

# Unterbringung Minderjähriger nach der UbG-IPRG-Nov 2022

## Der Beitrag schnell gelesen

Mit der UbG-IPRG-Nov 2022 (BGBl I 2022/147, in Kraft ab 1. 7. 2023) erhielt das UbG einen 10. Abschnitt mit *leges speciales* zur Unterbringung Minderjähriger, die in diesem Beitrag vorgestellt werden. Damit entwickelte der Gesetzgeber das UbG von einem Erwachsenen- zu einem allgemeinen Psychiat-

riegesetz weiter, das Bedürfnisse Minderjähriger berücksichtigen soll.

## Unterbringungsrecht

§§ 40–40 g UbG

RdM 2023/30



Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> GUDRUN STRICKMANN ist stv. Leiterin Recht bei VertretungsNetz – Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung, Erwachsenenvertretung (Wien).

## Inhaltsübersicht:

- A. §§ 40 bis 40 g UbG – Sonderbestimmungen für Minderjährige
- B. § 40 a UbG – Voraussetzungen der Unterbringung, Alternativen
  - 1. Einweisende Ärzte
  - 2. Abteilungsleiter
  - 3. Anhörung des KJHTr im Überblick
- C. § 40 b UbG – besondere Verfahrensfähigkeit
  - 1. Mündige Minderjährige
  - 2. Unmündige Minderjährige
  - 3. Zum Vertreterbegriff bei Minderjährigen
- D. § 40 c UbG – Unterbringung ohne Verlangen
  - 1. Vorbemerkung: Fachliche Qualifikation des Abteilungsleiters
  - 2. Verstärkte Beiziehung von Fachärzten für Kinder- und Jugendpsychiatrie
  - 3. Exkurs: Informationsrechte der Eltern
  - 4. Unterbringung auf Verlangen
- E. § 40 d UbG – medizinische Behandlung
  - 1. Spezialitätsverhältnis im Detail
  - 2. Entscheidungsfähige Minderjährige
  - 3. Nicht entscheidungsfähige Minderjährige
  - 4. Keine obligatorische Vorabkontrolle besonderer Heilbehandlungen bei Minderjährigen
  - 5. Vorabkontrolle aller Heilbehandlungen an Minderjährigen nur auf Verlangen
  - 6. Vorabkontrolle bei Wohlgefährdung durch behandlungsablehnende Erziehungsberechtigte
- F. § 40 e UbG – krankenhaustypische Beschränkungen
  - 1. Definitionen
  - 2. Krankenhaustypische Beschränkungen an Minderjährigen
  - 3. Abgrenzung zu weitergehenden Beschränkungen gem § 33 Abs 3 UbG und Beschränkungen gem § 33 Abs 2 UbG
  - 4. Abgrenzung zum elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht
  - 5. HeimAufG als Auslegungshilfe
  - 6. Dokumentations- und Verständigungspflicht
- G. §§ 40 f und 40 g UbG – Datenverarbeitung

- 1. Informationen an Erziehungsberechtigte und KJHTr
- 2. Schule, Kindergarten, andere Betreuungseinrichtung

## A. §§ 40 bis 40 g UbG – Sonderbestimmungen für Minderjährige

Der 10. Abschnitt des UbG idF BGBl I 2022/147<sup>1</sup> enthält acht teils ergänzende, teils spezielle Bestimmungen. § 40 stellt zu Beginn der „Besonderen Bestimmungen für die Unterbringung Minderjähriger“ klar, dass die allgemeinen Abschnitte 1 bis 9 auch auf die Unterbringung (Ub) Minderjähriger (Mj) anzuwenden sind, soweit im Folgenden (§§ 40 a bis 40 g)<sup>2</sup> nicht anderes bestimmt ist. Die Erläuterung (RV) (42) geben zum *Spezialitätsverhältnis* eine Übersicht:

- ▶ §§ 40 a, 40 c, 40 f und 40 g: Ergänzungen zu den allgemeinen Bestimmungen,
- ▶ §§ 40 b, 40 d und 40 e: spezielle Bestimmungen.

## B. § 40 a UbG – Voraussetzungen der Unterbringung, Alternativen

### 1. Einweisende Ärzte

Ein Arzt gem § 8 Abs 1 (Arzt im öffentlichen Sanitätsdienst, Polizeiarzt, vom Landeshauptmann ermächtigter Arzt) hat im Vorfeld einer Ub (hier: eines Mj) nachweislich eine Alternativenabklärung durchzuführen, ob iSd § 8 Abs 3 eine ausreichende medizinische Behandlung oder Betreuung auch anders als durch Ub geleistet werden kann. Allgemein kann der Arzt dazu gem § 8 Abs 3 insb Gespräche mit der betroffenen Person, anwesenden Angehörigen (insb Eltern),<sup>3</sup> sonst nahestehenden oder namhaft gemachten Personen, weiters mit behandelnden Ärzten oder dem betreuenden Dienst führen oder einen mit öffentlichen Mitteln geförderten Krisendienst beiziehen. Diese Maßnahmen haben nachweislich zu erfolgen (zB Hinweis in der Bescheinigung), stehen aber unter Vorbehalt der Zweck- und Verhältnismäßigkeit. Es besteht somit eine Abklärungsverpflichtung; hinsichtlich der

<sup>1</sup> Erläuterung RV 1527 BldNR 27. GP (Kurzzitat Erläuterung RV) 41 zu den §§ 40 bis 40 g UbG; Ganner, Die UbG-Novelle 2023, iFamZ 30 (36ff); Toyooka, UbG Novelle: Was ändert sich bei Mj aus Sicht der Ärzte? (Teil 2), JMG 2023, 18 zur Entstehungsgeschichte.

<sup>2</sup> §§ ohne nähere Bezeichnung: UbG idF BGBl I 2022/147.

<sup>3</sup> Erläuterung RV 43 zu § 40 a UbG.

Auskunftsmittel und des Erhebungsumfangs sind Ärzte jedoch weitgehend frei.

Ergänzend zu § 8 ermöglicht § 40a Abs 1 hinsichtlich Mj die Anhörung des Kinder- und Jugendhilfeträgers (KJHTr) als weitere Auskunftswahl, soweit dies zweck- und verhältnismäßig ist.<sup>4</sup> Gerade bei Mj ist eine besonders sorgfältige Alternativenabklärung erforderlich (Ub als *ultima ratio*).<sup>5</sup>

Ärzte gem § 8 Abs 1 dürfen dem KJHTr ebenso wie den Erziehungsberechtigten auch Informationen zu Identität, Krankheit und Betreuungsbedarf des Mj erteilen. Die Aufzählung von Auskunftspersonen wird in § 8 Abs 3 zwar demonstrativ formuliert, eine Informationsweitergabe an diese bedarf aber jeweils der gesetzlichen Rechtfertigung, wie etwa in § 40f Abs 1 UbG oder § 54 Abs 2 Z 4c ÄrzteG.

