



Judikaturanalyse zur Anwendung des Heimaufenthaltgesetzes (HeimAufG) im Bundesland Salzburg

Autorin
DGKP Mag.^a iur. Verena Greunz

Salzburg, Juli 2020

Abkürzungsverzeichnis

ÄrzteG	Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen (zu den Stenographischen Protokollen) des Nationalrats
B-KJHG	Bundesgesetz über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche
BMG	Bundesministeriengesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
CPT	Committee for the Prevention of Torture
dh	das heißt
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
et al	und andere
etc	et cetera
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ErlRV	Erläuterung zur Regierungsvorlage
ErwSchVG	Bundesgesetz über Erwachsenenschutzvereine
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
GPS	Global Positioning System
hL	herrschende Lehre
hRsp	herrschende Rechtsprechung
ICD	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
idgF	in der geltenden Fassung
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
idR	in der Regel
iSd	im Sinne des, -der
iVm	in Verbindung mit
KaKuG	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LA	Lebens Aktivitäten
LG	Landesgericht

LGBI	Landesgesetzblatt
ME	Ministerialentwurf
m.V.a.	mit Verweis auf
NANDA	North American Nursing Diagnosis Association
NR	Nationalrat
nF	neue Fassung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pflegerecht
ÖZVV	Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit
PFG	Pflegefondsgesetz
PG	Pflegegesetz
RdM	Recht der Medizin
RH	Rechnungshof
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
sog	sogenannt, -e,-er,-es
StGB	Strafgesetzbuch
SWRÄG	Sachwalterrechts-Änderungsgesetz
SWS	Sozialwissenschaftliche Studiengesellschaft
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VSPBG	Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	6
2	Freiheitsbeschränkung als hoheitlicher Akt	7
3	Anwendungsbereich des HeimAufG	8
4	Definition der Freiheitsbeschränkung.....	9
4.1	Unterbindung der persönlichen Ortsveränderung	10
4.2	Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG und Freiheitsentzug nach dem verfassungsrechtlichen Verständnis	10
4.3	Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit.....	10
4.3.1	Androhung der Unterbindung einer Ortsveränderung	11
4.4	Nicht freiheitsbeschränkende Maßnahmen.....	13
5	Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung.....	14
5.1	Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung	14
5.2	Psychische Störungen und Verhaltensstörungen ICD-10 Klassifizierung.....	15
5.3	Ernstlichkeit und Erheblichkeit.....	15
5.4	Das ärztliche Gutachten nach § 5 Abs 2 HeimAufG	16
5.5	Schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen.....	16
5.6	Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung.....	17
5.7	Zustimmung zu Zwangsmaßnahmen	17
5.7.1	Einwilligung des Bewohners.....	18
6	Vornahme einer Freiheitsbeschränkung	20
6.1	Anordnungscompetenz des Arztes.....	20
6.1.1	Anordnungsbefugnis durch Turnusärzte	20
6.2	Anordnungsbefugnis des Gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege.....	22
6.2.1	Durchführung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen	22
6.2.2	Durchführung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen durch nicht qualifiziertes Personal.....	23
6.3	Die 48-Stunden-Regel.....	24
6.4	Planbare längerfristige Freiheitsbeschränkungen	24
6.5	Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung.....	25
6.6	Einschränkungen unter COVID-19	25
7	Dokumentation.....	26
7.1	Anforderungen an die Dokumentationspflicht	27
8	Kategorien von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen.....	30
8.1	Einsatz einer den Körper äußerst begrenzenden Maßnahme.....	30
8.2	Freiheitsbeschränkende mechanische bzw physische Maßnahmen	31

8.2.1	Maßnahmen durch Bettseitenteile.....	31
8.2.2	Freiheitsbeschränkung durch Schließung eines Gitters an der Bewegungsfläche.....	33
8.3	Freiheitsbeschränkende medikamentöse Maßnahmen	34
8.3.1	Prüfkriterien bei freiheitsbeschränkenden medikamentösen Maßnahmen	35
8.3.2	Zur Verständigungspflicht bei Einmalmedikation.....	37
8.4	Freiheitsbeschränkende elektronische Überwachungssysteme.....	38
9	Gelindere Maßnahmen	40
9.1	Ein Beispiel für pflegerische/betreuerische Maßnahmen als gelindere Mittel bzw zur Gefahrenabwehr	43
10	Vertretung des Bewohners	44
10.1	Der Bewohnervertreter.....	44
10.2	Auskunftspflicht	45
10.3	Einsichtsrecht der Bewohnervertreter in die Pflegedokumentation.....	45
11	Haftung und Rückersatz	46
11.1	§ 24 HeimAufG: Haftung und Rückersatz	46
11.2	Allgemeine zivilrechtliche Haftung	48
11.3	Strafrechtliche Haftung.....	48

1 Einleitung

Mit Inkrafttreten des Heimaufenthaltsgesetzes (in der Folge HeimAufG) am 1. Juli 2005 wurde eine bundesgesetzliche Grundlage geschaffen, um den Schutz der persönlichen Freiheit von Menschen mit psychischer Erkrankung oder geistiger Behinderung in Betreuungseinrichtungen zu normieren.¹ Der zentrale Gegenstand des HeimAufG ist daher die Regelung von Freiheitsbeschränkungen in Pflege- und Betreuungseinrichtungen, wobei der genaue Anwendungsbereich des Gesetzes in § 2 HeimAufG festgelegt wird.² Die Schaffung dieser einfachgesetzlichen Regelung war notwendig, da der Gesetzesvorbehalt des PersFrG und der EMRK für sich genommen, keine ausreichende Grundlage für Eingriffe in die persönliche Freiheit bot.³ Es bedarf vielmehr einer näheren Konkretisierung durch das Gesetz, da die Freiheitsentziehung bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage verfassungswidrig ist.⁴

Der verfassungsrechtliche Hintergrund für das HeimAufG findet sich im PersFrG sowie in Art 5 EMRK. Die persönliche Freiheit ist nicht absoluter Natur, sondern sie unterliegt gewissen Gesetzesvorbehalten. Staatliche Eingriffe in das Recht auf persönliche Freiheit stellen dann keine Grundrechtsverletzung dar, wenn sie den verfassungs- und einfachgesetzlichen Anforderungen entsprechen und verhältnismäßig sind.⁵

Das heißt, dass der Gesetzgeber nur in den in Art 2 Abs 1 PersFrG und Art 5 Abs 1 EMRK taxativ aufgezählten Fällen einen Freiheitsentzug vorsehen darf. Diese Fälle bedürfen einer konkreten gesetzlichen Regelung, da jeder Freiheitsentzug nach Art 1 Abs 2 PersFrG in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgen muss, womit eine über das Maß des Art 18 B-VG hinausgehende gesetzliche Determinierung gefordert wird. Zudem darf der Gesetzgeber eine Freiheitsentziehung nur vorsehen, wenn dies iSd ultima ratio notwendig ist. Hierbei handelt es sich um eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.⁶ Die Verankerung des Verhältnismäßigkeitsprinzips findet sich in Art 1 Abs 3 PersFrG und wird als eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Freiheitsbeschränkung in § 4 HeimAufG genannt.

Für den Anwendungsbereich von Freiheitsbeschränkungen in Pflege- und Betreuungseinrichtungen ist besonders Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG relevant. Demnach darf die persönliche Freiheit nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden, wenn aufgrund einer psychischen Erkrankung eine Selbst- oder Fremdgefährdung besteht.⁷ Das PersFrG hat als zusätzliche Voraussetzung für eine Freiheitsentziehung ein Gefährdungskriterium hinzugefügt. *Kopetzki* spricht dabei von einer bewussten Ergänzung einer „beträchtlich freiheitsbegünstigenden Einschränkung“ gegenüber Art 5 Abs 1 lit e EMRK.⁸ Denn der Eingriffsvorbehalt des Abs 1 lit e leg cit verlangt lediglich das Vorliegen einer Geistes-

¹ *Bürger*, So viel Freiheit wie möglich.... Freiheitsbeschränkungen bei demenziell erkrankten Menschen, ProCare 8/2015, 38.

² *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 594.

³ Siehe hierzu: *Ganner/Maurer/Mayr/Rainer*, Österreichischer Heimratgeber, Rechte & Pflichten, Vorsorge & Absicherung (2004) 66ff.

⁴ *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Grundrechte II/2. Art 1 PersFrG, Rz 51.

⁵ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 65.

⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) 839-840 Rz 388-389.

⁷ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 70.

⁸ *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Grundrechte II/2. Art 2 PersFrG, Rz 63.

krankheit⁹ und lässt ein Gefährdungselement gänzlich außer Acht.¹⁰ Die Erweiterung des grundrechtlichen Schutzzumfanges, aber auch die weitgehenden Anforderungen an die Haftprüfung des PersFrG zeigen, dass der Gesetzgeber einen vergleichsweise zur EMRK höheren Rechtsschutzstandard schaffen wollte. Das Verhältnis zwischen dem PersFrG und dem Art 5 EMRK ergibt, dass das von „Verfassung wegen Gebotene“ nur unter Einbeziehung beider Rechtsquellen ermittelt werden kann.¹¹ Wichtig ist hierbei, dass bei jedem Eingriff die Grundrechtsschranken beider Rechtsquellen beachtet werden müssen und ein Verstoß gegen auch nur eine dieser Normen den Eingriff rechtswidrig macht und dieser unterbleiben muss. Bei zwei möglichen Eingriffen ist jener zu wählen, der weniger in die Freiheit des Betroffenen eingreift.¹²

Die einfachgesetzliche Determinierung des Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG erfolgte für den Bereich der psychiatrischen Anstalten bereits 1990 durch die Erlassung des Unterbringungsgesetzes.¹³ Der Bereich der Alten-, Pflege- und Behindertenheime erhielt durch das Inkrafttreten des HeimAufG 2005 seine einfachgesetzliche Regelung. Durch die umfassende Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010¹⁴ (Ub-HeimAuf-Nov 2010) wurde unter anderem die Befugnis zur Anordnung von Freiheitsbeschränkungen neu festgelegt. Darüber hinaus wurde die Stellung der Bewohnervertretung gegenüber den Einrichtungen gestärkt. Das Zugangs-, Befragungs- und Einsichtsrecht des Bewohnervertreters ist nun nicht mehr vom Vorliegen der Vertretungsbefugnis für einen konkreten Bewohner abhängig.¹⁵

Bereits bisher war nach der überwiegenden Lehre die Zustimmung nach § 3 Abs 2 HeimAufG höchstpersönlich und eine „absolut vertretungsfeindliche Angelegenheit“.¹⁶ Der Gesetzgeber folgte im 2. Erwachsenenschutz-Gesetz nunmehr dieser Ansicht und beseitigte diesbezügliche Rechtsunsicherheiten mit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage in § 3 Abs 2 letzter Satz HeimAufG: „Die Zustimmung kann nur vom Bewohner selbst erteilt werden“.¹⁷

2 Freiheitsbeschränkung als hoheitlicher Akt

Die in § 5 HeimAufG vorgesehene unmittelbare Anordnungsbefugnis von Freiheitsbeschränkungen ohne oder gegen den Willen des Betroffenen stellt eine gesetzliche Ermächtigung zur Setzung von Zwangsakten dar. Die Anordnungsbefugten werden dabei im Rahmen der Hoheitsverwaltung des Bundes tätig. Diese gesetzlich eingeräumte

⁹ Villinger/Kopetzki in Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 71. „Der Begriff der psychischen Erkrankung wird vom diesbezüglich auch für die Rechtsprechung zum PersFrG richtungsweisenden Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als eine wirkliche Geistesstörung oder „a true mental disorder“ verstanden und umfasst das gesamte Spektrum psychischer Störungen im Sinne der international anerkannten psychiatrischen Systematik inklusive geistiger Behinderung“.

¹⁰ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 70.

¹¹ Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995) 236.

¹² Korinek in Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995) 237.

¹³ Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten. BGBl 1990/155.

¹⁴ Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden, BGBl I 2010/18.

¹⁵ Strickmann, Neuerungen im Heimaufenthaltsgesetz, Reform der Anordnungsbefugnis - Stärkung der Bewohnervertretung - Neuerungen im Überprüfungsverfahren, iFamZ 5/2010, 276.

¹⁶ vgl: Zierl, Sachwalterrecht, Kurzkommentar (2007) 56.

¹⁷ vgl: Strickmann, Geltungsbereich des HeimAufG in Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Sonderschule und Hort), iFamZ 4/2019, 246; siehe zum erweiterten Anwendungsbereich Kapitel 3.

Befugnis, die natürliche Personen wie Ärzte, betraute Pflegepersonen oder pädagogische Leiter ermächtigt, freiheitsbeschränkende Maßnahmen ohne den Willen des Betroffenen vorzunehmen, ist verfassungsrechtlich als Beleihung zu beurteilen.¹⁸ Diese Beurteilung wirft einige Probleme auf und ist nicht unumstritten.¹⁹

Von einer Beleihung ist nach *Öhlinger* zu sprechen, wenn eine private (physische oder juristische) Person mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung betraut wird. Die Beleihung ist nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung geregelt, jedoch innerhalb bestehender Grenzen zulässig. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Beleihung stellen das Sachlichkeitsgebot iSd Gleichheitssatzes, das Effizienzgebot iSd Prüfungskriterien des RH, die Übertragung lediglich einzelner Aufgaben und die Weisungsbefugnis eines obersten Organs dar. Kernbereiche der staatlichen Verwaltung²⁰ (zB Vorsorge für die Sicherheit nach innen und außen oder die Strafgewalt) dürfen nicht an Private übertragen werden.²¹ Das Instrument der Beleihung bietet den Betroffenen viele Vorteile, da die Grundrechtsbindung bei staatlichen Zwangsbefugnissen eine Vielzahl an Rechtsschutzinstrumentarien²² mit sich bringt.²³ Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine anordnungsbefugte Person nach § 5 HeimAufG bei der Vornahme einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme staatlich hoheitlich handelt. Funktionell ist sie dabei als Bundesorgan einzustufen. Die funktionelle Bundeszuordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen iSd HeimAufG steht im Gegensatz zur organisatorischen Zuordnung der anordnungsbefugten Personen zum Einrichtungsträger. Die Beleihungskonstruktion im funktionellen Sinn bezieht sich nicht nur auf Einrichtungen iSd § 2 Abs 1 HeimAufG von privaten Rechtsträgern, sondern ebenso auf Einrichtungen von Gebietskörperschaften.²⁴

3 Anwendungsbereich des HeimAufG

Der zentrale Gegenstand des HeimAufG ist die Regelung von Freiheitsbeschränkungen in Pflege- und Betreuungseinrichtungen, wobei der genaue Anwendungsbereich des Gesetzes in § 2 HeimAufG festgelegt wird.²⁵

Demnach ist das HeimAufG auf Einrichtungen anzuwenden, in denen die Betreuung oder die Pflege von alten, behinderten oder chronisch kranken Menschen ähnlich wie in Heimen organisiert ist.²⁶ Weitere Voraussetzung ist, dass wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können.²⁷

Das HeimAufG gilt darüber hinaus für Krankenanstalten, soweit dort die Freiheitsbeschrän-

¹⁸ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 51-53.

¹⁹ Siehe hierzu: *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 591. „Die kompetenzrechtliche Anknüpfung an Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG und das Erkenntnis des VfGH, sowie die starken Anleihen am Unterbringungsrecht zeigen eindeutig, dass der Bundesgesetzgeber mit dem HeimAufG eine Beleihungskonstruktion vor Augen hat, die nicht von einer privaten Befugnis der Anordnungsermächtigten ausgeht. Eine solche Konstruktion begegnet allerdings aus Sicht der Art 20 B-VG gravierenden Bedenken, da im HeimAufG keine Vorkehrungen getroffen werden, die die vom VfGH in gefestigter Rechtsprechung geforderte Weisungsbindung mit Hoheitsgewalt beliehener Rechtsträger absichert.“

²⁰ VfSlg 14.473/1996.

²¹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) 565 Rz 253-254.

²² Ua öffentlicher Rechtsschutz Art 129ff B-VG, Grundrechtsbindung, Amtshaftung, Volksanwaltschaft.

²³ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 52.

²⁴ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 54-55.

²⁵ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 594.

²⁶ vgl: ErlRV 353 BlgNR 22. GP 7.

²⁷ § 2 Abs 1 Heimaufenthaltsgesetz - HeimAufG.

kung wegen ständiger Pflegebedürftigkeit aufgrund einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung erforderlich ist.²⁸ Würde der Patient demnach eine Pflege oder Betreuung auf Dauer oder auf unbestimmte Zeit benötigen, ist bei der Vornahme von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Akutspital ein ärztliches Attest iSd § 5 Abs 2 HeimAufG erforderlich. Hingegen findet das Heimaufenthaltsgesetz bei einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme im Rahmen einer medizinischen Heilbehandlung bzw akuten Behandlungsbedürftigkeit, wie beispielsweise im Falle eines postoperativen Durchgangssyndroms²⁹ keine Anwendung.³⁰

§ 2 Abs 2 leg cit nimmt psychiatrische Abteilungen sowie Anstalten für geistig abnorme und entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher vom Anwendungsbereich des HeimAufG ausdrücklich aus.

Seit Inkrafttreten des 2. Erwachsenenschutz-Gesetz am 01.07.2018 sind Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger vom Geltungsbereich des HeimAufG mitumfasst, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs 1 leg cit erfüllen³¹. Der Anwendungsbereich erstreckt sich sowohl auf öffentliche Einrichtungen der Länder als auch auf private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen sowie auf sozialpädagogische Einrichtungen nach § 17 B-KJHG. Freiheitsbeschränkende, nicht alterstypische Maßnahmen an Minderjährigen unterliegen sohin den im HeimAufG vorgesehenen Voraussetzungen sowie Aufklärungs-, Dokumentations-, Anordnungs- und Meldepflichten und können auf Antrag gerichtlich auf ihre Zulässigkeit überprüft werden.³² Anzumerken ist, dass der Begriff der Einrichtung im HeimAufG nicht definiert ist. Es müssen daher die jeweiligen Organisationsvorschriften dieser Einrichtungen herangezogen werden.³³

4 Definition der Freiheitsbeschränkung

„Nach § 3 Abs 1 HeimAufG liegt eine Freiheitsbeschränkung im Sinne dieses Bundesgesetzes vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (...) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird. Nach Abs 2 leg cit liegt eine Freiheitsbeschränkung nicht vor, wenn der entscheidungsfähige Bewohner³⁴ einer Unterbindung der Ortsveränderung, insbesondere im Rahmen eines Vertrages über die ärztliche Behandlung, zugestimmt hat“.³⁵

²⁸ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 84ff; siehe zur Qualifikation des Rehabilitationszentrums als Krankenanstalt nach dem HeimAufG, OGH 25.01.2017, 7 Ob 199/16i.

²⁹ *Larsen*, Anästhesie und Intensivmedizin für die Fachpflege (2012) 520. Siehe hierzu: Das Durchgangssyndrom bezeichnet ein akut organisches Psychosyndrom ohne Bewusstseinsstörung. Es zeigt sich dabei eine akute Störung der geistigen Fähigkeiten, der Psychomotorik und der Affektivität. Es ist vorübergehend und tritt besonders häufig nach operativen Eingriffen auf.

³⁰ *Aigner/Hausreither*, Anwendung des Heimaufenthaltsgesetzes in Akutkrankenanstalten, RdM 6/2010, 181.

³¹ *Strickmann*, Geltungsbereich des HeimAufG in Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Sonderschule und Hort), iFamZ 4/2019, 244; siehe dazu: OGH 12.06.2019, 7 Ob 80/19v; sowie zu SOS-Kinderdörfer: Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 05.10.2019, 21 R 210/19g.

³² *Ganner*, Die neue Kontrolle von Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, Schutz der persönlichen Freiheit von Minderjährigen, iFamZ 3/2017, 196; siehe Ausführungen zur alterstypischen Freiheitsbeschränkung an einem Minderjährigen gemäß § 3 Abs 1 a HeimAufG, 197.

³³ *Zierl*, Erinnern an die Medikamenteneinnahme, HeimAufG-Anwendung, Begriff "Freiheitsbeschränkung" und andere wichtige Themen, ÖZPR 5/2019, 149.

³⁴ BGBl 2017/59 in § 3 Abs 2 wird die Wortfolge „einsichts- und urteilsfähige“ durch das Wort „entscheidungsfähige“ ersetzt.

³⁵ § 3 Heimaufenthaltsgesetz - HeimAufG.

4.1 Unterbindung der persönlichen Ortsveränderung

Das Wesen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme ist demnach die Unterbindung der persönlichen Ortsveränderung mit physischen Mitteln oder durch psychische Beeinflussung sowie die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten räumlich abgegrenzten Bereich. Wobei Letztere eine Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung darstellt.³⁶ Das zentrale Kriterium dieser Maßnahmen ist, dass sie ohne oder gegen den Willen des Bewohners angewendet werden. § 3 Abs 1 HeimAufG definiert die Freiheitsbeschränkung als eine Unterbindung der Ortsveränderung durch Einsatz oder Androhung physischer Mittel und listet dabei mechanische, elektronische und medikamentöse Maßnahmen auf. Diese Auflistung ist jedoch nicht abschließend und daher als beispielhaft zu verstehen. Es gibt eine Vielzahl an Maßnahmen, die eine Freiheitsbeschränkung darstellen können, wie etwa die Beeinträchtigung der persönlichen Bewegungsfreiheit durch gezielte bauliche Strukturen einer Station. Vergleichbar wäre dabei eine Art Labyrinth, das die räumliche Orientierung des Bewohners zusätzlich beeinträchtigt oder das Anbringen schwerer Türen, die durch den Bewohner nicht mehr geöffnet werden können.³⁷

Die Rsp sowie die hL beschreibt die Unterbindung einer Ortsveränderung nach § 3 Abs 1 leg cit als eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen „(...) räumlich abgegrenzten, nach allen Seiten hin verschlossenen Bereich (...)“.³⁸ Dem Bewohner wird die Veränderung seines Aufenthaltsortes beispielsweise durch das Festziehen der Bremse am Rollstuhl oder durch das Versperrhalten der Stationstüre unmöglich gemacht.³⁹ Handelt es sich nicht um einen Aufenthaltszwang in einem bestimmten Zimmer, sondern wird die Bewegungsfreiheit auf das Areal der Einrichtung beschränkt, ist diese Maßnahme ebenfalls als eine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 leg cit zu werten.⁴⁰

4.2 Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG und Freiheitsentzug nach dem verfassungsrechtlichen Verständnis

Da es der Wortlaut des § 3 HeimAufG nicht erkennen lässt, ist es wichtig anzuführen, dass der Begriff der Freiheitsbeschränkung nach dieser Rechtsnorm einen Freiheitsentzug iSd Verfassungsrechts und des Strafrechts darstellt. Es handelt sich demnach um freiheitsentziehende Maßnahmen im verfassungsrechtlichen Sinn. Zu beachten ist hier die verfassungsrechtliche Unterscheidung zwischen einer Freiheitsentziehung (= Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG) und der bloßen Einschränkung der persönlichen Freiheit iSd sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben.⁴¹

4.3 Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit

Der OGH hat dahingehend ausgesprochen, dass der räumliche Umfang der Beschränkung für die Freiheitsbeschränkung keine Rolle spielt. Daher ist auch die Bewegungsbeschränkung auf die Einrichtung, auch wenn sich der Betroffene innerhalb des Areals frei

³⁶ Siehe hierzu auch: *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 594.

³⁷ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 89.

³⁸ OGH 07.05.2014, 7 Ob 209/13f.

³⁹ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 106.

⁴⁰ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 594.

