

**Anmerkung**

Vgl zur Thematik bereits *Parapatits*, Haftung des Sachwalters für nicht beantragte Sozialleistungen, iFamZ 2008, 180.

*Felicitas Parapatits*

§ 62 Abs 1 AußStrG

iFamZ 2010/191

**Kollisionskurator**

OGH 5. 5. 2010, 7 Ob 44/10m

Mangels Beschwer liegt kein rechtliches Interesse an der Bekämpfung der Bestellung eines Kollisionskurators vor, wenn die im Bestellungsbeschluss umschriebenen Aufgaben des Kollisionskurators endgültig erledigt wurden. Dies trifft zB dann zu, wenn über das Rechtsmittel gegen die Höhe der zuerkannten Sachwalterentschädigung, zu dessen Erhebung der Kollisionskurator mit dem angefochtenen Beschluss ermächtigt wurde, bereits entschieden wurde.

§ 1424 Satz 2 ABGB

iFamZ 2010/192

**Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung**

OGH 21. 12. 2009, 8 Ob 125/09d

Im Wirkungskreis des Sachwalters wird der Betroffene in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Eine Zahlung an ihn wirkt – unabhängig von der tatsächlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit – gem § 1424 ABGB nur dann schuldbefreiend, wenn das Bezahlte wirklich vorhanden oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist. Das Bezahlte ist nur dann wirklich vorhanden, wenn es der Betroffene „in seinen Händen“ hat. Irrelevant ist, ob der Betroffene das Bezahlte mittels Bereicherungsanspruch von einem Dritten zurückverlangen könnte.

(...) III. Gem § 1424 Satz 2 ABGB ist daher für den Rückforderungsanspruch des Klägers entscheidend, ob „das Bezahlte ... wirklich vorhanden, oder zum Nutzen des Empfängers verwendet worden ist“ (vgl die ebenfalls die Abhebung eines Geldbetrags durch einen Geschäftsunfähigen betreffende Entscheidung 5 Ob 22/02z). Hier steht fest, dass der vom Kläger behobene Geldbetrag einer Dritten „als Darlehen“ gegeben und nicht zum Nutzen des Klägers verwendet wurde. Die Rechtsauffassung der Revisionswerberin, § 1424 Satz 2 ABGB normiere nur eine subsidiäre Haftung des

Leistenden, sodass sie erst dann vom Kläger in Anspruch genommen werden könne, wenn nachgewiesen sei, dass der Bereicherungsanspruch gegen die Dritte (der Darlehensvertrag ist ebenfalls unwirksam) uneinbringlich sei, ist mit der Absicht und dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar, der darauf abstellt, ob das Bezahlte „wirklich vorhanden“ („in seinen Händen“ – 7 Ob 228/08t ua) ist. Ein Beweisverfahren über die vom Kläger behauptete Uneinbringlichkeit des Bereicherungsanspruchs ist daher entbehrlich.

**Anmerkung**

Bei Nichtigkeit des Vertrags wegen Geschäftsunfähigkeit eines Vertragspartners wird auf den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch gegen den Geschäftsunfähigen § 1424 ABGB analog angewendet. Dadurch soll dieser vor einer unzweckmäßigen Verwendung des Erlangten, über das er nicht vernünftig disponieren kann, bewahrt werden (zB *Mader/W. Faber in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup>, § 1424 Rz 4; OGH 12. 2. 2002, 5 Ob 22/02z). Entsprechend dem Schutzzweck der Norm muss der Geschäftsunfähige nur das herausgeben, was bei ihm noch wirklich vorhanden oder zu seinem Nutzen verwendet worden ist. Dem OGH ist darin zuzustimmen, dass im vorliegenden Fall der Kläger den Geldbetrag nicht vom Beklagten zurückfordern konnte. Der Geschäftsunfähige darf nicht schlichtweg auf einen etwaigen Bereicherungsanspruch gegen einen Dritten verwiesen werden. Dadurch würden ihn nämlich Nachteile – wie das Einbringlichkeitsrisiko, der mit der Rechtsverfolgung verbundene Aufwand und die fehlende sofortige Verfügbarkeit über die Geldsumme – treffen, vor denen er durch die analoge Anwendung des § 1424 ABGB gerade bewahrt werden soll. Allerdings muss der Geschäftsunfähige stets das herausgeben, was in seinem Vermögen noch „wirklich vorhanden“ ist. Besteht tatsächlich ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten, so müsste der Beklagte diesen wohl an den Kläger herausgeben (zedieren), weil sich das Bezahlte in Form des Anspruchs noch „in Händen“ des Betroffenen befindet. Andernfalls wäre der Beklagte „doppelt“ bevorzugt, weil er den Geldbetrag noch einmal vom Kläger fordern und zusätzlich einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen den Dritten geltend machen könnte.

