährdet**. Das setzt einen Kausalzusammenhang zwischen Krankheit und Gefährdung voraus. Daher sieht § 4 Z 1 vor, dass entweder das Leben oder die Gesundheit des Betroffenen selbst oder aber das Leben oder die Gesundheit anderer Personen (von anderen in der Einrichtung Betreuten, aber auch Personen außerhalb der Einrichtung) gefährdet sein und diese Gefährdung „*im Zusammenhang*“ mit der Krankheit des Betroffenen stehen muss. Die Gefährdung muss – ebenso wie nach § 3 Z 1 UbG – **ernstlich** sein. Das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Integrität des Betroffenen oder anderer Personen muss also konkret gefährdet sein. Es reicht nicht aus, dass der Bewohner sich oder andere vielleicht gefährden könnte, die Gefahr muss viel-

mehr aktuell vorhanden sein. Allerdings bedarf es auch nicht gerade eines Anlassfalls, in dem gerade noch einmal „alles gut gegangen ist“. Weiter muss eine **erhebliche Gefährdung** drohen. Die Gefahr bloß geringfügiger Beeinträchtigungen der Gesundheit des Betroffenen oder dritter Personen rechtfertigt eine Freiheitsbeschränkung nicht. Eine solche Schwere der drohenden Schädigung kann – in Anlehnung an § 110 Abs. 2 StGB – dann angenommen werden, wenn 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 Heilungsverlaufes „an sich schwere“ Beeinträchtigung der Gesundheit droht.

§ 4 Z 2 setzt voraus, dass die Freiheitsbeschränkung zur Gefahrenabwehr unerlässlich und geeignet ist. Sie muss zudem in ihrer Dauer und in ihrer Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen sein. Damit wird der verfassungsrechtlich vorgegebene **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** umgesetzt. Es ist die zur Abwehr der Gefährdung jeweils unbedingt notwendige und geeignete Maßnahme zu wählen. Sie muss sowohl ihrer Schwere als auch ihrer Dauer der Gefährdung nach angemessen sein. „Disziplinäre“ oder „erzieherische“ Erwägungen können hier keine Rolle spielen.

§ 4 Z 3 setzt schließlich voraus, dass die Gefährdung **nicht** durch andere pflegerische Maßnahmen, die nicht (oder weniger) in die Freiheitsrechte des Betroffenen eingreifen, **abgewendet werden kann**. Dabei wird es auf zeitgemäße Pflegestandards ankommen. Die angeordnete Freiheitsbeschränkung muss jedenfalls sowohl das gelindeste Mittel als auch die „ultima ratio“ sein.

#### Zu § 5

§ 5 regelt die formellen Voraussetzungen der Vornahme einer Freiheitsbeschränkung. Die Freiheitsbeschränkung muss ausnahmslos von einer **verantwortlichen Person angeordnet** werden (**Abs. 1**). Primär ist dies nach Abs. 1 **Z 1** der mit der Führung der Abteilung betraute **Arzt** oder sein Vertreter (vgl. auch § 4 Abs. 2 UbG). Bestehen in der Einrichtung keine Abteilungen unter ärztlicher Führung, so ist der mit der Leitung der Einrichtung betraute Arzt oder sein Vertreter anordnungsbefugt.

In anderen Einrichtungen, die nicht unter ärztlicher Leitung stehen, sind nach Abs. 1 **Z 2** die mit der **ärztlichen Aufsicht** und die mit der **Leitung des Pflegedienstes** betrauten Personen oder ihre Vertreter anordnungsbefugt. Das gilt für Heime ebenso wie für Pflegeanstalten für chronisch Kranke, bei denen die Landesregierung von der Bestellung eines ärztlichen Leiters Abstand nehmen kann, wenn die Aufsicht durch einen geeigneten Arzt gewährleistet ist (§ 7 Abs. 1 zweiter Satz KAKuG). In derartigen Einrichtungen ist (unabhängig davon, ob eine ärztliche Aufsicht gegeben ist oder nicht) auch jene Person anordnungsbefugt, die mit der Pflegedienstleitung im Sinn des § 26 Abs. 1 Z 2 GuKG betraut ist.