⁴¹ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 92.

bewegen kann, als eine Freiheitsbeschränkung zu werten.⁴² Die Beurteilung, ob eine Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG (also im verfassungsrechtlichen Sinn) vorliegt, knüpft immer am freien Willen des Betroffenen an. Daher fällt auch die ständige Abhängigkeit des freien Aufenthalts vom Willen eines Anderen⁴³ unter den Begriff der Freiheitsentziehung.⁴⁴ Beispielsweise stellt das Versperren einer Eingangstüre eine Freiheitsbeschränkung dar, auch wenn der Bewohner jemanden ersuchen kann, ihm die Tür zu öffnen. Auch beim Bestehen alternativer Möglichkeiten das Gebäude zu verlassen, handelt es sich immer noch um die Vornahme einer Freiheitsbeschränkung, wenn der Bewohner infolge seines Krankheitsbildes diese Option nicht erkennen kann.⁴⁵ Es kommt auch nicht darauf an, ob sich der Bewohner der Einschränkungen seiner Bewegungsfreiheit bewusst ist. Maßgeblich ist nur, ob der Bewohner tatsächlich seinen Aufenthaltsort nach freiem Willen verlassen kann oder nicht.⁴⁶ Was die zeitliche Komponente betrifft, ist die Dauer der Maßnahme bei der Beurteilung, ob es sich um eine Freiheitsbeschränkung handelt, unerheblich. Daraus folgt, dass auch nur wenige Minuten ausreichen, um eine bestimmte Maßnahme als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren.⁴⁷ Auch das Unterbringungsgesetz, das nach der hL als historische Grundlage für das HeimAufG diente⁴⁸, sieht nach der Rsp des OGH keine besondere Erheblichkeitsschwelle hinsichtlich Dauer und Ausmaß der Beschränkung vor.⁴⁹

4.3.1 Androhung der Unterbindung einer Ortsveränderung

Die Definition der Freiheitsbeschränkung nach § 3 Abs 1 HeimAufG umfasst ebenso die Androhung der Unterbindung einer Ortsveränderung. Bei einer Androhung wird durch beabsichtigte Erregung von Furcht vor einem künftigen Übel ein gewisses Verhalten verlangt. Eine Androhung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG liegt jedoch nur vor, wenn sich das künftige Übel auf die Vornahme einer Freiheitsbeschränkung bezieht. Eine Androhung muss nicht zwingend durch eine verbalisierte Drohung erfolgen, „(...) es genügt, wenn sie sich aus der Gesamtsituation erschließen lässt“.⁵⁰

Ob nun ein Verhalten als Drohung eingestuft wird, ist sehr individuell zu beurteilen, da die psychische bzw geistige Verfassung des Betroffenen miteinzubeziehen ist. Obwohl der VfGH subjektive Befindlichkeiten oder besondere Ängstlichkeit auf Seiten des Betroffenen außer Betracht lässt, indem er auf einen objektiven Maßstab vor dem Hintergrund einer konkreten Situation abstellt, weicht er im Anwendungsbereich des Art 2 Abs 1 Z 5 und 6 PersFrG von der Linie des reinen objektiven Kriteriums ab.⁵¹ Damit soll der Schutz der persönlichen Freiheit auch gegenüber Personen gewährleistet werden, die aufgrund ihres geringen Alters oder ihrer psychischen Beeinträchtigung einer „(...) geminderten Fähigkeit zur vernünftigen Schlussfolgerung unterliegen“.⁵² Infolgedessen ist für die Beurteilung, ob es sich um eine Androhung einer Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG handelt, am Ende

⁴² OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m.

⁴³ Landesgericht Salzburg, 09.02.2006, 21 R 36/06z.

⁴⁴ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 93.

⁴⁵ OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m.

⁴⁶ OGH 25.08.1993, 1 Ob 584/93.

⁴⁷ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 127. Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht¹, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 91.

⁴⁸ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 32.

⁴⁹ OGH 22.02.1994, 5 Ob 571/93; nähere Ausführungen dazu in: Klaushofer, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 594. Kopetzki, Unterbringungsrecht II (1995) 779ff.

⁵⁰ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 97.

⁵¹ VfSlg 10627/1985. „Zum psychisch erzwungenen anstandslosen Mitkommen eines Minderjährigen.“

⁵² Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995) 261.

ausschlaggebend, was ein durchschnittlicher psychisch kranker oder geistig behinderter Heimbewohner als bedrohlich empfindet.⁵³ Demensprechend erkannte der OGH in seiner Entscheidung zu 7 Ob 226/06w, dass die von der Einrichtungsleiterin gegenüber der Bewohnerin ausgesprochene Warnung, die Einrichtung nicht zu verlassen, als eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren ist. Die unter chronischem Residualzustand bei Schizophrenie leidende Bewohnerin wird demnach von der Einrichtungsleiterin „gebeten“ (gemeint: gewarnt) die Einrichtung nicht zu verlassen, da diese wohl nicht in der Lage sei, den Verkehr einzuschätzen und daher „das Gefährdungspotential bezüglich eines Verkehrsunfalles“ aufgrund der nahen Bundesstraße zu hoch sei. Die Bewohnerin weiß, dass die Haustür tagsüber zumeist verschlossen ist; sie weiß aber auch, dass sie jederzeit über die unversperrte Terrasse hinausgehen könnte. Der OGH folgt den Feststellungen des Erstgerichtes, wonach bei der Bewohnerin hinsichtlich der Notwendigkeit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme im Sinne einer Schließung der Tür und Verbot, alleine fortzugehen, keine Urteils- und Einsichtsfähigkeit vorliegt. Aufgrund ihrer kindlichen Anhängigkeit ist die Bewohnerin autoritätsorientiert, daher folgt sie der Warnung der Einrichtungsleiterin, das Haus nicht zu verlassen. Jedoch wird die Warnung von ihr subjektiv als Verbot aufgefasst. Damit widerlegt der OGH den Standpunkt des Rekursgerichtes, wonach gegenständlich die Erteilung von Ratschlägen, auch wenn sich die Bewohnerin tatsächlich daran halte, keine Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG darstellte. Abschließend führt der OGH (unter Verweis auf das Sachverständigengutachten) das Erfordernis geeigneterer Maßnahmen ins Treffen, wonach aus fachlich psychiatrischer Sicht ein regelmäßiges Ausgehtraining mit einer besseren Exploration der Umgebung und ein probeweises Herangehen an eine vernünftige eigenverantwortliche Wahrnehmung, von Ausgängen abseits der Schnellstraße, ratsam ist.⁵⁴

Im Beschluss zu 7 Ob126/16d stellte der OGH wiederum fest, dass das bloße Überreden der Bewohnerin, in einem bestimmten Bereich zu bleiben, noch keine freiheitsbeschränkende Maßnahme darstellt. In Situationen von eigenaggressivem Verhalten wird die Bewohnerin „gebeten“ in ihr Zimmer zu gehen, wobei ihr keine Konsequenzen bei Zuwiderhandeln angedroht werden. Die Zimmertüre bleibt unversperrt und einen Spalt weit offen. Es ist ihr demnach möglich, ihr Zimmer ungehindert wieder zu verlassen, was die Bewohnerin in weiterer Folge auch tatsächlich selbstständig vornimmt.

Der OGH verweist in der gegenständlichen Entscheidung auf die in 7 Ob 139/14p zitierten Materialien, wonach für die Qualifikation einer Freiheitsbeschränkung dessen Androhung genügt und daher nicht notwendigerweise die Anwendung physischen Zwangs vorausgesetzt ist. „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 den Aufenthaltsort nicht mehr verlassen kann. 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.“⁵⁵

Dem Vorbringen im Revisionsrekurs, wonach die „schwer behinderte“ Bewohnerin, die seit ihrem siebten Lebensjahr in der Einrichtung wohne, wegen der jahrzehntelangen Übung den Eindruck haben könne, keine andere Möglichkeit zu haben als der Aufforderung der

⁵³ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 126.

⁵⁴ OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w.

⁵⁵ OGH 29.10.2014, 7 Ob 139/14p, m.V.a. 353 BlgNR 22. GP 8ff.

Pflegepersonen nachzukommen, wurde nicht gefolgt. Der zur Untermauerung des gegenständlichen Vorbringens ins Treffen geführte Vorfall, bei dem die Bewohnerin für ein Verhalten belohnt wurde, war kein Indiz dafür, dass sie an ein System von Sanktionen gewöhnt wäre. Auch ihr festgestelltes Verhalten zeigte nicht an, dass sie aufgrund ihrer Lebenserfahrung bereits eine bloße Aufforderung, in ihr Zimmer zu gehen, als eine Androhung von Zwang auffasste.⁵⁶

4.4 Nicht freiheitsbeschränkende Maßnahmen

Die Einwilligung des Betroffenen schließt einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte aus. Daher sind Beschränkungen der Bewegungsfreiheit mit dem Willen des Bewohners nach § 3 Abs 2 HeimAufG keine Freiheitsbeschränkungen. Die Einwilligung muss frei von Zwang und Irrtum erteilt werden. Der Betroffene muss die Fähigkeit zum freien Willensentschluss haben.⁵⁷

Stimmt eine entscheidungsfähige Person beispielsweise der Anbringung von Bettgittern in der Nacht, zur Erhöhung der Sicherheit zu, oder verlangt dies sogar, so handelt es sich um keine Freiheitsbeschränkung, sondern um eine Freiheitseinschränkung iSd § 3 Abs 2 leg cit. Die Voraussetzungen nach § 4 HeimAufG, wie die erhebliche Selbst- oder Fremdgefährdung, müssen dafür nicht erfüllt sein. Freiheitseinschränkungen sind aber ebenso wie Freiheitsbeschränkungen gemäß § 7 Abs 2 HeimAufG zu melden.⁵⁸

Maßgeblich für die Einsichtsfähigkeit ist laut OGH die Fähigkeit, relevante Tatsachen und Wirkungszusammenhänge zu erkennen.⁵⁹ Der Betroffene muss die Bedeutung einer Maßnahme in ihrer Tragweite einschätzen können und seine Entscheidung muss auf einer zutreffenden Einschätzung der realen Situation beruhen.⁶⁰ Gerade daraus folgt, dass sich die Einwilligung nur auf eine zeitlich überschaubare, konkrete Situation beschränken darf. Pauschale Zustimmungen zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen stehen dem entgegen und sind daher nicht als gültige Zustimmung iSd des § 3 Abs 2 HeimAufG zu verstehen.⁶¹

Es liegt ebenso keine Freiheitsbeschränkung vor, wenn sich der Bewohner auch ohne die Maßnahmen nicht fortbewegen kann. So kann bei einem Patienten, dem es an einer willkürlichen körperlichen Bewegung fehlt, wie es beispielsweise bei einem bewusstlosen Patienten der Fall ist, nicht von einer Freiheitsbeschränkung gesprochen werden. In diesem Zusammenhang wird auch das Anbringen von Schutzgittern am Bett des Patienten, um ein Herausfallen durch spastische Bewegungen zu verhindern, nicht als Freiheitsentzug gewertet.⁶² Nach der ständigen Rechtsprechung des Fachsenats ist nur derjenige vom Anwendungsbereich des HeimAufG ausgenommen, dem die Fortbewegungsfähigkeit fehlt und der auch keinen Fortbewegungswillen mehr bilden oder äußern kann. Für die Beurteilung, ob eine der Überprüfung nach dem HeimAufG unterliegende Maßnahme vorliegt, kommt es nicht auf die (Un-)Wahrscheinlichkeit der Äußerung eines Fortbewegungswillens an; vielmehr steht schon die nicht völlig ausgeschlossene Möglichkeit dazu

⁵⁶ OGH 31.08.2016, 7 Ob126/16d.

⁵⁷ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 91.

⁵⁸ Ganner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. IV.4 (Stand 1.3.2020, rdb.at)

⁵⁹ OGH 05.09.1996, 2 Ob 2215/96s.

⁶⁰ Klaushofer, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 596.

⁶¹ Klaushofer, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 597.

⁶² Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 90.

der Annahme entgegen, eine Freiheitsbeschränkung käme nicht in Betracht.⁶³

Eine konkludente Einwilligung in eine Freiheitsbeschränkung unterliegt denselben Voraussetzungen wie eine ausdrücklich ausgesprochene. Das Einverständnis des Betroffenen muss sich aus der Gesamtsituation eindeutig erschließen lassen. Eine stillschweigende Einwilligung liegt daher nicht vor, wenn sich der Betroffene beispielsweise einer unterschweligen Drohung fügt. Der Betroffene kann auch eine konkludente Einwilligung jeder Zeit wieder zurückziehen.⁶⁴

Einwilligungen in freiheitsbeschränkende Maßnahmen sind nach § 6 Abs 2 HeimAufG zu dokumentieren und lösen die Verständigungspflicht nach § 7 Abs 2 HeimAufG aus. Demnach sind der Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners über die vorgenommene Einschränkung der persönlichen Freiheit zu verständigen.⁶⁵

5 Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung

5.1 Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung

Die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung sind in § 4 HeimAufG normiert. Demnach ist eine Freiheitsbeschränkung nach Z 1 leg cit nur dann zulässig, wenn „(...) 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 (...)“.⁶⁶

Eine medizinische Zuordenbarkeit durch Diagnoseschlüssel von organischen, einschließlich symptomatischen psychischen Störungen sowie der Intelligenzminderung, findet sich in der Internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme (ICD 10 BMG 2014).⁶⁷ Um das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung zu ermitteln, genügt es nach hL nicht, sich bloß an der medizinischen Klassifizierung zu orientieren. Die unreflektierte Übernahme des medizinischen Krankheitsbegriffes kann demnach nicht genügen, da es sich bei dem Begriff der psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung um einen Rechtsbegriff handelt. Die Zustandsbilder, welche der Begriff der psychischen Krankheit umfasst, sind nicht zwingend deckungsgleich mit dem Diagnoseschlüssel der medizinischen Klassifizierung.⁶⁸ Demnach spielt es für die rechtliche Auslegung des Begriffes der psychischen Erkrankung eine wesentliche Rolle, ob die Krankheit zu einer „(...) Beeinträchtigung der Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Verhaltenssteuerung (...)“⁶⁹ führt.

⁶³ OGH 21.02.2018, 7 Ob 24/18g; OGH 21.02.2018, 7 Ob 25/18d.

⁶⁴ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 597.

⁶⁵ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 596.

⁶⁶ § 4 Z 1 Heimaufenthaltsgesetz – HeimAufG.

⁶⁷ [http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/ CMS112833](http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/CMS112833)

2460003/icd-10_bmg_2014_-_systematisches_verzeichnis.pdf (aufgerufen am 27.03.2017) Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, ICD 10 BMG 2014. Die englischsprachige Originalausgabe wurde 1992 von der Weltgesundheitsorganisation veröffentlicht als International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, Tenth Revision, Geneva, WHO, Vol. 1, 1992.

⁶⁸ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 138.

⁶⁹ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 488.

5.2 Psychische Störungen und Verhaltensstörungen ICD-10 Klassifizierung

Die altersbedingte Demenz, welche einen der Hauptanwendungsbereiche für das HeimAufG darstellt, fällt in die Gruppe der exogenen Psychosen.⁷⁰ Die verschiedenen Formen der Demenz sind unter dem Kapitel der psychischen und Verhaltensstörungen (ICD-Code F00-F03) angeführt. Als Demenz wird eine chronische organische Psychose bezeichnet, die eine Veränderung des Gehirns zur Folge hat und irreversibel ist. Die Veränderung des Gehirns bewirkt eine Beeinträchtigung des Gedächtnisses, insbesondere wird die Fähigkeit, neue Informationen zu verarbeiten und zu reproduzieren, gemindert. Außerdem geht mit dieser Krankheitsform ein zunehmender Verlust der intellektuellen Fähigkeiten und eine Veränderung der Persönlichkeit einher.⁷¹

Die geistige Behinderung⁷² wird nicht vom Begriff der psychischen Erkrankung mitumfasst und bildet im HeimAufG ein eigenständiges Tatbestandselement.⁷³ Insoweit finden sich beide Begriffe in § 4 Z 1 HeimAufG unabhängig voneinander. Nach *Strickmann* ist eine präzise Unterscheidung zwischen einer psychischen Erkrankung und einer geistigen Behinderung (anders im UbG) für das HeimAufG nicht wesentlich, da sie für die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 4 leg cit keine Relevanz hat.⁷⁴

5.3 Ernstlichkeit und Erheblichkeit

§ 4 Z 1 HeimAufG verlangt einen kausalen und unmittelbaren Zusammenhang zwischen den Tatbestandselementen der psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung und der ernstlichen und erheblichen Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Betroffenen oder anderer Personen.⁷⁵ „Bei der Beurteilung der Ernstlichkeit ist die Frage zu stellen, ob überhaupt damit gerechnet werden muss, dass eine Gefährdung eintritt. Bei der Frage der Erheblichkeit ist das Ausmaß der zu erwartenden Gefährdung zu beurteilen.“⁷⁶ Die Ernstlichkeit einer Gefährdung impliziert ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden am Rechtsgut des Lebens oder der Gesundheit eintritt. Eine bloß vage Möglichkeit einer Selbst- oder Fremdgefährdung reicht nicht aus.⁷⁷ Eine ernstliche und erhebliche Selbstgefährdung liegt beispielsweise bei einem Bewohner mit rasch fortschreitender Demenz vor, wenn dieser die Einrichtung verlässt und aufgrund seiner demenziellen Erkrankung nicht mehr selbstständig zurückfindet und dadurch die Gefahr des Erfrierens mit hoher Wahrscheinlichkeit besteht.⁷⁸

⁷⁰ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 139.

⁷¹ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch²⁵⁹ (2002) 345.

⁷² <http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/CMS11283324>

60003/icd-10_bmg_2014_-_systematisches_verzeichnis.pdf (aufgerufen am 27.03.2017), 236. Siehe hierzu: Intelligenzminderung bezeichnet „(...) einen Zustand von verzögerter oder unvollständiger Entwicklung der geistigen Fähigkeiten; besonders beeinträchtigt sind Fertigkeiten, die sich in der Entwicklungsperiode manifestieren und die zum Intelligenzniveau beitragen, wie Kognition, Sprache, motorische und soziale Fähigkeiten. Eine Intelligenzminderung kann allein oder zusammen mit jeder anderen psychischen oder körperlichen Störung auftreten“.

⁷³ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 63 Rz 225.

⁷⁴ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 139.

⁷⁵ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 65 Rz 225.

⁷⁶ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 117.

⁷⁷ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 67 Rz 225. Siehe auch: OGH 14.11.1991, 7 Ob 610/91; Landesgericht Salzburg 24.10.2008, 21 R 513/08z.

⁷⁸ Landesgericht Wels 25.07.2007, 21 R 253/07s.

5.4 Das ärztliche Gutachten nach § 5 Abs 2 HeimAufG

Die sogenannte Gefahrenprognose ist Inhalt des ärztlichen Dokuments, das nach § 5 Abs 2 HeimAufG die psychische Krankheit oder geistige Behinderung und die damit verbundene Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Betroffenen oder anderer Personen feststellt.⁷⁹ Es reicht nicht, nur die Diagnose der psychischen Erkrankung oder der geistigen Behinderung unreflektiert zu formulieren, sondern es muss konkret umschrieben werden, in welchen Zustandsbildern sich die psychische Erkrankung oder geistige Behinderung manifestiert und inwiefern sich dadurch (bezogen auf bestimmte Situationen) eine Gefahr für Leben oder Gesundheit ergibt bzw mit hoher Wahrscheinlichkeit auftreten kann.⁸⁰ Es ist erforderlich, dass ein Arzt (unter Zuhilfenahme unterstützender Informationen des Pflegepersonals) aus den Diagnosen und dem damit verbundenen Verhalten des Bewohners denkbare Gefährdungsszenarien folgert und diese genau beschreibt.⁸¹ Nicht nur der Arzt, sondern auch jede nach dem HeimAufG zu einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme befugte Person, prüfen im Rahmen ihrer Fachkompetenz, ob eine ernstliche Gefahr für Leben oder Gesundheit besteht oder mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehen kann. Hierbei ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit unumgänglich. Im Dialog zwischen Angehörigen des Gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege und dem Arzt, können für die Gefahrenprognose konkrete und objektive Anhaltspunkte gefunden werden.⁸²

Von einer erheblichen Gefährdung iSd des HeimAufG wird gesprochen, wenn nicht bloß eine geringfügige Beeinträchtigung des Lebens oder der Gesundheit zu erwarten ist, sondern ein Schaden von gewisser Schwere droht. In Anlehnung an den Begriff der ernstlichen Gefährdung der Gesundheit nach der Strafrechtslehre liegt eine solche Schwere vor, wenn eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes von der Qualität einer schweren Körperverletzung zu erwarten ist.⁸³ Eine Körperverletzung ist nach § 84 Abs 1 StGB vor allem dann schwer, wenn sie unter anderem eine länger als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung zur Folge hat.⁸⁴ Nach § 4 Z 2 HeimAufG wird die Verhältnismäßigkeit als weitere Voraussetzung für eine Freiheitsbeschränkung normiert. Demnach muss die Geeignetheit und Unerlässlichkeit der Maßnahme zur Abwendung der Gefahr gegeben sein. Die Maßnahme darf in ihrer Dauer und Intensität nicht außer Verhältnis zur Gefahr stehen und muss daher angemessen sein.⁸⁵ In Z 2 leg cit findet sich dementsprechend der in Art 1 Abs 3 und 4 PersFrG verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einfachgesetzlich wiedergegeben.⁸⁶

5.5 Schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen

Nach § 4 Z 3 HeimAufG stellt die Freiheitsbeschränkung immer die ultima ratio dar. Bevor eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen wird, soll eine schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahme als gelinderes Mittel angewendet werden. Eine gesetzliche Normierung

⁷⁹ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 33.

⁸⁰ ErIRV 601 BlgNR 24. GP 21.

⁸¹ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 34.

⁸² *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 118. *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 34.

⁸³ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 143. *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 118.

⁸⁴ § 84 Abs 1 Strafgesetzbuch – StGB.

⁸⁵ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 143-144.

⁸⁶ *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II (1995) 520.

des Bundes bzgl. Vorschreibungen der Bereitstellung gelinderer Mittel ist kompetenzrechtlich nicht möglich und fällt daher in den Bereich der Landesgesetzgebung.⁸⁷ Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung darf es keine Rolle spielen, ob schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen nicht umzusetzen waren. Auch wenn es an der Bereitstellung bzw. Finanzierung von notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen mangelt, muss die Pflege entsprechend dem zeitgemäßen Pflegestandard erfolgen. Dass der Träger der Einrichtung nicht bereit ist, mögliche Alternativmaßnahmen zu finanzieren, wird daher nicht berücksichtigt.⁸⁸

5.6 Formelle Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Freiheitsbeschränkung

Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen finden sich in § 5 HeimAufG. Seit der Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010⁸⁹ herrscht eine gleichberechtigte Anordnungsbefugnis zwischen den dafür vorgesehenen Berufsgruppen.⁹⁰

Demzufolge sind nach Z 1 leg. cit. der Arzt, nach Z 2 leg. cit. der Angehörige des Gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege, der mit der Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen von der Einrichtung betraut ist, sowie nach Z 3 leg. cit. jener der die pädagogische Leitung in Einrichtungen der Behindertenhilfe und nunmehr auch in Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger⁹¹ innehat, anordnungsbefugt.⁹² Die Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen wird nach dem HeimAufG nur dann als zulässig erachtet, wenn die formellen Voraussetzungen gegeben sind.⁹³ § 5 HeimAufG gibt darüber hinaus vor, welche Anordnung, von welcher Berufsgruppe zu treffen ist.⁹⁴ Daher ist eine freiheitsbeschränkende Maßnahme, die in die Anordnungskompetenz der Pflege fällt und trotzdem von einem Arzt angeordnet wird, rechtswidrig.⁹⁵

5.7 Zustimmung zu Zwangsmaßnahmen

Nach § 3 Abs 2 HeimAufG liegt keine Freiheitsbeschränkung vor, wenn der entscheidungsfähige Bewohner in die freiheitsbeschränkende Maßnahme eingewilligt hat.⁹⁶ Die Zustimmung setzt den freien Willen des Betroffenen voraus und darf keinem Irrtum auf Seiten des Bewohners unterliegen. Des Weiteren darf die Entscheidung des Bewohners nicht aus einer Situation heraus entstehen, die Abhängigkeit oder Zwang vermuten lässt. Die Maßnahme muss auf eine konkrete Situation begrenzt sein und sich in einem zeitlich überschaubaren Rahmen bewegen.⁹⁷ Damit der Bewohner die Tragweite der Maßnahme vollends erfassen kann, setzen *Barth/Engel* eine umfangreiche ärztliche Aufklärung des Bewohners voraus. Überdies empfehlen sie eine Niederschrift der mündlichen Erklärung

⁸⁷ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 144-145.