*Felicitas Parapatits*

## Neuerungen im Heimaufenthaltsgesetz

### Reform der Anordnungsbefugnis – Stärkung der Bewohnervertretung – Neuerungen im Überprüfungsverfahren

Mit 1. 7. 2010 ist die *Unterbringungs- und Heimaufenthaltssnovelle (Ub-HeimAuf-Nov) 2010<sup>1</sup>* in Kraft getreten, die auch das Heimaufenthaltsrecht umfassend verändert. Neben einer Reform der Anordnungsbefugnis stärkt die Novelle die Rechte des Bewohnervertreters und bringt Neuerungen im gerichtlichen Überprüfungsverfahren.

DR. GUDRUN STRICKMANN\*

#### I. Neuerungen im Überblick

Das HeimAufG<sup>2</sup> – in Kraft seit 1. 7. 2005 – wird durch Art II der Ub-HeimAuf-Nov 2010 erheblich umgestaltet. Die

wichtigsten Neuerungen betreffen die **Befugnis zur Anordnung** von Freiheitsbeschränkungen (FB, § 5), ein von der Meldung einer FB unabhängiges **Zugangsrecht** des Bewohnervertreters (BV, § 9 Abs 1) sowie die gerichtliche Zulässigkeitsklärung einer FB unter **Auflagen** (§ 15 Abs 2). Dieser Beitrag erläutert die gesetzlichen Änderungen und hebt einige de lege ferenda zu klärende Fragen hervor. Die Ub-HeimAuf-Nov 2010 ist mit 1. 7. 2010 in Kraft getreten.<sup>3</sup>

\* Mag. Dr. Gudrun Strickmann ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Abteilung Medizinrecht) der Universität Wien.

<sup>1</sup> BGBl I 2010/18, kundgemacht am 17. 3. 2010. Vgl auch ErlRV 601 und JAB 608 BlgNR 24. GP. Gesetzeszitate beziehen sich auf das HeimAufG idF BGBl I 2010/18.

<sup>2</sup> BGBl I 2004/11 idF BGBl I 2006/94: Die erste Nov 2006 unterwarf nichtstationäre Einrichtungen der Behindertenhilfe dem gesetzlichen Geltungsbereich, vgl *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht (2008) 94 f.

<sup>3</sup> Zum Inkrafttreten der §§ 5 Abs 1 und 2, 17 Abs 3 und 17a zweiter Fall vgl § 22 Abs 2 HeimAufG.



## II. Änderungen im Detail

### A. Voraussetzungen einer Freiheitsbeschränkung

#### 1. Materielle Zulässigkeitsvoraussetzungen

Eine FB darf gem § 4 Z 1 nur vorgenommen werden, wenn der psychisch kranke oder geistig behinderte Bewohner (...) das Leben **oder** die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet. Die Nov korrigiert hiermit eine versehentliche Begriffskumulierung, die bisher eine Gefährdung des Lebens **und** der Gesundheit anderer forderte.<sup>4</sup> Dies widersprach dem Willen des historischen Gesetzgebers, der in seinen Erläuterungen sowohl bei Eigen- als auch bei Fremdgefährdung die Wortfolge „das Leben oder die Gesundheit“ verwendet hatte.<sup>5</sup> Zudem war die Formulierung „und“ insofern unverständlich, als das dadurch implizierte Erfordernis einer Lebensgefährdung eine Schlechterstellung des Schutzes anderer im Vergleich zum Schutz des Patienten selbst bedeutet hätte, bei dem auch eine bloße Gesundheitsgefährdung (bei Erfüllung aller weiterer Kriterien der §§ 4 bis 7) zur Zulässigkeit einer FB ausreicht.