In Einrichtungen, die weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter Leitung eines Pflegedienstes stehen, kann die Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen nach Abs. 1 **Z 3 erster Fall** einem **Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege** übertragen werden. Gemeint ist damit eine diplomierte Gesundheits- und Krankenschwester bzw. ein diplomierter Gesundheits- und Krankenpfleger (§§ 11 f. GuKG), die oder der nicht über die in § 72 GuKG vorgesehene Sonderausbildung verfügt. Diese Fachkraft muss die organisatorische Verantwortung in diesem Bereich innehaben und daher in einem dauernden Dienstverhältnis zum Einrichtungsträger stehen. In Einrichtungen zur Pflege oder Betreuung behinderter Menschen, in denen weder eine ärztliche Leitung oder Aufsicht noch eine pflegerische Leitung vorhanden ist, wird die in Abs. 1 **Z 3 zweiter Fall** den mit der **pädagogischen Leitung** der Einrichtung betrauten Bediensteten eingeräumte Anordnungsbefugnis zum Tragen kommen. Hier ist insbesondere an akademische Sonder- und Heilpädagogen und Sozialpädagogen zu denken. Ist auch eine pädagogische Leitung nicht eingerichtet oder ist diese unbesetzt, so dürfen keine Freiheitsbeschränkungen nach diesem Gesetz vorgenommen werden.

Wenn im Zeitpunkt der Anordnung der Freiheitsbeschränkung schon absehbar ist, dass diese Maßnahme **länger als 24 Stunden** aufrecht erhalten oder **wiederholt**, also voraussichtlich öfter als einmal, vorgenommen werden muss, muss die Freiheitsbeschränkung nach **Abs. 2** von einem **Arzt** angeordnet werden. Auch ein ärztliches Zeugnis (§ 55 ÄrzteG 1998) kann eine solche Anordnung enthalten. Das Gesetz sieht aber – anders als der Begutachtungsentwurf – davon ab, das ärztliche Zeugnis eines Facharztes für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie bzw. eines Facharztes für Psychiatrie zu verlangen. Das Begutachtungsverfahren hat nämlich ergeben, dass es in vielen Regionen schwierig sein kann, einen derartigen Facharzt beizuziehen. Darüber hinaus erhalten Ärzte aller Sparten eine geriatrische Ausbildung, sie erwerben auch zunehmend berufliche Erfahrung in diesem Bereich. Das spricht dafür, allgemein nur auf die Anordnung eines Arztes abzustellen und an diesen keine weiteren fachlichen oder berufsrechtlichen Anforderungen zu stellen. Einer ärztlichen Anordnung bedarf es unabhängig von der Dauer oder der Häufigkeit der Freiheitsbeschränkung bei **medikamentösen Maßnahmen**. Unberührt bleibt selbstverständlich die Verpflichtung des Arztes, die Einwilligung des Betroffenen bzw. die Zustimmung dessen gesetzlichen Vertreters zu einer medizinischen Behandlung einzuholen.

Nach **Abs. 3** muss die Freiheitsbeschränkung unter Einhaltung der fachlich (medizinisch, pflegerisch und betreuereisch) **fachgemäßen Standards** und unter möglicher Schonung des Bewohners (vgl. auch § 4 Abs. 1 Z 3) vorgenommen werden.

**Abs. 4** bestimmt schließlich, dass die Freiheitsbeschränkung **sofort aufzuheben** ist, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

#### Zu § 6

Nach **Abs. 1** sind die näheren Umstände, also Grund, Art, Beginn und Dauer der vorgenommenen Freiheitsbeschränkung **schriftlich** zu dokumentieren. Hierbei sind im Besonderen die Gründe auszuführen, aus denen die anordnungsbefugte Person die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung für gegeben erachtet. In Krankenanstalten ist gemäß § 10 Abs. 1 Z 2 lit. a und b KAKuG eine einheitliche Krankengeschichte zu führen, die neben den ärztlichen insbesondere auch die pflegerischen Maßnahmen enthält. Bei Pflegeheimen sind die entsprechenden landesgesetzlichen Bestimmungen in den Pflegeheimgesetzen anzuwenden. Berufsrechtlich ist auf § 5 GuKG für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe und auf § 51 ÄrzteG 1998 für Ärzte hinzuweisen. Diesen Aufzeichnungen sind ärztliche Zeugnisse und der Nachweis über die Verständigungen gemäß § 7 Abs. 2 anzuschließen.

Nach **Abs. 2** sind auch bei Einschränkungen der persönlichen Freiheit, **die mit Einwilligung** des einsichts- und urteilsfähigen Bewohners erfolgen (§ 3 Abs. 2) und damit keine Freiheitsbeschränkungen im Verständnis des Heimaufenthaltsgesetzes sind, der Grund und die Art sowie der Beginn und die Dauer der Maßnahme zu dokumentieren. Diese Verpflichtung dient nicht zuletzt der Kontrolle solcher Maßnahmen durch den Bewohnervertreter und das Gericht.

