

## Vorblatt

### Probleme

Das Unterbringungsgesetz ist seit 1. Jänner 1991, also seit über 18 Jahren nahezu unverändert in Kraft. Geänderte Rahmenbedingungen tatsächlicher und rechtlicher Art und die gesammelten Erfahrungen der Anwendungspraxis machen nun eine erste größere Anpassung des Gesetzes erforderlich. In manchen Fällen führt eine allzu frühe Beendigung der Unterbringung zum Abbruch einer im Interesse des Patienten dringend gebotenen Behandlung. Aufgrund der fortschreitenden Dezentralisierung der Psychiatrie und einem Ärztemangel unter den Psychiatern stößt das Erfordernis einer unverzüglichen Aufnahmeuntersuchung durch einen zweiten Facharzt auf erhebliche Schwierigkeiten. Der Rechtsschutz bei Beschränkungen sonstiger Rechte hat sich aufgrund der taxativen Aufzählung der Gerichtskompetenzen als unzureichend erwiesen. Auch die Fortentwicklung der Rechtsprechung und vergangene Novellen anderer Gesetze führen zu einem gewissen Änderungsbedarf, vor allem im Verfahrensrecht.

Im Anwendungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes ist in der Praxis das Problem aufgetreten, dass Ärzte die Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen aus verschiedenen Gründen ablehnen, sei es wegen Unklarheiten über die Honorierung, sei es, weil sie sich zur Beurteilung der pflegerischen bzw. pädagogischen Implikationen nicht in der Lage sehen, oder sei es, dass für sie die zwingende Teilnahme an der gerichtlichen Erstanhörung und der mündlichen Verhandlung zu zeitaufwändig ist. Daneben besteht wie im UbG insbesondere im Bereich des Verfahrensrechts punktuell Änderungsbedarf.

### Ziele

Das UbG und das HeimAufG sind an die geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Erforderlichenfalls soll es – unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit – möglich sein, Patienten im Rahmen der Unterbringung „auszubehandeln“, auch wenn die Gefährdung, die zur Unterbringung geführt hat, aufgrund einer bereits erreichten Besserung nicht mehr so akut ist. Die Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen nach dem HeimAufG soll der jeweils kompetenten Berufsgruppe (Ärzte, Pflege, Pädagogik) zugeordnet werden. Formvorschriften, die sich als wenig effektiv im Rechtsschutz erwiesen haben und gleichzeitig die Anwendungspraxis unverhältnismäßig erschweren, sollen abgemildert werden. Rechtsschutzlücken sollen geschlossen werden.

### Inhalte

#### Im UbG

- soll unter Beibehaltung der Voraussetzungen dafür, dass eine Unterbringung begonnen werden darf, klargestellt werden, dass eine erfolversprechende Weiterführung der Unterbringung nicht vom Fortbestand einer akuten Gefährdung im Sinne eines unmittelbar bevorstehenden Schadenseintritts abhängt; der Begriff der „ernsten und erheblichen Gefährdung“ soll also während der Dauer der Unterbringung einer gewissen dynamischen Anpassung im Lichte des bereits eingetretenen und noch zu erwartenden Behandlungserfolgs unterliegen;
- soll ein zweites ärztliches Aufnahmezeugnis nur mehr auf Verlangen (bis zum Mittag des folgenden Werktags) erstellt werden müssen;
- soll die Vertretung der Patienten durch den örtlich zuständigen Verein erfolgen;
- wird eine Generalklausel zur Kontrolle sonstiger, bisher nicht ausdrücklich im UbG geregelter Rechtsbeschränkungen geschaffen;
- sollen verschiedene terminologische Anpassungen erfolgen.

#### Im HeimAufG

- soll die Befugnis zur Anordnung von Freiheitsbeschränkungen neu geregelt werden;
- soll ausdrücklich festgehalten sein, dass das Zugangsrecht des Bewohnervertreeters nicht von der Meldung einer Freiheitsbeschränkung abhängig ist;
- ist die Anhörung bzw. Ladung der anordnungsbefugten Person in das Ermessen des Gerichts zu stellen;
- soll den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt werden, die Zulässigerklärung einer Freiheitsbeschränkung an die Erfüllung von Auflagen zu knüpfen.

In beiden Gesetzen ist nun ausdrücklich die Überprüfung einer bereits aufgehobenen Unterbringung bzw. Freiheitsbeschränkung vorgesehen. Weiters werden Anpassungen aufgrund der Reformen des Sachwalterrechts bzw. – im Zusammenhang mit dem UbG – des Außerstreitverfahrens vorgenommen. Schließlich werden punktuell verfahrensrechtliche Bestimmungen abgeändert; aus Gründen der

Rechtseinheit wird dabei so weit wie möglich auf einen Gleichklang zwischen UbG und HeimAufG geachtet.

#### **Alternativen**

Es bestehen keine Alternativen, mit denen die aufgezeigten Reformziele in gleicher Weise verwirklicht werden könnten.

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

Das Vorhaben wird sich auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort nicht auswirken.

#### **Finanzielle Auswirkungen**

Durch das Vorhaben, bei der Anordnung der Unterbringung ein (obligatorisches) fachärztliches Zeugnis genügen zu lassen, während eine zweite Aufnahmeuntersuchung nur auf Verlangen bis zum Mittag des folgenden Werktags zu erstellen sein soll, reduziert sich die Zahl der in psychiatrischen Abteilungen nötigen ärztlichen Nacht- und Wochenenddiensten bzw. -bereitschaften deutlich. Die Länder in ihrer Funktion als Träger von Krankenanstalten werden dadurch finanziell entlastet. Als Träger von Alten- und Pflegeheimen oder anderen dem HeimAufG unterworfenen Einrichtungen werden sie von der Neuregelung der Befugnis zur Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen profitieren, da diese in Zukunft vielfach eigenen Bediensteten vorbehalten sein wird; zum Nachweis des Vorliegens einer psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung kann auf bereits vorliegende ärztliche Aufzeichnungen zurückgegriffen werden.

Die übrigen vorgeschlagenen Neuerungen sind – in der Summe ihrer Auswirkungen – weitgehend kosten- und aufwandneutral. Dies gilt für das HeimAufG wohl generell; im Bereich des UbG kann die Anpassung des Gefährdungsbegriffs während der Dauer der Unterbringung in Relation zum Behandlungserfolg in Einzelfällen zu einer längeren Dauer der Unterbringung und damit zu Mehrkosten für den Bund führen. Es sollte sich aber dadurch jeweils die Gefahr deutlich verringern, dass es nach Beendigung der Unterbringung bald zu einer neuerlichen Unterbringung oder auch zur Verwirklichung eines Straftatbestands mit anschließendem Strafverfahren bis hin zum möglichen Maßnahmenvollzug kommt. In Summe wird daher davon ausgegangen, dass die Änderung des § 3 UbG längerfristig eher zu einer Verringerung der vom Bund insgesamt zu tragenden Kosten führen wird. Eine genaue Abschätzung ist hier aber naturgemäß nicht möglich.

Einen gewissen Mehraufwand bei den Gerichten wird die vorgeschlagene Generalklausel zur Überprüfung sonstiger Beschränkungen (§ 34a UbG des Entwurfs) bewirken. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen (etwa mit der Praxis bei Beschränkungen und Behandlungen nach §§ 33 ff UbG oder auch im Bereich des HeimAufG), dass antragsgebundene Überprüfungsverfahren nur vergleichsweise selten eingeleitet werden (bundesweit jährlich ca. 100 Verfahren nach §§ 33 bis 38 UbG und 200 Verfahren nach HeimAufG), wird jedoch davon ausgegangen, dass dieser Mehraufwand nicht einmal das Ausmaß einer einzigen vollen Richterkapazität erreicht. Dem gegenüber steht eine geringfügige Aufwandsparnis (und Kostenersparnis für den Bund) durch den Entfall des zweiten obligatorischen Sachverständigengutachtens bei längerfristigen Unterbringungen (§ 30 Abs. 2a UbG des Entwurfs).

#### **Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen**

Es sind keine neuen Informationsverpflichtungen für Unternehmen vorgesehen.