#### 2. Anordnungsbefugnis

Die Reform der Anordnungsbefugnis ist wohl die bedeutendste Neugestaltung des HeimAufG.<sup>6</sup> Orientierte sich die Befugnis, eine FB anzuordnen, bisher an der Organisation der Einrichtungsleitung (ärztliche Abteilungsführung, Einrichtungsleitung oder Aufsicht, Pflegedienst- oder pädagogische Leitung etc), so soll sie in Zukunft je nach **Art der freiheitsbeschränkenden Maßnahme** verschiedenen Berufsgruppen vorbehalten sein (§ 5):

- **Ärzte** sind gem § 5 Abs 1 Z 1 anordnungsbefugt für FB durch **medikamentöse**<sup>7</sup> oder sonstige dem Arzt gesetzlich vorbehaltene Maßnahmen und alle damit in unmittelbarem Zusammenhang erforderlichen FB.<sup>8</sup>
- **Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege**, die von der Einrichtung mit der Anordnung von FB betraut sind, besitzen gem § 5 Abs 1 Z 2 die Anordnungsbefugnis für FB durch Maßnahmen im Rahmen der **Pflege**.<sup>9</sup>
- In Einrichtungen der Behindertenhilfe sind gem § 5 Abs 1 Z 3 die **mit der pädagogischen Leitung betraute Person und deren Vertreter** anordnungsbefugt für FB durch Maßnahmen im Rahmen der **Betreuung**.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Kritisch *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 113 FN 535.

<sup>5</sup> Vgl ErlRV 353 BgNR 22. GP 10.

<sup>6</sup> Vgl ErlRV 601 BgNR 24. GP 6 und 19 ff.

<sup>7</sup> Vgl *Gammer*, Medikamentöse Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG, in *Barth* (Hrsg.), Die Unterbringungs- und Heimaufenthaltsnovelle 2010, iFamZ-Spezial (2010) 46.

<sup>8</sup> Dies bedeutet eine Beschränkung der ärztlichen Anordnungsbefugnis auf Bereiche, die dem Arzt berufsrechtlich vorbehalten sind. Zum Begriff ärztlicher Tätigkeit vgl § 2 ÄrzteG 1998 (s auch § 15 Abs 1 GuKG) und *Wagner-Kreimer*, Anordnung und Dokumentation freiheitsbeschränkender Maßnahmen in Heimen und ähnlichen Einrichtungen, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 35 (36 ff); zu den drei Varianten ärztlicher Anordnungsbefugnis vgl *Barth*, Die Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010 29 (29 f und Abb 1). Zur Kostentragung beigezogener Ärzte vgl unten III.

<sup>9</sup> Eigenverantwortlicher Tätigkeitsbereich iSd § 14 GuKG; vgl *Barth*, Anordnungsbefugnis, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 31 f.

<sup>10</sup> Hier gibt es kein eigenes gesetzliches Berufsrecht (anders: ÄrzteG 1998 und GuKG), weshalb zur Abgrenzung auf den Begriff „Einrichtungen der Behindertenhilfe“ zurückgegriffen wird; vgl *Barth*, Anordnungsbefugnis, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010 32 f; *Lehner*, Heilpädagogische Aufgaben in der Zusammenarbeit mit Pflege und Medizin, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 41.

Die stark verknüpften und gleichwertig nebeneinander stehenden Zuständigkeitsbereiche erfordern eine enge Kooperation zwischen Ärzten, Pflege und Heilpädagogik, um interdisziplinär das jeweils gelindeste Mittel feststellen zu können.<sup>11</sup>

Sofern der Bewohner länger als **48 Stunden** dauernd oder über diesen Zeitraum hinaus wiederholt in seiner Freiheit beschränkt wird, hat der Einrichtungsleiter gem § 5 Abs 2 unverzüglich ein im Zeitpunkt der Vornahme aktuelles **ärztliches Dokument**<sup>12</sup> darüber einzuholen, dass der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet.<sup>13</sup>