#### Zu § 7

Nach **Abs. 1** hat der Anordnungsbefugte (§ 5 Abs. 1) den Betroffenen über die näheren Umstände der Freiheitsbeschränkung entsprechend seinem Zustand **aufzuklären**. Dabei wird keine bestimmte Form vorgesehen. Es genügt also auch ein bloßes Gespräch, dem der Bewohner folgen und dessen Inhalt er verstehen kann. Ferner hat der Anordnungsbefugte den Leiter der Einrichtung oder dessen Vertreter **unverzüglich** von der Freiheitsbeschränkung (oder ihrer Aufhebung) zu **verständigen**. Gleiches gilt, wenn eine Einschränkung der persönlichen Freiheit mit der Einwilligung des Betroffenen (§ 3 Abs. 2) vorgenommen wird.

Der Leiter der Einrichtung hat nach **Abs. 2** dafür Sorge zu tragen, dass der oder die Vertreter des Betroffenen (Sachwalter, Verein nach § 8 Abs. 1, selbst gewählter Vertreter gemäß § 8 Abs. 3) und eine vom Bewohner namhaft gemachte Vertrauensperson unverzüglich verständigt werden. Der Betroffene kann als Vertrauensperson insbesondere einen Angehörigen oder auch einen von den Bewohnern einer Einrichtung gewählten Interessenvertreter namhaft machen. Damit wird Art. 4 Abs. 7 PersFrG entsprochen, wonach jeder „Festgenommene“ das Recht hat, dass auf sein Verlangen ein Angehöriger und ein Rechtsbeistand von der „Festnahme“ verständigt werden. Der Entwurf geht davon aus, dass die Verständigung von der Freiheitsbeschränkung oder ihrer Aufhebung in der Regel schriftlich erfolgt, um allfällige Beweisprobleme hintan zu halten. Gleichzeitig hat der Leiter der Einrichtung dem Vertreter des Bewohners und seiner Vertrauensperson die Gelegenheit zu geben, ihm oder der anordnungsbefugten Person gegenüber zu der Maßnahme Stellung zu nehmen.

Der Vertreter des Bewohners und seine Vertrauensperson sind nach dem **letzten Satz** des Abs. 2 auch zu verständigen, wenn eine Einschränkung der persönlichen Freiheit **mit Einwilligung des Betroffenen** vorgenommen wird. Auch damit werden die Überprüfung und die Kontrolle „freiwilliger“ Beschränkungen erleichtert.

#### Zu § 8

Nach **Abs. 1** obliegt die **Vertretung der betroffenen Menschen** bei der Wahrnehmung des Grundrechts auf persönliche Freiheit dem nach der Lage der Einrichtung für die Namhaftmachung von Sachwaltern örtlich zuständigen **Verein** im Sinn des § 1 VSPAG.

Nach **Abs. 2** wird der Verein mit dem Beginn der Freiheitsbeschränkung **ex lege Vertreter** des Betroffenen bei der Wahrnehmung seines Grundrechts auf Schutz der persönlichen Freiheit. Dadurch wird die Geschäftsfähigkeit des Bewohners und die Vertretungsbefugnis eines anderen gesetzlichen Vertreters **nicht eingeschränkt**. Es ist auch nicht erforderlich, zur Wahrung des Rechtes auf die persönliche Freiheit zusätzlich ein Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters einzuleiten (vgl. § 273 Abs. 2 ABGB).

Nach **Abs. 3** geht der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Vereins die wirksame Bestellung eines **Rechtsanwalts oder Notars** durch den Bewohner jedenfalls vor. Aufgabe dieses Rechtsanwalts oder Notars ist es, die Interessen und Freiheitsrechte des Betroffenen zu wahren. Das setzt voraus, dass er vom Heim unabhängig ist. Dem Bewohner steht es darüber hinaus frei, eine **andere Person** (etwa einen Ange-

hörigen oder einen Interessenvertreter) zu seinem Vertreter bei der Wahrnehmung des Rechtes auf die persönliche Freiheit zu bestellen. In einem solchen Fall soll die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vereins weiterhin bestehen bleiben, es sei denn, dass der Bewohner etwas anderes bestimmt. Dieser Ausschluss der Vertretungsbefugnis des Vereins durch den Betroffenen kann nicht pauschal und zeitlich losgelöst von der jeweiligen Freiheitsbeschränkung erfolgen, sondern muss im Zusammenhang mit der gerade aktuellen Maßnahme stehen. Das ist mit dem Ausdruck, dass der Bewohner „im Einzelnen“ anderes bestimmen kann, gemeint. Damit soll verhindert werden, dass das Heim oder die Einrichtung die Bewohnervertretung durch den Sachwalterverein von vornherein durch gleichsam auf Vorrat erfolgende Bestellungen anderer Vertreter in ihrer Effektivität und Wirksamkeit unterminiert. Der wirksame Abschluss des zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts der Bevollmächtigung setzt im Übrigen die Geschäftsfähigkeit des Bewohners voraus. Hat der Bewohner einen Sachwalter, so ist je nach dessen Wirkungsbereich auch dessen Zustimmung notwendig.