⁸⁸ OGH 30.05.1996, 2 Ob 2100/96d; Landesgericht Salzburg 21.9.2007, 21 R 465/07i.

⁸⁹ Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden, BGBl I 2010/18.

⁹⁰ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 72 Rz 228.

⁹¹ Mit BGBl 2017/59 (2. Erwachsenenenschutz-Gesetz - 2. ErwSchG) wurde § 5 Abs 1 Z 3 HeimAufG um „Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger“ erweitert.

⁹² *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 29.

⁹³ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 71 Rz 228.

⁹⁴ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 73 Rz 228.

⁹⁵ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 29.

⁹⁶ § 3 Abs 2 Heimaufenthaltsgesetz - HeimAufG

⁹⁷ ErlRV 353 BlgNR 22. GP 10.

des Bewohners, obwohl die Einwilligung nach Abs 2 leg cit keiner Formvorschrift unterliegt. Die schriftliche Einwilligung soll der besseren Nachvollziehbarkeit dienen und Grund, Art, Beginn und Dauer der Maßnahme beinhalten. Eine wirksame Zustimmung nach Abs 2 leg cit stellt keine Freiheitsbeschränkung dar und unterliegt daher als „freiheitseinschränkende Maßnahme“ keiner gerichtlichen Überprüfung. Der Bewohner kann seine Zustimmung jederzeit zurückziehen, womit die Maßnahme unverzüglich zu beenden ist.⁹⁸ Die Einwilligung des Bewohners nach Abs 2 leg cit löst die Aufklärungs- und Verständigungspflicht nach § 7 HeimAufG aus.⁹⁹

Durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches des HeimAufG auf Heime und andere Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger wurde § 3 HeimAufG um Abs 1a ergänzt, wonach eine alterstypische Freiheitsbeschränkung an einem Minderjährigen keine Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG darstellt.¹⁰⁰ Bezugnehmend auf § 3 Abs 2 letzter Satz HeimAufG findet sich in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage, dass die Zustimmung der Obsorgeberechtigten zur Freiheitsbeschränkung eines Minderjährigen nicht die Ausnahmewirkungen einer Freiheitseinschränkung nach Abs 2 leg cit zur Folge hat, da nur das Kind in die freiheitsbeschränkende Maßnahme einwilligen kann, sowie ausdrücklich weiter, dass es sich bei der Zustimmung zu Freiheitsbeschränkungen von volljährigen Bewohnern um eine vertretungsfeindliche Angelegenheit handelt.¹⁰¹

Dass die Zustimmung zu Zwangsmaßnahmen nach § 3 Abs 2 HeimAufG wegen des höchstpersönlichen Charakters absolut vertretungsfeindlich ist, wurde nun durch die Ergänzung in Abs 2 letzter Satz HeimAufG Rechnung getragen: „Die Zustimmung kann nur vom Bewohner selbst erteilt werden“.¹⁰²

Im Falle einer vorweggenommenen Einwilligung des Bewohners, sich mit möglichen, in der Zukunft liegenden, freiheitsbeschränkenden Maßnahmen einverstanden zu erklären, darf sich die Einwilligung nur auf eine konkrete Situation beziehen. Eine unbeschränkte Zustimmung des Bewohners zu zukünftigen Freiheitsbeschränkungen ist nicht zulässig.¹⁰³ „Je bestimmter die Äußerung sei und je umfassender sich der vorweggenommene Sachverhalt dann auch tatsächlich ereignet, desto eher sei die Verfügung zu beachten“.¹⁰⁴ Der Bewohner muss bei der Willenserklärung einsichts- und urteilsfähig¹⁰⁵ sein und die Zustimmung muss sich auf einen zeitlich überschaubaren Rahmen beziehen.¹⁰⁶

5.7.1 Einwilligung des Bewohners

Der in der Entscheidung zu 7 Ob 112/17x betroffene Bewohner weist eine ausgeprägte Tendenz zu auto- und fremdaggressivem Verhalten auf. Wenn er sich tagsüber ins Bett legt, fixiert er selbständig seine Hände und Füße mittels Gurten, um Selbstverletzungen zu

⁹⁸ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 134-135.

⁹⁹ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 136.

¹⁰⁰ § 3 Abs 1 a Heimaufenthaltsgesetz - HeimAufG; siehe zu Alters(un)typische Freiheitsbeschränkungen: Ganner, Die neue Kontrolle von Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, Schutz der persönlichen Freiheit von Minderjährigen, iFamZ 3/2017, 197.

¹⁰¹ ErlRV 1461 BlgNR 59. GP 25.

¹⁰² BGBl 2017/59: § 3 Abs 2 HeimAufG.

¹⁰³ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 110.

¹⁰⁴ OGH 19.04.2012, 7 Ob 36/12p.

¹⁰⁵ BGBl 2017/59 in § 3 Abs 2 wird die Wortfolge „einsichts- und urteilsfähige“ durch das Wort „entscheidungsfähige“ ersetzt.

¹⁰⁶ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 110.

verhindern. Diese Art der Fixierung kann er mit Hilfe eines Magneten jederzeit wieder lösen. Durch diese Art der Fixierung wird dem Bewohner eine Ortsveränderung nicht unmöglich gemacht, sodass aus diesem Grund bereits die Verneinung des Vorliegens einer Freiheitsbeschränkung durch die Vorinstanzen nicht zu beanstanden ist. Während der Nachtruhe erfolgt die Fixierung – ebenfalls um Selbstverletzungen des Bewohners zu verhindern – auf die Weise, dass er selbst Füße und eine Hand angurtet. Die zweite Hand wird entsprechend dem Wunsch des Bewohners von einem Betreuer fixiert. Aus dieser Fixierung kann sich der Bewohner nicht selbständig befreien. Der – ständig videoüberwachte – Bewohner kann jederzeit über Video kommunizieren, wenn er eine Änderung der Position wünscht oder aufstehen möchte. Dem wird unverzüglich nachgekommen.¹⁰⁷

Dem den Feststellungen zugrunde gelegten Sachverständigengutachten durch die Vorinstanz ist zu entnehmen, dass der Bewohner in der Lage ist, die Tragweite seiner Entscheidung zur Vierpunkt-Fixierung zu erfassen. Durch die jahrelange Anwendung dieser Fixierung hat der Bewohner nunmehr gelernt, dass er durch diese Fixierung selbstschädigende Handlungen und die damit verbundenen Verletzungen vermeiden kann. Für die Annahme der Einsichts- und Urteilsfähigkeit (nunmehr Entscheidungsfähigkeit) ist es nicht notwendig, dass der Bewohner seine Krankheit korrekt benennen kann, vielmehr reicht ein grundlegendes Verständnis der Situation, der konkreten Maßnahme und ihrer Wirkung. Dem Bewohner ist auch bewusst, dass er jederzeit über die Videoüberwachung den Wunsch äußern kann, die Fixierung zu ändern oder zu lösen.

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen bestätigte der OGH die Beurteilung der Vorinstanzen, es liege eine wirksame Einwilligung des Bewohners zu den konkreten Einschränkungen vor und damit bestehe keine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG. Die Rekurswerberin argumentiert, dass der Bewohner jedoch nicht in der Lage sei, eine Abwägung von medizinischen Alternativvarianten vorzunehmen, weshalb ihm insgesamt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehle und er deshalb der Fixierung nicht zustimmen könne. Die von der Rekurswerberin aufgeworfene Rechtsfrage nach den Anforderungen an das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit stellt sich nach Ansicht des OGH gegenständlich nicht. Im vorliegenden Fall gibt es keine der konkret vorgenommenen Fixierung auch nur annähernd gleichwertigen pflegerischen Alternativen. Der Sachverständige sprach sich zwar, wie von der Rekurswerberin vorgebracht, für die Methoden der positiven Verhaltensunterstützung und den Einsatz und Ausbau unterstützender Kommunikation aus, doch führte zugleich explizit an, dass die Maßnahme der Fixierung innerhalb der nächsten Jahre nicht durch gelindere Maßnahmen ersetzt werden kann.¹⁰⁸ Das Höchstgericht führte dazu aus, dass das bloß theoretische Fehlen der Fähigkeit, nicht vorhandene Alternativen abzuwägen, die ausdrücklich festgestellte Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Bewohners in die Tragweite der allein möglichen Einschränkung zur Verhinderung der Selbstschädigungen nicht zu beseitigen vermag. Dass der Bewohner die Fixierung ausschließlich aus Gewohnheit verlangt, steht nicht fest. Die Dauer der Fixierung während der Nachtruhe, die - wie ausgeführt - über jederzeitigen Wunsch des Bewohners unverzüglich aufgehoben wird, resultiert aus dessen individuellem Ruhebedürfnis.¹⁰⁹

¹⁰⁷ OGH 05.07.2017, 7 Ob 112/17x, S 3.

¹⁰⁸ vgl: Landesgericht Wels als Rekursgericht 03.05.2017, 21 R 107/17k, S 7.

¹⁰⁹ OGH 05.07.2017, 7 Ob 112/17x.

6 Vornahme einer Freiheitsbeschränkung

6.1 Anordnungscompetenz des Arztes

§ 5 Abs 1 HeimAufG regelt die formellen Voraussetzungen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme und schreibt die Anordnungsbefugnis drei verschiedenen Kompetenzbereichen zu.¹¹⁰ Gemäß Z 1 leg cit liegt die Befugnis zur Anordnung von Freiheitsbeschränkungen beim Arzt, wenn es sich hierbei um einen den Ärzten gesetzlich vorbehaltenen Bereich handelt. Zu diesen Bereichen zählen vorwiegend medikamentöse Freiheitsbeschränkungen.¹¹¹ Außerdem fallen Freiheitsbeschränkungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung stehen, in die ärztliche Anordnungscompetenz. Dabei kann es oft schwer festzustellen sein, ob beispielsweise das vermehrt auftretende Stürzen eines Bewohners eine Ursache der medikamentösen Behandlung oder doch die Folge des Krankheitsverlaufes selbst ist. Denn würde sich das Stürzen nicht aufgrund einer medizinisch indizierten Einnahme von sedierenden Medikamenten ereignen, würde die Vornahme von mechanischen Freiheitsbeschränkungen, wie etwa das Anbringen von Seitenteilen am Bett des Bewohners, in die Anordnungscompetenz des Gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege fallen.¹¹² Durch die Anordnungscompetenz des Arztes aller im unmittelbaren Zusammenhang einer medizinischen Behandlung stehenden Freiheitsbeschränkungen wird die Zuordnung der freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gemäß der Fachkompetenz der Anordnungsbefugten nach dem HeimAufG durchbrochen.¹¹³

6.1.1 Anordnungsbefugnis durch Turnusärzte

Die Lehre zur ärztlichen Anordnungsbefugnis von Turnusärzten ist uneinheitlich. Insbesondere wird diesbezüglich von *Barth/Engel* die Bedeutsamkeit des Rechtsguts der persönlichen Freiheit als derart bedeutsam eingestuft, dass die Anordnung einer Freiheitsbeschränkung von in Ausbildung stehenden Ärzten als „unangemessen“ angesehen wird, da diese - mangels jus practicandi - bei ihrer ärztlichen Tätigkeit der Anleitung und Aufsicht des ausbildenden Arztes unterliegen.¹¹⁴ Im Gegensatz zur selbständigen Ausübung der ärztlichen Tätigkeit, die ausschließlich Ärzten für Allgemeinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten ist, sind die sich in Ausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin oder zum Facharzt befindlichen Turnusärzte nur zur unselbständigen Ausübung der ärztlichen Tätigkeit befugt, und nur insoweit, als sie insbesondere im Rahmen anerkannter Ausbildungsstätten bzw Lehr(gruppen)praxen unter Anleitung und Aufsicht eines ausbildenden Arztes tätig werden.¹¹⁵

Die turnusärztliche Tätigkeit ist auf die in §§ 6a, 9 und 10 ÄrzteG angeführten Ausbildungsstätten örtlich eingeschränkt. Unter dem Gesichtspunkt dieser örtlichen Einschränkung unterscheidet sich die Tätigkeit in einer Lehrpraxis zu jener in einer Krankenanstalt darin,

¹¹⁰ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 132-133.

¹¹¹ *Barth*, Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010 – ein erster Überblick, iFamZ 2/2010, 119.

¹¹² *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 77 Rz 230. Zur pflegerischen Anordnungsbefugnis von Seitenteilen am Bett: *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 156-157.

¹¹³ *Zierl*, Die neue Anordnungsbefugnis des diplomierten Pflegepersonals gemäß § 5 HeimAufG, ÖZPR 2/2010, 48.

¹¹⁴ *Barth/Engel in Mayer*, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019, 440.

¹¹⁵ § 3 ÄrzteG; siehe dazu auch: §§ 6a, 9 und 10 ÄrzteG.

dass der Arzt für gewöhnlich auch bei Hausbesuchen bzw in Langzeitpflegeeinrichtungen tätig wird.¹¹⁶ Nach der Entscheidung des VfGH vom 21.9.2010 zu B 1295/09 erfordert die turnusärztliche Tätigkeit eine physisch sowie zeitlich unmittelbare Anleitung und Aufsicht durch den Lehrpraxisinhaber, wobei *Kletter* darin einen Widerspruch zu der in § 12 Abs 3 ÄrzteG¹¹⁷ normierten Verpflichtung des Lehrpraxisinhabers, nämlich zur Heranführung des Turnusarztes an die eigenverantwortliche ärztliche Tätigkeit, sieht.¹¹⁸

Kopetzki hält es mit dem ÄrzteG vereinbar, dass bei der turnusärztlichen Tätigkeit, vorausgesetzt der Turnusarzt habe ein bestimmtes Ausbildungsniveau erreicht, auch außerhalb der Ordination auf die ständige Anwesenheit des Lehrpraxisinhabers verzichtet werden kann. Zur Untermauerung seiner Ansicht führt er hierbei die für Lehrpraxen maßgeblichen Bestimmungen nach §§ 12 Abs 3, 12a Abs 4 ÄrzteG ins Treffen, wonach der Turnusarzt vom Lehrpraxeninhaber zur persönlichen Mitarbeit heranzuziehen ist und entsprechend seinem Ausbildungsstand auch Mitverantwortung zu übernehmen hat, sowie im Einzelfall auch zur Mitarbeit bei allfälligen ärztlichen Tätigkeiten außerhalb der Lehrpraxis herangezogen werden kann.¹¹⁹

Der in der Norm des § 5 HeimAufG zum Ausdruck kommende Zweck liegt nach *Mayer* darin, dass nur jene Personen zur Vornahme einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme anordnungsbefugt sind, welche hierfür die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen. Grundsätzlich steht dem Turnusarzt - im Rahmen der örtlichen und inhaltlichen Einschränkungen nach dem ÄrzteG - das gesamte ärztliche Tätigkeitsspektrum offen. Dies beinhaltet auch komplexe sowie risikobehaftete ärztliche Leistungen, wie die Durchführung von Operationen, wonach dem Auszubildenden ein schrittweises Erlernen und Tätigwerden unter Anleitung und Aufsicht ermöglicht wird.¹²⁰

Unter diesem Gesichtspunkt erschließt sich für *Mayer* eine Differenzierung nach den Rechtsgütern, wonach die persönliche Freiheit über das Leben und die Gesundheit gestellt werden soll, nicht.¹²¹ Resümierend sind demnach Turnusärzte grundsätzlich im Besitz der erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Sinne des Normzwecks nach § 5 HeimAufG. Das schrittweise Heranführen an die selbstständige ärztliche Tätigkeit ist jedoch abhängig vom Ausbildungsstand des Turnusarztes und unterliegt der Einschätzung des ausbildungsverantwortlichen Arztes. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es daher sinnvoll, in Bezug auf die Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen vor der tatsächlichen Anordnung den auszubildenden Arzt eine Beurteilung und Entscheidung treffen zu lassen. Hat der Turnusarzt seine Kenntnisse und Fähigkeiten mehrfach bewiesen, kann die Anordnung in weiterer Folge von ihm selbst getroffen werden. Die begleitende unmittelbare Kontrolle kann somit mit dem zunehmenden Ausbildungsfortschritt reduziert werden.¹²²

¹¹⁶ *Mayer*, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019, 442.

¹¹⁷ ÄrzteG, BGBl 2009/62.

¹¹⁸ *Kletter*, Lehrpraktikanten und Vertragsärzte, SozSi 2/2011, 110.

¹¹⁹ *Kopetzki*, Zum Kompetenzumfang der Turnusärzte in Lehrpraxen, Sonderheft Grundner Medizinrechtskongress 2013, RdM 5a/2013, 258 - 259; ÄrzteG, BGBl 2009/62; BGBl 2014/82: In §§12 Abs 6, 12a Abs 7 ÄrzteG wurde die Beschränkung auf den „Einzelfall“ aufgehoben.

¹²⁰ *Mayer*, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019, 444.

¹²¹ *Mayer*, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019, 448.

¹²² *Mayer*, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019, 445 - 446.

Dass eine weitgehend eigenständige Tätigkeit des Turnusarztes, außerhalb der Lehrpraxis, dem Willen des Gesetzgebers entsprechen dürfte, ergibt sich einerseits aus den im Zuge der ÄrzteG - Novelle¹²³ geänderten Regelungen der §§ 12 Abs 6 und 12a Abs 7 ÄrzteG sowie andererseits aus den Materialien, denen zufolge ein Bedarf besteht, „die Ressourcen der Lehrpraxisinhaber und Gesellschafter von Lehrgruppenpraxen hinsichtlich deren allfällige Tätigkeiten außerhalb der Lehr(-gruppen-)praxen (vgl z.B. Tätigkeiten in Pflege- und Altenheimen) für die Ausbildung nutzbar zu machen. Mit der vorgeschlagenen Regelung soll eine ärztrechtliche Absicherung erreicht werden.“¹²⁴

6.2 Anordnungsbefugnis des Gehobenen Dienstes der Gesundheits- und Krankenpflege

Unter Freiheitsbeschränkungen durch Maßnahmen im Rahmen der Pflege sind jene zu verstehen, die dem eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereich iSd § 14 Gesundheits- und Krankenpflegegesetz¹²⁵ (in der Folge GuKG) unterliegen.¹²⁶

Ein Angehöriger des Gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege ist nach § 5 Abs 1 Z 2 HeimAufG zur Anordnung einer Freiheitsbeschränkung im Rahmen der Pflege befugt, wenn er von der Einrichtung mit dieser Aufgabe betraut wurde. Die anordnungsbefugte Person kann die Pflegedienstleitung oder ihre Vertretung sein. Vor allem in größeren Einrichtungen wird diese Aufgabe oftmals gleichzeitig an mehrere Angehörige des Gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege übertragen.¹²⁷ Nach *Zierl* bedarf die Betrauung mit der Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen nicht der Zustimmung einer diplomierten Pflegeperson, da die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, welche als pflegerische Kernkompetenz von § 14 GuKG mitumfasst ist, ohnehin als Bestandteil des Berufsbildes des diplomierten Fachpersonals anzusehen ist.¹²⁸ Des Weiteren muss der Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege mit der Anordnung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen von der Einrichtung betraut werden. Eine generelle Anordnungsbefugnis der Pflegedienstleitung¹²⁹, alleine aufgrund der leitenden Stellung, findet nunmehr nach dem HeimAufG keine gesetzliche Grundlage mehr.¹³⁰

6.2.1 Durchführung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen

Zu den pflegerischen Kernkompetenzen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege gemäß § 14 GuKG zählen unter anderem sämtliche Vorgänge im Rahmen des Pflegeprozesses. Die wesentlichsten Punkte sind dabei die Planung, Organisation, Durchführung, Kontrolle und Evaluation aller pflegerischen Maßnahmen. Die Pflegeplanung kann in bestimmten Gefährdungssituationen unterstützend zur Entscheidungsfindung beitragen, beispielsweise welches gelindere Mittel am geeignetsten ist, um die Gefährdung

¹²³ ÄrzteG, BGBl 2009/62; siehe dazu auch: BGBl 2014/82.

¹²⁴ Bericht des Gesundheitsausschusses über die Regierungsvorlage (149 der Beilagen): Bundesgesetz, mit dem das Ärztegesetz 1998 geändert wird (12. Ärztegesetz-Novelle), AB 181 BlgNR 24.GP2.

¹²⁵ Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, StF: BGBl 1997/108.

¹²⁶ ErlRV 601 BlgNR 24. GP 20.

¹²⁷ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 131-135.

¹²⁸ *Zierl*, Kann eine diplomierte Pflegeperson die Betrauung mit der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG ablehnen?, ÖZPR 2/2018, 56.

¹²⁹ vgl: zur früheren Anordnungsbefugnis der Leitung eines Pflegedienstes § 5 Abs 1 Z 2 HeimAufG, BGBl 2004/11.

¹³⁰ *Zierl*, Ist die Pflegedienstleitung schon aufgrund ihrer Funktion befugt, eine Freiheitseinschränkung gemäß HeimAufG anzuordnen?, ÖZPR 5/2012, 154.

abzuwenden, und ist letztendlich das Instrument zur Kontrolle und Evaluierung der pflegerischen Maßnahmen. Der Tätigkeitsbereich der Pflegeassistenz umfasst nach § 83 Abs 2 Z 3 leg cit die Durchführung der entsprechend ihrem Qualifikationsprofil von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege übertragenen Pflegemaßnahmen.

Die in § 83 Abs 2 leg cit normierte Aufsicht der Durchführung von übertragenen Pflegemaßnahmen kann in einer begleitenden und in regelmäßigen Intervallen auszuübenden Kontrolle erfolgen. Den Materialien ist dabei zu entnehmen, dass der Aufsichtsbegriff nicht als eine persönliche und unmittelbare Aufsicht zu verstehen ist, sondern die Intensität der Aufsicht einzelfallbezogen und abhängig von der Komplexität der jeweiligen Tätigkeit erfolgt.¹³¹ Der OGH stellte in seiner Entscheidung zu 7 Ob 139/14p fest, dass freiheitsbeschränkende Maßnahmen, in diesem Fall das Festhalten des Bewohners, eine Pflegehandlung darstellen.¹³² Bei der Durchführung von im Pflegeprozess erfassten und geplanten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen sind die Erfordernisse des Einzelfalls, die konkrete Gefährdungssituation, der Einsatz gelinderer Maßnahmen, sowie der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung schriftlich zu dokumentieren. Die Dokumentationspflicht dient vor allem dazu, Sachverhalte später nachvollziehen zu können, um diese im Rahmen der Qualitätssicherung des Pflegeprozesses zu evaluieren. Darüber hinaus dient sie jedenfalls auch als Kontrollinstrumentarium für die im Rahmen der Anordnungs- und Weiterdelegationsbefugnis des Gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege an die Pflegeassistenz übertragenen Aufgaben iSd § 83 Abs 2 und Abs 5 leg cit. Gleiches gilt für die Pflegefachassistenz, da diese im Bereich der pflegerischen Kernkompetenzen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege ohnehin umfassender eingesetzt und mit komplexeren Aufgaben betraut ist.