#### **Sonstige Auswirkungen**

Durch die verbesserte Möglichkeit, psychische Krankheiten im Rahmen der Unterbringung „auszubehandeln“ und eine nachhaltigere Stabilisierung zu erreichen, sollten in der Folge seltener schlimme Akutphasen auftreten. Da solche Krankheitsschübe oft krisenhafte Entwicklungen der sozialen Beziehungen der psychisch Kranken nach sich ziehen, sollte deren Verringerung im Allgemeinen zu einer Verbesserung der Lebensqualität psychisch Kranker und zur Verringerung ihrer Stigmatisierung in der Gesellschaft beitragen.

Der Entfall der (bisher in jedem Fall zwingend vorgesehenen unverzüglichen) zweiten psychiatrischen Aufnahmeuntersuchung sollte bewirken, dass die psychiatrischen Fachärzte weniger Zeit für Nacht-Wochenend- und Feiertagsbereitschaften aufwenden müssen und daher mehr Zeit haben, sich (untertags an Werktagen) den vielfältigen Aspekten einer umfassenden psychiatrischen Behandlung der Patienten zu widmen. Dies sollte sich auf die Qualität der Behandlung und das Arzt-Patienten-Verhältnis positiv auswirken.

Durch die Neuregelung der Anordnungsbefugnis sollen freiheitsbeschränkende Maßnahmen von Angehörigen jener Berufsgruppen verantwortet werden, deren Kompetenz angesprochen ist; ärztliche Maßnahmen sind von Ärzten, pflegerische Maßnahmen sind von Angehörigen des gehobenen Dienstes

der Gesundheits- und Krankenpflege und Maßnahmen pädagogischer Natur sind von der pädagogischen Leitung der Einrichtung anzuordnen. Es ist zu erwarten, dass diese Klarstellung eine Entlastung im Verhältnis Arzt und Pflege bzw. Pädagogik mit sich bringt, von der letztlich auch die Bewohner profitieren.

#### **Aspekte der Deregulierung**

Aspekte der Deregulierung, wie sie Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001 anspricht, stehen dem Vorhaben nicht entgegen.

#### **Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens**

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

#### **Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union**

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

#### **Kompetenz**

Die Kompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen). Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 28.6.2003, G 208/02, VfSlg 16.929/2003, klargestellt hat, ist die Regelung freiheitsbeschränkender Maßnahmen zur Abwehr krankheitsbedingter Gefahren diesem Kompetenztatbestand zuzuordnen und daher in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache.

## Allgemeiner Teil

### 1. Einleitung

Das österreichische Recht kennt schon seit dem Ende des 18. Jahrhunderts Vorschriften über freiheitsentziehende Maßnahmen an psychisch Kranken, die im Laufe der Zeit einem starken Wandel hin zu einem generell höheren Schutzniveau unterworfen waren. Das im Jahr 1990 erlassene, am 1. Jänner 1991 in Kraft getretene Unterbringungsgesetz fasste die zuvor zersplitterten Rechtsvorschriften in einem Gesetz zusammen und schuf in Entsprechung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des PersFrG 1988 für die Anordnung, den Vollzug und die gerichtliche Überprüfung der Unterbringung psychisch Kranker ein Regelwerk, das in der Literatur im allgemeinen durchwegs als gelungen bezeichnet wird und den internationalen Vergleich nicht zu scheuen braucht (vgl. etwa *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I, 22 ff; *Pommer*, Unterbringung im Rechtsvergleich [2003]; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht [2008] 25 ff).

Mit dem in vielen Formulierungen an das UbG angelehnten Heimaufenthaltsgesetz, das am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist, wurde der Rechtsschutz gegenüber Freiheitsbeschränkungen über den Kreis der psychiatrischen Einrichtungen im Sinne des § 2 UbG hinaus auch in Alten- und Pflegeheimen, Behinderteneinrichtungen und ähnlichen Einrichtungen etabliert und damit eine zuvor bestehende Lücke geschlossen.

### 2. Problemstellungen und Entstehung des Entwurfs

Aus Anlass des 15-jährigen Bestehens des UbG hat am 29.11.2006 im Bundesministerium für Justiz die Veranstaltung „15 Jahre Unterbringungsgesetz – kritische Würdigung, politische Perspektiven“ stattgefunden. Vertreter der Wissenschaft, der Ärzteschaft, der Patientenanwaltschaft, der Angehörigen und der Richterschaft sowie ein Psychiatrieerfahrener haben über Erfahrungen der Anwendungspraxis und Reformfordernisse referiert und diskutiert. Die Fachtagung ist auf sehr großes Interesse gestoßen; mehrere Beiträge wurden in der „Interdisziplinären Zeitschrift für Familienrecht“ (iFamZ) publiziert (*Kopetzki*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz - Eine kritische Würdigung, iFamZ 2007, 22; *Gross*, 1991-2006, Neue Entwicklungen der Psychiatrie bewirken neue UbG-Perspektiven – Ein psychiatrischer Erfahrungsbericht, iFamZ 2007, 25; *Geretsegger*, Problemfelder im UbG aus psychiatrischer Sicht – Diskussion und Lösungsansätze, iFamZ 2007, 28; *Beermann*, UbG: Praktische Perspektiven der Patientenanwaltschaft – Eine Bilanz zu 15 Jahren Unterbringungsgesetz, iFamZ 2007, 31; *Kovar*, Praktische Perspektiven aus Sicht eines Exekutivbeamten, iFamZ 2007, 32; *Engel*, Anpassungserfordernisse im Unterbringungsrecht – Eine Bestandsaufnahme aus Sicht eines Unterbringungsrichters, iFamZ 2007, 33; *Ladinsler*, Das UbG aus Sicht der Angehörigen, iFamZ 2007, 35; *Forster/Kinzl*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz - Eine kritische Würdigung aus sozialwissenschaftlicher Sicht, iFamZ 2007, 294). Ganz überwiegend wurde die Auffassung vertreten, dass sich das UbG in der Praxis sehr gut bewährt habe, in einigen Details aber durchaus bereits Anpassungsbedarf bestehe. So wurde die Sinnhaftigkeit der zweiten obligatorischen Aufnahmeuntersuchung in Frage gestellt und im Hinblick auf die Dezentralisierung der Psychiatrien problematisiert. Auch die bisher unterbliebene Angleichung des Gesetzes an die Reformen des Sachwalterrechts und des Außerstreitverfahrens sowie bestimmte Aspekte des Rechtsmittelverfahrens wurden kritisiert. Aufgezeigt wurde außerdem, dass die taxative Aufzählung der Gerichtskompetenzen im Bereich sonstiger – im Gesetz bisher nicht erwähnter – Rechtsbeschränkungen zu Rechtsschutzlücken führt.

In der Folge hat das Bundesministerium für Justiz Vertreter der beteiligten Kreise zur Teilnahme an einer Arbeitsgruppe eingeladen, in welcher ein – im Verlauf der Sitzungen zunehmend ausgebauter – Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz für eine Novelle des Unterbringungsgesetzes erörtert wurde. Da sich einige Mitglieder der Arbeitsgruppe für eine behutsame Modifikation des Gefährdungsbegriffs ausgesprochen haben, um eine begonnene Behandlung zum Abschluss bringen zu können und einen „Drehtüreffekt“ zu vermeiden, wurde der Arbeitsgruppe vom Bundesministerium für Justiz zusätzlich ein Vorschlag für einen neuen Abs. 2 des § 3 UbG vorgestellt. Im Mai 2009 hat sich auch ein Arbeitskreis des österreichischen Familienrichtertags den Reformfordernissen im Unterbringungsrecht gewidmet.

Parallel dazu hat sich eine eigene Arbeitsgruppe im Bundesministerium für Justiz mit den Anpassungserfordernissen im Heimaufenthaltsgesetz befasst.

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse beider Arbeitsgruppen wurde schließlich der vorliegende Ministerialentwurf ausgearbeitet.

### 3. Inhaltliche Schwerpunkte des Reformvorhabens

a) Vor allem von Ärzten und Angehörigen psychisch Erkrankter wird häufig kritisiert, dass begonnene Unterbringungen zu frühzeitig wieder aufgehoben werden müssten, weil nach Eintritt erster Behandlungserfolge die akute Gefährdung zurücktrete und damit die gesetzlichen Unterbringungsvoraussetzungen nicht mehr kumulativ vorlägen. Oft sei der Patient zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht stabilisiert und setze verordnete Medikamente bald nach der Entlassung wieder ab, sodass neuerliche akute Verschlimmerungen der Krankheit und damit einhergehende Gefährdungen fast vorprogrammiert seien. Wenn dieser Fall eintrete, müsse der Patient neuerlich untergebracht werden. In diesem Zusammenhang ist oft von einer – angeblich durch das Unterbringungsgesetz bedingten – „**Drehtürpsychiatrie**“ die Rede. Beklagt wird auch, dass die Einführung des Unterbringungsgesetzes und die dadurch bedingte Verringerung der Dauer von Unterbringungen in psychiatrischen Krankenanstalten psychisch Kranke unnötigerweise in den Bereich des strafrechtlichen Maßnahmenvollzugs verlagert habe: wegen der strengen gesetzlichen Voraussetzungen für eine Unterbringung in der Psychiatrie komme es häufiger dazu, dass psychisch Kranke (im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit) Straftaten begingen und letztlich im strafrechtlichen Maßnahmenvollzug angehalten werden müssten.