Nach **Abs. 4** hat der Verein der Leitung der Einrichtung und dem zuständigen Bezirksgericht eine oder mehrere von ihm ausgebildete und für die besonderen Verhältnisse im Pflegebereich geschulte Personen namhaft zu machen, denen die Ausübung der Vertretungsbefugnisse des Vereins in der betreffenden Einrichtung zukommt. Diese Personen werden für den Verein tätig, das Gesetz nennt sie „**Bewohnervertreter**“. Hält man sich die Vielzahl der vom Gesetz erfassten Einrichtungen vor Augen, so ist dieses Vertretungskonzept praktikabler als das im UbG vorgesehene Modell der Bestellung bestimmter natürlicher Personen. Dem zuständigen Gericht (§ 11 Abs. 2) kommen weder Überwachungs- noch Weisungsbefugnisse gegenüber dem Bewohnervertreter zu. Die fachliche Aufsicht über den Bewohnervertreter liegt beim Verein. Der Vorsteher des Bezirksgerichts hat den ihm namhaft gemachten Bewohnervertreter in der Ediktsdatei kundzumachen. Wenn der Verein diese Namhaftmachung widerruft, hat der Gerichtsvorsteher die Kundmachung zu berichtigen.

Nach **Abs. 5** hat ein vom Betroffenen bestellter Vertreter die Begründung und die Beendigung des Vollmachtsverhältnisses der Geschäftsstelle des Vereins, dem Träger der Einrichtung und erforderlichenfalls auch dem zuständigen Gericht **mitzuteilen**. Mit der Beendigung der Vollmacht tritt die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Vereins ein.

#### Zu § 9

In **Abs. 1** werden einige – besonders wichtige – **Befugnisse und Pflichten** des Bewohnervertreters und des vom Bewohner bestellten Vertreters demonstrativ aufgezählt. Er hat insbesondere das Recht, sich einen persönlichen Eindruck vom Betroffenen zu verschaffen und die Einrichtung unangemeldet aufzusuchen. Auch ist er ermächtigt, das Vorliegen der Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung mit dem Anordnungsbefugten (§ 5 Abs. 1) sowie sonstigen Bediensteten zu erörtern. Er kann darüber hinaus die von den Bewohnern gewählten Gremien konsultieren. Ferner wird ihm das Recht eingeräumt, in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Betroffenen (§ 6) Einsicht zu nehmen, soweit dies zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlich ist. Bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse hat er aber auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

Nach **Abs. 2** hat der Leiter der Einrichtung dafür zu sorgen, dass der Bewohner in geeigneter Weise **von der Bewohnervertretung erfährt** und darüber informiert wird, wie er mit dieser in Kontakt treten kann. Auch muss der Träger dafür sorgen, dass sich der Bewohnervertreter oder der bestellte Vertreter mit dem Betroffenen ungestört besprechen kann.

**Abs. 3** ermächtigt den Bewohnervertreter letztlich dazu, seine Wahrnehmungen der für die Aufsicht über die Einrichtung im Land zuständigen **Behörde** oder **einer sonstigen Beschwerdestelle** mitzuteilen. Auch soll er verpflichtet werden, diesen Behörden insoweit Auskünfte zu erteilen, als dies für die Besorgung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Die gegenseitige „Vernetzung“ des Bewohnervertreters und dieser Behörden soll dazu beitragen, Missstände und Unzukömmlichkeiten rasch zu beheben.

#### Zu § 10

Nach **Abs. 1** hat der Bewohnervertreter den Betroffenen über beabsichtigte Vertretungshandlungen, insbesondere über die Einbringung eines Antrags auf gerichtliche Überprüfung, **zu informieren** (vgl. § 15 Abs. 1 UbG).

Gemäß **Abs. 2** ist der Bewohnervertreter jedermann gegenüber (mit Ausnahme des Gerichts, des Vereins, eines sonstigen Vertreters, der Vertrauensperson und den in § 9 Abs. 3 genannten Behörden) zur **Verschwiegenheit** über die in Ausübung seiner Tätigkeit gemachten Wahrnehmungen verpflichtet.