Letztendlich stellt die Dokumentationspflicht nach § 6 HeimAufG ein wesentliches Rechtsschutzinstrumentarium für den Betroffenen dar, da die Dokumentation auch der Kontrolle freiheitsbeschränkender Maßnahmen durch die Bewohnervertretung und das Gericht dient. Eine Anordnungsbefugnis hinsichtlich (Beendigung) freiheitsbeschränkender Maßnahmen kommt der Bewohnervertretung mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu (siehe § 9 HeimAufG zu den Befugnissen und Pflichten des Bewohnervertreters).

Die Anordnungsverantwortung für freiheitsbeschränkende Maßnahmen des Gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege fällt gemäß § 5 HeimAufG in den alleinigen Verantwortungsbereich der mit der Anordnung derartiger Maßnahmen betrauten Personen. Auch die Tätigkeitsbereiche der Pflegeassistenzberufe fallen in den Kompetenzbereich des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege nach § 14 GuKG, zumal diese gemäß §§ 83 und 83a GuKG die Anordnungs- und Weiterdelegationsbefugnis an die Pflegeassistenzberufe haben.¹³³

6.2.2 Durchführung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen durch nicht qualifiziertes Personal

In seiner Entscheidung zu 7 Ob 139/14p spricht der OGH aus, dass die ärztliche Anordnung einer Freiheitsbeschränkung durch Androhung/Anordnung des Zurückhaltens durch Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes unzulässig ist. Der in einem Geriatriezentrum unterge-

¹³¹ ErlRV 1194 BlgNR 25.

¹³² OGH 29.10.2014, 7 Ob 139/14p.

¹³³ Zu den Befugnissen siehe Kapitel 10 Vertretung des Bewohners.

brachte Bewohner, der fremdaggressive Tendenzen aufweist und örtlich nicht orientiert ist, würde sich am Gelände verlaufen und auch nicht wieder zurückfinden, weshalb die Anordnung auch den physischen Zugriff umfasst, um den Bewohner am Verlassen der Station zu hindern. Das Festhalten des Bewohners, um ihn vor der drohenden Selbstgefährdung des Verlaufens zu schützen, gehört zur Betreuung und Pflege von Menschen mit psychischen Störungen und neurologischen Erkrankungen und damit zur psychiatrischen Gesundheits- und Krankenpflege. Die Gesundheits- und Krankenpflegeberufe dürfen nur nach Maßgabe des GuKG ausgeübt werden, die Voraussetzung von pflegerischem Fachwissen für die fachgerechte Durchführung schließt eine Delegation an pflegerische Laien aus. Das diplomierte Krankenpflegepersonal trifft die Durchführungsverantwortung, dabei besteht das gleiche Schutzbedürfnis wie bei anderen Pflegemaßnahmen. Das von der Anordnung umfasste Festhalten ist als eine Pflegehandlung dem Pflegepersonal vorbehalten.¹³⁴

6.3 Die 48-Stunden-Regel

Nach § 5 Abs 2 HeimAufG muss bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, die über einen Zeitraum von achtundvierzig Stunden reichen oder über diesen Zeitraum hinaus wiederholt angewendet werden, das Vorliegen einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung sowie eine daraus resultierende Eigen- oder Fremdgefährdung ärztlich attestiert sein.¹³⁵ Daraus ergibt sich, dass kurzfristige Freiheitsbeschränkungen kein ärztliches Attest voraussetzen und die Mitwirkung des Arztes nicht notwendig ist. Diese Regelung soll vor allem zur Lösung der Wochenendproblematik in den Einrichtungen beitragen. Wird der Bewohner demnach am Samstag um neun Uhr morgens erstmals in seiner Freiheit beschränkt und wiederholt sich der Eingriff innerhalb der achtundvierzig Stunden auch mehrmals, so ist nach dieser Regelung kein ärztliches Attest über das Vorliegen einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung sowie einer daraus resultierenden Eigen- oder Fremdgefährdung notwendig, wenn die Freiheitsbeschränkung bis Montagmorgen vor neun Uhr beendet wird.¹³⁶

In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu erwähnen, dass jede einigermaßen planbare Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme der Mitwirkung eines Arztes bedarf.¹³⁷ Eine freiheitsbeschränkende Maßnahme sollte nur nach vorangegangener medizinischer Expertise vorgenommen werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht darf der Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit, ohne medizinisches Gutachten über den Gesundheitszustand des Bewohners, nur in Dringlichkeitsfällen zulässig sein.¹³⁸ Außerdem ist festzuhalten, dass eine Freiheitsbeschränkung, die kürzer als achtundvierzig Stunden dauert, trotz allem alle anderen materiellen und formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen muss.¹³⁹

6.4 Planbare längerfristige Freiheitsbeschränkungen

Bei der Anordnung von planbaren längerfristigen Freiheitsbeschränkungen hat der Einrich-

¹³⁴ OGH 29.10.2014, 7 Ob 139/14p, mit Verweis auf 353 BlgNR 22. GP 8ff.

¹³⁵ Ärztliches Zeugnis nach § 55 Ärztegesetz 1998, sonstige ärztliche Aufzeichnung nach § 51 Ärztegesetz 1998.

¹³⁶ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 33.

¹³⁷ EriRV 601 BlgNR 24. GP 21.

¹³⁸ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 601.

¹³⁹ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 33.

tungsleiter nach § 5 Abs 2 HeimAufG unverzüglich ein ärztliches Dokument einzuholen. Das Vorliegen einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung und eine damit verbundene ernstliche und erhebliche Eigen- oder Fremdgefährdung der Gesundheit oder des Lebens muss medizinisch belegt sein. Liegt bereits ein ärztliches Dokument vor, muss dieses aktuell sein. Von einer Befristung der Gültigkeit des ärztlichen Dokuments wird abgesehen, da es den unterschiedlichen Krankheitsverläufen entgegenstehen würde. Trotz allem muss die Feststellung der psychischen Erkrankung oder der geistigen Behinderung und die damit verbundene Gefahrenprognose jedenfalls in einem zeitlichen Zusammenhang mit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme stehen.¹⁴⁰ Wann das ärztliche Dokument eingeholt wird, entscheidet die anordnungsbefugte Person. Das Vorliegen des ärztlichen Dokuments entbindet die anordnungsbefugte Person jedoch nicht von der Pflicht, die restlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 4 Z 1 und Z 2 HeimAufG sicherzustellen.¹⁴¹ Demnach erfolgt die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und die Beurteilung der konkreten Gefährdung von der anordnungsbefugten Person vor Ort. Die Beurteilung muss sich im Rahmen der Gefährdungsprognose des ärztlichen Dokuments bewegen und entsprechend dem zeitgemäßen Pflegestandard erstellt werden. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen sollen durch den Einsatz von gelinderen Mitteln abgewendet werden. Das heißt, dass die im ärztlichen Dokument enthaltene Gefährdungsprognose nicht zwingend zur Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme führen muss.¹⁴² Die Einhaltung fachgemäßer Standards sowie die möglichste Schonung des Bewohners nach § 5 Abs 3 HeimAufG bildet eine gerichtlich überprüfbare Zulässigkeitsvoraussetzung für die Vornahme freiheitsbeschränkender Maßnahmen.¹⁴³

6.5 Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung

Die Verpflichtung zur Aufhebung einer Freiheitsbeschränkung nach § 5 Abs 4 HeimAufG liegt dann vor, wenn die Voraussetzungen der Freiheitsbeschränkung weggefallen sind. Auch wenn eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zuvor gerichtlich für zulässig erklärt wurde, müssen bei einem veränderten Zustandsbild des Bewohners alle Voraussetzungen für die Freiheitsbeschränkung evaluiert werden. Liegt eine der Voraussetzungen nicht mehr vor, muss die freiheitsbeschränkende Maßnahme, bei sonstiger Unzulässigkeit, unverzüglich aufgehoben werden.¹⁴⁴

6.6 Einschränkungen unter COVID-19

Die gesetzliche Regelung des § 7 Epidemiegesetzes (in der Folge EpG) besagt, dass zur Verhütung der Weiterverbreitung anzeigepflichtiger Krankheiten kranke, krankheitsverdächtige oder ansteckungsverdächtige Personen angehalten oder im Verkehr mit der Außenwelt beschränkt werden können, sofern nach der Art der Krankheit und des Verhaltens des Betroffenen eine ernstliche und erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer Personen besteht, die nicht durch gelindere Maßnahmen beseitigt werden kann. Die Vorkehrungen zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten fallen in die Kompetenz der dafür zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden.¹⁴⁵

¹⁴⁰ ErlRV 601 BlgNR 24. GP 21.

¹⁴¹ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 156-157.

¹⁴² Gschaider/Hufnagl, Die Novelle des Heimaufenthaltsgesetzes aus der Sicht der Bewohnervertretung, ÖZPR 5/2010, 144.

¹⁴³ Landesgericht Wels 18.01.2006, 21R 2/06b.

¹⁴⁴ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 169-170.

¹⁴⁵ StF: BGBl 1950/186.

Wurde eine Person positiv auf COVID-19 getestet, werden nach dem § 7 Abs 1a EpG individuelle Beschränkungen mittels Bescheides verfügt. Die betroffenen Personen haben grundsätzlich die behördlichen Anordnungen selbst umzusetzen. In Pflege- und Betreuungseinrichtungen ist jedoch das Pflegepersonal aufgrund seiner Schutz- und Fürsorgepflichten und seiner Garantenstellung verpflichtet, die Betroffenen bei der Umsetzung dieser Maßnahmen im Interesse aller Bewohner zu unterstützen. Die notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen sind zur Umsetzung der gesetzlichen Maßnahmen von der Einrichtung bereitzustellen.

Der Mitwirkung des Pflegepersonals bei der Umsetzung behördlich verfügter Maßnahmen sind jedoch Grenzen gesetzt. Die Rechtsgrundlage für die Anordnung und Vornahme freiheitsbeschränkender Maßnahmen, wie das Isolieren eines Bewohners bzw seine Quarantäne, bildet das HeimAufG. Demnach müssen für die Zulässigkeit dieser Maßnahmen alle formellen und materiellen Voraussetzungen nach dem HeimAufG erfüllt sein. Nach § 4 HeimAufG ist demnach zu prüfen, ob eine konkrete Gefahr für den betroffenen Bewohner oder für andere Bewohner besteht. Ist die Anwendung gelinderer Mittel nicht geeignet, die konkrete Gefahr abzuwenden, erscheint die Freiheitsbeschränkung durch eine nach § 5 leg cit anordnungsbefugte Person, zum Schutz des Bewohners bzw zum Schutz der anderen Bewohner, als zulässig; gerade weil das Coronavirus für die Gesundheit oder das Leben älterer sowie chronisch kranker Personen eine ernstliche und erhebliche Gefahr darstellt. Kann eine zweckentsprechende Absonderung nicht erfolgen oder wird die Absonderung unterlassen, so ist die Unterbringung des kranken Bewohners durch die Gesundheitsbehörde in einer Krankenanstalt oder einem anderen geeigneten Raum durchzuführen. Des Weiteren kann die Gesundheitsbehörde gemäß § 28a Abs 1 EpG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ersuchen, die vorgesehenen Maßnahmen durchzuführen.¹⁴⁶

7 Dokumentation

Nach § 6 Abs 1 HeimAufG sind die näheren Umstände der freiheitsbeschränkenden Maßnahme schriftlich zu dokumentieren. Dabei sind Grund, Art, Beginn und Dauer der Freiheitsbeschränkung sowie das ärztliche Attest und die Nachweise über die notwendigen Verständigungen anzuführen. Durch die Dokumentation soll die Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme gewährleistet werden.¹⁴⁷ Ob der Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit notwendig war, wird durch die Überprüfung der freiheitsbeschränkenden Maßnahme anhand der Dokumentation festgestellt. Gravierende Fehler bei der Dokumentationspflicht laufen dem Zweck der Dokumentation zuwider und machen, wegen Fehlens der formellen Voraussetzungen, die freiheitsbeschränkende Maßnahme unzulässig, auch wenn die materiellen Voraussetzungen nach dem HeimAufG gegeben waren.¹⁴⁸ Nach Abs 2 leg cit sind Einschränkungen der persönlichen Freiheit, auch wenn sie mit dem Einverständnis des einsichts- und urteilsfähigen Bewohners vorgenommen werden, ebenso nach Grund, Art, Beginn und Dauer zu dokumentieren. Hierbei dient die Dokumentation der Überprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Maßnahme. Im Wesentlichen sind zur Dokumentationspflicht

¹⁴⁶ Zierl, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, CuRe 60/2020.

¹⁴⁷ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 172-173.

¹⁴⁸ vgl: Bezirksgericht Salzburg 24.09.2019, 35 Ha 4/19d; Bezirksgericht Zell am See 07.02.2020, 24 Ha 2/20d.

§ 51 ÄrzteG und § 5 GuKG ins Treffen zu führen.¹⁴⁹

Nach § 5 Abs 2 HeimAufG ist die psychische Krankheit oder geistige Behinderung und die damit verbundene Gefahr für die Gesundheit oder das Leben des Betroffenen oder anderer Personen durch den Arzt festzustellen. Es handelt sich hierbei um ein ärztliches Zeugnis nach § 55 ÄrzteG oder um sonstige ärztliche Aufzeichnungen nach § 51 ÄrzteG. Das ärztliche Zeugnis¹⁵⁰ bildet einen Teil der Dokumentationspflicht und ist nach § 6 Abs 1 HeimAufG anzuführen. Die Bestimmung über das ärztliche Zeugnis betrifft nur angeordnete freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Hierbei stellt sich die Frage, ob für kurzfristige Freiheitsbeschränkungen durch Anordnungen nach § 5 Abs 1 Z 2 und Z 3 HeimAufG genügend Material für die Dokumentation zur Verfügung steht.¹⁵¹ Denn die Charakteristik einer kurzfristigen Freiheitsbeschränkung besteht darin, dass sie ohne medizinische Expertise angeordnet werden kann. Daraus folgt, dass die anordnungsbefugte Person das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung alleine feststellt und in diesem Zusammenhang eine Gefahrenprognose erstellt. Häufig liegen jedoch ärztliche Diagnosen bereits den Bewohnerakten bei.¹⁵²

Damit die formellen Voraussetzungen gegeben sind, sollte die ärztliche Dokumentation unter Einhaltung der §§ 51 und 54 ÄrzteG dem Heimträger verfügbar gemacht werden.¹⁵³ Bei kurzfristigen Freiheitsbeschränkungen sollte es sich ohnehin um absolute Ausnahmefälle handeln. Die Kooperation zwischen Arzt und anordnungsbefugter Person stellt zwar keine Voraussetzung für die Zulässigkeit dar, ist aber auf jeden Fall erwünscht.¹⁵⁴ Insgesamt wird das HeimAufG von der Idee der interdisziplinären Zusammenarbeit getragen. Der Dialog zwischen allen betreffenden Berufsgruppen ist notwendig, um das bestmögliche Ziel zu erreichen.¹⁵⁵

7.1 Anforderungen an die Dokumentationspflicht

Das Landesgericht Salzburg als Rekursgericht befasst sich in seinem Beschluss zu 21 R 68/19z ausführlich mit den Anforderungen an die Dokumentationspflicht nach § 6 HeimAufG. Insbesondere erfolgen die Ausführungen zum Zweck der Dokumentationspflicht äußerst detailliert und praxisnahe. Über Antrag der Bewohnervertreterin sprach das Erstgericht aus, dass unter anderem die Beschränkungen der Freiheit des Bewohners durch Festhalten/körperlichen Zugriff/Fixieren sowie durch Verbringen ins Zimmer mangels ausreichender Dokumentation, die Beschränkung der Freiheit des Bewohners durch Versperren der Zimmer-/Wohnungstüre mangels ausreichender Dokumentation beziehungsweise Bescheinigung einer konkreten Gefährdung für unzulässig erklärt werden.¹⁵⁶

Der Bewohner leidet an einer psychischen Krankheit, neben einer geistigen Behinderung. Er kann sich nur über die körperliche Ebene ausdrücken, eine verbale Kommunikation ist nicht möglich. Im Rahmen seines Erkrankungsbildes kommt es nahezu täglich zu fremd- und/oder autoaggressivem Verhalten. Er versucht, in Gegenstände rund um sich zu beißen

¹⁴⁹ Schwamberger, Patienten- und Klientenschutz im Gesundheits- und Heimbereich, (2004) 96.

¹⁵⁰ Siehe hierzu: Kapitel 5.4. Das ärztliche Gutachten nach § 5 Abs 2 HeimAufG.

¹⁵¹ Barth, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 40.

¹⁵² Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 155-156.

¹⁵³ Barth, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 40.

¹⁵⁴ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 155-156.

¹⁵⁵ Barth, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 40-41.

¹⁵⁶ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 3.

oder mit dem Kopf gegen Gegenstände zu schlagen. Sein Zimmer ist mit einer Matte ausgelegt und die Tür von innen mit Schaumstoff verkleidet. Diese Verkleidung reißt der Bewohner mit den Zähnen auf. Er lässt sich auch aus dem Stand nach vorne oder hinten fallen und tritt mit den Füßen, was wegen seiner orthopädischen Schuhe sehr schmerzhaft sein kann. Im letzten Jahr kam es zu 19 medizinischen Untersuchungen wegen autoaggressiven Handlungen, wobei er sogar Zähne verlor. Bei massiven Raptuszuständen verletzt er auch Betreuungspersonen, wenn diese ihn zu schützen versuchen.

Nach Ansicht des Erstgerichtes weist die Dokumentation insofern Mängel auf, als die konkrete Gefährdung nicht herausgelesen werden könne. Zudem sei auch zu dokumentieren, welche gelinderen Maßnahmen zuvor versucht worden seien, um die (beschriebene) Gefährdung abzuwenden.¹⁵⁷ Das Rekursgericht folgte der Ansicht der Erstinstanz nicht. Das Vorbringen der Rekurswerberin, wonach die Anforderungen an die Dokumentationspflicht überspannt worden seien, erwies sich nach Ansicht des Rekursgerichtes als berechtigt. Dieses führte dazu aus, dass der Zweck des HeimAufG darin besteht, Missstände bei der Unterbringung von Personen im Heimen zu verhindern, wobei mit dem HeimAufG die Voraussetzungen von Eingriffen in die persönliche Freiheit kranker und behinderter Menschen festgeschrieben werden sollten.¹⁵⁸ Gerne werde in diesem Zusammenhang die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung in § 1 HeimAufG übersehen, wonach die mit der Pflege und Betreuung betrauten Menschen zu diesem Zweck besonders zu unterstützen sind. Ein Ziel des Gesetzes ist es auch, für unerlässliche Freiheitsbeschränkungen klare rechtliche Vorgaben zu erlassen, um die schwierige Aufgabe der mit der Pflege oder Betreuung betrauten Menschen zu erleichtern.¹⁵⁹ In diesem Kontext muss auch die Dokumentationspflicht gesehen werden. Nach der in § 6 HeimAufG normierten Dokumentationspflicht sind der Grund, die Art, der Beginn und die Dauer der Freiheitsbeschränkung schriftlich zu dokumentieren. Das Rekursgericht verweist in diesem Zusammenhang auf die Gesetzesmaterialien, wonach im Besonderen die Gründe auszuführen sind, aus denen die anordnungsbefugte Person die Voraussetzungen für die freiheitsbeschränkende Maßnahme als gegeben erachtet. Die Dokumentationspflicht dient vor allem dazu, Sachverhalte später nachvollziehen zu können, da dies im Rechtschutzverfahren die Ermittlung der erforderlichen Tatsachengrundlagen erleichtert. Darüber hinaus dient sie der Qualitätssicherung und stärkt die Bewohnerrechte, da die Dokumentation letztendlich auch der Kontrolle freiheitsbeschränkender Maßnahmen durch die Bewohnervertretung und das Gericht dient.¹⁶⁰

Damit die Dokumentation ihren Zweck erfüllen kann, muss diese insbesondere den Grund für die Freiheitsbeschränkung in einer Weise anführen, dass beurteilt werden kann, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Freiheitsbeschränkung im Einzelfall vorliegen. Wie detailliert diese Dokumentation sein muss, hängt in gewissem Umfang von den Umständen des Einzelfalles ab und ist in § 6 HeimAufG nicht näher geregelt.¹⁶¹

Die Dokumentationspflicht kann nach Ansicht des Rekursgerichtes jedoch nicht dazu dienen, therapeutische Konzepte für Patienten zu entwickeln. Dies wurde aber offenbar von den beiden Sachverständigen als auch der Bewohnervertretung und letztendlich wohl auch

¹⁵⁷ Bezirksgericht Salzburg 01.02.2019, GZ 35 Ha 1/19p; vgl: OGH 12.06.2019, 7 Ob 87/19y.

¹⁵⁸ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 7 - 8, m.V.a. *Höllwerth* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG, HeimAufG Vor § 1 Rz 8.

¹⁵⁹ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 8, m.V.a. *Höllwerth*, aaO § 1 HeimAufG, Rz 6.

¹⁶⁰ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 8, m.V.a. 7 Ob 235/11a; Herdega/Buerger in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht² Heimaufenthaltsgesetz Rz 99mwN.