Wenngleich die gesetzlichen Unterbringungsvoraussetzungen sicher nicht die einzige Ursache für derartige Phänomene sind, soll doch versucht werden, einer allzu rigiden Auslegung durch eine behutsame Gesetzesänderung einen Riegel vorzuschieben: Vorgeschlagen wird daher, in einem neuen zweiten Absatz des § 3 UbG zu normieren, dass ein Zurücktreten der akuten Gefährdung infolge einer während der Unterbringung eingetretenen Besserung für sich allein noch nicht die Unzulässigkeit der Fortführung zur Folge hat. Vielmehr soll im Lichte des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** abzuwägen sein, ob die Dauer und Intensität der Freiheitsbeschränkung im Verhältnis zu dem noch zu erwartenden Behandlungserfolg und der Gefahrenabwehr noch angemessen sind.

b) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des UbG fanden die Unterbringungen größtenteils in größeren Sonderkrankenanstalten für Psychiatrie statt, in denen schon aufgrund der Anzahl der dort betreuten Patienten auch während der Nacht und an Wochenenden zumindest zwei Fachärzte für Psychiatrie anwesend waren. Seither besteht jedoch ein ständig fortschreitender Prozess der **Dezentralisierung** der Psychiatrien; es werden laufend kleinere, dezentrale psychiatrische Abteilungen eröffnet, die oft allgemeinen Krankenanstalten angeschlossen sind. Diese Dezentralisierung ist aus mehreren Gründen begrüßenswert: Die Patienten können dadurch in größerer Nähe zu ihrem gewöhnlichen Wohnort behandelt werden, sodass es leichter möglich ist, die Kontakte zu ihrem sozialen Umfeld (etwa durch Besuche von Angehörigen) aufrechtzuerhalten. Der Aufenthalt in einer psychiatrischen Abteilung eines allgemeinen Krankenhauses wirkt überdies wesentlich weniger stigmatisierend als der Aufenthalt in einer Sonderkrankenanstalt für Psychiatrie, was häufig die Bereitschaft der Patienten, sich freiwillig in stationäre Behandlung zu begeben, erhöht. Dies kann zur Verringerung der Zahl und Dauer der Unterbringungen beitragen.

In diesen kleineren psychiatrischen Abteilungen stößt die Einhaltung der in § 10 UbG normierten verpflichtenden unverzüglichen zweiten Aufnahmeuntersuchung jedoch auf Schwierigkeiten. Eine ständige Anwesenheit zweier Fachärzte (auch während der Nacht, an Wochenenden und Feiertagen) in Abteilungen, in denen oft nur wenige Unterbringungen pro Jahr erfolgen (weil die überwiegende Zahl der dort aufgenommenen Patienten auf freiwilliger Basis behandelt wird), wäre ein unverhältnismäßiger Aufwand und wegen des herrschenden **Mangels an psychiatrischen Fachärzten** kaum zu bewerkstelligen. Wird das nach geltendem Recht obligatorische zweite Aufnahmezeugnis allerdings erst am nächsten Werktag erstellt, ist trotz der relativ flexiblen Auslegung in der Rechtsprechung überaus fraglich, ob dies noch als „unverzüglich“ im Sinne des (geltenden) § 10 UbG angesehen werden kann.

Überdies wird die Mehrzahl der Untersuchungen, die ein Patient im Vorfeld einer Unterbringung über sich ergehen lassen muss (den beiden Aufnahmeuntersuchungen gehen oft schon Untersuchungen durch den Hausarzt oder einen niedergelassenen Facharzt und einen im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt (§ 8 UbG) voran), von vielen Patienten auch als Belastung erlebt.

Demgegenüber hat die Praxis gezeigt, dass der aus der zweiten Aufnahmeuntersuchung resultierende Gewinn an Rechtsschutz sehr bescheiden ausfällt. Fälle, in denen das erste Zeugnis positiv, das zweite aber negativ ausfällt und es daher zu keiner Unterbringung kommt, sind sehr selten. Dennoch kann die zweite Untersuchung in manchen Fällen sinnvoll sein; ist der Widerstand des Patienten gegen die Entscheidung des ersten Facharztes besonders groß oder handelt es sich um einen schwer zu beurteilenden Grenzfall, kann die Einholung einer zweiten fachärztlichen Meinung das Arzt-Patienten-Verhältnis und den Erstuntersucher durchaus entlasten.

Vorgeschlagen wird daher, dass eine **zweite Aufnahmeuntersuchung** samt Erstellung eines zweiten fachärztlichen Zeugnisses künftig **nur mehr auf Verlangen** des Kranken, seines Vertreters oder des

Erstuntersuchers vorgenommen werden muss, und zwar spätestens am Vormittag des jeweils nächstfolgenden **Werktags**. Dadurch erübrigt sich in kleineren Einrichtungen das Erfordernis der (zumindest) Erreichbarkeit eines zweiten Facharztes in der Nacht, an Wochenenden und an Feiertagen. Gleichzeitig bleibt aber das „Vier-Augen-Prinzip“ in jenen Fällen, in denen ein Bedarf besteht, erhalten. Möglicherweise erfährt die Zweituntersuchung dadurch sogar eine gewisse Aufwertung, weil es sich nicht mehr um einen in jedem Fall erforderlichen „Routinevorgang“ handelt. Jenen Patienten, für die die Zweituntersuchung vor allem eine Belastung darstellt und die daher keine solche wünschen, bleibt sie erspart.

c) Die **Vertretung der Patienten** durch Patientenanwälte war eine wesentliche Errungenschaft des Unterbringungsgesetzes und hat sich in der Praxis bestens bewährt. Sie soll daher natürlich beibehalten werden. Während allerdings im UbG diese Vertretung bisher unmittelbar durch einen individualisierten Patientenanwalt erfolgte, wurde in jüngeren Gesetzen in verwandten Rechtsgebieten, namentlich im Heimaufenthaltsgesetz und im Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, das flexiblere Modell der Vertretung durch einen Verein eingeführt. Dieses System soll nun – wegen der größeren Flexibilität und im Interesse der Einheit der Rechtsordnung – auch auf das UbG erstreckt werden: Künftig werden die Patienten also unmittelbar durch den örtlich zuständigen **Verein für Patientenanwaltschaft** vertreten, der diese Vertretung wiederum durch Patientenanwälte ausübt. An der Praxis der Vertretung der Patienten wird sich daran voraussichtlich kaum etwas ändern, da es schon bisher zulässig und auch üblich war, dass ein Patientenanwalt im Falle einer Verhinderung (etwa wegen Krankheit oder Urlaub) durch einen anderen vertreten wurde.

d) Neben den materiellen und formellen Voraussetzungen für eine Unterbringung und deren gerichtliche Überprüfung hat das Unterbringungsgesetz schon bisher verschiedene in Freiheitsrechte eingreifende **Maßnahmen** im Rahmen des **Vollzugs** der Unterbringung geregelt, etwa medizinische Behandlungen (§§ 35 ff), weitergehende Beschränkungen der Bewegungsfreiheit (§ 33) und Einschränkungen des Besuchs- und Telefonverkehrs (§ 34). Gleichzeitig wurden diese Maßnahmen der – meist antragsgebundenen – Kontrolle durch das Unterbringungsgericht unterstellt. Andere als diese ausdrücklich aufgezählten, in Rechte des Patienten eingreifende Maßnahmen während der Unterbringung (etwa eine Abnahme persönlicher Gegenstände) bewegen sich allerdings bisher im Raum weitgehender Rechtsunsicherheit: Einerseits ist nicht klar, unter welchen Voraussetzungen solche Eingriffe durchgeführt werden dürfen, andererseits gibt es faktisch kaum eine Möglichkeit, ein rechtsförmiges Verfahren zur Überprüfung tatsächlich stattfindender Eingriffe herbeizuführen. Die Gerichte vertreten die Auffassung, ihre Kompetenzen seien im UbG taxativ aufgezählt, aber auch die unabhängigen Verwaltungssenaten lehnen die Einleitung eines derartigen Verfahrens meist ab.