## 2. Abteilungsleiter

Normadressat des § 40a Abs 2 ist der Abteilungsleiter, der im Rahmen der Aufnahmeuntersuchung „den Mj einschließlich seiner Familie mit seinen Problemen und seinem Lebensraum kennenzulernen“ hat. Die ErläutRV nennen ergänzend zu § 10 Abs 1 „zusätzliche qualitative Mindestkriterien“: die ausführliche Erhebung durch den Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie bezüglich des akuten Problemverhaltens, der Entwicklungsgeschichte, des sozialen Umfelds und wichtiger aktueller und vergangener Lebensereignisse des Mj samt Sichtung relevanter medizinischer Befunde.

Im Rahmen der Aufnahmeuntersuchung hat der Abteilungsleiter – anders als einweisende Ärzte – den KJHTr anzuhören, jedoch unter Vorbehalt der Zweck- und Verhältnismäßigkeit. Die (eingeschränkte) Anhörungspflicht besteht unabhängig von einer allfälligen Obsorge des KJHTr bzw unabhängig davon, ob zusätzlich auch eine ärztliche Meldepflicht (Kindeswohlgefährdung)<sup>6</sup> vorliegt.

## 3. Anhörung des KJHTr im Überblick

Soweit zweckmäßig und verhältnismäßig,

- ▶ können Ärzte gem § 8 Abs 1 UbG im Rahmen der Alternativenabklärung den KJHTr anhören (§ 40a Abs 1 UbG),
  - ▶ müssen Abteilungsleiter im Zuge der Abklärung der Ub-Voraussetzungen bei Aufnahme (§ 40a Abs 2 UbG), weiters auch im Entlassungsgespräch oder bei Nichtaufnahme (§ 40f Abs 2 iVm § 32b Abs 1 und § 10 Abs 5 UbG) den KJHTr anhören.
- Auch das Gericht kann zur Abklärung extramuraler Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten den KJHTr anhören (§ 40c Abs 2 UbG).

## C. § 40b UbG – besondere Verfahrensfähigkeit

### 1. Mündige Minderjährige

Mündige Mj können gem § 40b Abs 1 in den Verfahren über die Zulässigkeit der Ub sowie allen Verfahren betreffend Beschränkungen und Behandlungen selbst vor Gericht handeln, ohne dass die Entscheidungsfähigkeit nachzuweisen wäre. Hier wurde keine Zweifelsregel, sondern eine *feste Altersgrenze* normiert (vgl § 104 AußStrG).

Neben dieser persönlichen Verfahrensfähigkeit mündiger Mj bleibt die Befugnis des Vertreters unberührt, auch im Namen des Mj Verfahrenshandlungen zu setzen (§ 40b Abs 2). Bei nicht übereinstimmenden Anträgen des Mj und seiner Vertreter sind alle Anträge inhaltlich zu berücksichtigen. In Abs 2 wird ohne Einschränkung von Mj gesprochen, weshalb auch Anträge Unmündiger zu berücksichtigen sind (arg „alle Anträge“). Insofern

wird die konstitutive Mündigkeitsgrenze zugunsten jüngerer, *in concreto* bereits entscheidungsfähiger Mj abgemildert.

### 2. Unmündige Minderjährige

Unter 14-Jährige haben zwar nicht die besondere Verfahrensfähigkeit, dennoch kommen ihnen *Parteistellung* und *rechtliches Gehör* zu. Auch Unmündige müssen gem § 19 bei der Erstanhörung gehört werden, sind als Parteien gem § 22 Abs 2 iVm § 24 zu laden<sup>7</sup> und haben Anspruch auf Beschlusszustellung (§ 27: körperlicher Nahebereich). Je jünger das Kind, umso größeres Augenmerk müssen Gericht und Abteilungsleiter auf altersangepasste Sprache legen (Art 4 Abs 6 PersFrG).

Art 4 BVG Kinderrechte (BGBl I 2011/4) unterstreicht diesen auch verfassungsgesetzlich abgesicherten Anspruch auf „angemessene Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten“.

**Minderjährigen kommt in allen Gerichtsverfahren iSd UbG ab dem vollendeten 14. Lebensjahr volle Verfahrensfähigkeit vor Gericht zu. Parteistellung haben – altersunabhängig – alle untergebrachten Patienten, auch Unmündige.**

### 3. Zum Vertreterbegriff bei Minderjährigen

Der Begriff „Vertreter“ knüpft begrifflich an § 2 Abs 3 Z 12 an und inkludiert Patientenanwalt, Erziehungsberechtigte (als gesetzliche Vertreter) sowie gewählte Vertreter. Gem ErläutRV<sup>8</sup> sollen auch entscheidungsfähige<sup>9</sup> Mj einen gewählten Vertreter (§ 16 Abs 1 iVm § 2 Abs 3 Z 9) bevollmächtigen können. Der Mj muss dafür im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung jene Entscheidungsfähigkeit aufweisen, die erforderlich ist, um auch selbst in den umfassten Angelegenheiten zu entscheiden.<sup>10</sup> Soll ein gewählter Vertreter auch im Verfahren vertretungsbefugt sein, muss beim Mj Vollmachtgeber zumindest Mündigkeit – Verfahrensfähigkeit gem § 40b Abs 1 UbG – vorliegen.

Zum gewählten Vertreter (Vollmachtnehmer) kann jede volljährige geschäftsfähige Person bestimmt werden.<sup>11</sup> Sie muss gem § 16 Abs 1 UbG das Gericht von Beginn und Ende des Vollmachtsverhältnisses verständigen. Anders als § 8 Abs 1 HeimAufG sieht weder § 16 Abs 1 noch § 40b UbG explizit Schriftlichkeit vor.<sup>12</sup> *De lege ferenda* wäre eine Einschränkung im Personen-

<sup>4</sup> ErläutRV 43 zu § 40a UbG: Information und Anhörung des KJHTr wird nahegelegt („regelmäßig bloß telefonisch“). Bsp für Unzweckmäßigkeit (bereits bestehende Betreuung in WG des KJHTr) oder fehlende Verhältnismäßigkeit der Kontaktaufnahme mit dem KJHTr (familiäre Unterstützung ausreichend).

<sup>5</sup> ErläutRV 43 empfehlen Beiziehung eines auf Mj ausgerichteten Kriseninterventionsteams, sofern verfügbar; es könne deeskalieren und Ub-verhindernd wirken; die unterlassene Beiziehung trotz Verfügbarkeit habe Auswirkungen auf die Zulässigkeit einer Ub.

<sup>6</sup> § 37 Abs 1 B-KJHG iVm § 54 Abs 2 Z 6 ÄrzteG: Mitteilungspflicht wird durch KJHTr-Anhörung nicht hinreichend erfüllt.

<sup>7</sup> Vgl VfGH 14. 12. 2022, E 1487 – 1489/2022 – 17: Aussetzen der Abschiebung unmündiger kasachischer Staatsbürger: Kindeswohl verlangt Befragung der Zehn- und Zwölfjährigen vor BVerwG.

<sup>8</sup> ErläutRV 43 zu § 40b UbG.