#### Zu § 11

Den verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 6 Abs. 1 PersFrG) soll dadurch entsprochen werden, dass eine Freiheitsbeschränkung **auf Antrag** des Bewohners selbst, seiner Vertrauensperson oder seines Vertreters oder des Leiters der Einrichtung jederzeit vom **Gericht überprüft** werden kann (**Abs. 1**). Das

Gericht soll also nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag und nachprüfend tätig werden. Mit der dem Bewohnervertreter, dem bestellten Vertreter (§ 8 Abs. 3), einem allenfalls bereits bestellten gesetzlichen Vertreter (Sachwalter) und auch der Vertrauensperson zustehenden Antragsbefugnis soll – falls Bedenken gegen die Zulässigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme bestehen – die Einleitung eines Prüfungsverfahrens, erforderlichenfalls auch ohne Initiative des Bewohners, sichergestellt werden. Damit wird der verfassungsrechtlichen Anforderung, ein wirksames und tatsächlich zugängliches Überprüfungsrecht durch spezielle verfahrenstechnische Vorkehrungen zu gewährleisten, Rechnung getragen.

Um die Zugänglichkeit und Wirksamkeit des „Rechtsmittels“ nicht zu beeinträchtigen, knüpft das Gesetz an die Form des Antrags **keine Formerfordernisse**. Auch mündlich dem Gericht vorgetragene Anträge sind zu behandeln.

Der Entscheidung des Bewohnervertreters, kein gerichtliches Verfahren einzuleiten, kommt (jedenfalls in rechtlicher Hinsicht) **keine „Genehmigungswirkung“** zu. Wünschen der Leiter der Einrichtung, die anordnungsbefugte Person oder die Bediensteten der Einrichtung diesbezüglich Klarheit, so kann der Leiter der Einrichtung ein Antrag auf gerichtliche Überprüfung stellen.

Sofern der Antrag nicht ohnehin von der **Vertrauensperson** stammt, muss der Antragsteller deren Namen und Adressen bekannt geben. Dem Gericht erleichtert diese Bekanntgabe die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, weil sie weitere Recherchen in der Einrichtung vermeidet.

Eine **Einschränkung der gerichtlichen Überprüfungsbefugnis** auf noch nicht beendete Freiheitsbeschränkungen oder eine Antragsfrist wird im Sinn der Rechtsprechung des VfGH zum PersFrG (u.a. 3.3.1994 JBl 1994, 816) sowie des OGH zum UbG (u.a. 22.2.1994 NZ 1994, 253; 15.4.1993 EvBl 1994/4) **nicht** vorgesehen.

Nach **Abs. 2** ist zur Prüfung der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung und zur Entscheidung über den Antrag das **Bezirksgericht** örtlich zuständig, in dessen Sprengel die Einrichtung liegt.

Das Gericht entscheidet nach **Abs. 3** im **Verfahren außer Streitsachen**. Dabei sind die allgemeinen Bestimmungen des neuen Außerstreitgesetzes anzuwenden, soweit das Heimaufenthaltsgesetz nicht besondere Verfahrensregeln enthält. Das Verfahren ist dem Richter vorbehalten.

#### Zu § 12

Nach dem Vorbild des § 19 UbG wird auch im Verfahren zur Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen in den hier in Frage kommenden Einrichtungen ein **zweistufiges Verfahren** vorgesehen. Der Begutachtungsentwurf sah zwar vor, dass das Gericht ausnahmslos innerhalb einer Woche nach mündlicher Verhandlung ohne vorherige Erstanthörung entscheiden soll. Ein derartiges einstufiges Verfahren kann aber in der Praxis zu Lasten der Qualität der gerichtlichen Entscheidung gehen, zumal es schwierig werden kann, innerhalb dieser doch kurzen Frist mit vertretbarem Aufwand alle für die Zulässigkeitsentscheidung erforderlichen Beweismittel zu beschaffen und darüber hinaus die Termine der Verfahrensbeteiligten zu koordinieren. Daher empfiehlt sich in Anlehnung an das Unterbringungsverfahren eine „Zweiteilung“ des Verfahrens, nämlich einerseits in eine erste Anhörung des Bewohners (mit anschließender Entscheidung über die vorläufige Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung) und andererseits in die nachfolgende mündliche Verhandlung, an deren Ende über die eigentliche Zulässigkeit abzusprechen ist. Diese Aufsplitterung des Verfahrens ist aber nicht zwingend, weil das Gesetz in Abs. 2 dem Gericht ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, sogleich über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung mündlich zu verhandeln.