Vorgeschlagen wird daher eine **Generalklausel**, die die Voraussetzungen für sonstige Rechtsbeschränkungen regelt und gleichzeitig ein – antragsgebundenes – gerichtliches Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit vorsieht (§ 34a des Entwurfs).

e) Im Bereich des HeimAufG soll die Befugnis der Ärzte zur **Anordnung von Freiheitsbeschränkungen** auf jene Bereiche beschränkt werden, die „medizinischer Natur“ sind, also auf medikamentöse oder sonstige dem Arzt vorbehaltene Maßnahmen (siehe § 5 Abs. 2 HeimAufG des Entwurfs). Ansonsten wird die Anordnungsbefugnis je nachdem, ob die Maßnahme pflegerischer oder pädagogischer Natur ist, der Pflegedienstleitung oder einem von der Einrichtung betrauten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege bzw. der pädagogischen Leitung zugeordnet; das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung des Bewohners muss dabei ärztlich dokumentiert sein.

f) Bisweilen unterschiedlich beurteilt wird, ob es ein „**Zugangsrecht**“ des Bewohnervertreeters in Bezug auf Einrichtungen gibt, die keine freiheitsbeschränkende Maßnahmen an dort lebenden Bewohnern gemeldet haben. Im Hinblick auf die große Bedeutung des Zugangsrechts des Vertreters des Bewohners für einen funktionierenden Rechtsschutz im HeimAufG wird nun festgehalten, dass der Bewohnervertreter eine Einrichtung auch dann besuchen darf, wenn ihm dort keine Freiheitsbeschränkung gemeldet worden ist.

g) Den Gerichten wird nun ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die Zulässigerklärung einer Freiheitsbeschränkung im Sinn des HeimAufG an die Erfüllung von **Auflagen** (z. B. Seitenteile am Bett nur des nächtens oder begleitende Förderung eines geistig Behinderten, um in Zukunft die Freiheitsbeschränkung vermeiden zu können) zu knüpfen. Da es nicht in allen Fällen erforderlich ist, die anordnungsbefugte Person zu hören bzw. der mündlichen Verhandlung beizuziehen, soll ihre **Anhörung bzw. Ladung** dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleiben (§§ 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 HeimAufG des Entwurfs).

h) Die Novelle soll außerdem zum Anlass genommen werden, verschiedene **terminologische Anpassungen** und Änderungen im Verfahrensrecht vorzunehmen, die zum Teil wegen der Reformen des

Sachwalterrechts und des Außerstreitverfahrens geboten sind. So ist dem neuen Institut der Vorsorgevollmacht bei den Regeln über die Vertretung des Patienten (etwa im Rahmen medizinischer Behandlungen) bzw. des Bewohners (keine Einschränkung mehr auf nahe Angehörige, Rechtsanwälte oder Notare) Rechnung zu tragen. Außerdem soll im Rechtsmittelverfahren insofern „Waffengleichheit“ hergestellt werden, als Rechtsmittel des Abteilungs- bzw. Einrichtungsleiters auch nach Beendigung der Unterbringung oder Freiheitsbeschränkung zulässig sein sollen. Schließlich sollen Verfahren zur nachträglichen (rückschauenden) Überprüfung der Zulässigkeit der Unterbringung (Beschränkungsmaßnahmen) oder von Freiheitsbeschränkungen einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden.

#### 4. Vorerst nicht verwirklichte Überlegungen

a) Erörtert wurde, bei psychisch erkrankten **Minderjährigen** erforderlichenfalls die psychiatrische Behandlung im Rahmen einer Unterbringung durch – auf Minderjährige beschränkte – Modifikation des Gefährdungsbegriffs schon zu einem frühen Zeitpunkt zu ermöglichen, zu dem sich die Krankheit noch nicht verfestigt hat und daher die Behandlung noch am erfolgversprechendsten ist. Dadurch sollten nachhaltig negative Auswirkungen einer ansonsten unbehandelten psychischen Erkrankung auf die Persönlichkeitsentwicklung verhindert werden. Das Bundesministerium für Justiz hat daher folgende Spezialbestimmung für die Unterbringung Minderjähriger (als zusätzlichen neuen Absatz zu § 3 UbG) zur Diskussion gestellt:

*„Bei Minderjährigen ist auch eine ernste und erhebliche Gefährdung der weiteren gedeihlichen Entwicklung der Persönlichkeit als ernste und erhebliche Gefährdung der Gesundheit im Sinne des Abs. 1 anzusehen.“*

Die Rechtfertigung für eine solche Sonderregel für Minderjährige wäre darin zu sehen, dass Kinder und Jugendliche bisweilen aufgrund fehlender Reife noch nicht die Einsichtsfähigkeit besitzen, um sich einer gebotenen medizinischen Behandlung freiwillig zu unterziehen. Wenn ein Erwachsener eine solche unvernünftige Entscheidung trifft, kann es der Staat – sofern keine ernste und erhebliche krankheitsbedingte Gefährdung für Leben oder Gesundheit eines Menschen besteht – dabei im Hinblick auf die eigene Verantwortlichkeit des Betroffenen für die Konsequenzen seiner Entscheidung bewenden lassen. Minderjährige, die nach § 21 Abs. 1 ABGB dem besonderen Schutz der Gesetze unterstellt sind, können jedoch nicht einfach auf ihre Eigenverantwortung verwiesen werden. Unter dem Begriff der ernststen und erheblichen Gefährdung der weiteren gedeihlichen Entwicklung wäre einerseits eine drohende Verschlimmerung oder Verfestigung der psychischen Krankheit selbst zu verstehen, andererseits beispielsweise ein nachhaltiger sozialer Rückzug, Isolation, Verwahrlosung oder Abgleiten in Drogensucht, Kriminalität oder Prostitution. Selbstverständlich sollte eine Unterbringung Minderjähriger auch nach diesem Vorschlag weiterhin nur dann möglich sein, wenn diese an einer psychischen Erkrankung leiden. Wenn ein Jugendlicher etwa „nur“ drogensüchtig oder straffällig sein sollte, ohne gleichzeitig an einer psychischen Krankheit zu leiden, so wäre dem weiterhin durch jugendwohlfahrtsrechtliche (und allenfalls pflegschaftsgerichtliche) Maßnahmen, nicht aber durch die Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung zu begegnen.

Dieser Vorschlag wurde zum jetzigen Zeitpunkt von den österreichischen Kinder- und Jugendpsychiatern vor allem deshalb vehement abgelehnt, weil es (noch) keine geeigneten Rechtsgrundlagen und einen Mangel an geeigneten Einrichtungen für die Betreuung von Minderjährigen mit Störungen des Sozialverhaltens (aber ohne psychischer Erkrankung) gebe. Es wurde daher ein zunehmender Druck auf kinder- und jugendpsychiatrische Einrichtungen befürchtet, Minderjährige aufzunehmen, die gar nicht psychisch krank sind. Außerdem wurde bezweifelt, ob die vom Vorschlag geforderte Prognose der Auswirkung der psychischen Erkrankung auf die Persönlichkeitsentwicklung fachlich einzuhalten wäre.