#### 3. Verständigungspflicht

§ 7 Abs 2 erweitert die Verständigungspflichten des Einrichtungsleiters. Dieser hat den Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners nicht nur von der FB **und**<sup>14</sup> von deren Aufhebung unverzüglich in Kenntnis zu setzen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, sondern sie auch von einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Freiheitseinschränkung und neuerdings auch von deren **Aufhebung** unverzüglich zu verständigen. Diese Erweiterung der Verständigungspflicht bleibt insofern unvollständig, als die anordnungsbefugte Person den Einrichtungsleiter bezüglich der Aufhebung solcher Freiheitseinschränkungen gem § 7 Abs 1 – wie vor der Nov – nicht in Kenntnis setzen muss, weshalb dieser seiner eigenen Verpflichtung nur unzureichend nachkommen kann.<sup>15</sup>

Vervollständigt wurde hingegen die Verständigungspflicht in § 19 Abs 1: Soll eine länger dauernde FB nicht mit Ablauf der festgesetzten Frist aufgehoben werden, so hat die anordnungsbefugte Person hiervon neben dem Leiter (der in der Folge die Vertreter und die Vertrauensperson verständigen muss) auch in sinngemäßer Anwendung des § 7 Abs 1 erster Satz den Bewohner zu verständigen.<sup>16</sup>

Die Einrichtung hat im Rahmen ihrer technischen Möglichkeiten bei der Kommunikation hinreichende Maßnahmen zur **Datensicherheit** zu treffen (§ 7 Abs 3).<sup>17</sup>

## B. Vertretung

### 1. Bestellter Vertreter

Die bisherige Beschränkung der gewillkürten Vertretung auf nahe Angehörige, Rechtsanwälte und Notare wurde im

<sup>11</sup> Keine übergeordnete Stellung des Arztes bei der Anordnung mehr: vgl *Barth*, Anordnungsbefugnis, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 29. Zur Aufhebung der FB vgl § 5 Abs 4.

<sup>12</sup> Ärztliches Gutachten, ärztliches Zeugnis iSd § 55 ÄrzteG oder sonstige ärztliche Aufzeichnungen iSd § 51 ÄrzteG. Das ärztliche Dokument muss Diagnose und Gefährdungsprognose enthalten: ErlRV 601 BgNR 24. GP 21.

<sup>13</sup> Für Details vgl *Barth*, Anordnungsbefugnis, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 33 f, und *Wagner-Kreimer*, Anordnung und Dokumentation, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 38 ff.

<sup>14</sup> „Oder“ wurde auf „und“ korrigiert: Eine vom Wort „oder“ implizierte Wahlmöglichkeit des Leiters, eine der Verständigungen zu unterlassen, kann dem Gesetz nicht mehr unterstellt werden.

<sup>15</sup> Die unterlassene Änderung von § 7 Abs 1 ist mE als Versehen des Gesetzgebers zu werten, hatten doch die ErlRV ua die Verständigung des Einrichtungsleiters durch den Anordnungsbefugten als iSd Qualitätssicherung notwendig angesehen (vgl ErlRV 601 BgNR 24. GP 22 unter Berufung auf *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 133).

<sup>16</sup> Zur bisherigen Rechtslage kritisch *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 165.

<sup>17</sup> Dies steht, so ErlRV 601 BgNR 24. GP 22, im Einklang mit § 14 DSGVO 2000.



Hinblick auf das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht (§ 284f ABGB idF SWRÄG 2006)<sup>18</sup> aufgehoben.<sup>19</sup> § 8 Abs 1 bietet dem Bewohner die Möglichkeit, **jede Person** zu seinem Vertreter zu bestellen, die über eine auf die Wahrnehmung des Rechts auf persönliche Freiheit lautende schriftliche Vollmacht<sup>20</sup> verfügt und nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis oder einer anderen engen Beziehung zur Einrichtung steht. Die Vertretung nach § 8 Abs 1 stellt funktionell eine Art „Vorsorgevollmacht“ dar,<sup>21</sup> wobei der noch geschäftsfähige Bewohner höchstpersönlich einem Dritten die Vollmacht für die Wahrnehmung seines Rechts auf persönliche Freiheit gibt. Eine Prozessvollmacht für die Vertretung gegenüber dem Gericht kann der Bewohner auch unabhängig vom Vorliegen seiner Geschäftsfähigkeit erteilen, sofern er in der Lage ist, deren Zweck zu erkennen.<sup>22</sup> Zudem kommt ihm trotz psychischer Erkrankung oder geistiger Behinderung selbst die uneingeschränkte Prozessfähigkeit neben einem Vertreter<sup>23</sup> im Gerichtsverfahren zu (vgl die Antragsbefugnis des Bewohners in § 11 Abs 1).<sup>24</sup>