Zunächst soll sich das Gericht also in einer Anhörung einen ersten **Eindruck vom Bewohner** und seiner Situation verschaffen, Einsicht in die vorhandenen Aufzeichnungen nehmen und Auskunftspersonen hören. Das Gericht kann dabei auch einen von der Einrichtung unabhängigen Sachverständigen beiziehen (s. die Erläuterungen zu § 14 Abs. 3). Die „Erstanthörung“ dient einerseits der Beweisaufnahme, andererseits aber auch dem rechtlichen Gehör.

Das Gericht kann – wie bereits erwähnt – die Anhörung nach **Abs. 2** mit einer **mündlichen Verhandlung**, in der die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung in einem kontradiktorischen Forum erörtert und geklärt werden, verbinden. In diesem Fall muss jedenfalls auch ein gerichtlicher Sachverständiger beigezogen werden (s. § 14 Abs. 3). Die Frage, ob bloß eine Anhörung oder zugleich eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, ist vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu beantworten. Besonderes Augenmerk wird das Gericht dabei dem Vorrang der Freiheitsrechte und dem daraus resultierenden Bedürfnis des Betroffenen widmen müssen, rasch eine endgültige Klärung der Frage der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung herbeizuführen.

#### Zu § 13

Wenn das Gericht nicht von der ihm in § 12 Abs. 2 eingeräumten Befugnis zur gleichzeitigen Durchführung einer mündlichen Verhandlung Gebrauch gemacht hat, hat es am Schluss der Anhörung **vorläufig**

über die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung **abzusprechen**. Hat das Gericht dagegen auch eine mündliche Verhandlung durchgeführt, so ist an deren Schluss (nach Beiziehung eines Sachverständigen) über die eigentliche Zulässigkeit abzusprechen (vgl. § 15 Abs. 1). Lässt das Gericht die Freiheitsbeschränkung vorläufig zu, so hat es zwingend zugleich die mündliche Verhandlung anzuberaumen, die spätestens innerhalb von 14 Tagen stattfinden muss. Gegen die Entscheidung, mit der die Freiheitsbeschränkung vorläufig für zulässig erklärt wird, ist – nach dem Vorbild des UbG (§ 20 Abs. 3) – ein abgeordnetes Rechtsmittel nicht zulässig, sie kann erst mit dem Rekurs gegen eine weitere Entscheidung des Gerichts angefochten werden.

Erachtet das Gericht, dass die Voraussetzungen für die Freiheitsbeschränkung nicht gegeben sind, so hat es diese für **unzulässig zu erklären**. Die Maßnahme ist dann sofort aufzuheben, sofern der Einrichtungsleiter nicht ein Rechtsmittel dagegen anmeldet und das Gericht dem noch in der Anhörung aufschiebende Wirkung zuerkennt. Dieses Rechtsmittel ist innerhalb von drei Tagen auszuführen (s. auch dazu § 20 Abs. 2 UbG).

Gelangt das Gericht letztlich zum Ergebnis, dass die von ihm überprüfte Maßnahme keine Freiheitsbeschränkung im Sinn des § 3 ist, so hat es den **Antrag abzuweisen**.

#### Zu § 14

Gemäß **Abs. 1** hat das Gericht zur **mündlichen Verhandlung** den Betroffenen, seinen Vertreter (Bewohnervertreter, bestellter Vertreter nach § 8 Abs. 3, Sachwalter), die Vertrauensperson und den Leiter der Einrichtung zu laden. Auch sind die anordnungsbefugte Person (§ 5 Abs. 1) sowie erforderlichenfalls weitere Auskunftspersonen zur Verhandlung zu laden.

Der Leiter der Einrichtung hat nach **Abs. 2** durch entsprechende organisatorische **Vorkehrungen** dafür zu sorgen, dass der Betroffene an der mündlichen Verhandlung teilnehmen kann. Wenn dieser bettlägerig ist, wird die mündliche Verhandlung nach Möglichkeit in seinem Zimmer abzuhalten sein. Es ist auch darauf zu achten, dass ein Bewohner andere Verhandlungen tunlichst nicht wahrnehmen kann (vgl. § 24 zweiter Satz UbG). Das Gericht und die anderen Beteiligten werden im Übrigen verpflichtet, in der mündlichen Verhandlung mit dem Bewohner möglichst schonend umzugehen.