¹⁶¹ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 8, m.V.a. *Höllwerth* aaO § 6 Rz 8.

vom Erstgericht als ein Element der Dokumentationspflicht angesehen und daher an diese zu hohe Anforderungen gestellt. So führte die heilpädagogische Sachverständige aus, dass eine genaue Dokumentation der Situation „vor dem krisenhaften Verhalten“ erforderlich sei, „um Hinweise auf mögliche Auslöser („Trigger“) zu erhalten“. Auch der psychiatrische Sachverständige führte aus, dass die Grundlage der Dokumentation an sich gut ist und „extrem viel“ dokumentiert wird. Er bemängelt jedoch, dass die Dokumentation einzeln geführt wird und unklar sei, wo diese „zusammenfließt“. Aus diesen Ausführungen der beiden Sachverständigen erklären sich in weiterer Folge die Schlussfolgerungen des Erstgerichtes, wonach beide Sachverständige übereinstimmend betonten, „dass es extrem wichtig ist, die jeweilige Situation zu Beginn der Krise zu dokumentieren, um Rückschlüsse auf die Situationen zu ermöglichen bzw. Hypothesen betreffend der Ursache aufstellen zu können, nach denen sodann in der Beziehung mit dem Bewohner gearbeitet werden kann, da auf dieser Basis erst erkennbar ist, welche konkreten gelinderen Maßnahmen in der jeweiligen Situation geeignet wären. Wenn sowohl aus heilpädagogischer als auch aus psychiatrischer Sicht aufgrund der unzureichenden Dokumentation diese notwendigen Rückschlüsse nicht gezogen werden können, dann ist die Dokumentation ebenfalls mangelhaft“. Nach Ansicht des Rekursgerichtes sind diese Anforderungen an die Dokumentation überschießend. Je absehbarer und gleichbleibender die letztendlich zur Freiheitsbeschränkung führenden Verhaltensweisen des Bewohners sind, desto geringere Anforderungen sind an die Spezifikation der Dokumentation zu stellen. Je höher die Bandbreite der zur Freiheitsbeschränkung führenden Verhaltensweisen jedoch ist, und je weniger absehbar ist, ob es zu einer Gefährdung kommt, desto genauer muss darauf eingegangen werden, welche konkrete Gefährdung die gesetzten Maßnahmen notwendig machte und allenfalls, welche anderen Mittel vergebens versucht wurden.¹⁶² Ergibt sich in der Zusammenschau der Bestandteile der Krankengeschichte und der Mitteilung kein Zweifel am zu Grunde liegenden Sachverhalt, so liegt kein relevanter Dokumentationsmangel, der zur Unzulässigkeit der Maßnahme führen muss, vor.¹⁶³

Freiheitsbeschränkende Maßnahmen werden im Rechtsschutzverfahren sehr häufig als unzulässig eingestuft, da gerade die Anforderungen an die Dokumentationspflicht im Hinblick auf schonendere Pflege- und Betreuungsmaßnahmen nicht erfüllt werden. So entschied das Bezirksgericht Zell am See zu 24 Ha 1/19f, dass die Nichtanwendung schonenderer Pflege- und Betreuungsmaßnahmen gemäß § 4 Z 3 HeimAufG auf der nicht korrekt durchgeführten Dokumentation gründet, und daher die Anwendung schonenderer Pflege- und Betreuungsmaßnahmen gemäß HeimAufG nicht nachvollzogen werden kann, zumal die Pflegesachverständige ebenfalls ausgeführt hat, dass potenziell jedenfalls gelindere Mittel zur Verfügung gestanden sind bzw. zur Verfügung gestanden wären. Wäre hier eine lückenlose Dokumentation vorhanden, könnte aufgrund der Dokumentation allenfalls beurteilt werden, ob die Maßnahme angemessen war, und das gelindeste Mittel dargestellt hat.¹⁶⁴

Inwieweit die Pflegedokumentation und die Pflegeplanung bei der Beurteilung einer Maßnahme nach § 3 HeimAufG voneinander abhängen, wird im Beschluss des Bezirksgerichtes Zell am See zu 24 Ha 3/20a deutlich. Die betroffene Bewohnerin wird durch die Seitenteile am Verlassen ihres Bettes gehindert, womit eine Freiheitsbeschränkung vorliegt. Diese Maßnahme wird weder gemeldet noch dokumentiert, wodurch sich bereits aus formellen Gründen die Unzulässigkeit der Maßnahme ergibt. Weiters ist bei der Bewohnerin

¹⁶² Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 10, m.V.a. 7 Ob 208/12g.

¹⁶³ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 10, m.V.a. RIS-Justiz RS0127656, *Höllwerth* aaO § 6 Rz 9.

¹⁶⁴ Bezirksgericht Zell am See 05.06.2019, 24 Ha 1/19f.

keine Sturzgefahr erkennbar, einer solchen könnte aber jedenfalls mit gelinderen Mitteln begegnet werden. Damit ist die Maßnahme auch materiell unzulässig. In den Pflegeberichten findet sich lediglich ein Eintrag, wonach am 02.01.2020 die Beine der Bewohnerin aus dem Bett hängen, ansonsten gibt es keine Hinweise auf Unruhe, Stürze oder sonstige Gefährdungen. In der Pflegeplanung sind keine Sturzprophylaxe und keine Maßnahmen zur Beschäftigung ersichtlich.

Selbst bei Vorliegen einer Sturzgefahr aufgrund nächtlicher Unruhe stünden gelindere Maßnahmen, etwa in Form von speziellen Lagerungstechniken, Eingehen auf den Schlaf-Wach-Rhythmus, Basale Stimulation durch beruhigende Waschungen abends, Beschäftigungsangebote, etc zur Verfügung.

Die rechtliche Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes führt zur Unzulässigerklärung der Maßnahmen. Nach § 3 HeimAufG liegt eine Freiheitsbeschränkung dann vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird. Die Bewohnerin wird durch die Seitenteile am Verlassen ihres Bettes gehindert, womit eine Freiheitsbeschränkung vorliegt. Diese wurde weder gemeldet noch dokumentiert, wodurch sich bereits aus formellen Gründen die Unzulässigkeit der Maßnahme ergibt. Weiters ist bei der Bewohnerin keine Sturzgefahr erkennbar, einer solchen könnte aber jedenfalls mit gelinderen Mitteln begegnet werden. Damit ist die Maßnahme auch materiell unzulässig.¹⁶⁵

8 Kategorien von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen

8.1 Einsatz einer den Körper äußerst begrenzenden Maßnahme

Gravierende Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Bewohner in Pflegeeinrichtungen durch mechanische Zwangsmaßnahmen gehören seit der Einführung des HeimAufG durchwegs der Vergangenheit an. Unter gravierenden Eingriffen werden mechanische Zwangsmaßnahmen wie Mehrpunktfixierungen an den Extremitäten verstanden.¹⁶⁶

Mehrpunktfixierungen werden auch als „körpernahe“ Freiheitsbeschränkung bezeichnet.¹⁶⁷ Dabei handelt es sich um einen unzulänglichen Begriff, der einer näheren Ausführung bedarf. Die Fixierung an den Extremitäten und/oder der Körpermitte als Zwangsmaßnahme, die als Einsatz einer den Körper äußerst beengende Maßnahme¹⁶⁸ bezeichnet wird, fällt in die ärztliche Anordnungscompetenz und findet ihren Anwendungsbereich mitunter im Postoperativen- und Intensivbereich von Akutspitalern.¹⁶⁹ Dabei werden diese, den Körper äußerst begrenzenden Maßnahmen, nur in jenen Fällen vorgenommen, in denen es der medizinische Erfolg einer Behandlung (iSd § 2 ÄrzteG 1998) erforderlich macht. Dazu zählen beispielsweise Zwangsmaßnahmen nach einem operativen Eingriff, die notwendig werden, um einen positiven Heilungsverlauf zu gewährleisten.¹⁷⁰ Im Konkreten wäre dabei an Fixierungen zu denken, die verhindern sollen, dass sich der Patient die Nasen- oder PEG

¹⁶⁵ Bezirksgericht Zell am See 07.02.2020, 24 Ha 3/20a.

¹⁶⁶ vgl zur umstrittenen Frage, ob der Einsatz einer den Körper äußerst begrenzenden Maßnahme wie eine Mehrpunktfixierung gravierender ist als eine Unterbringung in einem psychiatrischen Intensivbett: OGH 29.10. 2014, 7 Ob 135/14z m.V.a. *Koppensteiner/Zierl*.

¹⁶⁷ EriRV 601 BlgNR 24. GP 20.

¹⁶⁸ OGH 17.04. 2013, 7 Ob 59/13x.

¹⁶⁹ <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/b5cgi/Parlamentsbericht%202014%20Band%20II.pdf> (aufgerufen am 27.05.2020) 39ff vgl zur Fixierung und Isolierung in Krankenhäuser und Psychiatrien.

¹⁷⁰ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 78 Rz 230.

Sonde zur enteralen Ernährung oder Venenzugänge für Infusionen entfernt.¹⁷¹

8.2 Freiheitsbeschränkende mechanische bzw physische Maßnahmen

Bei mechanischen Freiheitsbeschränkungen wird der Bewohner körperlich an der von ihm gewünschten Ortsveränderung gehindert. Dabei kann nicht nur die Anwendung von Medizinprodukten, sondern auch die Verwendung von alltäglichen Gegenständen eine Freiheitsbeschränkung darstellen, wenn diese in erster Linie mit dem Ziel eingesetzt werden, den Bewegungsdrang des Bewohners zu unterbinden.¹⁷² Zu denken wäre dabei an eine Lagerung des Bewohners zur Wandseite des Bettes durch Polster, die unter die Matratze geschoben werden und somit außer Reichweite für den Bewohner sind; ebenso die Fixierung des Bewohners in einem Stuhl durch das Festbinden eines Lein- oder Handtuches um die Körpermitte, sowie das Vorstellen eines einfachen Tisches oder Sessels, den der Bewohner nicht aus eigener Kraft wegschieben kann. In gleicher Weise fällt auch die Verwendung eines Therapietisches für den Rollstuhl, der an beiden Rollstuhllehnen zur Körpermitte des Bewohners hingeschoben wird oder das Feststellen der Bremsen eines Patientenesstisches oder des Rollstuhles unter diese Kategorie.¹⁷³

Genauso stellen sonstige physische Mittel, wie das Festhalten des Bewohners, um ihn gegen seinen Willen an einer Ortsveränderung zu hindern oder der Einsatz komplizierter Schließmechanismen an Türen, die der Bewohner aufgrund seiner Erkrankung nicht alleine öffnen kann und zuletzt auch die ständige Abhängigkeit des Bewohners vom Willen des Pflegepersonals, wenn eine versperrte Tür erst auf Verlangen des Bewohners aufgeschlossen wird, eine Freiheitsbeschränkung iSd des HeimAufG dar.¹⁷⁴

8.2.1 Maßnahmen durch Bettseitenteile

In dem der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 24/18g zugrunde liegenden Sachverhalt wird der Einsatz von Seitenteilen am Bett der Bewohnerin von der Einrichtungsleiterin damit begründet, diese vor Verletzung zu schützen, sollte sie von anderen Bewohnern aus dem Bett gezogen werden. Die Bewohnerin leidet an einer Mehrfachbehinderung, einhergehend mit einer schweren Intelligenzminderung. Es liegt darüber hinaus eine Skoliose sowie eine Tetraspastik, mit beginnenden mehrfachen Beugekontrakturen im Bereich der oberen sowie der unteren Extremitäten vor. Die Ernährung erfolgt teilweise über eine PEG-Sonde. Im Bett liegend ist es ihr nicht möglich, sich selbstständig, willkürlich auf die Seite zu drehen. Generell ist die Bewohnerin zu einer selbstständigen willkürlichen Lageveränderung nicht im Stande. Von der Tagesverfassung abhängig ist es ihr möglich, den Kopf kurzfristig selbstständig zu halten, zudem ist sie in der Lage, mit den Armen, insbesondere dem linken, Bewegungen auszuführen. Diese Bewegungen reichen aber nicht aus, um sich dadurch selbst zu gefährden, womit ein Herausfallen der Bewohnerin aus dem Bett unwahrscheinlich ist. Der Bewohnerin ist eine verbale Kommunikation nicht möglich, ein rudimentäres Gestenverständnis wird jedoch nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr als wahrscheinlich angenommen. Die Bildung eines Fortbewegungswillens ist als wahrscheinlich anzunehmen

¹⁷¹ *Barth*, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 29.

¹⁷² *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 107-108.

¹⁷³ vgl: *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 595.

Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 106.

¹⁷⁴ *Ganner*, Lange Freiheitsbeschränkung durch verschlossene Stationstür, gelindere Mittel, iFamZ 3/2015,

123. *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 595-596; Landesgericht Graz 12.02.2015, 1 R 40/15g, OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m.

und kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Genauso wenig kann die Möglichkeit zur nonverbalen Äußerung des Fortbewegungswillens nicht ausgeschlossen werden. Nach dem Erstgericht liegt die Unzulässigkeit der freiheitsbeschränkenden Maßnahme deshalb vor, da der Einsatz der Bettseitenteile nicht im Zusammenhang mit der psychischen Erkrankung der Bewohnerin steht, sondern mit der Verletzungsgefahr durch andere Bewohner begründet wird. Außerdem kamen gelindere Mittel zu den hochgezogenen Bettseitenteilen bisher nicht zur Anwendung.¹⁷⁵

Das Rekursgericht stellte fest, dass bei der Bewohnerin die Bildung eines Bewegungswillens nicht ausgeschlossen, sondern vielmehr als wahrscheinlich anzunehmen ist. (...) Soweit von der Einrichtungsleitung vorgebracht wird, „dass die Maßnahme der Bettenseitenteile für die Unmöglichkeit der Ortveränderung nicht kausal sei, ist dem entgegenzuhalten, dass es darauf nicht ankommt. Auch wenn ein Bewohner sich lediglich mit Hilfe Dritter bewegen kann, wäre es nicht im Sinne des HeimAufG, Bettenseitenteile anzubringen und dies damit zu rechtfertigen, dass sich der Bewohner ohnedies nicht fortbewegen kann.“¹⁷⁶ Die Rechtsansicht des Rekursgerichtes bestätigend, sprach der OGH aus, dass nach ständiger Rechtsprechung „nur derjenige vom Anwendungsbereich des HeimAufG ausgenommen ist, dem die Fortbewegungsfähigkeit fehlt und der auch keinen Fortbewegungswillen mehr bilden oder äußern kann. Für die Beurteilung, ob eine der Überprüfung nach dem HeimAufG unterliegende Maßnahme vorliegt, kommt es nicht auf die (Un-)Wahrscheinlichkeit der Äußerung eines Fortbewegungswillens an; vielmehr steht schon die nicht völlig ausgeschlossene Möglichkeit dazu der Annahme entgegen, eine Freiheitsbeschränkung käme nicht in Betracht.“¹⁷⁷ Vom Erstgericht wurde nicht völlig ausgeschlossen, dass es in vereinzelt Betreuungs- und Pflegesituationen zu einer nonverbalen Äußerung eines Fort- bzw Bewegungswillens der Bewohnerin kommt. In Anlehnung an die eben zitierten Grundsätze war der Anwendungsbereich des HeimAufG gerade noch gegeben.¹⁷⁸

Für die Beurteilung, ob eine der Überprüfung nach dem HeimAufG unterliegende Maßnahme vorliegt, verweist der OGH unter anderem auf die Entscheidung zu 7 Ob 199/16i. Dort beantragt der in einem Rehabilitationszentrum untergebrachte Bewohner die gerichtliche Überprüfung der angewandten Maßnahmen des Hinderns am Verlassen des Rollstuhls mittels Sitzgurt und des Bettes mittels Seitenteile. Den Antrag abweisend, entscheidet das Erstgericht, die getroffenen Maßnahmen seien nicht als Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG zu qualifizieren, da dem Bewohner die Möglichkeit zur willkürlichen körperlichen Bewegung und Ortsveränderung fehle. Das Rekursgericht bestätigt den Beschluss des Erstgerichtes und führt dazu aus, dass die Anbringung eines Sitzgurtes, der einen drohenden Sturz eines gelähmten Menschen aus dem Rollstuhl verhindern solle, ebenso wenig als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren sei, wie die Anbringung von Schutzgittern, um das Herausfallen des Bewohners durch unwillkürliche Bewegungen zu verhindern. Der OGH folgt der Ansicht der ersten beiden Instanzen nicht, da es dem Bewohner nicht gänzlich an einer willkürlichen körperlichen Bewegung fehlt. „Es fehlt ihm zwar an der Fortbewegungsfähigkeit, sein Sprachvermögen ist aber erhalten, auch wenn sein Sprachtrieb deutlich herabgesetzt ist. Vor allem ist er durchaus in der Lage, Wünsche und zwar auch im Zusammenhang mit seiner Fortbewegung zu äußern. Von einer gänzlichen Unmöglichkeit, einen Fortbewegungswillen zu fassen und zu formulieren, kann

¹⁷⁵ OGH 21.02.2018, 7 Ob 24/18g.

¹⁷⁶ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 20.12.2017, 21 R 446/17k, 6.

¹⁷⁷ OGH 21.02.2018, 7 Ob 24/18g, m.V.a. RS0121662.

¹⁷⁸ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 20.12.2017, 21 R 446/17k, 6.

hier zweifelsohne nicht ausgegangen werden.“¹⁷⁹ Die Beurteilung der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung der vorgenommenen Maßnahmen unterliegt sohin dem Anwendungsbereich des HeimAufG.

8.2.2 Freiheitsbeschränkung durch Schließung eines Gitters an der Bewegungsfläche

Der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 141/18p liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Bei der betroffenen Bewohnerin besteht ein ausgeprägter psycho-mental-motorischer Entwicklungsrückstand, verbunden mit spastischer Tetraparese, posthämorrhagischem Hydrocephalus, epileptischer Anfallsymptomatik und Rindenblindheit. Es liegt eine schwerste geistige Behinderung bei ausgebliebener Sprachentwicklung und ungenügendem bzw fehlendem Sprachverständnis vor. Die Bewohnerin ist vollständig hilflos, pflegebedürftig und inkontinent. Ihre geistigen Fähigkeiten entsprechen denen eines Säuglings im Alter von drei bis vier Monaten. Durch die ausgebliebene Sprachentwicklung und völlige Blindheit kann sie ausschließlich durch Körperkontakte geführt und gelenkt werden. Ein sinnvolles, rational-zielgerichtetes Handeln ist ihr nicht möglich. Die Bewohnerin rollt sich bei einer gezielten Berührung auf ihr Gesäß von der Rücken- in die Bauchlage. Sonst ist sie bei geringem Eigenantrieb unfähig, Aufforderungen und Anweisungen zu verstehen und sich danach zu richten. Die von ihr ausgeführten Bewegungen beschränken sich darauf, dass sie sich von der Rücken- in die Bauchlage und umgekehrt bringen kann, von der Bauchlage in den Vierfußstand und in weiterer Folge sich auf ihre Füße setzt, wobei ihr in diesem Fall ein Polster hinter den Rücken gestellt wird, damit sie nicht nach hinten kippt. Aus dieser Position lässt sie sich unvermittelt und unkontrolliert nach vorne auf den Bauch fallen. Sie kann außerdem mit ihren Händen greifen. Am Kopf der Bewohnerin wurden operativ Ventile eingesetzt, durch die zu viel produzierte Gehirnflüssigkeit über Leitungen in den Bauchraum geleitet wird, um einen Überdruck zu verhindern. Die Bewohnerin leidet als Folge ihrer Behinderung an einer ausgeprägten Immunschwäche, wobei es nach Kontakt schon mit relativ banale Infektionserreger zu schwerwiegenden Komplikationen kommen kann. Bis vor etwa sechs Jahren wurde die Bewohnerin auf einer Matratze samt Lattenrost am Boden liegend betreut.

Dies führte dazu, dass andere Bewohner sich zu ihr auf die Matratze setzten oder legten, teilweise auch fallen ließen, sodass einerseits mehr Keime an sie herangetragen wurden und sie häufiger Infektionen bekam, andererseits immer die Gefahr bestand, dass sich jemand auf sie legt und sie dabei allenfalls verletzt. Teilweise kam es auch vor, dass andere Bewohner über die Matratze stolperten.

Unter Beiziehung einer Fachkraft aus dem Bereich Pädagogik, der Mutter und Sachwalterin sowie einem Mitarbeiter, wurde ein einrichtungsinterner Prozess mit dem Namen „Begleitung im Dialog“ erarbeitet. Ein als Bewegungsfläche bezeichnetes Pflegebett ist das Ergebnis dieses Prozesses. Das Gitter an der Bewegungsfläche wird geschlossen, wenn sich gerade keine Betreuungspersonen oder Therapeuten konkret mit der Bewohnerin befassen; diese beschäftigt sich dann mit verschiedensten „Greiflingen“. Die Bewohnerin ist aufgrund ihrer Behinderung aus medizinischer Sicht nicht in der Lage, die Begrenzung der Bewegungsfläche als Einschränkung zu empfinden, vielmehr gibt ihr die räumliche Begrenzung ein Gefühl der Sicherheit. Ohne Begrenzung besteht die Gefahr, dass sie panisch wird. Sie fühlt sich in der Bewegungsfläche wohl. Die Bewegungsfläche samt Gitter entspricht fachlichen Standards. Die Bewohnerin ist nicht in der Lage zu erkennen, wo das

¹⁷⁹ OGH 25.01.2017, 7 Ob 199/16i.

Ende der Bewegungsfläche ist; ohne Abgrenzung besteht die Gefahr, dass sie sich über das Ende der Bewegungsfläche hinaus „rollt“. Ein Sturz birgt über die allgemeine Verletzungsgefahr hinaus die Gefahr der Beschädigung der am Kopf befindlichen Ventile sowie der Leitungen, welche die Gehirnflüssigkeit abtransportieren. Dies hätte wiederum zur Folge, dass die Bewohnerin eine weitere Operation bräuchte; sie wurde in ihrem Leben bereits 35-mal operiert. Der Verein VertretungsNetz – Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung – stellte nach dem HeimAufG den Antrag auf Überprüfung der die Bewohnerin betreffenden Freiheitsbeschränkung.

Die Vorinstanzen gingen davon aus, dass sich die Bewohnerin willensgesteuert bewegen kann und ihre Bewegungen nicht bloß unwillkürliche Umlagerungsbewegungen sind. Da somit ihre Fortbewegungsfähigkeit gegeben ist, kann das verschlossene Seitengitter der Bewegungsfläche als eine Freiheitsbeschränkung im Sinn des § 3 Abs 1 HeimAufG qualifiziert werden. Aufgrund ihrer geistigen Behinderung und ihrer Vollblindheit kann die Bewohnerin nicht erkennen, dass sie aus der Bewegungsfläche stürzt, wenn sie sich über das Ende der Bettkante hinausrollt, und kann auch nicht nach dieser Erkenntnis handeln. Durch einen Sturz wäre ihre Gesundheit massiv gefährdet. Weiters leidet die Bewohnerin als Ausfluss ihrer geistigen Behinderung an einer stark eingeschränkten immunologischen Abwehrfähigkeit, weshalb eine Keimbelastung so niedrig wie möglich gehalten werden muss. Eine Lagerung auf dem Boden bzw falls sich andere Bewohner zu ihr legen, führt zu einer erhöhten Keimbelastung. Die erhöhte Bewegungsfläche stellt daher die optimale Vorrichtung für die Betreuung dar. Das Schließen des Gitters ist zur Abwehr der genannten Gefahren unerlässlich und geeignet sowie im Verhältnis zur Gefahr angemessen; andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, sind nicht geeignet, diese Gefahr abzuwenden.

Beide Vorinstanzen haben die Zulässigkeit der Maßnahme (Schließen des Seitengitters) mit der Höchstfrist von sechs Monaten festgelegt.¹⁸⁰

Sowohl bezüglich der Frage, ob durch das Schließen des Seitengitters an der Bewegungsfläche eine Freiheitsbeschränkung verwirklicht wurde, als auch hinsichtlich deren Zulässigkeit (nach Verständigung der Bewohnervertretung gem § 7 Abs 2 HeimAufG) folgte der OGH der Rechtsansicht der Vorinstanzen.¹⁸¹ Nach *Zierl* bildet die gegenständliche Entscheidung eine überaus wichtige Orientierungshilfe in der Praxis und trägt wesentlich zur Rechtssicherheit gerade bei derart schwierigen Fällen bei.

8.3 Freiheitsbeschränkende medikamentöse Maßnahmen

Zur Besonderheit der medikamentösen Beeinflussung des Bewegungsdranges im Hinblick auf das HeimAufG zählt, dass die medikamentöse Behandlung als physisches Mittel zur Freiheitsbeschränkung zu werten ist, wenn diese auch die Unterbindung des Bewegungsdrangs bezweckt. Dies ist nicht der Fall, wenn die Dämpfung des Bewegungsdranges nur

¹⁸⁰ vgl: *Hoch/Rastegar*, Fristenlauf bei schriftlicher Zulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung, EvBl 7/2019, S 318.

¹⁸¹ *Zierl*, Ist die an einer völlig hilflosen Bewohnerin vorgenommene freiheitsbeschränkende Maßnahme durch Schließen des Seitengitters an der „Bewegungsfläche“ des Pflegebettes gemäß HeimAufG zulässig?, ÖZPR 2/2019, S 56.

eine unvermeidliche Nebenwirkung bei der Verfolgung eines anderen therapeutischen Zieles darstellt.¹⁸²

Alle medikamentösen Freiheitsbeschränkungen, die unter das HeimAufG fallen, müssen zudem die formellen und materiellen Voraussetzungen nach dem HeimAufG erfüllen.¹⁸³

8.3.1 Prüfkriterien bei freiheitsbeschränkenden medikamentösen Maßnahmen

Der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 67/19g liegt ein überaus praxisrelevantes Themengebiet zugrunde, nämlich innerhalb welcher Grenzen eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen im Sinne des HeimAufG zulässig sein kann. Im Folgenden wird diese Entscheidung des OGH samt dem zugrundeliegenden Sachverhalt auszugsweise dargestellt.