<sup>9</sup> § 24 Abs 2 ABGB.

<sup>10</sup> Vgl Ganner in Barth/Ganner (Hrsg), HB Erwachsenenschutzrecht<sup>3</sup> (2019) 599: Errichtung Vorsorgevollmacht durch Mj.

<sup>11</sup> § 29 Abs 1 ZPO; nur voll handlungsfähige, keine schutzberechtigten Personen (§ 21 Abs 1 ABGB): vgl Barth/Ganner in dies (Hrsg), HB Erwachsenenschutzrecht<sup>3</sup> 117f zu § 243 ABGB (Eignung zum Vertreter).

<sup>12</sup> Schriftliche Festlegung des Vollmachtsumfangs empfohlen: vgl Rappert, Das neue Behandlungsrecht des UbG, ÖZPR 2023, 20 (21). Vgl § 30 ZPO: urkundlicher Nachweis bei Gericht; bloße Berufung auf Vertretungsbefugnis für bevollmächtigte RA und Notare sowie KJHTr (Abs 2a).

kreis möglicher Vollmachtnehmer wünschenswert (kein Abhängigkeitsverhältnis oder andere enge Beziehung zur psychiatrischen Abteilung; vgl iSd § 8 Abs 1 HeimAufG).

## D. § 40c UbG – Unterbringung ohne Verlangen

### 1. Vorbemerkung: Fachliche Qualifikation des Abteilungsleiters

„Psychiatrische Organisationseinheiten, die für die Behandlung von Kindern bestimmt sind“, haben gem § 38e Abs 2 zweiter Satz KAKuG unter der Leitung eines Facharztes für Kinder- und Jugendpsychiatrie zu stehen. Diese Person, die die „Organisationseinheit“ leitet, muss nicht zwingend zugleich Abteilungsleiter gem § 2 Abs 3 Z 4 UbG sein. Es kann deshalb rechtskonform sein, dass die Aufnahmeuntersuchung durch den Abteilungsleiter (§ 10 Abs 1) von einem Facharzt gem § 2 Abs 3 Z 5 oder Z 6 vorgenommen wird. Daher kann – muss aber nicht – für Mj ein Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie zum Einsatz kommen, wenn eine kinder- und jugendpsychiatrische Organisationseinheit Teil einer übergeordneten psychiatrischen Abteilung ist.<sup>13</sup>

### 2. Verstärkte Beziehung von Fachärzten für Kinder- und Jugendpsychiatrie

§ 40c ermöglicht – mit Einschränkungen – die Beziehung von Fachärzten für Kinder- und Jugendpsychiatrie zur Erstellung eines zweiten *Facharztzeugnisses* bzw als *zweite Sachverständige* im Ub-gerichtlichen Verfahren.

Der Mj oder dessen Vertreter kann ein zweites Facharztzeugnis über das Vorliegen der Ub-Voraussetzungen verlangen, das von einem Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie<sup>14</sup> erstellt werden muss (§ 40c Abs 1 iVm § 10 Abs 3).

Bei der gerichtlichen Überprüfung einer Unterbringung ohne Verlangen bei Mj kann das Gericht zur Abklärung der Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten außerhalb der psychiatrischen Abteilung den KJHTr anhören (§ 40c Abs 2). Bei der Anhörung des Patienten (§ 19 Abs 3) hat das Gericht – wenn es fakultativ einen Gutachter beizieht – tunlichst einen Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie auszuwählen (§ 40c Abs 3).<sup>15</sup> Im Rahmen der obligatorischen Sachverständigenbeziehung zur mündlichen Verhandlung besteht das Recht des Patienten oder Vertreters, einen zweiten Sachverständigen zu verlangen. § 40c Abs 4 ergänzt die *lex generalis* in § 22 Abs 1 zugunsten Mj, sodass „auf Verlangen des Mj, dessen Vertreters oder des Abteilungsleiters [...] das Gericht als zweiten Sachverständigen [...] tunlichst einen Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie zu bestellen“ hat. Es besteht somit ein Rechtsanspruch auf ein zweites Gutachten, dies nach Möglichkeit<sup>16</sup> durch einen Zweitgutachter mit kinder- und jugendpsychiatrischer Expertise (zB auch via *Ad hoc*-Vereidigung). Das Verlangen kann bei Mj auch die Abteilungsleitung stellen.

**Fachärzte für Kinder- und Jugendpsychiatrie werden verstärkt bei der Erstellung von Facharztzeugnissen sowie als Gutachter im Unterbringungsverfahren eingesetzt.**

### 3. Exkurs: Informationsrechte der Eltern

Der Abteilungsleiter hat in aller Regel die Eltern eines Mj von dessen Ub ohne Verlangen zu verständigen, wenn diese (meist) Vertreter gem § 10 Abs 2 iVm § 2 Abs 3 Z 12 iVm Z 10<sup>17</sup> oder zumindest Angehörige desselben Haushalts sind.

Auch leiblichen Eltern ohne Obsorgebefugnisse (und außerhalb desselben Haushalts) kommt ein Informationsrecht in wichtigen Angelegenheiten und ein korrespondierendes Äußerungsrecht zu (§ 189 ABGB).<sup>18</sup> Diese Rechte verbleiben leiblichen Eltern etwa in Fällen der „vollen Erziehung“ bei Obsorge durch den KJHTr. Die obsorgeberechtigte Person muss den Eltern wichtige Angelegenheiten mitteilen, etwa wenn ihr Kind untergebracht wurde.

### 4. Unterbringung auf Verlangen

Jede Person, bei der die Voraussetzungen des § 3 Z 1 vorliegen, darf nur auf ihr *höchstpersönliches Verlangen* untergebracht werden. Dies setzt Entscheidungsfähigkeit voraus. Entscheidungsunfähige gleich welchen Alters dürfen nicht auf Verlangen ihres Vertreters untergebracht werden (§ 4 Abs 1, *Vertretungsfeindlichkeit*). Eine Ub nicht entscheidungsfähiger Mj auf Verlangen ihrer Erziehungsberechtigten ist nicht mehr möglich.<sup>19</sup> Auch entscheidungsfähige, aber noch unmündige Mj können ausschließlich selbst ein Ub-Verlangen stellen, ohne Hinzutreten eines Verlangens ihrer Erziehungsberechtigten.

**Entscheidungsunfähige dürfen unabhängig von ihrem Alter niemals auf Verlangen ihres Vertreters untergebracht werden (Vertretungsfeindlichkeit).**

## E. § 40d UbG – Medizinische Behandlung

### 1. Spezialitätsverhältnis im Detail

Das Behandlungsrecht für untergebrachte Mj soll laut ErläutRV<sup>20</sup> den Rechtsbestand des § 173 ABGB ins UbG aufnehmen.