## 2. Bewohnervertreter

§ 8 Abs 2 nimmt entsprechend der aktualisierten Terminologie des § 1 Abs 1 VSPBG idF SWRÄG 2006 unmittelbar auf den Verein Bezug, der für die **Namhaftmachung von Bewohnervertretern (BV)** örtlich zuständig ist – die vormalig komplizierte Verweisungskonstruktion wurde überflüssig.<sup>25</sup> Die gesetzliche Vertretungsbefugnis des jeweiligen Vereins für Bewohnervertretung berührt weder die Geschäftsfähigkeit des Bewohners noch die Vertretungsbefugnis eines anderen<sup>26</sup> Vertreters.

## 3. Zugangsrecht

Die Vertretungsbefugnis des BV ist gem § 8 Abs 2 davon abhängig, dass eine FB vorgenommen oder in Aussicht gestellt wird. Erst zu diesem Zeitpunkt wird der örtlich für eine

Einrichtung zuständige Verein gesetzlicher Vertreter des betroffenen Bewohners. In der Praxis ergaben sich bisweilen Probleme dadurch, dass BV bei schlechter Meldedisziplin und Zutrittsverweigerung durch eine Einrichtung nicht von Beschränkungen und der damit einhergehenden Vertretungsbefugnis Kenntnis erlangen konnten.<sup>27</sup> Die in § 9 Abs 1 genannten Befugnisse des Vertreters – Zugangs-, Befragungs- und Einsichtsrechte – kamen nach ursprünglichem Gesetzeswortlaut (§ 9 Abs 1 idF BGBl I 2004/11) dem bestellten Vertreter oder BV zu. Schon bei verfassungskonformer Interpretation der bisherigen Rechtslage durfte dem BV nicht unter Berufung auf seine mangelnde Vertretungsbefugnis der Zugang zu einer dem HeimAufG unterliegenden Einrichtung verwehrt werden:<sup>28</sup> Zur Gewährleistung eines **effektiven und zugänglichen Rechtsschutzes** iSd Art 6 Abs 1 PersFrG mussten die genannten Befugnisse bereits dem nur in abstracto zuständigen BV zukommen, damit sich dieser selbst vom Vorliegen oder Fehlen seiner Vertretungsbefugnis überzeugen und im Fall einer FB weiter tätig werden konnte.

Zur Verdeutlichung und Stärkung des Rechtsschutzes im antragsgebundenen Gerichtsverfahren<sup>29</sup> verankert die Nov die Befugnisse des in abstracto zuständigen BV in § 9 Abs 1: Die Zugangs-, Befragungs- und Einsichtsrechte kommen bereits den für die Einrichtung **namhaft gemachten Bewohnervertretern** zu, womit sie explizit vom Vorliegen der Vertretungsbefugnis für einen konkreten Bewohner entkoppelt wurden. Dies stärkt die Stellung der Bewohnervertretung gegenüber den Einrichtungen und somit die Effektivität des Rechtsschutzes für die Bewohner.

## C. Gerichtliche Überprüfung

Das gerichtliche Überprüfungsverfahren erfährt eine Reihe von Änderungen:

- § 12 Abs 1 über die **Anhörung** des Bewohners (bzw § 14 Abs 1 zur **mündlichen Verhandlung**) sieht weiterhin die Anhörung (bzw Ladung) der Person vor, die die FB angeordnet hat, legt die Beziehung des Arztes, der das Dokument iSd § 5 Abs 2<sup>30</sup> errichtet hat, aber in das Ermessen des Gerichts – dies stellt insb eine Erleichterung für einrichtungsexterne, freiberuflich tätige Ärzte dar. Neben dem Bewohner hat das Gericht auch seine<sup>31</sup> Vertreter, seine Vertrauensperson sowie den Leiter der Einrichtung<sup>32</sup> zu hören.
- In § 13 Abs 2 bzw § 15 Abs 3 wird das **Rekursrecht des Einrichtungsleiters** gegen die Unzulässigerklärung einer FB klargestellt: Das Gesetz sieht – wie von der

<sup>18</sup> Vgl zur Vorsorgevollmacht Ganner in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup> (2010) 345 ff.