Der Bewohner leidet an einer schweren Intelligenzminderung mit einer deutlichen Verhaltensstörung. Er zeigt neben selbstaggressivem Verhalten auch fremdaggressive Verhaltensweisen gegenüber anderen Bewohnern und gegenüber dem Personal. Obwohl die aggressiven Handlungen sowie die Angespanntheit deutlich abgenommen haben, kommt es weiterhin regelmäßig zu selbst- und fremdgefährdenden Handlungen sowie zu einer Stimmungslage, die Aggressionen befürchten lässt. Der Bewohner unterliegt einer Dauermedikation mit Lanolept 100 mg, Temesta 2,5 mg sowie Risperdal 2 mg. Bei den Medikamenten Lanolept (Wirkstoff Clozapin) und Risperdal (Wirkstoff Risperidon) handelt es sich um hochpotente Neuroleptika, welche durch die entspannende Wirkung die Aggression und Angespanntheit des Bewohners lindern und damit selbst- und fremdgefährdende Handlungen verhindern sollen. Beide Medikamente werden in einer mittleren Dosierung verabreicht. Hingegen handelt es sich bei der Verordnung von Temesta 2,5 mg (3 mal täglich) um eine eher hohe Dosierung. Temesta (Wirkstoff Lorazepam) wirkt anxiolytisch, muskelrelaxierend, krampflösend sowie sedierend. Aus psychiatrisch-gutachterlicher Sicht ist die Kombination der Medikamente in der verabreichten Dosierung geeignet, um die selbst- und fremdgefährdenden Verhaltensweisen zu verringern bzw zu unterdrücken. Die Art der Behandlung erfolgt lege artis.

Bei der Einzelfallmedikation Truxal 100 mg (Wirkstoff Chlorprothixen) handelt es sich um ein niederpotentes Neuroleptika mit entspannender sowie sedierender Wirkung. Die Einzelfallmedikation Psychopax 50 Tropfen (Wirkstoff Diazepam) führt zu einer Anxiolyse, Muskelrelaxation und wirkt sedierend. Der Bewohner erhält die Bedarfsmedikation bei Anspannungszuständen sowie bei beginnenden aggressiven selbst- oder fremdgefährdenden Verhaltensweisen. Im Hinblick auf den Krankheitsverlauf des Bewohners entspricht die gesamte medikamentöse Behandlung, auch in ihren Kombinationen, den anerkannten Methoden und Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft und ist nicht unverhältnismäßig. Als Nebenwirkung der medikamentösen Behandlung ist bei dem Bewohner ein medikamenteninduziertes Parkinsonoid entstanden (kleinschrittiges Gangbild), welches bei einer Dosisreduktion jedoch reversibel ist. Trotz vermehrter Gabe der Einzelfallmedikationen kommt es bei dem Bewohner zu Unruhe sowie zu aggressiven Verhaltensweisen gegenüber Mitpatienten. Sämtliche im gegenständlichen Verfahren verordneten Medikamente haben das therapeutische Ziel, die Angespanntheit des Bewohners zu reduzieren und damit eine Vermeidung der Aggressionen zu bewirken. Eine allfällige leichte Sedierung ist daher als Nebenwirkung anzusehen. Im Heim werden

¹⁸² vgl: Bezirksgericht Zell am See 07.02.2020, 24 Ha 1/20g.

¹⁸³ Barth, Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial 5/2010, 46-47.

beim Bewohner regelmäßig Deeskalationsstrategien angewandt. Jedoch ist insgesamt die Anwendung derartiger gelinderer Maßnahmen nur in manchen Situationen möglich. Bei hoher Anspannung des Betroffenen, wie sie auch immer wieder vorkommt, sind die beschriebenen selbst- und fremdaggressiven Handlungsweisen zu erwarten und daher ist auch eine entsprechende Zusatzmedikation zum Wohl des Bewohners angemessen.

Der Verein beantragt jeweils gemäß § 11 HeimAufG die Überprüfung der Freiheitsbeschränkung des Bewohners durch die Dauermedikation mit Lanolept, Temesta und Risperdal sowie durch die Einzelfallmedikation Truxal und Psychopax. Vorgebracht wird, dass die Medikamente gegen die körperliche Aggressivität, Rastlosigkeit und Unruhe des Bewohners eingesetzt worden seien und eine medikamentöse Freiheitsbeschränkung darstellen. Die Medikation sei darüber hinaus nicht gemeldet worden. Des Weiteren habe die Einzelfallmedikation nicht der fachärztlichen Anordnung entsprochen. Eine gesetzmäßige Dokumentation sei nicht erfolgt.

Das Erstgericht stellte fest, dass keine freiheitsbeschränkende Maßnahme iSd HeimAufG vorliegt, da die medikamentöse Therapie eine Reduktion der Angespanntheit des Bewohners bezweckt, um Aggression zu vermeiden. Eine allfällige Sedierung ist lediglich als eine Nebenwirkung anzusehen. Die Zusatzmedikation ist angemessen, da bei hoher Anspannung des Bewohners selbst- und fremdaggressive Handlungsweisen zu erwarten sind. Der Einsatz gelinderer Maßnahmen ist nur in manchen Situationen möglich. Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts und vertrat die Ansicht, dass die Dauermedikamente Lanolept, Risperdal, Truxal eine Linderung der Aggression und Angespanntheit des Bewohners bewirken. In gleicher Weise bewirken die Bedarfsmedikamente Temesta und Psychopax eine Anxiolyse und Muskelrelaxion. Es liegt demnach allenfalls eine leichte Sedierung, aber keine medikamentöse Freiheitsbeschränkung im Sinn des HeimAufG vor.

In der Entscheidung über den Revisionsrekurs des Vereins zitierte der OGH zur freiheitsbeschränkenden medikamentösen Maßnahme folgende Rechtsätze: Eine Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Mittel liegt dann vor, wenn die Behandlung unmittelbar, also primär, die Unterbindung des Bewegungsdrangs bezweckt, nicht jedoch bei unvermeidlichen bewegungsdämpfenden Nebenwirkungen, die sich bei der Verfolgung anderer therapeutischer Ziele, namentlich bei der Behandlung der Grunderkrankung, ergeben können.¹⁸⁴ Die Beurteilung, ob unter diesem Gesichtspunkt eine Freiheitsbeschränkung vorliegt, erfordert Feststellungen darüber, 1. welchen therapeutischen Zweck die Anwendung jedes einzelnen der zu überprüfenden Medikamente verfolgt, 2. ob die Medikamente (insbesondere in der dem Bewohner verabreichten Dosierung und Kombination) dieser Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt wurden und werden und 3. welche konkrete Wirkung für den Bewohner mit dem Einsatz der Medikamente verbunden war und ist.¹⁸⁵ Dient dagegen der primäre Zweck des Medikamenteneinsatzes der Unterbindung von Unruhezuständen, des Bewegungsdrangs und der Beruhigung, also zur "Ruhigstellung" (gegen Aggression, Enthemmung, Unruhe etc), ist die medikamentöse Therapie als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren.¹⁸⁶ Der OGH verweist in weiterer Folge auf *Strickmann*, wonach im Sinne des eben Zitierten medikamentöse Behandlungen mit Neuroleptika, Antidepressiva und Tranquilizer eine Freiheitsbeschränkung darstellen

¹⁸⁴ RS0121227; vgl: 7 Ob 205/16x.

¹⁸⁵ RS0123875.

¹⁸⁶ OGH 29.05.2008, 2 Ob 77/08z; m.w.N Höllwerth in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 3 HeimAufG, Rz 23; *Bürger/Halmich*, Heimaufenthaltsgesetz, 49; *Neumayr/Resch/Wallner*, *Gmundner* Kommentar zum Gesundheitsrecht, 2309, Rz 8).

können.¹⁸⁷

Der Beurteilung einer freiheitsbeschränkenden medikamentösen Maßnahme nach dem HeimAufG unterliegen daher, wie bereits zuvor angeführt, der therapeutische Zweck, die verabreichte Dosierung, gegebenenfalls die Kombination der Medikamente sowie die konkrete Wirkung auf den Bewohner.¹⁸⁸ Es ist daher stets klarzustellen, ob die Medikamentengabe die Behandlung der Grunderkrankung zum Ziel hat und die Ruhigstellung des Bewohners lediglich eine damit verbundenen Nebenwirkung war, oder primär die Ruhigstellung des Betroffenen angestrebt war. Mit Verweis auf die gängige Rechtsprechung, die Lehre und Materialien führt der OGH in seiner Entscheidung weiter aus, dass eine freiheitsbeschränkende Maßnahme immer das gelindeste und letztmögliche Mittel darstellen muss. Kann eine Selbst- oder Fremdgefährdung durch schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen abgewendet werden, ist eine freiheitsbeschränkende Maßnahme sohin unzulässig.¹⁸⁹ Zur Freiheitsbeschränkung durch Androhung der Medikamentierung verweist der OGH auf die Entscheidung des erkennenden Senats zu 7 Ob 205/16x, wonach die bloße ärztliche Anordnung eines gegebenenfalls eine Freiheitsbeschränkung herbeiführenden Medikaments ohne dessen tatsächliche Verabreichung (Bedarfsmedikation) für sich allein noch keine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG begründet. Sofern aber mit der Anordnung eines Medikaments beim Bewohner ein bestimmtes freiheitsbeschränkendes Verhalten veranlasst wird oder dieser den Eindruck gewinnen muss, keine andere Möglichkeit zu haben, als ein bestimmtes gewünschtes Verhalten zu setzen, andernfalls das Medikament verabreicht wird, liegt eine Androhung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG und damit eine Freiheitsbeschränkung vor.¹⁹⁰

8.3.2 Zur Verständigungspflicht bei Einmalmedikation

Mit der Entscheidung des OGH zu 7 Ob 87/19y erfolgte ein ausdrückliches Abgehen der Rechtsprechung zu 1 Ob 21/09h, wonach bei einer kurzfristigen Gabe einer Einmalmedikation, die Unterlassung der Verständigung dann nicht zur Unzulässigkeit der Maßnahme führt, wenn deren Folgen für den betreffenden Bewohner auch im Fall einer unverzüglichen Verständigung gemäß § 7 Abs 2 HeimAufG nicht mehr beeinflusst werden hätte könnten. Des Weiteren wäre die Maßnahme nur dann für unzulässig zu erklären, wenn sie inhaltlich ungerechtfertigt, nicht erforderlich oder unverhältnismäßig gewesen wäre. Die durch die Entscheidung zu 1 Ob 21/09h bewirkte Einschränkung des Rechtsschutzes nach dem HeimAufG führte in der Lehre zu Kritik. Nach *Kopetzky* bilden die Verfahrensregeln der §§ 5 bis 7 HeimAufG den rechtlichen Rahmen für die Zulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme und damit den Maßstab der gerichtlichen Überprüfung nach § 11 HeimAufG. Aus dem Gesetz ergeben sich keine Einschränkungen der umfassenden gerichtlichen Kontrollbefugnis. Nur weil die Freiheitsbeschränkung nicht mehr beeinflusst werden könne, bedeutet dies nicht, dass der Schutz deshalb wegfalle. Die gerichtliche Kontrollbefugnis ist nicht nur auf die Beendigung aktueller Maßnahmen gerichtet, sondern auch auf die nachträgliche Feststellung der Unzulässigkeit einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme.¹⁹¹ Nach der Rechtsprechung des OGH handelt es sich bei der Unterlassung der Verständigung nicht bloß um einen Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift, sondern

¹⁸⁷ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 2012, 113.

¹⁸⁸ vgl: RS0123875; *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 3 HeimAufG, Rz 26.

¹⁸⁹ OGH 29.10.2014, 7 Ob 134/14b; *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 4 HeimaufG, Rz 26; ErläutRV 353 BlgNR 22. GP 11.

¹⁹⁰ OGH 24.04.2019, 7 Ob 67/19g, m.V.a. OGH 09.11.2016 7 Ob 205/16x.

¹⁹¹ OGH 12.06.2019, 7 Ob 87/19y, m.V.a. *Kopetzky*, RdM 84/2009, 123ff.

dies hat vielmehr die Unzulässigkeit der Maßnahme zur Folge. Die Unzulässigkeit dauert allerdings nur bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnis des Bewohnervertreeters von der freiheitsbeschränkenden Maßnahme. Die vorangegangene Unzulässigkeit der Freiheitsbeschränkung steht ab diesem Zeitpunkt der Zulässigkeit hinsichtlich nachfolgender Zeiträume nicht entgegen.¹⁹²

8.4 Freiheitsbeschränkende elektronische Überwachungssysteme

Das Verwenden von elektronischen Überwachungssystemen stellt nicht per se eine Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG dar. Es kann jedoch zu einer Freiheitsbeschränkung nach § 3 Abs 1 HeimAufG werden, wenn etwa das Einsetzen der elektronischen Mittel zur Unterbindung einer Ortsveränderung des Bewohners dient¹⁹³ und nicht bloß, um diesen auf seinem Weg zu begleiten und ihn vor möglichen Gefahren zu schützen.¹⁹⁴ Ein elektronisches Überwachungssystem zur Gefahrenabwehr, wie ein Alarmarmband oder ein Chip in der Kleidung und eine damit verbundene Anordnung des Zurückhaltens, können jedoch ein gelinderes Mittel beispielsweise gegenüber einer durch Türcode versperrten Eingangstüre sein.¹⁹⁵

Unter Verweis darauf, dass elektronische Überwachungsmaßnahmen nur dann eine Freiheitsbeschränkung darstellen, wenn bei Auslösung des Alarms unmittelbare freiheitsentziehende Folgen zu erwarten sind, also der Bewohner zurückgeholt wird, erklärte das Bezirksgericht Salzburg in seinem Beschluss zu 35 Ha 4/19d, das Zurückhalten und Androhen des Zurückhaltens unter Verwendung eines Desorientiertenfürsorgesystems für unzulässig. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der an einer fortgeschrittenen Demenz leidende Bewohner aufgrund einer ausgeprägten Desorientiertheit innerhalb als auch außerhalb der Einrichtung selbstgefährdet ist. Da der Bewohner wiederholt abgängig war, erhielt dieser ein elektronisches Überwachungssystem, in Form eines Desorientierten-Armbands. Der Funksensor hat den Zweck, dass der Bewohner bei Auslösen des Alarms zu begleiten ist, da dieser den Weg zurück in die Einrichtung, teilweise auch den Weg zurück in sein Zimmer, nicht mehr selbstständig findet. Den Einträgen in der Pflegedokumentation war zu entnehmen, dass der Bewohner entgegen seinem Wunsch wiederholt zurück in die Einrichtung gebracht wurde, ohne dass zuvor Alternativen versucht wurden. Die elektronische Überwachung war demnach als eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren, da das Desorientierten-Armband nicht bloß den Zweck hatte, den Aufenthaltsort des Bewohners feststellen zu können, sondern diesen am Verlassen der Einrichtung zu hindern bzw zurückzuholen. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass ein grundsätzliches Konzept im Umgang mit demenziell erkrankten Bewohnern fehlt. Aufgrund der ausgeprägten „Weglauftendenz“ und der damit einhergehenden Selbstgefährdung des Bewohners, wurde durch das Bezirksgericht abschließend angemerkt, dass der Einsatz eines elektronischen Überwachungssystems, zu dessen Abwehr, insbesondere im Hinblick auf die Gefahren des Straßenverkehrs, grundsätzlich als sinnvoll zu erachten ist.¹⁹⁶

Wesentlich dabei ist, dass die elektronische Überwachung oftmals als eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zu qualifizieren ist, da aus der Pflegedokumentation nicht eindeutig herauszulesen ist, dass der Bewohner bei Alarm nicht am Verlassen der

¹⁹² RS0121228.

¹⁹³ *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004, 596.

¹⁹⁴ Landesgericht Wels 25.07.2007, 21 R 253/07s.

¹⁹⁵ Landesgericht Klagenfurt 20.03.2007, 4 R 88/07v.

¹⁹⁶ Bezirksgericht Salzburg 24.09.2019, 35 Ha 4/19d.

Einrichtung gehindert wurde. Die fehlende oder lückenhafte Dokumentation, dass bei Alarm keine Anordnung zur Zurückholung des Bewohners besteht, ist ausschlaggebend für die Unzulässigkeit der Maßnahme.¹⁹⁷

Ob nun elektronische Überwachungssysteme wie beispielsweise Bewegungssensoren, Sensormatten oder Körperdruckalarmsysteme freiheitsbeschränkende Maßnahmen darstellen oder nicht, hängt von ihrer Anwendung, insbesondere der pflegerischen Intervention und Dokumentation, ab.¹⁹⁸ Wird demnach das Auslösen des Alarms dahingehend genutzt, um den Bewohner am Verlassen des Zimmers oder Areals zu hindern oder diesen wieder gegen seinen Willen zurückzuholen, liegt eine freiheitsbeschränkende Maßnahme iSd HeimAufG vor.¹⁹⁹

Dass einer Freiheitbeschränkung nach § 3 HeimAufG ein aktives Tun immanent ist, spricht der OGH in seiner Entscheidung zu 7 Ob 113/18w aus, welche die Anwendung eines Sensoralarms vor dem Bett der Bewohnerin zum Gegenstand hat. Aufgrund einer demenziellen Erkrankung kann die Bewohnerin ihre Wünsche und Befindlichkeiten nur mehr bedingt verbalisieren. Kognitiv ist sie nicht dazu in der Lage, in medizinische und pflegerische Maßnahmen einzuwilligen oder diese abzulehnen. Des Weiteren ist sie nicht im Stande, ihre Immobilität zu erkennen und nach dieser Erkenntnis zu handeln. Die Bewohnerin ist nicht mehr steh- und gehfähig, sie kann sich allerdings robbend fortbewegen.

Aufgrund einer schweren Verletzung in Folge eines Sturzes erhielt die Bewohnerin ein Niederflurbett mit davorliegender Fallschutzmatte. Der behandelnde Arzt der Bewohnerin ordnete einen Bewegungsmelder an, um ein längeres Sitzen bzw Liegen auf der Sturzmatratze zu verhindern. Begründet wird diese Maßnahme mit ihrer steten Unruhe, zufolge dieser sie dann auch selbständig das Bett verlässt, indem sie aus dem Bett rutscht und auf der Sturzmatratze zu liegen kommt. Ihre Beine hängt sie dabei aus dem Bett und unternimmt Aufstehversuche; dies oft auch mehrmals hintereinander innerhalb kurzer Zeit. Anzumerken ist, dass bei bloßem Herunterrutschen der Decke auf den Bewegungssensor, dieser ausgelöst wird. Die Bewohnerin reagiert mit motorischer Unruhe, da es ihr nicht möglich ist, ihre Bedürfnisse und Wünsche zu artikulieren. Im Hinblick darauf lässt ihre Agitiertheit den Schluss zu, dass sie eine Ortsveränderung möchte.

Das Erstgericht erklärt die Verwendung der elektronischen Maßnahme eines Bewegungssensors in Kombination mit dem zeitweisen Unterlassen einer entsprechenden Mobilisationshilfe - die Bewohnerin wird mehrfach zurück in ihr Bett gelegt - nach Auslösung des Signals für unzulässig. Seiner Ansicht nach ist der Einsatz einer elektronischen Überwachung differenziert zu beurteilen; das Auslösen des Alarms ist neutral. Grundsätzlich stellt die Verwendung eines Bewegungssensors keine freiheitsbeschränkende Maßnahme dar. Ein Bewegungssensor wird erst dann zu einer freiheitsbeschränkenden und meldepflichtigen elektronischen Maßnahme, wenn als Reaktion auf die Auslösung des Signals eine Bewegungsbeschränkung stattfindet. Begründend führte das Erstgericht dazu weiter aus, dass die Bewohnerin körperlich in der Lage ist, eine Ortsveränderung herbeizuführen. Sie hat erkennbar ihren Willen zur Ortsveränderung gezeigt und auch den Alarm ausgelöst, jedoch ist der Bewohnerin nur vereinzelt (und teilweise erst nach einigen Aufstehversuchen) die Möglichkeit einer Ortsveränderung geboten worden. Lediglich vereinzelt sind mit der

¹⁹⁷ Ganner, Freiheitsbeschränkungen durch elektronische Maßnahme, Dokumentationspflicht, iFamZ 2016/1, 28; vgl: Landesgericht Salzburg 13.11.2015, 21 R 357/15v.

¹⁹⁸ Kirchberger, Die Anwendung schonender Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen im Sinne des § 4 Z 3 HeimAufG, ÖZPR 1/2015, S 22.

¹⁹⁹ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 108.

Bewohnerin geführte Gespräche dokumentiert worden, eine Pflegeplanung betreffend die Maßnahmen im Alarmfall wurde nicht angelegt.

Das Rekursgericht vertritt die Rechtsansicht, „dass das Unterbinden der Ortsveränderung nicht notwendig durch ein aktives Tun erfolgen müsse, sondern - bei entsprechender Garantenstellung - auch ein Unterlassen mitumfasse“.²⁰⁰

Nach der Entscheidung des OGH ist jedoch einer Freiheitbeschränkung nach § 3 HeimAufG ein aktives Tun immanent.²⁰¹ „Ein solcher Fall ist aber gegenständlich nicht zu beurteilen, macht doch die Bewohnervertretung eine Freiheitsbeschränkung geltend, die gerade nicht in einem aktiven Eingreifen des Pflegepersonals, sondern in dessen Inaktivität, nämlich im Unterlassen der Mobilisation, bestehen soll.“ (...) „Ein Unterlassen kann dann als Freiheitsbeschränkung angesehen werden, wenn damit nach dem äußeren Erscheinungsbild dieses Verhaltens zumindest auch eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit intendiert ist. Wird das Verlassen des Betts durch die Bewohnerin durch einen Sensoralarm angezeigt, werden deren weitere Bewegungsmöglichkeiten aber nicht eingeschränkt, sondern (nur) ihr nicht zielgerichteter Bewegungsdrang nicht sofort aktiv gefördert und unterstützt, so liegt keine Freiheitsbeschränkung nach § 3 Abs 1 HeimAufG vor.“²⁰²

9 Gelindere Maßnahmen

Die nach § 4 Z 3 HeimAufG genannten „anderen Maßnahmen“ meinen sogenannte gelindere Mittel. Weder das Gesetz noch die Erläuterungen²⁰³ konkretisieren diese schonenderen Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen. Die Erläuterungen sowie die Judikatur verweisen auf das Anwenden zeitgemäßer Pflegestandards. Derartige Standards sind Teil des Betriebes von Pflegeeinrichtungen und nach dem jeweiligen Landesrecht zu klären.²⁰⁴ Hierbei ist anzumerken, dass es nach OGH Rsp bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung keine Rolle spielen darf, ob schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen nicht umzusetzen waren, weil die Bereitstellung bzw Finanzierung von notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen vom Träger der Einrichtung nicht erfolgte. Eine Freiheitsbeschränkung aus dem Grund fehlender Alternativen wegen struktureller, personeller oder finanzieller Defizite ist auf alle Fälle unzulässig.²⁰⁵ Unter Berücksichtigung, dass der Einsatz von gelinderen Mitteln gewissen institutionellen Bedingungen zugrunde liegt, kann die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen gem § 15 Abs 2 HeimAufG an Auflagen gebunden sein, wie etwa die Implementierung eines Pflegekonzeptes²⁰⁶ in der jeweiligen Einrichtung.²⁰⁷

Das Salzburger Pflegegesetz²⁰⁸ verpflichtet die Betreiber von Pflegeeinrichtungen nur soweit, dass sie eine ausreichende Anzahl an fachlich qualifiziertem Personal entsprechend

²⁰⁰ OGH 04.07.2018, 7 Ob 113/18w, m.V.a. Landesgericht Salzburg 09.05.2018, GZ 21 R 91/18f.