- ▶ § 40d UbG (zur medizinischen Behandlung Mj) ist während aufrechter Ub eine *lex specialis*, die § 173 ABGB<sup>21</sup> vorgeht.
- ▶ § 173 ABGB gilt im niedergelassenen Bereich, in psychiatrischen Abteilungen, sofern Patienten nicht untergebracht sind, sowie in allen nichtpsychiatrischen Abteilungen, sofern dort nicht das UbG „disloziert“ iSd § 37a iVm § 32 Abs 3 Z 2 und 3 UbG anzuwenden ist (24-Stunden-Regel).
- ▶ Die Ub-spezifischen (allgemeinen) Behandlungsregeln in den §§ 35, 37 und 37a UbG gelten für Mj entsprechend: Grundsätze der medizinischen Behandlung (*leges artis* und Verhältnismäßigkeit, Aufklärung, Unterstützung), Gefahr in Verzug und „dislozierte“ Behandlung.
- ▶ § 36 UbG wird bei Mj durch § 40d Abs 1 und 2 UbG verdrängt.
- ▶ § 36a Abs 1 UbG wird durch § 40d Abs 3 UbG verdrängt.

<sup>13</sup> Siehe auch § 38e Abs 1 KAKuG.

<sup>14</sup> § 2 Abs 3 Z 6: Facharzt für Kinder- und Jugendpsychiatrie umfasst: Kinder- und Jugendpsychiatrie, Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapeutische Medizin, Kinder- und Jugendheilkunde mit anerkannter ergänzender spezieller Ausbildung in Kinder- und Jugendpsychiatrie oder Facharzt iSd Z 5 mit solcher Ausbildung.

<sup>15</sup> Kein Rechtsanspruch, kein Verlangen möglich.

<sup>16</sup> Weitere Bsp für faktische Mangelsituationen: § 8 Abs 3 Z 3 (Krisendienste nur nach Verfügbarkeit), § 9 Abs 3 Z 1 (keine Beziehung einweisender Ärzte wegen für Patienten unzumutbarer Wartezeit/Wegstrecken) uam.

<sup>17</sup> Vertreter, exakt: gesetzliche Vertreter, Erziehungsberechtigte. Siehe ErläutRV 44 zu § 40c UbG und 22f zu § 10 UbG.

<sup>18</sup> *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1-07</sup> § 189. Rechte nicht obsorgeberechtigter Eltern sind keine sonstigen Rechte *des Patienten* gem § 34a.

<sup>19</sup> Entfall des § 5 Abs 2 und 3 idF BGBl I 2017/131.

<sup>20</sup> ErläutRV 44f zu § 40d UbG (zur Derogation).

<sup>21</sup> BGBl I 2017/59.



- ▶ § 36a Abs 2 UbG gilt auch für Mj: keine Derogation (Behandlung bei gerichtlicher Zulässigerklärung trotz fehlender Zustimmung des Erziehungsberechtigten möglich).

## 2. Entscheidungsfähige Minderjährige

Entscheidungsfähige Kinder und Jugendliche dürfen wie bisher nur mit ihrer *Einwilligung* behandelt werden. Sie entscheiden höchstpersönlich, ob sie einer einfachen Heilbehandlung zustimmen oder diese ablehnen (§ 40 d Abs 1 erster Satz).

*Gesetzliche Vermutung der Entscheidungsfähigkeit:* Im Zweifel wird das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit bezüglich Einwilligung in Heilbehandlungen bei mündigen Mj vermutet.<sup>22</sup> Die Einzelfallbeurteilung<sup>23</sup> obliegt dem Arzt im Zuge der Aufklärung, sie kann sowohl ein Vorliegen der Einwilligungsfähigkeit bei unter 14-Jährigen als auch deren Fehlen bei Älteren ergeben. In Zweifelsfällen gibt die Vermutungsregel Orientierung.

Eine *besondere Heilbehandlung* darf nur mit schriftlicher Einwilligung entscheidungsfähiger Mj durchgeführt werden; zusätzlich ist die schriftliche Zustimmung des Erziehungsberechtigten erforderlich (§ 40 d Abs 1 Satz 2).

## 3. Nicht entscheidungsfähige Minderjährige

Nicht entscheidungsfähige Mj dürfen nur *mit Zustimmung des Erziehungsberechtigten* behandelt werden. *Besondere Heilbehandlungen* erfordern dessen schriftliche Zustimmung (§ 40 d Abs 2). Eine zustimmungslose Behandlung unvertretener, nicht entscheidungsfähiger Mj – wie in § 36 Abs 3 UbG bei unvertretenen Erwachsenen – ist im Gesetz nicht vorgesehen; § 211 ABGB trifft Vorsorge, damit jede mj Person in Obsorgeangelegenheiten stets vertreten ist.<sup>24</sup>

## 4. Keine obligatorische Vorabkontrolle besonderer Heilbehandlungen bei Minderjährigen

§ 40 d verdrängt die §§ 36 und 36a Abs 1 als *lex specialis*. Das Ub-Gericht führt bei Mj *keine verpflichtende Vorabkontrolle* bei besonderen Heilbehandlungen durch – es bedarf hier stets eines Verlangens.<sup>25</sup>

## 5. Vorabkontrolle aller Heilbehandlungen an Minderjährigen nur auf Verlangen

§ 40 d Abs 3 sieht die Möglichkeit einer gerichtlichen Vorabkontrolle auf Verlangen bezüglich (einfacher und besonderer) Heilbehandlungen an Mj vor. Dazu legitimiert sind neben den mj Patienten auch deren Vertreter (Patientenanwalt, gewählter Vertreter gem § 16 Abs 1, Erziehungsberechtigte)<sup>26</sup> sowie Abteilungsleiter. Zudem hat der Abteilungsleiter das Gericht zu verständigen, wenn der Patient nach Belehrung eine gerichtliche Überprüfung der Zulässigkeit der geplanten Behandlung verlangt.<sup>27</sup> Abweichend von § 36a Abs 1 Z 3, der eine „entsprechende Belehrung“ des Patienten vorsieht, fehlt in § 40 d Abs 3 idF BGBl I 2022/147 diese ausdrückliche Belehrungspflicht gegenüber Mj. Der Verweis der ErläutRV<sup>28</sup> auf § 36a Abs 1 Z 3 – dem § 40 d „entspreche“ – legt das Vorliegen eines redaktionellen Versehens nahe.<sup>29</sup>

**Besondere Heilbehandlungen an Minderjährigen werden (anders als bei Erwachsenen) nur auf Verlangen vorab gerichtlich kontrolliert.**

## 6. Vorabkontrolle bei Wohlgefährdung durch behandlungsablehnende Erziehungsberechtigte

Das Ub-Gericht hat gem § 40 d Abs 4 außerdem vor der Behandlung über deren Zulässigkeit zu entscheiden, wenn ein Erzie-

hungsberechtigter der Behandlung des nicht entscheidungsfähigen Mj nicht zustimmt und dadurch dessen Wohl gefährdet. Hier kommt es – anders als beim Dissens<sup>30</sup> entscheidungsunfähiger Volljähriger und deren Vertreter – nicht auf den Patientenwillen an, sondern auf die Diskrepanz zwischen ablehnender Vertreterentscheidung und objektivierbarem Kindeswohl.<sup>31</sup> *Cave:* Behandlungsablehnungen durch Erziehungsberechtigte sind nicht per se mit Wohlgefährdungen gleichzusetzen.<sup>32</sup>

Auch § 36a Abs 2 gilt für Mj – ihm wird durch § 40 d nicht derogiert: Erklärt das Ub-Gericht die Behandlung für zulässig, so ersetzt es damit die fehlende Zustimmung des Erziehungsberechtigten.