<sup>19</sup> Die Beschränkung kritisierend Zierl, Heimrecht (2004) 150 ff mwN; für eine weite Auslegung auch Barth/Engel, Heimrecht (2004) 54 f Anm 2, und Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 134 f; zum weiten Angehörigenbegriff im UbG Kopetzki, Unterbringungsrecht II (1995) 568 FN 3591.

<sup>20</sup> Schriftlichkeit iSd § 886 ABGB („Unterschriftlichkeit“) genügt: vgl ErlRV 601 BlgNR 24. GP 22.

<sup>21</sup> So bereits vor Verabschiedung des SWRÄG Barth/Engel, Heimrecht 53 f Anm 1.

<sup>22</sup> „Gebrauch der Vernunft“ iSd § 865 ABGB, hierzu Rummel in Rummel, ABGB<sup>3</sup> (Stand 2003) § 865 Rz 3. Vgl zur Prozessvollmacht im UbG Kopetzki, Unterbringungsrecht II 746 f und FN 4606; ders, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> (2005) 162 f Rz 519.

<sup>23</sup> Sicherstellung einer effektiven Haftprüfung iSd Art 6 Abs 1 PersFrG – erforderlichenfalls auch ohne Initiative des typischerweise eingeschränkt Handlungsfähigen – durch Beigabe von Vertretern: vgl Kopetzki in Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht III (Stand 2002) Art 6 PersFrG Rz 35; Barth/Engel, Heimrecht 68 f Anm 5; Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 144 ff.

<sup>24</sup> Vgl Kopetzki in Korinek/Holoubek, Verfassungsrecht III, Art 6 PersFrG Rz 37. „Gebrauch der Vernunft“ als Grenze der Prozessfähigkeit, vgl Barth/Engel, Heimrecht 57 f Anm 7.

<sup>25</sup> Vgl Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 139 FN 671. Nach der Ub-HeimAuf-Nov 2010 erhält auch die Patientenanwaltschaft (vgl §§ 13, 14 UbG) eine neue Vertretungskonstruktion – nicht mehr der einzelne Patientenanwalt, sondern die juristische Person des Vereins ist vertretungsbefugt (vgl § 8 Abs 2 HeimAufG und § 279 Abs 3 ABGB): Nachweis bei Engel, Die Änderungen im Unterbringungsgesetz durch die Ub-HeimAuf-Nov 2010, iFamZ 2010, 202 (204).

<sup>26</sup> Die Streichung des Wortes „gesetzlichen“ stellt klar, dass trotz Vertretungsbefugnis des BV iSd § 8 Abs 2 die Vertretungsbefugnisse anderer (gesetzlicher sowie auch iSd § 8 Abs 1 bestellter) Vertreter aufrecht bleiben. Der bestellte Vertreter ist dem BV auch in Hinblick auf die in § 9 Abs 1 genannten Rechte gleichgestellt.

<sup>27</sup> Kann der BV aufgrund dessen keinen freiheitsbeschränkten Bewohner konkret benennen, vereitelt dies auch die gerichtliche Überprüfbarkeit: vgl hierzu Strickmann, Heimaufenthaltsrecht 141 f.

<sup>28</sup> In diesem Sinn auch ErlRV 601 BlgNR 24. GP 23.

<sup>29</sup> Vgl Kopetzki in Korinek/Holoubek, Verfassungsrecht III, Art 6 PersFrG Rz 35 und 60.

<sup>30</sup> Ärztliches Gutachten, Zeugnis etc über das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen iSd § 4 Z 1.

<sup>31</sup> Bisher: „seinen Vertreter“.