Das Bundesministerium für Justiz hat diesen – als Diskussionsbeitrag zu verstehenden – Teil des in der Arbeitsgruppe diskutierten Vorentwurfs daher vorerst zurückgezogen. Zunächst soll die Gesamtproblematik im Rahmen einer Änderung des Kindschafts- und Jugendwohlfahrtsrechts weiter erörtert werden. Stellungnahmen zu diesem Thema sind jedoch im Interesse der Meinungsbildung auch im Rahmen dieses Begutachtungsverfahrens erwünscht.

b) Die Länder haben die Forderung erhoben, den Kreis der zur Ausstellung einer ärztlichen **Bescheinigung nach § 8 UbG** berechtigten **Ärzte** zu erweitern („Ärzte-Pool“). In der Arbeitsgruppe wurde daher folgender Vorschlag einer Änderung des § 8 UbG zur Diskussion gestellt:

*„§ 8. (1) Eine Person darf gegen oder ohne ihren Willen nur dann in eine Anstalt gebracht werden, wenn ein im öffentlichen Sanitätsdienst stehender Arzt, ein Polizeiarzt oder ein im Sinne des Abs. 2 ausgebildeter und vom Landeshauptmann hierzu ermächtigter Arzt sie untersucht und bescheinigt, dass die Voraussetzungen der Unterbringung vorliegen. In der Bescheinigung sind im Einzelnen die Gründe anzuführen, aus denen der Arzt die Voraussetzungen der Unterbringung für gegeben erachtet.“*

*(2) Der Bundesminister für Gesundheit hat unter Berücksichtigung der erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen insbesondere in den Bereichen Unterbringungsrecht, Psychiatrie sowie Alternativen zur Unterbringung die für eine Ermächtigung zur Durchführung der in Abs. 1 genannten Untersuchung und Bescheinigung erforderliche Weiterbildung für Ärzte durch Verordnung festzulegen.“*

Eine Umsetzung dieses Vorhabens setzt jedoch eine Einigung zwischen Bund, Ländern und Ärztekammer über die Finanzierung voraus. Da eine solche bisher nicht erzielt werden konnte, eine weitere Verzögerung des Gesamtvorhabens wegen dieser Frage aber vermieden werden soll, wurde die Bestimmung – im Einvernehmen mit dem in dieser Frage führend zuständigen Bundesministerium für Gesundheit – nicht in den Begutachtungsentwurf übernommen. Festzuhalten bleibt, dass es grundsätzlich Sache der Länder ist, dafür Sorge zu tragen, dass eine ausreichende Anzahl an „im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden“ Ärzten (etwa Amtsärzten oder Gemeindeärzten) vorhanden ist, um die in den §§ 8 und 9 UbG vorgesehenen Untersuchungen flächendeckend durchzuführen.

## Besonderer Teil

### Zu Art I (Änderung des UbG)

#### Zu Z 1 (§ 2)

Der im allgemeinen Sprachverständnis eher negativ besetzte Begriff „Anstalt“ soll (im gesamten UbG) durch den neutraleren Begriff „psychiatrische Abteilung“ ersetzt werden. Dabei handelt es sich um eine rein **terminologische Änderung**. Da die Wortfolge vor dem Klammerausdruck in § 2 unverändert bleibt, ist das UbG weiterhin auf „Krankenanstalten und Abteilungen für Psychiatrie“ anzuwenden. Diese werden im UbG künftig nicht mehr als „Anstalten“ bezeichnet, sondern mit dem Sammelbegriff „psychiatrische Abteilung“ angesprochen. Das trägt auch dem Umstand Rechnung, dass infolge der fortschreitenden Dezentralisierung der Psychiatrien eigene Sonderkrankenanstalten für Psychiatrie seltener und – in eine andere Krankenanstalt eingebundene – einzelne psychiatrische Abteilungen häufiger werden.

#### Zu Z 2 (§ 3)

Der psychische Gesundheitszustand des Patienten ist während der Dauer der Unterbringung regelmäßig Veränderungen unterworfen. Typischerweise tritt durch eine unmittelbar nach der Aufnahme begonnene medikamentöse Behandlung relativ rasch eine deutliche Besserung des zum Aufnahmezeitpunkt akuten Krankheitsbildes ein. Häufig tritt damit auch die zum Zeitpunkt der Aufnahme bestehende ernstliche und erhebliche Gefährdung insofern in den Hintergrund, als ein Schadenseintritt (mit der geforderten hohen Wahrscheinlichkeit) erst wieder in etwas fernerer Zukunft zu erwarten ist, nämlich nach einem Absetzen der Medikamente, dem Abklingen ihrer Wirkungen und dem Wiederaufflammen des akuten Krankheitsbildes. Bei rigider Interpretation des geltenden Rechts kann die Auffassung vertreten werden, dass in einem solchen Fall keine „ernste“ Gefahr im Sinne einer hohen Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in naher Zukunft mehr besteht und die Unterbringung beendet werden muss. Dies wäre jedoch häufig gar nicht im Interesse des Patienten, da sein Zustand zu diesem Zeitpunkt oft noch sehr instabil ist und nach Wiederaufflammen und neuerlicher Verschlimmerung der psychischen Krankheit wenig später neuerlich eine akute Gefährdung auftreten und wieder eine Unterbringung erforderlich machen würde. Dieser oft beklagte „**Drehtüreffekt**“ könnte jedoch möglicherweise vermieden werden, wenn der Kranke im Rahmen der Unterbringung weiterbehandelt wird, bis eine Stabilisierung, Krankheitseinsicht oder Genesung erreicht ist.

Freilich wird eine „unmittelbare“ Gefährdung im Sinne eines „sofort“ drohenden Schadens auch vom geltenden Recht nicht gefordert (vgl. *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 124 ff). Eine Auslegung des Gesetzes in dem Sinn, dass ein „Ausbehandeln“ des Patienten im oben beschriebenen Sinn möglich wäre, erscheint daher auch de lege lata möglich. Außerdem ist das Fehlen einer im Gesetz ausdrücklich angeordneten dynamischen Anpassung des Gefährdungsbegriffs während der Dauer der Unterbringung und Behandlung sicher nicht der einzige Grund dafür, dass Unterbringungen in Einzelfällen zu früh wieder aufgehoben werden – das kann auch an einer Überlastung der Abteilung oder einer (bei Zukunftsprognosen nie ausschließbaren) Fehleinschätzung des Entscheidungsträgers (Arzt oder Richter) liegen. Dennoch ist das – vor allem von Ärzten und Angehörigen psychisch Kranker – oft vorgetragene Argument nicht ganz von der Hand zu weisen, das Unterbringungsgesetz führe in seiner geltenden Fassung (zumindest in Einzelfällen) zu einer „Drehtürpsychiatrie“ und letztlich dazu, dass manche psychisch Kranke im strafrechtlichen Maßnahmenvollzug angehalten werden, weil sich die immer wieder in Akutphasen der Krankheit auftretende Gefährdung früher oder später in Form der Verwirklichung eines objektiven Straftatbestands realisiert.

Vorgeschlagen wird daher, dem § 3 UbG einen neuen Abs. 2 anzufügen, der sich der Frage widmet, wie lange eine zulässigerweise begonnene Unterbringung aufrecht erhalten werden darf. Im ersten Satz dieser neuen Bestimmung wird klargestellt, dass die weitere Unterbringung nicht allein dadurch unzulässig wird, dass infolge einer eingetretenen **Besserung** eine ernste und erhebliche **Gefährdung** im Sinne des Abs. 1 **nicht mehr unmittelbar** bevorsteht. In Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 Z 5 PersFrG bleiben die Voraussetzungen für die Unterbringung (psychische Krankheit, ernstliche und erhebliche Gefährdung für Leben oder Gesundheit eines Menschen, Fehlen von Alternativen) also weiterhin unverändert bestehen und gelten grundsätzlich auch für die Fortführung einer begonnenen Unterbringung; die Unterbringung ist also auch künftig sofort zu beenden, sobald eine der drei erwähnten Voraussetzungen (bisher: des § 3 UbG, künftig des § 3 Abs. 1 UbG) wegfällt. Im neuen Abs. 2 wird jedoch klargestellt, dass die Unterbringung nicht allein deshalb aufgehoben werden muss, weil eine ernste und erhebliche Gefährdung nicht mehr unmittelbar bevorsteht. Damit ist vor allem der Fall angesprochen, dass die Gefährdung durch eine begonnene medikamentöse Behandlung und die dadurch erzielte Besserung insoweit verringert wurde, als ein tatsächlicher Schadenseintritt erst wieder in

etwas fernerer Zukunft zu befürchten ist, nämlich nach einem – mangels bereits erzielter Stabilisierung und Krankheitseinsicht im Falle einer Entlassung jedoch konkret zu befürchtenden – Absetzen der Medikamente und Wiederaufflammen des akuten Krankheitsbildes. Hier soll es künftig – in Übereinstimmung mit dem im zweiten Satz des § 3 Abs. 2 normierten Verhältnismäßigkeitsprinzip – möglich sein, die Unterbringung so lange fortzusetzen, bis das Behandlungsziel einer Stabilisierung und (wenn möglich) Krankheitseinsicht oder vollständigen Heilung erreicht ist. Natürlich ist auch in diesen Fällen die Unterbringung sofort zu beenden, wenn keine psychische Krankheit mehr vorliegt oder eine ausreichende Alternative zur Unterbringung besteht.