## F. § 40e UbG – Krankenhaustypische Beschränkungen

### 1. Definitionen

Maßnahmen, denen Mj aufgrund ihres Alters in Krankenanstalten (KA) typischerweise unterworfen werden,

- ▶ werden „krankenhaustypische Beschränkungen“ genannt.
- ▶ Sie bedürfen keiner besonderen Anordnung,
- ▶ müssen in der Krankengeschichte begründet dokumentiert werden und
- ▶ sind binnen 72h ab Durchführung (*nur*) den Erziehungsberechtigten mitzuteilen.
- ▶ Sie unterliegen keiner (eigenständigen) gerichtlichen Überprüfbarkeit.

Soweit eine Beschränkung an Mj krankenhaustypisch ist, verdrängt § 40e die §§ 33 bis 34a.

Folgende Beschränkungen sind *nicht* krankenhaustypisch:

- ▶ Beschränkungen, die in KA das alterstypische Ausmaß überschreiten, gelten bei Mj weiterhin als Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, der Kontakte zur Außenwelt bzw sonstiger Rechte (§§ 33, 34 und 34a UbG).
- ▶ Neben der besonderen Anordnungs- und Dokumentationspflicht besteht bei allen nicht alterstypischen Beschränkungen eine erweiterte Verständigungspflicht an „den Vertreter“ (*Patientenanwalt*, gewählte, gesetzliche Vertreter).<sup>33</sup>

<sup>22</sup> Die Zweifelsregel bei Behandlungen (widerlegliche Vermutung) unterscheidet sich von der konstitutiven Mündigkeitsgrenze in § 40b Abs 1 (besondere Verfahrensfähigkeit). Bsp zur Entscheidungsfähigkeit ab 12: OGH 18. 2. 2010, 6 Ob 7/10p (Obsorgezuteilung).

<sup>23</sup> Kriterien s *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>3</sup> (2012) Rz 620ff.

<sup>24</sup> Vgl im ABGB: Elterliche Obsorge §§ 177 ff, Obsorge anderer Personen §§ 204 ff, insb des KJHTr, § 209, vorläufige *Ex-lege*-Betrauung des KJHTr bei Gefahr in Verzug: vgl § 211 Abs 1 (tw Aufhebung der §§ 178 und 204 ABGB mit Ablauf 9/2024 durch VfGH G 223/2022–26, kundgemacht BGBl I 2023/30).

<sup>25</sup> Moser, Zustimmung zur medizinischen Behandlung fremduntergebrachter Kinder, EF-Z 2019, 4: Eltern / KJHTr dürfen sich bei Zustimmung zu schwerwiegenden Behandlungen nicht entscheidungsfähiger Mj von Dritten wie WG-Betreuern *nicht* vertreten lassen.

<sup>26</sup> Anders § 36a Abs 1 Z 1: obligatorische Vorabkontrolle besonderer Heilbehandlungen nicht entscheidungsfähiger Volljähriger.

<sup>27</sup> Vertreter gem § 2 Abs 3 Z 12.

<sup>28</sup> ErläutRV 32f (33) zu § 36a Abs 1 Z 3 UbG: „natürlicher Wille“ ausreichend: kein förmlicher Antrag.

<sup>29</sup> ErläutRV 44 zu § 40 d Abs 3 UbG.

<sup>30</sup> Korrigierende Novellierung erfolgte rasch: ME des BM Justiz v 28. 4. 2023, 2023–0.322.653. Siehe nun § 40 d Abs 3 idF BGBl I 2023/77

<sup>31</sup> Vgl § 36a Abs 1 Z 2.

<sup>32</sup> Vgl § 138 ABGB, insb Z 1–2, 5–8, 11.

<sup>33</sup> ErläutRV 44 zu § 40 d Abs 3 UbG. Bei Kindeswohlgefährdungen: Anregung beim Pflugschaftsgericht, Zustimmungsrecht zu medizinischen Behandlungen oder insgesamt die Obsorge zu entziehen (§ 181 Abs 1 ABGB). Außerhalb Ub: Zustimmungsersetzung durch PG im Einzelfall, wenn keine gerechtfertigten Weigerungsgründe.

<sup>34</sup> Doku- und Verständigungspflicht an Vertreter nun neu auch bei Beschränkungen sonstiger Rechte (§ 34a).

- ▶ Solche in KA nicht alterstypischen Maßnahmen sind auch bei Mj „auf Verlangen des Patienten, seines Vertreters oder des Abteilungsleiters“ gerichtlich zu überprüfen (§§ 38 und 38a UbG iVm §§ 33, 34, 34a UbG).
- ▶ Die Frage der Alters- und Krankenhaustypizität einer Beschränkung kann als Vorfrage in diesen gerichtlichen Verfahren thematisiert werden.<sup>34</sup>
- ▶ *Weitergehende Beschränkungen* der Bewegungsfreiheit auf einen Raum oder innerhalb eines Raums (§ 33 Abs 3 UbG) gelten *niemals* als krankenhaustypisch.

## 2. Krankenhaustypische Beschränkungen an Minderjährigen

§ 40e Abs 1 ist eine zentrale Norm der Sonderbestimmungen für untergebrachte Mj: „Maßnahmen, denen Mj aufgrund ihres Alters in Krankenanstalten typischerweise unterworfen werden und die nicht in Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf einen Raum oder innerhalb eines Raumes bestehen, gelten nicht als Beschränkungen im Sinn der §§ 33 bis 34a.“

Diese Legaldefinition hat sich im Vergleich zur Fassung des ME 2021 verändert. Die Missbrauchsgefahr, die der ursprüngliche Entwurf mangels Ausnahme von Beschränkungen auf einen oder innerhalb eines Raums beinhaltet hatte, wurde auf Hinweis der Patientenanwaltschaft im Begutachtungsverfahren abgemildert.<sup>35</sup>

Die ErläutRV<sup>36</sup> definieren die genannten Maßnahmen als „krankenhaustypische Vorgaben, die die Behandlung der Mj ermöglichen sollen oder der Rücksichtnahme auf die anderen Patienten oder der Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebes dienen, und bei Kindern und Jugendlichen deshalb mitunter notwendig sind, weil sie aufgrund ihres Alters und Entwicklungsstandes nicht in der Lage sind zu verstehen, weshalb bestimmte Verhaltensweisen notwendig sind“.