Nach **Abs. 3** hat das Gericht in der mündlichen Verhandlung einen nicht der Einrichtung angehörenden unabhängigen **geeigneten Sachverständigen heranzuziehen**. Diese Bestimmung trägt der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Standard bei der gerichtlichen Überprüfung der Anhaltung psychisch kranker Menschen Rechnung (vgl. den Fall Winterwerp, EuGRZ 1979, 650 [Z 409]). Das Gericht kann dabei zur Frage, ob eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung vorliegt, die eine Freiheitsbeschränkung erfordert, einen Facharzt für Psychiatrie, für Neurologie, für Psychiatrie und Neurologie oder für Neurologie und Psychiatrie als Sachverständigen bestellen. Wenn es aber etwa der Meinung ist, dass es sich im konkreten Fall in erster Linie um ein geriatrisches Problem handelt, kann es auch einen anderen Arzt zum Sachverständigen bestellen. Ist dagegen zu klären, ob die Freiheitsbeschränkung verhältnismäßig ist, also die Selbst- oder Fremdgefährdung durch eine andere pflegerische Maßnahme beseitigt werden kann, oder ob bei Durchführung der Freiheitsbeschränkung die entsprechenden Pflegestandards eingehalten werden, so hat das Gericht (allenfalls auch zusätzlich) eine (ebenfalls nicht der Einrichtung angehörende) Pflege- oder pädagogische Fachkraft als Sachverständigen zu bestellen.

Alle Verfahrensbeteiligten haben das Recht, im Rahmen der mündlichen Gutachtenserörterung **Fragen an den Sachverständigen** zu stellen.

#### Zu § 15

Nach **Abs. 1** hat das Gericht am Schluss der mündlichen Verhandlung über die **Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden**. Der Beschluss ist mündlich zu verkünden, zu begründen, zu protokollieren und dem Bewohner allenfalls mit Hilfe der sonst anwesenden Personen zu erläutern. Er wird bereits mit seiner mündlichen Verkündung „außenwirksam“ erlassen.

Nach **Abs. 2** hat das Gericht im Fall der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung deren nähere Umstände und das zulässige Ausmaß **genau zu umschreiben**. Dabei kann es die Freiheitsbeschränkung sowohl in dem ursprünglich angeordneten als auch in einem gegenüber der Anordnung eingeschränkten Umfang für zulässig erklären. Das Gericht kann jedoch keine Freiheitsbeschränkung für zulässig erklären, die über den bereits angeordneten Umfang hinausgeht; auch darf es keinen „Vorratsbeschluss“ fassen. Darüber hinaus muss das Gericht im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende **Frist festsetzen**, nach deren Ablauf die gerichtlich legitimierte Freiheitsbeschränkung unzulässig wird. Bedarf es dann noch einer weiteren Freiheitsbeschränkung, so ist das Verfahren nach § 19 über eine länger dauernde Freiheitsbeschränkung einzuleiten.

Nach **Abs. 3** ist eine vom Gericht für **unzulässig erklärte Freiheitsbeschränkung sofort aufzuheben**, es sei denn, der Leiter der Einrichtung meldet in der mündlichen Verhandlung einen Rekurs an und das Gericht erkennt diesem Rekurs sogleich aufschiebende Wirkung zu (vgl. § 26 Abs. 3 UbG). Ebenso wie im Unterbringungsverfahren wird für die Aufschiebung vor allem der Grad der Gefährdung im Sinn des § 4 Z 1 maßgebend sein.

Nach **Abs. 4** hat das Gericht den Beschluss bei Fortdauer der Freiheitsbeschränkung spätestens innerhalb weiterer sieben Tage, gerechnet ab der mündlichen Verkündung, **schriftlich auszufertigen** und dem Betroffenen, seinem Vertreter (bestellter Vertreter nach § 8 Abs. 3, gesetzlicher Vertreter und Bewohnervertreter), seiner Vertrauensperson sowie dem Leiter der Einrichtung zuzustellen.

#### **Zu § 16**

Die Bestimmung regelt die **Zulässigkeit von Rechtsmitteln** und den **Kreis der Rechtsmittelberechtigten** gegen einen gerichtlichen Beschluss, mit dem die Freiheitsbeschränkung entweder für zulässig (Abs. 1) oder für unzulässig (Abs. 2) erklärt wird. Sie folgt weitgehend dem § 28 UbG. Obwohl der Beschluss bereits mit seiner Verkündung wirksam wird, beginnt die Rekursfrist aller Parteien erst mit Zustellung zu laufen.

Eine **Zweiseitigkeit des Rekurses** ist lediglich für den Fall vorgesehen, dass der Beschluss, mit dem die Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt wird, vom Leiter der Einrichtung bekämpft wird. Es ist nicht geboten, ein weitergehendes „Recht auf Gehör“ einzuräumen, da das Verfahren zur Überprüfung von Freiheitsentziehungen nicht dem Art. 6 MRK unterliegt (vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 329).