Aus der Formulierung, dass die weitere Unterbringung nicht allein dadurch unzulässig wird, dass infolge einer eingetretenen Besserung eine ernste und erhebliche Gefährdung im Sinne des Abs. 1 nicht mehr unmittelbar bevorsteht, ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Gefährdung zu Beginn der Unterbringung „unmittelbar“, also aktuell bestehen muss. Das darf aber nicht dahin missverstanden werden, dass auch der zu befürchtende Schadenseintritt unmittelbar bevorstehen muss. Insofern ist zwischen „Gefährdung“ und „Schadenseintritt“ zu unterscheiden. Auch wenn sich der Schaden nach dem zu erwartenden Geschehensverlauf erst nach einer schrittweisen Aufeinanderfolge von mehreren Teilursachen zu verwirklichen droht (wie etwa ein fortgesetzter Medikamentenmissbrauch, der erst nach einer gewissen Dauer zu einer schweren Gesundheitsschädigung führt), kann die Gefährdung schon aktuell und „unmittelbar“ bestehen. Der neue Abs. 2 des § 3 führt also gegenüber dem geltenden Recht zu keiner Veränderung bei den Voraussetzungen dafür, dass eine Unterbringung begonnen werden darf.

Im zweiten Satz wird für die Prüfung, ob die Unterbringung fortzusetzen oder aufzuheben ist, das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** (auch auf einfachgesetzlicher Ebene) positiviert: Es ist eine **Interessenabwägung** vorzunehmen und zu entscheiden, ob die Dauer und Intensität der Freiheitsbeschränkung im Verhältnis zu dem noch zu erwartenden Behandlungserfolg und der Gefahrenabwehr angemessen sind. Dass die Unterbringung unzulässig wird, wenn die mit ihr verbundene Freiheitsbeschränkung nicht mehr im angemessenen Verhältnis zum damit verfolgten Ziel der Gefahrenabwehr steht, entsprach schon bisher der Lehre und Rechtsprechung zum UbG und der verfassungsrechtlichen Vorgabe in Art. 1 Abs. 3 PersFrG (vgl etwa *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup>, Rz 128 ff; *Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz § 3 Anm 9). Neu ist dagegen die Einbeziehung des noch zu erwartenden **Behandlungserfolgs** in die Interessenabwägung: Wenn noch eine deutliche Besserung durch die Weiterbehandlung zu erwarten ist (und gleichzeitig keine Alternative zur Unterbringung besteht, durch die diese Behandlung gewährleistet werden könnte), spricht dies im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung für die Zulässigkeit einer Fortführung der Unterbringung; nichtsdestoweniger kann die Interessenabwägung auch in einem solchen Fall eine Unverhältnismäßigkeit und damit Unzulässigkeit der weiteren Unterbringung ergeben. Umgekehrt soll die Unterbringung auch bei realistischere Weise durch keine Behandlung veränderbaren Krankheitsbildern nur von beschränkter Dauer sein dürfen, wenn die krankheitsbedingte Gefährdung nicht (mehr) so schwerwiegend ist, dass sie eine dauerhafte Freiheitsbeschränkung rechtfertigt.

Mit der Fortführung der Unterbringung ist hier selbstverständlich jede Aufrechterhaltung der Unterbringung und nicht nur eine gerichtliche Entscheidung über die weitere Unterbringung nach § 30 UbG gemeint. Die neue gesetzliche Regel soll also auch und gerade für die vom Abteilungsleiter zu jeder Zeit vorzunehmende Prüfung des Fortbestands der Unterbringungs Voraussetzungen nach § 32 UbG gelten.

Die neue Regel tritt – wie die gesamte Novelle – mit 1.1.2010 in Kraft. Eine spezielle Übergangsvorschrift ist für § 3 nicht vorgesehen. Das bedeutet, dass ab dem 1.1.2010 bei jeder Prüfung, ob eine Unterbringung aufzuheben oder fortzusetzen ist, der Maßstab des neuen § 3 Abs. 2 zur Anwendung kommt, und zwar auch dann, wenn diese Unterbringung schon vor dem 1.1.2010 begonnen hatte.

Der in der Arbeitsgruppe diskutierte Novellierungsvorschlag für § 3 Abs. 2 hatte noch den Einleitungssatz enthalten, dass eine zulässigerweise begonnene Unterbringung so lange fortgesetzt werden darf, wie die ärztliche Behandlung oder Betreuung im Interesse des Kranken dringend notwendig und zielführend ist und nur im Rahmen der Unterbringung ausreichend gewährleistet werden kann. Dies wurde von manchen dahin verstanden, dass für die Fortführung der Unterbringung gar keine (also auch keine in etwas fernerer Zukunft zu erwartende) Gefährdung erforderlich wäre, sondern nur mehr eine dringende Behandlungsbedürftigkeit. Ein solcher Paradigmenwechsel ist aber nicht beabsichtigt und wäre wohl mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 Z 5 PersFrG auch nicht vereinbar. Der Satz wurde daher nicht in den Ministerialentwurf übernommen.

Zur terminologischen Änderung im Einleitungssatz des Abs. 1 siehe die Erläuterungen zu § 2.

**Zu Z 3 (§ 4 Abs. 2)**

Wie bereits im allgemeinen Teil dargelegt wurde (Punkt 3. b)), hat sich das Erfordernis der Mitwirkung zweier Fachärzte am Aufnahmevorgang (§§ 4 Abs. 2 und 10 Abs. 1 UbG idgF) wegen des herrschenden Mangels an Psychiatern und der fortschreitenden Dezentralisierung der Psychiatrie als problematisch erwiesen. Die damit verbundene Zahl an fachärztlichen Nacht- und Wochenenddiensten stellt vor allem kleinere Einrichtungen vor große organisatorische Schwierigkeiten und verursacht Kosten, die in keinem angemessenen Verhältnis zu dem damit erzielten Gewinn an Rechtsschutz für die Patienten mehr stehen. Gerade bei der Unterbringung auf Verlangen nach den §§ 4 ff UbG ist der aus der Anwesenheit eines zweiten Facharztes für den Patienten resultierende Nutzen kaum zu erkennen. Es reicht auch aus Sicht der Beweissicherung (vgl. *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 240) aus, dass das schriftliche Verlangen auf Unterbringung in Gegenwart des Abteilungsleiters geschieht. Das im bisherigen Gesetzestext enthaltene zusätzliche Erfordernis, dass auch ein weiterer Facharzt anwesend ist, wenn die Person schriftlich ihr Verlangen auf Unterbringung äußert, ist demnach entbehrlich. Damit wird zudem erreicht, dass eine Unterbringung auf Verlangen nicht bloß daran scheitert, dass gerade kein weiterer Facharzt zur Verfügung steht.

Für den weiterhin in § 4 Abs. 2 definierten Begriff „Abteilungsleiter“ ergibt sich trotz Entfalls der Wendung, dass ein „weiterer Facharzt“ das Unterbringungsverlangen bezeugen muss, keine inhaltliche Änderung, da als Abteilungsleiter ohnehin nur ein einschlägiger Facharzt in Betracht kommt. Auch die terminologische Änderung in § 2 (siehe die Erläuterungen zu dieser Bestimmung) ändert am Begriff des Abteilungsleiters nichts. Gemeint ist selbstverständlich weiterhin der Leiter der Abteilung und nicht etwa der Leiter der Krankenanstalt, es sei denn, die Krankenanstalt wäre nicht in Abteilungen untergliedert.

Die bisher in § 4 Abs. 2 enthaltene Definition des Begriffes „Facharzt“ findet sich nunmehr – angepasst an die zwischenzeitlich ergangenen ärztlichen Ausbildungsordnungen, zuletzt die Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2006 (ÄAO 2006, BGBl II Nr. 286/2006) – in § 10.

**Zu Z 4 (§ 5)**

Siehe die Erläuterungen zu § 2.

**Zu Z 5 (§ 6)**

Zur Problematik der obligatorischen Mitwirkung zweier Fachärzte am Aufnahmevorgang ist auf die Ausführungen im allgemeinen Teil (Punkt 3.b)) sowie die Erläuterungen zu § 4 Abs. 2 und zu § 10 zu verweisen. Im Lichte der Einschränkung auf ein einziges fachärztliches Zeugnis (samt vorangegangener Untersuchung) bei Unterbringungen ohne Verlangen (§ 10) kann – und muss zur Erreichung des Reformziels - auch bei Unterbringungen auf Verlangen auf das zweite fachärztliche Zeugnis verzichtet werden (§ 6 Abs. 1 und 2).