*Kontakte zur Außenwelt:* Der Briefverkehr und die Kontakte des Untergebrachten zu *Vertretern* dürfen gem § 34 Abs 1 nicht eingeschränkt werden. Bei Mj ergibt sich bereits daraus, dass strikte Besuchszeiten in Bezug auf Erziehungsberechtigte oder gewählte Vertreter nicht durchgesetzt werden dürfen.<sup>37</sup>

Kontakte Mj zu *anderen* Personen außerhalb der Abteilung (etwa durch Telefonate, „ferschriftlich“ durch Mails/Social Media uam oder durch persönliche Besuche) können krankenhaustypischen Beschränkungen unterworfen werden.<sup>38</sup>

Die *Beschränkung des Gebrauchs von Mobiltelefonen* tangiert sowohl das Recht auf Kontakt zur Außenwelt (§ 34) als auch den Gebrauch persönlicher Gegenstände als sonstiges Recht (§ 34a) und wird während des durch die Ub ausgelösten Kontaktabbruchs mit Freunden und Familie als besonders belastend erlebt.

Das Ausmaß, was als ein „krankenhaustypischer“ Handygebrauch Mj angesehen wird, divergiert je nach Abteilung stark. Nun weisen die ErläutRV<sup>39</sup> darauf hin, dass die Benützungseinschränkung nach 21 Uhr sowie während Therapien eine krankenhaustypische Beschränkung sein kann, der Mj in Krankenanstalten aufgrund ihres Alters typischerweise unterworfen werden.

Mj bilden keine homogene Gruppe: vom Kleinkind bis hin zum annähernd Erwachsenen können ganz unterschiedliche Bedürfnisse bestehen. Es ist keineswegs krankenhaustypisch, Erwachsenen die Handybenutzung zu untersagen oder das Telefon abzunehmen. Je näher ein Jugendlicher der Volljährigkeit kommt, umso mehr sollte ein Eingriff bereits dem allgemeinen Maßstab der §§ 34 und 34a angeglichen werden – Einschränkung nur noch, soweit zur Abwehr einer Gefahr iSd § 3 Z 1 oder zum Schutz der Rechte anderer unerlässlich und verhältnismäßig.

## 3. Abgrenzung zu weitergehenden Beschränkungen gem § 33 Abs 3 UbG und Beschränkungen gem § 33 Abs 2 UbG

Weitergehende Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf einen Raum oder innerhalb eines Raums (§ 33 Abs 3) gelten niemals als krankenhaustypische Beschränkungen an Mj. § 40e Abs 1 nimmt sie *ex lege* aus der Definition krankenhaustypischer Beschränkungen aus, zudem unterliegen sie auf Verlangen der unverzüglichen Überprüfung durch das Ub-Gericht (§ 33 Abs 3 Satz 2).

Beschränkungen der Bewegungsfreiheit auf mehrere Räume oder räumliche Bereiche (§ 33 Abs 2) müssen im Rahmen einer Ub nicht besonders angeordnet werden, da sie bereits dem Ub-Begriff immanent sind und im Rahmen des amtswegigen Verfahrens überprüft werden. Auch bei Mj richtet sich die materielle Zulässigkeit der Ub nach § 3. Der Ub-Begriff bei Mj ist teleologisch auf jene Beschränkungen zu reduzieren, die die Schwelle des verfassungsrechtlichen Freiheitsentzugs überschreiten – altersübliche Bewegungsbeschränkungen im Rahmen stationärer Krankenhausaufenthalte stellen noch keine Ub dar.<sup>40</sup> Besonders hinsichtlich krankenhaustypischer Beschränkungen, die sich in Bewegungsbeschränkungen äußern, wird es Klärungen durch die Rsp bedürfen.<sup>41</sup>

## 4. Abgrenzung zum elterlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht

Mitunter können sich räumliche Beschränkungen auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht (Art 8 EMRK; § 162 ABGB) stützen, das die Abteilung vertretungsweise für die Eltern ausübt: Dies wird jedenfalls bei einem freiwilligen Aufenthalt an einer psychiatrischen Abteilung ohne Vorliegen der Ub-Voraussetzungen der Fall sein. Die Intensität der elterlich übertragenen Aufsichtspflicht ist jeweils dem Alter des Kindes anzupassen.<sup>42</sup>

Die Bedeutung des Aufenthaltsbestimmungsrechts Erziehungsberechtigter in der Ub hat sich mit der Nov 2022 verändert: Der Entfall des § 5 UbG<sup>43</sup> hat Elternrechte während der Unterbringung Mj weiter zurückgedrängt, haben doch selbst Eltern unmündiger Mj keine Befugnis mehr, eine Ub zu verlangen. Ob daraus bereits abzuleiten ist, dass die öffentlich-rechtliche Gefahrenabwehr am Maßstab des § 3 die elterliche Privatautonomie hinsichtlich Aufenthaltsbestimmung gänzlich überlagert (oder

<sup>34</sup> Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der Krankenhaustypizität als Vorfrage: explizit ErläutRV 46 zu § 40e UbG.

<sup>35</sup> § 41e Abs 1 idF 97/ME 27. GP, noch ohne Ausnahme weitergehender Beschränkungen gem § 33 Abs 3: „Beschränkungen, denen Mj aufgrund ihres Alters in KA typischerweise unterworfen werden, sind keine Beschränkungen im Sinn der §§ 33 bis 34a.“ In dieser „Pauschalformulierung“ hätte zB eine Beschränkung im Time-Out-Raum – „Krankenhausüblichkeit“ bei Mj vorausgesetzt – nicht als Ub-auslösend gegolten und selbst bei aufrechter Ub wegen Verdrängung des § 33 keine Verständigungspflicht ausgelöst.

<sup>36</sup> ErläutRV 45 zu § 40e Abs 1 UbG.

<sup>37</sup> Die (krisenhafte) Ub erfordert stabile Kontaktmöglichkeit zu Eltern (Kindeswohl: § 138 Z 2 und 9 ABGB).

<sup>38</sup> Spannungsfeld: Die Einschränkung digitaler Kontakte zu Personen außerhalb (zB Handyabnahme) beeinträchtigt zeitgleich Vertreterkontakte, die sodann anders ermöglicht werden müssen.

<sup>39</sup> ErläutRV 46 zu § 40e Abs 1 UbG.

<sup>40</sup> So bereits *Kopetzki*, Grundriss<sup>3</sup> Rz 60 zur Rechtslage vor der Nov mwN zur Rsp. Zum HeimAufG *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel*, Alterstypische Freiheitsbeschränkungen, iFamZ 2019, 105.

<sup>41</sup> ErläutRV 45 unten nennen als Bsp, dass (nicht untergebrachte) Mj sich kurzfristig (während Therapieeinheit) im geschlossenen Bereich aufhalten müssen, wenn sich dort Gruppentherapie Räume befinden. Dies sei als „krankenhaustypische Beschränkung“ auch ohne Ub zulässig.

<sup>42</sup> Vgl *Leitner*, Unterbringungsrecht, in *Aigner ua* (Hrsg), HB Medizinrecht für die Praxis, Kap I.22.2.2.3 Minderjährige, I/B/40f (41).

<sup>43</sup> EGMR 28. 11. 1988, *Nielsen vs Denmark*, Appl 10929/84 zur elterlichen Aufenthaltsbestimmung.

welche Bedeutung ihr allenfalls noch zukommt), wird die Rsp zu klären haben.