²⁰¹ OGH 04.07.2018, 7 Ob 113/18w, m.V.a. ErläutRV 353 BlgNR 22.

GP 9; *Bürger/Herdega* in *Neumayr/Resch/Wallner*, GmundKomm § 3 HeimAufG Rz 4; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 108; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 3 HeimAufG Rz 21; *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I³ 96.

²⁰² OGH 04.07.2018, 7 Ob 113/18w.

²⁰³ ErlRV 601 BlgNR 24. GP 20.

²⁰⁴ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 123.

²⁰⁵ OGH 30.05.1996, 2 Ob 2100/96d.

²⁰⁶ Siehe hierzu: *Dennis*, Dorothea Orem, Selbstpflege- und Selbstpflegedefizit-Theorien (2001).

Roper/Logan/Tierney, Das Roper-Logan-Tierney-Modell, Basierend auf Lebensaktivitäten (LA)² (2009).

²⁰⁷ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 124.

²⁰⁸ Gesetz vom 15. Dezember 1999 zum Schutz von Personen in Pflegeeinrichtungen und zur Änderung des Salzburger Sozialhilfegesetzes, LGBl 2000/52.

der Anzahl ihrer Kunden sowie der Art und dem Ausmaß der an diesen zu erbringenden Pflegeleistungen zur Verfügung zu stellen haben, jedoch ohne nähere Konkretisierungen.

Angesichts der Tatsache, dass bereits 1993 zwischen dem Bund und den Ländern ein Vertrag²⁰⁹ über die Angleichung von Zielen und Grundsätzen in der Pflege geschlossen wurde, ist das Salzburger Pflegegesetz diesbezüglich nach wie vor unzureichend. Obwohl entsprechende Rechnungshofberichte²¹⁰ in den vergangenen Jahren immer wieder auf die Missstände und Probleme in Pflegeeinrichtungen hingewiesen, 2014 eine Enquete²¹¹ im Parlament stattgefunden, und eine Arbeitsgruppe Vorschläge für bundesweite Qualitätskriterien erarbeitet hatte, wurden diese jedoch nie umgesetzt.

Die novellierte Fassung des Pflegefondsgesetzes²¹² von 2017 sieht in § 3a Abs 7 PFG diesbezüglich ein Hinwirken der Länder zu einem Qualitätssicherungssystem bei zumindest 50 Prozent der stationären Einrichtungen bis 2021 vor. Ferner finden sich jedoch auch in besagtem Bundesgesetz keine konkreten Vorgaben für einheitliche Mindeststandards bzw waren einheitliche Regelungen zur Pflegequalität sowie zur Prozess- oder Ergebnisqualität nicht vorgesehen.²¹³

Dementsprechend spricht der Rechnungshof in seinem Bericht zur Pflege in Österreich 2020 wiederum die Empfehlung aus, dass ein einheitliches Verständnis zur Qualität in Pflegeheimen für die wesentlichen Bereiche, wie zum Beispiel Fachpflege, Lebensqualität, ärztliche oder soziale Betreuung, erarbeitet werden und dafür eine fachliche Detaillierung in Form von Pflegestandards sowie Indikatoren zur Messung der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität sowie Kontrollaspekte, wie zum Beispiel Art und Häufigkeit der Überprüfung und Transparenz der Ergebnisse, festzulegen seien.²¹⁴

Das Land Salzburg führte dazu aus, dass eine „fachliche Detaillierung“ in Form von „Pflegestandards“ in vielen Bereichen dem Prinzip einer individuellen und angemessenen Gesundheits- und Krankenpflege widersprechen. „Pflegestandards“ würden insbesondere in der Langzeitpflege aufgrund der multiplen Aufgabenstellungen und unterschiedlichsten Pflegebedarfe einer individuellen Lebensqualität entgegenstehen. Nach Ansicht des Rechnungshofes würde das Fehlen von Pflegestandards eine individuell optimierte Pflegesituation nicht garantieren, insbesondere müsse zur Sicherung der Pflegequalität eine Planung, beispielsweise von Personal und Kosten, ausgehend von bestimmten Vorgaben erfolgen.²¹⁵

Kein Bundesland leitet die Personalvorgaben analytisch nachvollziehbar aus dem Pflegebedarf und einer vordefinierten Qualität ab. Dies hat zur Folge, dass bei veränderten Rahmenbedingungen keine regelmäßigen Aktualisierungen der Personalschlüssel erfolgen.

²⁰⁹ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art.15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen samt Anlagen, BGBl 1993/866.

²¹⁰ Siehe hierzu auch den Bericht der Volksanwaltschaft:

<https://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/elqga/PB40präventiv.pdf> (aufgerufen am 12.05.2020) 29ff.

²¹¹ https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2014/PK0818/index.shtml (aufgerufen am 12.05.2020).

²¹² Bundesgesetz, mit dem ein Pflegefonds eingerichtet und ein Zweckzuschuss an die Länder zur Sicherung und zum bedarfsgerechten Aus- und Aufbau des Betreuungs- und Pflegedienstleistungsangebotes in der Langzeitpflege für die Jahre 2011 bis 2021 gewährt wird, BGBl I 2011/57.

²¹³ https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.682_Pflege_Oesterreich.pdf (aufgerufen am 27.05.2020) 98.

²¹⁴ https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.682_Pflege_Oesterreich.pdf (aufgerufen am 27.05.2020) 99.

²¹⁵ https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.682_Pflege_Oesterreich.pdf (aufgerufen am 27.05.2020) 100.

In Hinblick auf die steigende Zahl pflegebedürftiger Personen, die Veränderung hinsichtlich der Bewohnerstruktur, wie das vermehrte Auftreten demenzieller Erkrankungen oder Multimorbidität, ist dies äußerst kritisch zu betrachten.²¹⁶

Der Nichteinsatz schonenderer Betreuungsmaßnahmen aufgrund mangelnder Personalressourcen ist Bestandteil der Entscheidung des Landesgerichtes Salzburg zu 21 R 68/19z. Das Rekursgericht hält zu diesem in der Praxis häufig vorkommenden Themenbereich fest, dass unbestritten ein Einsperren des Bewohners in sein Zimmer dadurch mitverursacht wurde, dass die für den Nachtdienst zuständige Pflegeperson wegen der Betreuung der übrigen Personen keinen anderen Ausweg mehr sah. Die Grundrechtsgewährung darf aber nicht an mangelhaften sachlichen und personellen Aufwendungen der Heimträger scheitern. Es ist im konkreten Einzelfall nicht zu fragen, was verfügbar ist, sondern was verfügbar sein sollte, wobei sich die Heimträger dabei an zeitgemäßen (inter)nationalen Standards, der entsprechend notwendigen Personalausstattung und einem hinreichenden ökonomischen Einsatz zu orientieren haben. Das Einsperren des Bewohners in sein Zimmer - unabhängig von der Tageszeit - ist grundsätzlich als Freiheitsbeschränkung zu qualifizieren.²¹⁷

§ 4 Z 3 HeimAufG normiert, dass eine freiheitsbeschränkende Maßnahme nur dann zulässig ist, wenn keine anderen schonenderen Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen (die nicht in die Freiheitsrechte des Bewohners eingreifen) angewendet werden können.²¹⁸ Nach *Strickmann* stellt die Z 3 leg cit durch die explizite Nennung der schonenderen Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen nicht mehr als einen gewissen „Mehrwert“ gegenüber der Z 2 leg cit dar. Ihrer Meinung nach wird in Z 3 leg cit die Voraussetzung der Unerlässlichkeit iSe unbedingten Erforderlichkeit zur Abwendung einer Gefahr nach Z 2 nur wiedergegeben.²¹⁹ Aufgrund des Verweises auf schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen nach Z 3 leg cit, lässt sich eine Verantwortung des Heimträgers ableiten, personelle und sachliche Ressourcen bereitzustellen. Nur durch einen angemessenen Personalstand, der sich durch die Pflegestufen und den damit verbundenen Pflege- und Betreuungsaufwand kalkulieren lässt, können gelindere Alternativen zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ermöglicht werden.²²⁰ *Zierl* spricht in diesem Zusammenhang von der sog Subsidiaritätsklausel. Eine Freiheitsbeschränkung nach § 4 Z 3 HeimAufG soll nur in Betracht kommen, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden. Die Möglichkeiten, um gelindere Alternativen zu finden, können verschiedener Natur sein und müssen nach *Zierl* nicht unbedingt auf betreuende oder pflegerische Maßnahmen beschränkt werden, wobei er dazu keine näheren Ausführungen trifft.²²¹ Aus dem Gesetz und der Literatur lässt sich insgesamt erschließen, dass mit schonenderen Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen alle alternativen Handlungen des Pflegepersonals gemeint sind, die sich dazu eignen, Freiheitsbeschränkungen am Bewohner zu verhindern. In der Praxis zeigt sich jedoch häufig, dass die Anwendung gelinderer Maßnahmen sehr individuell von dem jeweiligen Bewohner abhängig ist. Insbesondere spielt die Sturzprävention eine bedeutende Rolle bei der Vermeidung freiheitsbeschränkender Maßnahmen. Vor allem in Einrichtungen der Langzeitpflege werden Freiheitsbeschränkungen nicht zuletzt deshalb angewendet, um Stürze und ein

²¹⁶ https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.682_Pflege_Oesterreich.pdf (aufgerufen am 27.05.2020) 121.

²¹⁷ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, m.V.a. *Herdega/Buerger* aao RZ 73; siehe zur „Pflichtenkollision“ aufgrund Ressourcenbegrenzung im Gesundheits- und Pflegebereich, Kapitel 11.3.

²¹⁸ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 113.

²¹⁹ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 145.

²²⁰ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 145-146.

²²¹ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001) 123.

damit verbundenes Verletzungsrisiko des Bewohners zu vermeiden. Dass diese Einstellung in den meisten Fällen der falsche Weg ist, zeigt sich darin, dass sich immer wieder Bewohner bei dem Versuch, die (im Zuge einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme verwendeten) Barrieren zu überwinden, verletzen.²²² Das Risiko zu stürzen fällt in den Bereich des allgemeinen Lebensrisikos, ein erhöhtes Sturzrisiko des Bewohners kann eine freiheitsbeschränkende Maßnahme nicht begründen. Zugunsten der Freiheit ist das Risiko einer sturzbedingten Verletzung in Kauf zu nehmen. Alleine aufgrund des Umstandes, dass der Bewohner in einer Pflegeeinrichtung stürzt, kann nicht auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Pflegepersonals geschlossen werden.²²³

9.1 Ein Beispiel für pflegerische/betreuerische Maßnahmen als gelindere Mittel bzw zur Gefahrenabwehr

Ein Bewohner, welcher an Parkinson und Osteoporose leidet, ist mehrmals aus dem Bett gefallen. Er wird vom Pflegepersonal dazu angehalten, beim Aufstehen in der Nacht die Rufglocke zu betätigen. Der Bewohner kennt die Funktion der Glocke und kann diese bedienen, jedoch nimmt er diese Möglichkeit nur fallweise in Anspruch. Die meiste Zeit steht er alleine auf und stürzt dabei regelmäßig.²²⁴ Eine freiheitsbeschränkende Maßnahme in Form von Seitenteilen am Bett würde hierbei ein hohes Verletzungsrisiko mit sich bringen, da der Bewohner bei dem Versuch aufzustehen, mit den Beinen an den Seitenteilen hängen bleiben könnte. Der Bewohner möchte sich offensichtlich seine Selbstständigkeit bewahren und verzichtet bewusst auf die Hilfe des Pflegepersonals. Dieser Sachverhalt gestaltet sich dahingehend schwierig, als die Anschaffung eines Niederflurbettes dazu führen kann, dass sich der Bewohner nicht mehr selbstständig erheben kann. Das als gelindere Maßnahme gedachte Niederflurbett würde nämlich dann in diesem konkreten Fall eine mechanische Freiheitsbeschränkung darstellen.²²⁵ Die Verwendung einer dünnen Sturzmatte, auf welcher der Bewohner gehen kann, scheint am geeignetsten. Das Tragen von Socken mit rutschsicherer Profilsohle und das Anbringen von rutschfesten Klebestreifen (vor allem auf dem Weg zur Toilette) kann das Sturzrisiko minimieren, zudem können Hüftprotektoren vor Frakturen schützen.²²⁶ Eine strategisch günstige Beleuchtung im Zimmer des Bewohners kann für zusätzliche Sicherheit sorgen. Zu denken ist dabei an eine Beleuchtung über dem Kopfende des Bettes, ein Nachtlicht oder einen Bewegungsmelder im Zimmer sowie in der Toilette.²²⁷ Schlussendlich ist die medizinische diagnostische Abklärung des Bewohners vor allem bezüglich seiner Parkinsonerkrankung ein wichtiger Faktor in der Sturzprävention. Die Überprüfung der Notwendigkeit einer Adaption der Medikamente des Bewohners steht dabei im Mittelpunkt.²²⁸

Aufgrund der sorgfältigen Abwägung sämtlicher Umstände ist demzufolge zu entscheiden, welches gelindere Mittel im jeweiligen Einzelfall anzuwenden ist. Analog dazu stellt sich die Frage nach gelinderen Maßnahmen auch, wenn eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zwar nicht durch gelindere Mittel substituiert, aber eine weniger invasive Form gewählt

²²² *Kirchberger*, Die Anwendung schonender Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen im Sinne des § 4 Z 3 HeimAufG, ÖZPR 1/2015 20.

²²³ *Klein*, Das Recht auf freien Fall, MDK-Forum 1/2009, 18-19, m.V.a. BGH 28.04.2005, III ZR 399/04; BGH 14.07.2005, III ZR 391/04.

²²⁴ vgl: *Tideiksaar*, Stürze und Sturzprävention, Assessment-Prävention-Management, (2000) 188.

²²⁵ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 146-147. OGH 28.03.2007, 7 Ob 19/07f.

²²⁶ *Tideiksaar*, Stürze und Sturzprävention, Assessment-Prävention-Management, (2000) 88-89.

²²⁷ *Tideiksaar*, Stürze und Sturzprävention, Assessment-Prävention-Management, (2000) 109.

²²⁸ *Tideiksaar*, Stürze und Sturzprävention, Assessment-Prävention-Management, (2000) 196.

werden kann. Es ist also stets auch zu überprüfen, welche von mehreren zur Verfügung stehenden freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, die am wenigsten eingriffsintensive ist.

Das Bezirksgericht Bad Ischl wies den Antrag der Bewohnervertretung, die Verwendung eines Seitenteiles beim Bett als freiheitsbeschränkende Maßnahme für unzulässig zu erklären, mit der Begründung ab, dass im konkreten Fall *derzeit* keine gelinderen Mittel zur Verfügung stehen, um die postoperative ärztlich vorgeschriebene Immobilisierung der an Demenz leidenden Bewohnerin zu gewährleisten, zumal es durch die Belastung des operierten Beines zu einer lebensbedrohlichen Situation kommen könne. Mit dem Hinweis, dass in Zukunft aber der Einsatz weniger invasiver Maßnahmen in Betracht zu ziehen sei, verweist das Gericht auf den Grundsatz, dass innerhalb (mehrerer) freiheitsbeschränkender Maßnahmen die am wenigsten eingriffsintensive zu wählen ist.²²⁹ Diesem Grundsatz folgend entschied das Landesgericht Salzburg als Rekursgericht, dass das Verbringen des Bewohners in sein Zimmer - zwar eine freiheitsbeschränkende, aber - eine weniger invasive Maßnahme zur Gefahrenabwehr als die Verabreichung einer Medikation darstellt.²³⁰

10 Vertretung des Bewohners

10.1 Der Bewohnervertreter

Gemäß § 8 Abs 2 HeimAufG ist der örtlich zuständige Verein laut § 1 Erwachsenenschutzvereinsgesetz (in der Folge ErwSchVG) ex lege Vertreter des Bewohners, sobald eine Freiheitsbeschränkung vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird.²³¹ Das heißt, dass der Heimbewohner die Vertretungsbefugnis durch den örtlich zuständigen Verein laut ErwSchVG nicht ausschließen kann, auch wenn zur Wahrung der Rechte des Bewohners bereits ein Vertreter iSd § 8 Abs 2 HeimAufG²³² bestellt wurde. Die gesetzliche Befugnis des Bewohnervertreters ist außerdem unabhängig von der Bestellung eines Rechtsanwalts oder Notars. Sie kann ebenso wenig durch eine Verfügung des Bewohners beendet werden.²³³ Diese Regelung soll den Rechtsschutz des Bewohners durch den Bewohnervertreter in allen Fällen gewährleisten. „Ein Nachteil für den Bewohner durch untätig bleiben eines bestellten Vertreters soll dadurch vermieden werden“. ²³⁴ Eine demonstrative Aufzählung der Rechte und Pflichten des Bewohnervertreters findet sich in § 9 Abs 1 HeimAufG. Der Bewohnervertreter ist demnach berechtigt, unangemeldet die Einrichtung zu besuchen, Einsicht in die Pflegedokumentation zu nehmen und Bedienstete der Einrichtung zu befragen.²³⁵ In den Erläuterungen der Regierungsvorlage²³⁶ zur novellierten Fassung des HeimAufG wird ausdrücklich festgehalten, dass ein Zugangsrecht des Bewohnervertreters ausnahmslos für alle Einrichtungen (iSd § 2 HeimAufG) besteht, unabhängig davon, ob eine Einrichtung eine freiheitsbeschränkende Maßnahme gemeldet hat. Somit kann der Bewohnervertreter den Rechtsschutzinteressen der Bewohner ohne Einschränkung nachkommen. Nach Abs 2 *leg cit* muss der Einrichtungsleiter den Bewohnern alle wesentlichen Informationen bezüglich des Bewohnervertreters zukommen

²²⁹ Bezirksgericht Bad Ischl 03.06.2019, 1 Ha 2/19h.

²³⁰ Landesgericht Salzburg als Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z, S 17.

²³¹ ErlRV 1461 BlgNR 59. GP 25: „Der Titel des geltenden Bundesgesetzes über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (Vereinsfachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz - VSPBG) soll durch den Titel „Bundesgesetz über Erwachsenenschutzvereine (Erwachsenenschutzvereinsgesetz - ErwSchVG)“ ersetzt werden.“

²³² ErlRV 601 BlgNR 24. GP 22.

²³³ Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 185.

²³⁴ Ausschussbericht NR: AB 378 BlgNR 22. GP 2.

²³⁵ Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 187.

²³⁶ ErlRV 601 BlgNR 24. GP 6.

lassen und ein ungestörtes Gespräch zwischen den Beteiligten ermöglichen. Nach Abs 3 leg cit kann sich der Bewohnervertreter an die zuständige Behörde richten, in deren Verantwortung die Kontrolle der Einrichtung liegt.²³⁷ Gem § 10 Abs 1 HeimAufG hat der Bewohnervertreter den Bewohner über die Vertretung zu informieren und ihn insbesondere über die gerichtliche Überprüfung der betreffenden freiheitsbeschränkenden Maßnahme in Kenntnis zu setzen.²³⁸ Der Inhalt des Abs 2 leg cit umfasst eine Schweigepflicht des Bewohnervertreters, deren Verletzung den Tatbestand des § 121 StGB erfüllt. Diese Schweigepflicht gilt ua nicht gegenüber dem Gericht, dem örtlich zuständigen Verein oder der Heimaufsicht.²³⁹

Schließlich kann der Bewohnervertreter die Interessen des Bewohners vor Ort nicht zwangsweise durchzusetzen, jedoch hat er die Möglichkeit, einen Antrag auf gerichtliche Überprüfung zu stellen.²⁴⁰

10.2 Auskunftspflicht

Nach § 7 Abs 2 HeimAufG hat der Leiter der Einrichtung bei Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme unverzüglich den Bewohnervertreter und die Vertrauensperson des Bewohners zu informieren. Die Verständigung der Bewohnervertretung wird im HeimAufG ausdrücklich unter dem Abschnitt „Voraussetzung einer Freiheitsbeschränkung“²⁴¹ angeführt und beruht auf einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht des Bewohners.²⁴² Demnach stellt das Unterlassen der Verständigung der Bewohnervertretung über die Vornahme einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme nicht bloß einen Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift dar. Auch wenn die materiellen Voraussetzungen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme gegeben wären, ist diese Maßnahme wegen Unterlassung der Verständigung nach Abs 2 leg cit unzulässig. Die Verständigung des Bewohnervertreters soll gerade eine Überprüfung der materiellen Voraussetzungen einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme ermöglichen.²⁴³

10.3 Einsichtsrecht der Bewohnervertreter in die Pflegedokumentation

Die Befugnisse des Bewohnervertreters berechtigen diesen, unangemeldet die Einrichtung zu besuchen, sich vom Bewohner einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, die Bediensteten sowie die Interessenvertreter der Bewohner der Einrichtung zu befragen und in dem zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die medizinischen Unterlagen, in die Pflegedokumentation sowie andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen.²⁴⁴ Der Umfang dieser Befugnisse ist nach *Barth/Engel* jedenfalls insoweit beschränkt, dass nur jene Aufzeichnungen über den Bewohner vom Einsichtsrecht umfasst sind, welche einen Bezug zu einer Freiheitsbeschränkung bzw zu einer Freiheitseinschränkung aufweisen.²⁴⁵

²³⁷ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 187-189.

²³⁸ *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht, Ein Leitfadens für die Praxis in zwei Bänden (2001) 192.

²³⁹ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 108-109 Rz 237-238.

²⁴⁰ *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht (2011) 106 Rz 237.

²⁴¹ OGH 13.09.2006, 7 Ob 186/06p.

²⁴² *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Grundrechte II/2. Art 4, 5 PersFrG, Rz 50. Siehe hierzu: Verständigung ohne unnötigen Aufschub.

²⁴³ OGH 13.09.2006, 7 Ob 186/06p.

²⁴⁴ § 9 Abs 1 HeimAufG.

²⁴⁵ *Barth/Engel in Zierl/Schweighofer*, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017, 51.

Der zur Wahrung der Aufgaben des Bewohnervertreeters erforderliche Umfang nach § 9 Abs 1 HeimAufG des Einsichtsrechts umfasst insbesondere die Art der Freiheitsbeschränkung, die Erfüllung der materiellen und formellen Voraussetzungen, den Einsatz gelinderer Mittel, bzw im Falle einer freiheitseinschränkenden Maßnahme das Vorliegen einer, nach § 3 Abs 2 letzter Satz HeimAufG, höchstpersönlich erteilten, gültigen Zustimmung des entscheidungsfähigen Bewohners zur Unterbindung seiner Ortsveränderung.²⁴⁶ Das Besuchs- und Einsichtsrecht hat nach *Heuberger* nur bei einem entsprechend begründeten Verdacht auf das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung zu erfolgen.²⁴⁷ Bei Fehlen konkreter Verdachtsmomente wäre demnach eine unbegründete Durchsicht der bewohnerbezogenen Dokumente bzw Aufzeichnungen unzulässig. Dem Gesetzestext des HeimAufG ist zudem kein generelles Einsichtsrecht in die Dokumentation aller Bewohner zu entnehmen.²⁴⁸

Vielmehr geht insbesondere aus § 9 Abs 1 leg cit erster Satz hervor, dass die in Rede stehenden freiheitsbeschränkenden Maßnahmen sich auf einen konkreten Bewohner bezieht. Für *Zierl/Schweighofer* besteht ferner „(...) für eine über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinausgehende Interpretation zugunsten eines Grundrechtseingriffs, der noch dazu ohne Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen würde (...) kein Anlass.“²⁴⁹

11 Haftung und Rückersatz

11.1 § 24 HeimAufG: Haftung und Rückersatz

Vorweg ist festzuhalten, dass die nachfolgenden Ausführungen zur Amtshaftung die herrschende Lehre abbilden, rezente Judikatur ist nicht vorhanden. Eine informelle Anfrage beim Landesgericht Salzburg ergab, dass in den letzten Jahren keine auf das HeimAufG gestützte Amtshaftungsklagen anhängig waren, auch die RIS-Judikaturabfrage brachte keine Ergebnisse.