#### **Zu § 17**

Die Bestimmung regelt das **Verfahren in zweiter Instanz** vor dem örtlich zuständigen Landesgericht, auch sie orientiert sich am Unterbringungsrecht, nämlich an § 29 UbG. Das Rekursgericht hat stets in der Sache selbst zu entscheiden. Es kann sich – falls erforderlich – auch durch ein Senatsmitglied vom Zustand des Betroffenen vor Ort einen persönlichen Eindruck verschaffen.

#### **Zu § 18**

Nach **Abs. 1** hat das Gericht vor Ablauf der in seinem Beschluss auf Zulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung festgesetzten Frist **neuerlich über die Zulässigkeit** der Freiheitsbeschränkung zu entscheiden, wenn dies der Bewohner, sein Vertreter oder seine Vertrauensperson verlangt. Das neuerliche Verfahren dient nicht der Bekämpfung der gerichtlichen Erstentscheidung, sondern der Berücksichtigung nachträglich eingetretener Änderungen der Sachlage. Es müssen daher Anhaltspunkte für Sachverhaltsänderungen vorliegen oder im Antrag behauptet werden.

Nach **Abs. 2** ist die **Freiheitsbeschränkung** unabhängig von der gerichtlichen Entscheidung **sofort aufzuheben**, wenn ihre Voraussetzungen weggefallen sind. Auch in diesem Fall sind die u. a. für die Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung vorgesehenen Verständigungspflichten nach § 7 Abs. 1 und 2 einzuhalten. Darüber hinaus ist von einer solchen Aufhebung der Freiheitsbeschränkung auch das Gericht unverzüglich zu informieren.

#### **Zu § 19**

Nach Ablauf der vom Gericht festgesetzten, höchstens sechsmonatigen Frist ist die Freiheitsbeschränkung aufzuheben. Wenn eine **Freiheitsbeschränkung aber weiterhin notwendig** ist, ist hievon der Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners rechtzeitig zu verständigen. Dem Vertreter obliegt es dann, entweder einen Antrag auf Überprüfung der Notwendigkeit einer länger dauernden Freiheitsbeschränkung zu stellen oder dem Gericht die Gründe mitzuteilen, aus denen er von einem solchen Antrag Abstand nimmt. Das Gericht kann in diesem Fall ausnahmsweise von Amts wegen ein Verfahren einleiten, wenn es diese Gründe für nicht zureichend erachtet. 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.

Auf das gerichtliche **Verfahren** zur Überprüfung der Voraussetzungen einer länger dauernden Freiheitsbeschränkung sind im Übrigen die §§ 11 bis 18 anzuwenden. Das Gericht kann in einem solchen Fall eine längere Frist festsetzen. Diese darf aber den Zeitraum von einem Jahr nicht übersteigen.

#### **Zu § 20**

Die Verweisungsbestimmung entspricht den Legistischen Richtlinien 1990.



**Zu § 22**

Die Neuregelung soll mit **1. Juli 2005** in Kraft treten. Die längere Legislative soll allen mit der Vollziehung des Gesetzes Befassten gründliche rechtliche und organisatorische Vorbereitungen ermöglichen.

**Zu § 23**

Das Gesetz ist auf **alle Freiheitsbeschränkungen** anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2005 vorgenommen werden oder im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes noch andauern.

Sofern ein Verein keine Bewohnervertreter namhaft macht (weil in der Aufbauphase die erforderlichen Mittel noch nicht zur Verfügung stehen oder weil der Verein die Namhaftmachung eines Bewohnervertreters widerruft, ohne einen anderen Bewohnervertreter namhaft zu machen), hat der Vorsteher der zuständigen Bezirksgerichte **geeignete und bereite Personen zu Bewohnervertretern** bestellen. Hier kann es sich empfehlen, dass die Gerichtsvorsteher mit den Interessenorganisationen älterer Menschen in Verbindung treten, um für diese Tätigkeit bereite und den Anforderungen an diese Aufgabe gewachsene Personen als Bewohnervertreter zu gewinnen. Dem Bewohnervertreter nach § 23 Abs. 2 kommen die ansonsten dem Verein nach § 9 zustehenden und obliegenden Vertretungsrechte zu. Nach Abs. 3 hat er **Anspruch auf Ersatz** der Reise- und Aufenthaltskosten, der notwendigen Barauslagen und auf Abgeltung seines Zeitaufwands. Diese Regelung folgt dem § 43 Abs. 3 UbG.

**Zu § 24**

Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes werden der Bundesminister für Justiz sowie der Bundesminister Gesundheit und Frauen, hinsichtlich der §§ 11 Abs. 4 und 23 Abs. 3 im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen, betraut.