## 5. HeimAufG als Auslegungshilfe

*Alterstypische Freiheitsbeschränkungen* iSd § 3 Abs 1a HeimAufG<sup>44</sup> beziehen sich abweichend von der UbG-Begrifflichkeit stets auf Bewegungsbeschränkungen. Bei der Beurteilung, ob eine alterstypische Beschränkung vorliegt, muss im HeimAufG der *Vergleichsmaßstab* angelegt werden, ob ein Kind desselben Lebensalters ohne psychische Beeinträchtigung von pflichtgemäß handelnden Eltern in derselben Situation derselben Beschränkung unterworfen würde. Ist dies der Fall, so liegt Alterstypizität nahe. Um einer Aushöhlung des Rechtsschutzes vorzubeugen, ist es dabei essenziell, auf das tatsächliche *Lebensalter*,<sup>45</sup> nicht auf das Entwicklungsalter eines Kindes abzustellen.<sup>46</sup>

Angepasst an § 40e UbG könnte ein *Vergleichsmaßstab* zur Auslegung krankenhaustypischer Beschränkungen lauten:

Maßnahmen, denen auch psychisch nicht erkrankte, gleichaltrige Mj in somatischen Abteilungen von Krankenanstalten aufgrund ihres Alters typischerweise unterworfen werden, gelten in aller Regel auch im Rahmen einer Unterbringung Mj als krankenhaustypische Beschränkungen.

**„Krankenhaustypische Beschränkungen“ entsprechen Maßnahmen, denen auch psychisch nicht erkrankte, gleichaltrige Minderjährige in somatischen Abteilungen von Krankenanstalten aufgrund ihres Alters typischerweise unterworfen werden.**

An einer psychiatrischen Abteilung (§ 2 Abs 1) darf jede weitergehende Bewegungsbeschränkung gem § 33 Abs 3 (Einzelraumbeschränkung, körpernahe Fixierung oder ein kurzfristiges Festhalten) ausschließlich im Rahmen und unter dem Rechtsschutz einer Ub stattfinden bzw ist bei freiwilligen Aufenthalten als unterbringungsauslösend zu bewerten.

Zu den Grenzen alterstypischer Freiheitsbeschränkungen an Mj gibt es bereits OGH-Rsp zum HeimAufG (7 Ob 161/21h): Ein Verbringen in den Bewegungsraum im Keller durch Tragen oder „Unterhaken“ der elfjährigen Bewohnerin gegen ihren Willen stellt eine Freiheitsbeschränkung dar und ist nicht alterstypisch.<sup>47</sup> Diese Beurteilung des körperlichen Zugriffs deckt sich mit den Wertungen des § 40e UbG: Weitergehende Beschränkungen auf oder innerhalb eines Raums sind nicht krankenhaustypisch, sondern anhand § 33 Abs 3 UbG zu beurteilen.

## 6. Dokumentations- und Verständigungspflicht

Beschränkungen gem § 40e Abs 1 müssen in der Krankengeschichte begründet dokumentiert,<sup>48</sup> aber nicht besonders angeordnet werden (Abs 2). Die Verständigung des *Erziehungsberechtigten* (nicht: des Vertreters) bezüglich einer krankenhaustypischen Beschränkung muss lediglich binnen 72 Stunden ab Durchführung erfolgen. Dies begründen die ErläutRV mit der geringeren Eingriffsintensität. Überbordende Bürokratie solle verhindert und fallführenden Ärzten ermöglicht werden, Eltern etwa im Rahmen ihrer Besuche persönlich zu informieren. Eine Verständigung an den Patientenanwalt ist nicht vorgesehen (entspricht § 33 Abs 2). Sein Einsichtsrecht in die Krankengeschichte stellt sicher, sich dennoch Kenntnis verschaffen und die gerichtliche Überprüfung beantragen zu können.<sup>49</sup>

## G. §§ 40f und 40g UbG – Datenverarbeitung

§§ 40f und 40g beinhalten Ergänzungen zu den allgemeinen §§ 39a bis 39f. Sie enthalten Ermächtigungen an Ärzte und Gerichte, Informationen an Erziehungsberechtigte und den KJHTr zu erteilen. Weiters ermöglichen sie Abteilungsleitern die Kontaktaufnahme mit Schulen, Kindergärten und anderen Betreuungseinrichtungen.

### 1. Informationen an Erziehungsberechtigte und KJHTr

Nach § 40f Abs 1 sind Ärzte gem § 8 Abs 1, Abteilungsleiter und Gericht ermächtigt, Erziehungsberechtigten und dem KJHTr im Zuge der Abklärung der Ub-Voraussetzungen und -Alternativen die für die Betreuung des Mj (erforderlichen)<sup>50</sup> Informationen zu erteilen (Identität, Informationen über die Krankheit und den Betreuungsbedarf).

Die gesetzliche Ermächtigung zur Datenweitergabe an Erziehungsberechtigte und KJHTr ist „wegen der(en) spezifischer rechtlicher Stellung“ *unabhängig* von einer Einwilligung zulässig (ErläutRV 47). Dadurch soll ein frühzeitiger Informationsfluss sichergestellt, Alternativenabklärung und Betreuungskontinuität gewährleistet werden (zB falls Betreuungsbedarf durch Fremdunterbringung in sozialpädagogischer Einrichtung oder bei Pflegepersonen besteht).

Laut § 40f Abs 2 haben Abteilungsleiter im Rahmen ihrer Bemühung um angemessene Betreuung außerhalb, soweit zweck- und verhältnismäßig, den KJHTr anzuhören und dessen Vorschläge einzuholen. In Klammern wird auf die Nichtaufnahme (§ 10 Abs 5) sowie aufs Entlassungsgespräch (§ 32b Abs 1) verwiesen. Ebenso sind Erziehungsberechtigte als gesetzliche Vertreter immer zu informieren, wenn eine Ub Mj aufgehoben wird (§ 32b Abs 4: „den Vertreter“).<sup>51</sup>

Bei fremduntergebrachten Mj informiert der Abteilungsleiter die Einrichtung, die den Mj umfassend betreut. Widerspricht der Jugendliche, so darf der Abteilungsleiter die Beendigung der Ub nicht direkt an die betreuenden Personen mitteilen, sondern müsste der gesetzliche Vertreter (KJHTr, Pflegeeltern, Eltern) stattdessen die Wohnrichtung in Kenntnis setzen. Auch der Abteilungsleitung kommen Schutzpflichten aus der übertragenen Aufsicht zu, insb jüngere Kinder bei Entlassung nur an befugte Aufsichtspersonen zu übergeben.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> BGBl I 2017/59 (2. ErwSchG) in Kraft seit Juli 2018.