Entsprechend der ärztrechtlichen Terminologie (§ 51 ÄrzteG 1998) soll im gesamten UbG hinsichtlich der Krankengeschichte nicht mehr von „beurkunden“, sondern von „dokumentieren“ gesprochen werden, so also auch in § 6 Abs. 2.

Die Hinweispflicht des Abteilungsleiters nach § 6 Abs. 3 hat im Hinblick auf den neuen Inhalt des § 15 Abs. 2 nun zusätzlich zu erfassen, dass der Patient sich an den Patientenanwalt wenden kann, um Auskünfte einzuholen.

Der Begriff „Patientenanwalt“ wird allerdings aus systematischen Gründen erst im Rahmen der Bestimmungen über die „Vertretung des Kranken“ definiert (§ 13 Abs. 3).

**Zu Z 6 und 7 (§§ 8 und 9)**

Siehe die Erläuterungen zu § 2.

**Zu Z 8 (§ 10)**

Insbesondere in kleineren Krankenanstalten steht – verursacht durch einen **Ärztmangel** im Bereich der Psychiater (im weiteren Sinn) – oft am Wochenende sowie während der Nacht nur ein einziger Facharzt zur Verfügung (vgl. *Geretsegger*, Problemfelder im UbG aus psychiatrischer Sicht – Diskussion und Lösungsansätze, iFamZ 2007, 28 [30]), weswegen eine „unverzögliche“ Untersuchung des Patienten durch einen zweiten Facharzt in der Praxis auf Schwierigkeiten stößt (4 Ob 192/98h RdM 1999/14 [*Kopetzki*]; 6 Ob 48/06m EF-Z 2006/80 [*Höllwerth*]). Zudem kann die nach geltendem Recht obligatorische zweite Untersuchung den Patienten durchaus **belasten**. Er wurde oft schon von einem Polizeiarzt oder einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt im Sinn des § 8 UbG sowie jedenfalls vom Abteilungsleiter oder dessen Stellvertreter untersucht und versteht daher manchmal nicht, warum er sich innerhalb kürzester Zeit noch einer weiteren für ihn anstrengenden und aufwühlenden psychiatrischen Exploration unterziehen muss.

Dieser Gesamtproblematik soll Abhilfe geschaffen werden, ohne jedoch den wegen der Einschränkung des Grundrechts auf persönliche Freiheit erforderlichen **Rechtsschutz** auszuhöhlen.

Der Entwurf hält am „Vier-Augen-Prinzip“ als Möglichkeit fest, überlässt es aber dem Patienten und dessen Vertreter oder auch dem Abteilungsleiter (der die erste Untersuchung durchgeführt hat), ob sie vor der Erstanthörung noch eine zweite fachärztliche Untersuchung verlangen. Auf dieses Recht hat der Abteilungsleiter den Patienten hinzuweisen. Für das Verlangen des Patienten selbst ist nicht erforderlich, dass ihm eine wie immer geartete Geschäftsfähigkeit zukommt; es genügt die Äußerung eines natürlichen Willens, von einem zweiten Facharzt untersucht zu werden.

Durch die Regelung, dass die Untersuchung und die Erstellung des zweiten Zeugnisses spätestens am Vormittag des nächsten Werktages zu erfolgen haben, ist eine rasches Tätigwerden des zweiten Facharztes gewährleistet; gleichzeitig wird aber vermieden, dass selbst während der Nacht und am Wochenende stets zwei Fachärzte verfügbar sein müssen.

Ist bereits die Erstanthörung des Patienten nach § 19 UbG erfolgt, so muss keine zweite Untersuchung durchgeführt und kein zweites Zeugnis mehr erstellt werden. Durch die gerichtliche Prüfung und Entscheidung (§§ 19 und 20 UbG) ist der Rechtsschutz für den Patienten ausreichend gewährleistet. Ebenso wenig bedarf es der Untersuchung durch einen zweiten Facharzt, wenn die Unterbringung schon vor dem oder am Vormittag des auf das Verlangen folgenden Werktages aufgehoben wird (§ 32 UbG).

Bisher durfte ein Patient nur aufgenommen (also untergebracht) werden, wenn nach beiden zu erstellenden fachärztlichen Zeugnissen die Voraussetzungen der Unterbringung vorlagen. Da die Unterbringung nun schon aufgrund eines solchen Zeugnisses erfolgen kann, wird im letzten Satz des Abs. 3 zur Klarstellung ausdrücklich angeordnet, dass die Unterbringung sogleich aufzuheben ist, wenn das zweite fachärztliche Zeugnis negativ ausfällt.

Mit der Aufnahme – künftig also bereits unmittelbar nach Erstellung des Zeugnisses des Abteilungsleiters – wird der für die Namhaftmachung von Patientenanwälten zuständige **Verein** kraft Gesetzes Vertreter des Patienten (siehe bei den §§ 13 und 14). Vor allem dann, wenn der Patient selbst (unter dem Einfluss seiner psychischen Krankheit) nicht in der Lage ist, einen Willen darüber zu bilden oder zu äußern, ob er eine zweite fachärztliche Untersuchung verlangen soll, wird es dem **Patientenanwalt** obliegen, eine Entscheidung darüber zu treffen. Den Patientenanwälten wird damit eine neue, zusätzliche Aufgabe übertragen, mit der aber aus budgetären Gründen keine Aufstockung der finanziellen Mittel der Vereine einhergeht. Es kann daher nur dem wohlwogeneren Ermessen des Patientenanwalts überlassen werden, im Rahmen seiner Arbeitskapazitäten bei der Vertretung einer Vielzahl von Patienten und der Auskunftserteilung nach § 15 Abs. 2 Prioritäten zu setzen. Dies ist aus Sicht des Rechtsschutzes für die Patienten noch immer günstiger, als auf eine zweite fachärztliche Untersuchung in allen Fällen gänzlich zu verzichten. Dass die Verständigung des Patientenanwalts für diesen auch informativ verwertbar ist, wird durch die Anordnung sichergestellt, dass der Verständigung eine „maschinschriftliche“ Ausfertigung des Aufnahmezeugnisses anzuschließen ist. Damit ist ein gut lesbarer, maschinell (also nicht handschriftlich) hergestellter Text zu verstehen, etwa ein mit einem Textverarbeitungsprogramm erstellter Computerausdruck.

Die Neuregelung des Aufnahmeverfahrens soll – wie die gesamte Novelle – mit 1.1.2010 in Kraft treten. Im Übergangsrecht (§ 42 Abs. 3 des Entwurfs) ist vorgesehen, die Bestimmung auf Aufnahmeverfahren anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2009 begonnen haben. Ist der Patient also noch im Jahr 2009 in der psychiatrischen Abteilung eingetroffen, so sind zwingend zwei fachärztliche Zeugnisse zu erstellen, auch wenn etwa bei einem kurz vor 24.00 Uhr des 31.12.2009 eingetroffenen Patienten die zweite Untersuchung erst am 1.1.2010 stattfindet. Bei Patienten, die sich bereits auf freiwilliger Basis in der psychiatrischen Abteilung in Behandlung befinden, ist der Beginn eines „Aufnahmeverfahrens“ mit dem Beginn der ersten fachärztlichen Untersuchung zur Einleitung einer Unterbringung anzusetzen.

Wegen der Änderung in § 4 Abs. 2 ist die Definition des Begriffs „**Facharzt**“ nun in § 10 Abs. 3 vorzunehmen. Den zur Ausübung einer Facharztstätigkeit im Sinne des UbG berechtigenden Fachrichtungen „Psychiatrie und Neurologie“ und „Neurologie und Psychiatrie“ werden die Fachrichtung „Psychiatrie“ (nach der Ausbildungsordnung 1994; vgl. *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 69 f) und – vgl. die ÄAO 2006 (BGBl II Nr. 286/2006) – die speziellen psychiatrischen Sonderfächer „Psychiatrie und Psychotherapeutische Medizin“ sowie, bei Minderjährigkeit des Patienten im Sinne des § 21 ABGB, alternativ auch die betreffenden speziellen Fachrichtungen (vgl. die ÄAO 1994; *Geretsegger*, Problemfelder im UbG aus psychiatrischer Sicht – Diskussion und Lösungsansätze, iFamZ 2007, 28 [30]) gleichgestellt. Mit der „ergänzenden speziellen Ausbildung“ in Kinder- und Jugendpsychiatrie ist eine Additivfachausbildung im Sinne der §§ 8 Abs. 1 letzter Satz und 11 ÄrzteG und §§ 15 ff ÄAO 2006 gemeint.