Gemäß § 24 Abs 1 HeimAufG haftet der Bund nach Maßgabe des Amtshaftungsgesetzes²⁵⁰ (in der Folge AHG) 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. Nach Abs 2 leg cit haftet der Träger der Einrichtung dem Bund für die nach Abs 1 leg cit erbrachten Leistungen, sofern der Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Schaden auf ein Organisationsverschulden zurückzuführen ist. Der Träger der Einrichtung kann gemäß Abs 3 leg cit vom Bediensteten oder Beauftragten für die nach Abs 2 leg cit erbrachten Leistungen Rückersatz begehren, sofern dieser den Schaden

²⁴⁶ *Zierl/Schweighofer*, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017, 51.

²⁴⁷ *Heuberger*, Kritische Anmerkungen zur Heimaufenthaltsnovelle 2010, ÖZPR 1/2010, 23.

²⁴⁸ *Schwamberger in Zierl/Schweighofer*, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017, 51.

²⁴⁹ *Zierl/Schweighofer*, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017, 51.

²⁵⁰ AHG, StF: BGBl 1949/20.

vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Auf diesen Anspruch und seine Geltendmachung sind die Bestimmungen des AHG über den Rückersatz anzuwenden.²⁵¹

Der Bund haftet demnach für Schäden am Vermögen oder an der Person, wenn diese in Vollziehung des HeimAufG zugefügt wurden. Bei entstandenen Schäden außerhalb der hoheitlichen Vollziehung des HeimAufG kommt die Amtshaftung gemäß § 24 leg cit nicht zum Tragen. Hoheitlich tätig werden in erster Linie Personen, die zur Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme gemäß § 5 Abs 1 HeimAufG befugt sind.²⁵²

Im Rahmen der Amtshaftung werden allerdings auch jene Bediensteten einer Einrichtung erfasst, die zur Anordnung einer Zwangsmaßnahme nicht befugt sind, jedoch solche Befugnisse tatsächlich ausüben. Wird hingegen von einer einrichtungsfremden Person ein Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit vorgenommen, haftet weder der Bund noch der Träger der Einrichtung.²⁵³

Der Bund haftet gemäß § 24 Abs 1 HeimAufG für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den ein Organ in hoheitlicher Vollziehung des HeimAufG durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügt hat. Die Haftung des Bundes besteht bei jeder Form des Verschuldens des handelnden Organs (Vorsatz, grobe und leichte Fahrlässigkeit).²⁵⁴

Im Falle der Vornahme einer rechtswidrigen Freiheitsbeschränkung des Bewohners/Patienten haftet der Bund darüber hinaus sogar dann, wenn das Organ nicht schuldhaft gehandelt hat. In diesem Umfang ist nämlich § 24 Abs 1 HeimAufG im Hinblick auf Art 5 Abs 5 EMRK und Art 7 PersFrG verfassungskonform im Sinne einer verschuldensunabhängigen Haftung auszulegen.²⁵⁵

Die Verpflichtung der Einrichtungsträger zu Ersatzleistungen an den Bund gemäß § 24 Abs 2 HeimAufG ist auf vorsätzliche oder grob fahrlässige Verursachung eines Schadens beschränkt. Ein Verschulden aufgrund leichter Fahrlässigkeit ist demnach nicht von Abs 2 leg cit mitumfasst. Anzumerken ist, dass das Verschulden des Einrichtungsträgers jedoch nicht gleichzusetzen ist mit dem seiner Bediensteten. Ein Schaden kann auch auf ein Organisationsverschulden zurückzuführen sein. *Zierl* führt dabei unter anderem, das Verabsäumen des Trägers seinen Bediensteten Schulungen im HeimAufG zu ermöglichen bzw die rechtswidrige Betrauung einer Person, welche die fachlichen Voraussetzungen im Sinne des § 5 Abs 1 HeimAufG nicht erfüllt, beispielhaft an.²⁵⁶

Der Träger der Einrichtung, nicht jedoch der Bund, kann gemäß Abs 3 leg cit vom Bediensteten Rückersatz begehren, sofern dieser den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat. Auf diesen Anspruch und seine Geltendmachung sind die Bestimmungen des AHG über den Rückersatz und seine Geltendmachung anzuwenden.²⁵⁷

Im Übrigen besteht ein Amtshaftungsanspruch ebenso bei formalen Fehlern, auch wenn die

²⁵¹ § 24 Abs 1 HeimAufG; vgl: 378 BlgNR 22. GP2.

²⁵² *Zierl*, Haftung und Rückersatz gemäß § 24 HeimAufG, EF-Z 4/2012, 191; vgl dazu Kapitel 2 Freiheitsbeschränkung als hoheitlicher Akt.

²⁵³ *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 24 HeimAufG, RZ 6 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

²⁵⁴ *Zierl*, Haftung und Rückersatz gemäß HeimAufG, ÖZPR 1/2012, 26.

²⁵⁵ vgl: *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 224f.

²⁵⁶ *Zierl*, Haftung und Rückersatz gemäß HeimAufG, ÖZPR 1/2012, 26; ErlRV 1461 BlgNR 59. GP 25.

²⁵⁷ 378 BlgNR 22. GP2.

materiellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung gegeben sind, also etwa bei Verletzung von Dokumentations- und Verständigungspflichten.²⁵⁸

11.2 Allgemeine zivilrechtliche Haftung

Für Schäden am Bewohner oder einem Dritten können zivilrechtliche Haftungsansprüche geltend gemacht werden, wenn der Schaden außerhalb der hoheitlichen Vollziehung des HeimAufG zugefügt wurde. Eine Amtshaftung gemäß § 24 HeimAufG kommt hier nicht zum Tragen.²⁵⁹

Der Bewohnervertreter und der für die Namhaftmachung von Bewohnervertretern nach der Lage der Einrichtung örtlich zuständige Verein im Sinne des § 8 HeimAufG werden aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses tätig. Die Tätigkeit des Bewohnervertreters ist dem Verein zuzurechnen, der für den Bewohnervertreter nach § 1313a ABGB einzustehen hat. Wird der Verein aufgrund des Verhaltens des Bewohnervertreters in Anspruch genommen, gelten für den Regress die Regeln des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes (DHG).²⁶⁰

11.3 Strafrechtliche Haftung

Die Gebietskörperschaften sind vom Anwendungsbereich des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (in der Folge VbVG), nach welchem Verbände für Straftaten verantwortlich sind und sanktioniert werden können, nicht umfasst, da diese keine Verbände im Sinne des VbVG sind.²⁶¹

Im Übrigen ist ein Verband für eine Straftat eines Mitarbeiters, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, nach § 3 Abs 3 Z 1 VbVG nur bei Vorliegen des deliktsspezifischen Vorsatzes (beispielsweise absichtlich schwere Körperverletzung) bei zumindest einem der handelnden Mitarbeiter verantwortlich, soweit die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt, zur Verhinderung solcher Taten, außer Acht gelassen haben. Praktisch wird daher im Regelfall weder für die Träger von Einrichtungen noch für den Verein eine Verantwortlichkeit nach VbVG in Frage kommen.²⁶²

Das HeimAufG bildet die Rechtsgrundlage zur Vornahme freiheitsbeschränkender Maßnahmen, weshalb diese nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur von bestimmten Personen vorgenommen werden dürfen. Dass freiheitsbeschränkende Maßnahmen jenseits der gesetzlichen Voraussetzungen in Einzelfällen zum Schutz der Bewohner notwendig sein können, behandelt *Birkbauer* anhand des folgenden Beispiels. Dabei spielt das Thema der Ressourcenbegrenzung im Gesundheits- und Pflegebereich eine nicht unwesentliche Rolle. Wenn eine Pflegeperson alleine Nachtdienst versieht und

²⁵⁸ *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 226f.

²⁵⁹ *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 24 HeimAufG, RZ 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

²⁶⁰ *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 24 HeimAufG, RZ 16 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

²⁶¹ § 1 Abs 3 Z 2 VbVG.

²⁶² *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 24 HeimAufG, RZ 18 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

gleichzeitig mehrere Bewohner die Rufglocke betätigen, und die Pflegeperson in einer solchen Situation das Zimmer eines dementen, nachtaktiven Bewohners versperrt, um den anderen Bewohnern helfen zu können, verwirklicht die Pflegeperson (vorsätzlich) das Delikt der Freiheitsentziehung gemäß § 99 StGB, weil sie es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, durch ihre Handlung die Fortbewegungsfreiheit des Heimbewohners entgegen den Voraussetzungen des HeimAufG einzuschränken. Liegt die Intention der Maßnahme jedoch in der Erfüllung der Pflicht gegenüber den anderen Heimbewohnern, lässt diese "Pflichtenkollision" letztlich das Unrecht ihres Verhaltens entfallen. Gegenständlich kann der rechtfertigende Notstand angeführt werden, nach welchem keine Rechtswidrigkeit eines Verhaltens vorliegt, wenn dadurch ein unmittelbar drohender bedeutender Nachteil für ein eigenes Rechtsgut oder das Rechtsgut eines anderen abgewendet werden soll und die Rettung des einen Rechtsguts letztlich nur durch die Opferung eines anderen Rechtsguts möglich ist. Darüber hinaus muss das gerettete Rechtsgut höherwertig sein als das geopfert (hier Leben über Freiheit). Der Grundsatz, dass das Strafrecht niemanden zu mehr verpflichten kann, als er in der konkreten Situation tatsächlich zu leisten vermag, kommt nach *Birkbauer* gerade im Bereich des HeimAufG zum Ausdruck.²⁶³

²⁶³ *Birkbauer*, Eingeschränkte Strafbarkeit bei Kompetenzüberschreitung zum Wohl des Patienten, ÖZPR 2/2016, S 62.

QUELLENVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis

Beiträge in Fachzeitschriften

Birklbauer, Eingeschränkte Strafbarkeit bei Kompetenzüberschreitung zum Wohl des Patienten, ÖZPR 2/2016.

Bürger, So viel Freiheit wie möglich.... Freiheitsbeschränkungen bei demenziell erkrankten Menschen, ProCare 8/2015.

Ganner, Lange Freiheitsbeschränkung durch verschlossene Stationstür, gelindere Mittel, iFamZ 3/2015.

Ganner, Freiheitsbeschränkungen durch elektronische Maßnahme, Dokumentationspflicht, iFamZ 2016/1.

Ganner, Die neue Kontrolle von Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, Schutz der persönlichen Freiheit von Minderjährigen, iFamZ 3/2017.

Gschaider/Hufnagl, Die Novelle des Heimaufenthaltsgesetzes aus der Sicht der Bewohnervertretung, ÖZPR 5/2010.

Heuberger, Kritische Anmerkungen zur Heimaufenthaltsnovelle 2010, ÖZPR 1/2010.

Hoch/Rastegar, Fristenlauf bei schriftlicher Zulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung, EvBI 7/2019,

Kirchberger, Die Anwendung schonender Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen im Sinne des § 4 Z 3 HeimAufG, ÖZPR 1/2015.

Klaushofer, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 1229/2004.

Klein, Das Recht auf freien Fall, MDK-Forum 1/2009.

Kletter, Lehrpraktikanten und Vertragsärzte, SozSi 2/2011.

Kopetzi, Zum Kompetenzumfang der Turnusärzte in Lehrpraxen, Sonderheft Gmundner Medizinrechtskongress 2013, RdM 5a/2013.

Mayer, Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen iS des HeimAufG durch Turnusärzte?, ÖJZ 10/2019.

Strickmann, Geltungsbereich des HeimAufG in Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Sonderschule und Hort), iFamZ 4/2019.

Strickmann, Neuerungen im Heimaufenthaltsgesetz, Reform der Anordnungsbefugnis - Stärkung der Bewohnervertretung - Neuerungen im Überprüfungsverfahren, iFamZ 5/2010, 276.

Schwamberger in Zierl/Schweighofer, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017.

Zierl, Die neue Anordnungsbefugnis des diplomierten Pflegepersonals gemäß § 5 HeimAufG, ÖZPR 2/2010.

Zierl, Kann eine diplomierte Pflegeperson die Betrauung mit der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG ablehnen?, ÖZPR 2/2018.

Zierl, Ist die an einer völlig hilflosen Bewohnerin vorgenommene freiheitsbeschränkende Maßnahme durch Schließen des Seitengitters an der „Bewegungsfläche“ des Pflegebettes gemäß HeimAufG zulässig?, ÖZPR 2/2019.

Zierl/Schweighofer, Zum Einsichtsrecht der Bewohnervertretung in die Pflegedokumentation gemäß HeimAufG, ÖZPR 2/2017.

Zierl, Haftung und Rückersatz gemäß HeimAufG, ÖZPR 1/2012.

Zierl, Ist die Pflegedienstleitung schon aufgrund ihrer Funktion befugt, eine Freiheitseinschränkung gemäß HeimAufG anzuordnen?, ÖZPR 5/2012.

Zierl, Haftung und Rückersatz gemäß § 24 HeimAufG, EF-Z 4/2012.

Zierl, Erinnern an die Medikamenteneinnahme, HeimAufG-Anwendung, Begriff "Freiheitsbeschränkung" und andere wichtige Themen, ÖZPR 5/2019.

Zierl, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, CuRe 60/2020.

Beiträge in Sammelwerke

Ganner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap. IV.4 (Stand 1.3.2020, rdb.at).

Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG II § 24 HeimAufG, RZ 15 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Kopetzki in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Grundrechte II/2. Art 1 PersFrG, Rz 51.

Schuhmacher/Becker/Koczy/Viol/Klie, Beispiele für eine gute Praxis bei der Vermeidung von körpernahen Fixierungen in Einrichtungen der stationären Altenpflege, Best-Practice-Bericht zum Projekt ReduFix Praxis, (2010).

Selbstständige Werke

Dennis, Dorothea Orem, Selbstpflege- und Selbstpflegedefizit-Theorien (2001).

Ganner/Maurer/Mayr/Rainer, Österreichischer Heimratgeber, Rechte & Pflichten, Vorsorge & Absicherung (2004).

Kopetzki, Unterbringungsrecht I (1995).

Öhlinger, Verfassungsrecht¹¹ (2016).

Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch²⁵⁹ (2002).

Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht (2011).

Roper/Logan/Tierney, Das Roper-Logan-Tierney-Modell, Basierend auf Lebensaktivitäten (LA)² (2009).

Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012).

Schwamberger, Patienten- und Klientenschutz im Gesundheits- und Heimbereich, (2004).

Tideiksaar, Stürze und Sturzprävention, Assessment-Prävention-Management, (2000).

Zierl, Sachwalterrecht, Kurzkomentar (2007).

Zierl/Wall/Zeinhofer, Heimrecht¹, Ein Leitfaden für die Praxis in zwei Bänden (2001).

Zierl, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, CuRe 60/2020.

Onlineverzeichnis

http://www.bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/CMS1128332460003/icd-10_bmg_2014_-_systematisches_verzeichnis.pdf (aufgerufen am 27.03.2017)

<https://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/elqga/PB40präventiv.pdf> (aufgerufen am 12.05.2020)

<http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/b5cgi/Parlamentsbericht%202014%20Band%20II.pdf> (aufgerufen am 27.05.2020)

https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/004.682_Pflege_Oesterreich.pdf (aufgerufen am 27.05.2020)

Gesetzesmaterialien

ErlRV 601 BlgNR 24. GP.

ErlRV 353 BlgNR 22. GP.

ErlRV 1461 BlgNR 59. GP.

ErlRV 1194 BlgNR 25. GP.

Ausschussbericht NR: AB 378 BlgNR 22. GP.

Ministerialentwurf - Erläuterungen 2. Erwachsenenschutz-Gesetz 222/ME XXV GP 4.

Bundesverfassungsgesetze

Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit. BGBl 1988/684.

Bundesgesetze

Bundesgesetz vom 1.3.1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten. BGBl 1990/155.

Bundesgesetz über Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, BGBl 1997/108.

Bundesgesetz, mit dem das Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Berufsreifepfungsgesetz und das Ärztegesetz 1998 geändert werden (GuKG-Novelle 2016), BGBl I 2016/75.

Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen. BGBl I 2004/11.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, JGS 1811/946.

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen, BGBl 1974/60.

Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden, BGBl I 2010/18.

Bundesgesetz über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern, BGBl 1990/156.

Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, BGBl I 1998/169.

Bundesgesetz, mit dem das Ärztegesetz 1998 geändert wird (12. Ärztegesetz-Novelle), ÄrzteG, BGBl 62/2009.

Landesgesetze

Gesetz vom 15. Dezember 1999 zum Schutz von Personen in Pflegeeinrichtungen (Salzburger Pflegegesetz - PG) und zur Änderung des Salzburger Sozialhilfegesetzes, LGBl 2000/52.

Regierungsvorlagen

Bundesgesetz, mit dem das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Unterbringungs- und Heimaufenthaltsgesetz-Novelle 2010 - Ub-HeimAuf-Nov 2010) 601 der Beilagen XXIV. GP - Regierungsvorlage - Vorblatt und Erläuterungen.

JUDIKATURVERZEICHNIS

Entscheidungen des VfGH	Stichwörter	Register
VfGH 14.03.1996, VfSlg 14.473	Verfassungsrechtliche Grenzen der Beileihung	S.8
VfGH 16.10.1985, VfSlg 10627	Zum psychisch erzwungenen anstandslosen Mitkommen eines Minderjährigen	S.12

Entscheidungen des OGH	Stichwörter	Register
OGH 12.06.2019, 7 Ob 87/19y	Einzelfallmedikation	S. 38
OGH 12.06.2019, 7 Ob 80/19v	Geltungsbereich des HeimAufG	S. 9
OGH 24.04.2019, 7 Ob 67/19g	Medikamentöse Freiheitsbeschränkung	S. 35
OGH 17.07.2018, 7 Ob 141/18p	Schließung eines Gitters an der Bewegungsfläche	S. 33
OGH 04.07.2018, 7 Ob 113/18w	Bewegungssensor	S. 40
OGH 21.02.2018, 7 Ob 25/18d	Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch Bettseitenteile	S. 14
OGH 21.02.2018, 7 Ob 24/18g	Maßnahmen durch Bettseitenteile	S. 32
OGH 05.07.2017, 7 Ob 112/17x	Einwilligung des Bewohners	S. 19
OGH 25.01.2017, 7 Ob 199/16i	Überprüfung von Bewegungseinschränkungen	S. 33
OGH 09.11.2016 7 Ob 205/16x	Bedarfsmedikation	S. 37
OGH 29.10.2014, 7 Ob 134/14b	Freiheitsbeschränkende Maßnahme als gelindestes letztmögliches Mittel	S. 37
OGH 29.10. 2014, 7 Ob 135/14z	Freiheitsbeschränkung in Form von „Schutzbett“	S. 31
OGH 29.10.2014, 7 Ob 139/14p	Androhung der Unterbindung einer Ortsveränderung	S. 12
OGH 07.05.2014, 7 Ob 209/13f	Unterbindung einer Ortsveränderung	S. 10
OGH 17.04. 2013, 7 Ob 59/13x	Einsatz einer den Körper äußerst beengende Maßnahme	S. 31
OGH 19.04.2012, 7 Ob 36/12p	Zustimmung zu Zwangsmaßnahmen	S. 19
OGH 29.05.2008, 2 Ob 77/08z	Medikamentöse Freiheitsbeschränkung	S. 37
OGH 28.03.2007, 7 Ob 19/07f	Gelindere Mittel zur Gefahrenabwehr	S. 43
OGH 18.12.2006, 8 Ob 121/06m	Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit	S. 12
OGH 23.10.2006, 7 Ob 226/06w	Androhung der Unterbindung einer Ortsveränderung	S. 12
OGH 13.09.2006, 7 Ob 186/06p	Voraussetzung einer Freiheitsbeschränkung	S. 45
OGH 05.09.1996, 2 Ob 2215/96s	Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit	S. 13

OGH 25.08.1993, 1 Ob 584/93	Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit	S. 11
OGH 30.05.1996, 2 Ob 2100/96d	Zeitgemäße Pflegestandards	S. 17, 41

Entscheidungen der LG	Stichwörter	Register
LG Salzburg Rekursgericht 05.10.2019, 21 R 210/19g	Geltungsbereich des HeimAufG	S. 9
LG Salzburg Rekursgericht 11.04.2019, 21 R 68/19z	Anforderungen an die Dokumentationspflicht	S. 28 S. 29 S. 30
LG Salzburg Rekursgericht 09.05.2018, GZ 21 R 91/18f	Garantenstellung	S. 40
LG Salzburg Rekursgericht 20.12.2017, 21 R 446/17k	Maßnahmen durch Bettseitenteile	S. 32 S. 33
LG Wels Rekursgericht 03.05.2017, 21 R 107/17k	Zustimmung zu Zwangsmaßnahmen	S. 20
LG Salzburg Rekursgericht 13.11.2015, 21 R 357/15v	Freiheitsbeschränkende elektronische Überwachungssysteme	S. 39
LG Graz Rekursgericht 12.02.2015, 1 R 40/15g	Freiheitsbeschränkende mechanische bzw physische Maßnahmen	S. 32
LG Salzburg Rekursgericht 24.10.2008, 21 R 513/08z	Ernstlichkeit einer Gefährdung	S. 16
LG Wels Rekursgericht 25.07.2007, 21 R 253/07s	Freiheitsbeschränkende elektronische Überwachungssysteme	S. 38
LG Salzburg Rekursgericht 21.9.2007, 21 R 465/07i	Zeitgemäße Pflegestandards	S. 17
LG Klagenfurt Rekursgericht 20.03.2007, 4 R 88/07v	Elektronisches Überwachungssystem zur Gefahrenabwehr	S. 38
LG Salzburg Rekursgericht 09.02.2006, 21 R 36/06z	Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit	S. 11
LG Wels Rekursgericht 18.01.2006, 21R 2/06b	Zulässigkeitsvoraussetzungen freiheitsbeschränkender Maßnahmen	S. 25

Entscheidungen der BG	Stichwörter	Register
Bezirksgericht Zell am See 07.02.2020, 24 Ha 1/20g	Medikamentöse Freiheitsbeschränkung	S. 35
Bezirksgericht Zell am See 07.02.2020, 24 Ha 2/20d	Dokumentation	S. 27
Bezirksgericht Salzburg 24.09.2019, 35 Ha 4/19d	Elektronische Überwachungssysteme	S. 39
Bezirksgericht Zell am See 05.06.2019 zu 24 Ha 1/19f	Anforderungen an die Dokumentationspflicht	S. 28
Bezirksgericht Bad Ischl 03.06.2019, 1 Ha 2/19h	Eingriffsintensität freiheitsbeschränkender Maßnahmen	S. 44