<sup>32</sup> Die Ladung des Leiters war in BGBl I 2004/11 erst für die mündliche Verhandlung (§ 14) vorgesehen. Verbindet das Gericht die Anhörung mit dieser (§ 12 Abs 2), so ist nun die Anwesenheit des Leiters gesichert, aber weiterhin auf die obligatorische Beziehung eines Sachverständigen iSd § 14 Abs 3 zu achten.



Rsp<sup>33</sup> bereits de lege lata anerkannt – ausdrücklich vor, dass eine Verweigerung der aufschiebenden Wirkung das Rekursrecht unberührt lässt.

- Die mündliche Verhandlung, in der alle anwesenden Personen<sup>34</sup> auf möglichst Schonung des Bewohners zu achten haben, ist grundsätzlich **öffentlich** (§ 14 Abs 2 dritter Satz iVm § 19 AußStrG).<sup>35</sup> Das Gericht kann die Öffentlichkeit – neben den Gründen in § 19 Abs 2 und 3 AußStrG – ausschließen, wenn das Interesse des Bewohners es erfordert, oder muss dies tun, wenn er oder sein Vertreter es verlangen (§ 14 Abs 2 vierter und fünfter Satz).
- Das Gericht kann die Zulässigerklärung einer FB erforderlichenfalls an **Auflagen** knüpfen (§ 15 Abs 2 zweiter Satz).<sup>36</sup> So kann zB eine FB zum Zweck der Gefahrenabwehr so lange aufrechterhalten werden, bis die Einrichtung binnen angemessener Frist moderne Pflegebehelfe anschaffen und damit weniger eingreifende Sicherungsmaßnahmen setzen kann.<sup>37</sup>
- Bei einer Unzulässigerklärung einer noch aufrechten FB durch das Rekursgericht sieht § 17 Abs 3 (vgl § 29 Abs 3 UbG) dessen Pflicht zur **Verständigung** des Einrichtungsleiters und des BV vor, um die FB unverzüglich aufheben zu können.
- § 17a regelt das **Revisionsrekursverfahren** analog zu § 29a UbG in einem eigenen Paragraphen – inhaltlich ergibt sich keine Änderung.
- Der eingefügte § 19a sieht – ebenso wie § 38a UbG – ausdrücklich die **nachträgliche Überprüfung** vor:<sup>38</sup> Der Bewohner und sein Vertreter haben auch dann die Möglichkeit, die Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit einer Freiheitsbeschränkung zu beantragen, wenn die FB schon vor der Beantragung einer gerichtlichen Überprüfung iSd § 11 aufgehoben wurde.<sup>39</sup> Nachträgliche Überprüfungsanträge unterliegen speziellen Verfahrensbestimmungen, da die Dringlichkeit des Ver-

fahrens mangels einer noch aufrechten FB wegfällt: Keine Erstanhörung, bloß fakultative Beiziehung eines Sachverständigen, keine Fristen für die Durchführung der Verhandlung oder Ausfertigung der Entscheidung, gelockerte Vorschriften zum Rekurs des Einrichtungsleiters etc.

### III. Ausblick

Die Ub-HeimAuf-Nov 2010 stellt die erste umfangreiche Reform des HeimAufG dar. Die Novelle spricht folgende relevante Rechtsfragen nicht an, die de lege ferenda einer Regelung bedürfen:

- Trotz Neuregelung der Anordnung bleibt die **Kostentragung** gesetzlich ungeklärt, von wem und in welcher Höhe beigezogene Ärzte ohne Dienstverhältnis zur Einrichtung für ihre Tätigkeit iSd § 5 Abs 1 Z 1 entlohnt werden sollen.<sup>40</sup>
- Weiterhin verabsäumt das HeimAufG, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt (konkret: freiheitsbeschränkendem Zwang) beliehenen anordnungsbefugten Personen mit einer einfachgesetzlich normierten **Weisungsbindung** (vgl Art 20 Abs 1 B-VG) an oberste Bundesorgane auszustatten, wie die ständige Rsp des VfGH es fordert.<sup>41</sup>
- Noch immer sieht § 24 Abs 1 undifferenziert eine verschuldensabhängige Haftung des Bundes für Schäden in Vollziehung des HeimAufG vor, obwohl der **Schadenersatz** bei Schäden durch rechtswidrige freiheitsentziehende Maßnahmen gem Art 7 PersFrG **verschuldensunabhängig** zuzusprechen ist.<sup>42</sup>