<sup>45</sup> Vgl zu diesem Maßstab *Jaquemar/Breinlinger/Ursprung*, Verbesserter Rechtsschutz im HeimAufG, iFamZ 2018, 237 (238). Sich anschließend *Bürger/Halmich*, Heimaufenthaltsgesetz<sup>2</sup> (2019) 74f mwN zur Rsp; *FICE Austria* (Hrsg), Qualitätsstandards für die stationäre Kinder- und Jugendhilfe (2019); *Doppel*, Die Pädagogik und der Zwang, iFamZ 2020, 191.

<sup>46</sup> LGZ Graz 28. 11. 2022, 1 R 269/22v (zu OGH 24. 5. 2023, 7 Ob 34/23k), übernahm als erstes LG diesen Vergleichsmaßstab elterlicher Maßnahmen an gleichaltrigen Kindern und bekräftigte das Erfordernis, auf das Lebensalter abzustellen. MwN bei *Bürger/Herdega* in *Neumayr/Resch/Wallner*, Grund-Komm<sup>2</sup> § 3 HeimAufG Rz 7/1, führt das LG als *altersuntypische* FB an: körperlicher Zugriff, Festhalten bei Zahn-, Zimmerstunde bei Neunjährigem, Verbringen, Zurückhalten, Time-out-Räume.

<sup>47</sup> Vgl OGH 7 Ob 161/21h iFamZ 2021, 345 (*Ganner*).

<sup>48</sup> Vgl Dokumentationspflichten im KAKuG, ÄrzteG 1998 und GuKG.

<sup>49</sup> ErläutRV 46 zu § 40e Abs 2 UbG.

<sup>50</sup> Vermutlich Redaktionsversehen: im ME 2021 sowie in ErläutRV 46 zu §§ 40f UbG enthalten: „erforderliche“.

<sup>51</sup> § 41f Abs 3 UbG idF 97/ME 27. GP 12 hatte dazu noch eine (redundante) *lex specialis* vorgesehen.

<sup>52</sup> IdS auch § 32b Abs 3; vgl *Nademleinsky*, Aufsichtspflicht<sup>4</sup> (2019).



## 2. Schule, Kindergarten, andere Betreuungseinrichtung

§ 40g Abs 1 verpflichtet den Abteilungsleiter – unter Zweck- und Verhältnismäßigkeitsvorbehalt – zur Kontaktaufnahme mit Bildungs- und Betreuungseinrichtungen des Mj, um „die für dessen weitere Betreuung erforderlichen Rahmenbedingungen zu erörtern und dazu Informationen über dessen Krankheit und Betreuungsbedarf zu erteilen.“ Angesichts des hohen Schädigungspotenzials durch Datenmissbrauch des nicht exakt abgegrenzten Adressatenkreises<sup>53</sup> und des offenen Verweises auf „Helfersysteme“ sollte auf eine einschränkende Interpretation geachtet werden.

*Einwilligungsvorbehalt:* Die Ermächtigung zur Weitergabe sensibler Gesundheitsdaten besteht nur, wenn der entscheidungsfähige Mj eingewilligt oder ersatzweise der Erziehungsberechtigte zugestimmt hat.

§ 40g Abs 2 sieht vor, dass die in Abs 1 genannten Einrichtungen die erhaltenen Informationen bzw Daten nur zur Betreuung

des Mj verarbeiten dürfen. Sie müssen diese, soweit personenbezogen, spätestens nach Beendigung der Betreuung löschen (zur allg Löschungsverpflichtung: § 39f Abs 3).

### Plus

#### ÜBER DIE AUTORIN

Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Gudrun Strickmann

E-Mail: [gudrun.strickmann@vertretungsnetz.at](mailto:gudrun.strickmann@vertretungsnetz.at)

<sup>53</sup> Direktion, schulärztlicher/-psychologischer Dienst, Lehrer, Mitschüler, soziales Umfeld.

## Der praktische Fall

# Leichenspende an ein anatomisches Institut: Was tun bei Verdacht einer zum Tod führenden strafbaren Handlung?



HANNAH ELISA WEX ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Wien und hat im Auftrag der Medizinischen Universität Graz den hier dargestellten Fall juristisch untersucht.

Univ.-Prof. Dr.med. NIELS HAMMER ist Universitätsprofessor für Anatomie an der Medizinischen Universität Graz und Initiator der diesem Beitrag zu Grunde liegenden Untersuchung.

Univ.-Prof. Dr.med. SARAH HEINZE ist Universitätsprofessorin für Gerichtliche Medizin an der Medizinischen Universität Graz und war in die hier geschilderte Thematik von Beginn an involviert.

Univ.-Prof. Dr. KARL STÖGER ist Universitätsprofessor für Medizinrecht an der Universität Wien und hat Frau Wex bei der Durchführung der juristischen Untersuchung des Falls angeleitet und inhaltlich begleitet.

### Ärztliches Berufsrecht

§ 22 Abs 2 iVm § 23 Abs 1 Z 5 UG 2002; § 54 Abs 1, 4 ÄrzteG; § 78 Abs 1 StPO

RdM 2023/31

#### A. Sachverhalt

Bei Erhalt von Körperspendern am Institut für makroskopische und klinische Anatomie der Medizinischen Universität Graz wird neben der routinemäßigen Kontrolle der Papiere inklusive der Todesbescheinigung standardmäßig auch eine zweite ärztliche Leichenbeschau durchgeführt. Im Fall einer 72 Jahre alt gewordenen Frau wurde im Rahmen der anatomischen Präparation ein Fremdkörper (Bolus) am Übergang des Rachens zum Kehlkopf vorgefunden, welcher die Atemwege vollständig verlegte. Dieser

aus Brotresten bestehende Fremdkörper führte wahrscheinlich zum unmittelbaren Tod durch reflektorischen Herzstillstand (Bolustod). Der Leichenbeschauschein enthielt keine relevanten Informationen bezüglich möglicher Risikofaktoren für einen Bolustod. Derartige Risikofaktoren sind etwa eine vorbestehende Demenz oder Alkoholabusus. Dieses Risiko würde zB bei Pflegeheimbewohnern – und um eine solche handelte es sich bei der Verstorbenen – eine beaufsichtigte Nahrungszufuhr notwendig machen.

Der gegenständliche Fall warf somit die Frage auf, wie vorseiten der Anatomie vorgegangen werden soll, sofern sich erst im Rahmen der anatomischen Präparation der Verdacht ergibt, dass eine gerichtlich strafbare Handlung (hier insb: fahrlässige Tötung durch Unterlassung einer beaufsichtigten Nahrungszufuhr) vorliegen haben könnte.

#### B. Rechtliche Beurteilung nach Ärztereht und StPO

Im vorliegenden Fall hat die in Österreich verpflichtende Totenbeschau keine Auffälligkeiten ergeben, sodass es zu keiner Obduktion kam.<sup>1</sup> Nun wurden aber von Ärzten des Universitätsinstituts für Anatomie Auffälligkeiten an der Leiche der Spenderin festgestellt, so dass sich die Frage nach dem weiteren Vorgehen

<sup>1</sup> Vgl zu den möglichen Folgen *Stratf*, Rechtsfolgen der fehlerhaften Totenbeschau, RdM 2020, 17 (19ff).