Ob die veränderte Anordnungsbefugnis, das gestärkte Zugangsrecht des BV und die Zulässigerklärung einer FB unter Auflagen die gewünschten Effekte erzielen,<sup>43</sup> wird die Erfahrung der kommenden Jahre zeigen. ■

<sup>33</sup> OGH 30. 10. 2008, 2 Ob 198/08v, iFamZ 2009/78, 104 = RdM-LS 2009/13; vgl *Barth/Engel*, Heimrecht 87 Anm 8, *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 157 f. Auch §§ 20, 26 UbG werden entsprechend geändert – die Rsp zum UbG war bisher vom HeimAufG abgewichen; kritisch *Kopetzki*, Grundriss 113 Rz 352; vgl ErlRV 601 BlgNR 24. GP 11 f und 23.

<sup>34</sup> Zuvor: „die anderen an der Verhandlung Beteiligten“.

<sup>35</sup> Schon gem § 11 Abs 3 sind vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Verfahren die allgemeinen Bestimmungen des AußStrG anzuwenden.

<sup>36</sup> Vgl ErlRV 601 BlgNR 24. GP 24; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 155 f.

<sup>37</sup> ZB Niedrigpflegebett statt Seitenteilen – so bereits die Rsp: LG St. Pölten 21. 4. 2006, 10 R 20/06b, iFamZ 2006/56 (*Kopetzki* zum Eintritt eines „subjektiven Elements“ in die Verhältnismäßigkeitsprüfung); LG Salzburg 28. 11. 2005, 21 R 539/05v, EFSlg 111.463–111.467. Vgl *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 116 ff (118 FN 555).

<sup>38</sup> Bereits jetzt ständige Rsp: LGZ Wien 17. 2. 2006, 44 R 81/06x, iFamZ 2006/13; vgl ErlRV 601 BlgNR 24. GP 19 und 24 f mwN.

<sup>39</sup> Vgl im Detail *Jelinek*, Die nachträgliche Überprüfung im UbG und HeimAufG, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 15. Bei Aufhebung der FB nach Antragstellung, aber vor der Entscheidung iSd § 13 ist das reguläre Verfahren fortzusetzen: vgl ErlRV 601 BlgNR 24. GP 25.

<sup>40</sup> Vgl OLG Linz 11. 6. 2007, 2 R 52/07s, iFamZ 2008/15 = RdM 2007/107 (*Herdega*); *Zierl*, Die ärztliche Anordnung von Freiheitsbeschränkungen gemäß HeimAufG, iFamZ 2006, 210; *Zeinhofner*, Zur Kostentragung bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, iFamZ 2010, 26; *Herdega*, Die Kostentragung von ärztlichen Anordnungen bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz, RdM 2010, 75; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 125 ff; zur „sozialpartnerschaftlichen Lösung“ *Herdega/Wallner*, Honorierung ärztlicher Leistungen nach dem HeimAufG, in *Barth*, Ub-HeimAuf-Nov 2010, 44.

<sup>41</sup> Vgl VfGH 14. 3. 1996, B 2113/94 ua, VfSlg 14.473/1996 (*Austro Control*); 12. 12. 2001, G 269/01 ua, VfSlg 16.400/2001 (*Bundeswertpapieraufsicht*) etc; *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz: ein erster Überblick, ZfV 2004/1229, 590 (591); *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang. Verfassungsrechtliche Bedingungen privater Eingriffsgewalt (2004) 367 f, *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 49 ff (54 ff mwN); zum UbG *Kopetzki*, Grundriss 3 Rz 4.

<sup>42</sup> Eine verfassungskonforme Interpretation (teleologische Reduktion um das Wort „schuldhaft“) ist zwar möglich, ein differenzierender Wortlaut sollte aber legitimes Ziel bleiben: vgl *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht 167 f; *Kopetzki* in *Korinek/Holoubek*, Verfassungsrecht III, Art 7 PersFrG Rz 3, 13 und 20.

<sup>43</sup> ErlRV 601 BlgNR 24. GP 1 und 6 f.