Wie in § 6 Abs. 2 und anderen Bestimmungen ist auch in § 10 das Wort „beurkunden“ durch das Wort „dokumentieren“ zu ersetzen, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung verbunden wäre.

#### **Zu Z 9 und 10 (§§ 11 und 12)**

Siehe die Erläuterungen zu § 2.

#### **Zu Z 11 (§ 13)**

Fortan soll dem jeweils nach der Lage der Anstalt zuständigen **Verein** im Sinne des § 1 des Bundesgesetzes über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (Vereinsachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz – VSPBG) nach Maßgabe der Vorschriften des UbG ex lege die Vertretung des Patienten zukommen. Die von einem Verein ausgebildeten und speziell für die Tätigkeit in Unterbringungssachen geschulten Personen sind zur Ausübung der Vertretungsbefugnisse des Vereins berufen; sie führen die Bezeichnung „Patientenanwalt“ (siehe Abs. 3). Die Patientenanwälte treten daher – außer es handelt sich um solche nach § 43 – nicht mehr als Rechtsträger auf, sondern vertreten lediglich ihren Verein (und dieser vertritt die Patienten). Die Übertragung der Vertretungsbefugnis – mit Ausnahme der Fälle des § 43 UbG – auf den Verein erfolgt grundsätzlich im Sinne der Einheit der Rechtsordnung in Anlehnung an die Regelungssystematik im Bereich des HeimAufG (siehe dort § 8) sowie des neuen Sachwalterrechts (siehe § 3 Abs. 2 VSPBG in der Fassung des SWRÄG 2006).

Konstitutive Voraussetzung, um einen Mitarbeiter eines Vereins als Patientenanwalt ansehen zu können, ist seine **Namhaftmachung** sowohl gegenüber dem ärztlichen Leiter der Anstalt als auch gegenüber dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichts. Grund hierfür ist, dass die Gerichte und die Krankenanstalten sichergehen müssen, dass der einschreitenden Person Vertretungspouvoir zukommt. Der Kundmachung in der Ediktsdatei nach § 13 Abs. 2 kommt hingegen keine konstitutive Wirkung zu, sie hat lediglich informativen Charakter (vgl. 3 Ob 246/06g). Die Namhaftmachung des Patientenanwalts durch den Verein hat aus Beweisgründen schriftlich (§ 886 ABGB) zu geschehen. Zur Unterfertigung namens des Vereins berechtigt sind die nach den allgemeinen Vorschriften zu dessen Vertretung berufenen Personen.

Auch bei Kranken, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle bereits untergebracht sind, soll mit 0.00 Uhr des 1.1.2010 der Verein als Vertreter an die Stelle des bisher zuständigen Patientenanwalts treten (siehe die Übergangsbestimmung in § 42 Abs. 3). Damit wird in aller Regel keine Veränderung in der Kontaktperson des Patienten eintreten, da der Verein den bisher zuständigen Patientenanwalt wohl auch mit der weiteren Vertretung – nun namens des Vereins – betrauen wird.

Wie bereits bei § 2 erläutert, soll der eher negativ besetzte Begriff „Anstalt“ aus dem UbG entfernt werden. Abzustellen ist daher nach der neuen Terminologie auf den nach der Lage der „psychiatrischen Abteilung“ örtlich zuständigen Verein. Die schriftliche Meldung der Patientenanwälte hat jedoch weiterhin an den „ärztlichen Leiter der Krankenanstalt“ (bisher „Leiter der Anstalt“) zu ergehen, da damit nicht etwa der Abteilungsleiter sondern der ärztliche Leiter gemäß § 7 Abs. 1 KAKuG („ärztlicher Direktor“) gemeint ist (vgl. *Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz § 13 Anm 12).

#### **Zu Z 12 (§ 14)**

Die Änderungen in § 14 sind rechtstechnischer Natur und in der Umstellung der Vertretungsbefugnis vom Patientenanwalt auf den Verein begründet; siehe bei § 13.

#### **Zu Z 13 (§ 15 Abs. 2)**

Der bisherige Abs. 2 des § 15 statuiert eine **Verschwiegenheitspflicht** des Patientenanwalts, die jedoch angesichts der speziellen Vorschrift für Patientenanwälte in § 6 VSPBG weitgehend überflüssig ist (siehe *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 493). Die Bestimmung kann daher entfallen. Für jene Patientenanwälte, die nicht dem Regelungsregime des VSPBG unterliegen, wird fortan in § 43 die Bestimmung des § 6 VSPBG für entsprechend anwendbar erklärt.

Den Patientenanwälten kommt nicht nur eine vertretende, sondern auch eine **beratende Aufgabe** zu. Dem trägt der neue Regelungsinhalt des § 15 Abs. 2 Rechnung: Sofern ein Patient, sein gesetzlicher oder gewillkürter (§ 16 Abs. 2) Vertreter oder auch ein (im weiten Sinn zu verstehen) Angehöriger es wünscht, haben die Patientenanwälte die nötigen **Auskünfte** zu erteilen. Dadurch sollen der betreffenden Person die wesentlichen Charakteristika einer Unterbringung bzw. des Aufenthaltes in einer psychiatrischen Abteilung vermittelt werden. Dies ist auch schon vor einer Unterbringung möglich, sofern sich der Patient bereits in einer psychiatrischen Abteilung (§ 2) befindet. Bei den den Angehörigen zu erteilenden Auskünften handelt sich um allgemeine Informationen, keineswegs aber um konkrete Auskünfte über den betreffenden Patienten, welche der Verschwiegenheitspflicht nach § 6 VSPBG unterliegen.

Der Normierung eines Zugangsrechts von Patientenanwälten bedarf es angesichts des § 38c Abs. 2 Satz 1 KAKuG nicht.

**Zu Z 14 (§ 16)**

Die Änderungen sind rechtstechnischer Natur und in der Umstellung der Vertretungsbefugnis vom Patientenanwalt auf den Verein begründet; siehe bei § 13.

**Zu Z 15 (§ 17)**

Aufgrund der Änderung in § 10 muss künftig nur das eine für die Aufnahme erforderliche ärztliche Zeugnis dem Gericht mit der Verständigung über die Unterbringung ohne Verlangen übermittelt werden. Wird auf Verlangen des Patienten oder seines Vertreters ein zweites Zeugnis erstellt, ist dieses ebenfalls unverzüglich dem Gericht zu übermitteln; dies gilt unabhängig davon, ob das zweite Zeugnis positiv oder negativ ausfällt.

Damit die Zeugnisse für das Gericht sicher lesbar sind, müssen sie dem Gericht in **maschinschriftlicher** Form vorgelegt werden.

**Zu Z 16 (§ 19)**

Wie im gesamten UbG soll auch in § 19 Abs. 1 der eher negativ besetzte Begriff „Anstalt“ durch den neutraleren Begriff „psychiatrische Abteilung“ ersetzt werden. Siehe dazu bereits die Erläuterungen zu § 2. In Abs. 3 soll aber doch jeder in derselben Krankenanstalt tätige Facharzt von der Funktion als Sachverständiger ausgeschlossen werden. Auch ein Facharzt, der einer anderen (nicht psychiatrischen) Abteilung im selben Krankenhaus angehört – etwa ein in einer neurologischen Abteilung tätiger Facharzt für Neurologie und Psychiatrie – wird oft in einem kollegialen Freundschaftsverhältnis zum Leiter der psychiatrischen Abteilung stehen, sodass seine Unbefangenheit zumindest dem äußeren Anschein nach zweifelhaft wäre. Insofern ist daher auf die jeweilige Krankenanstalt als Ganzes abzustellen.

**Zu Z 17 (§ 20 Abs. 2)**

Erklärt das Gericht die Unterbringung für unzulässig und erkennt es dem in der Tagsatzung angemeldeten Rekurs des Abteilungsleiters keine aufschiebende Wirkung zu, so ist die Unterbringung sofort aufzuheben. In diesen Fällen verneint die ständige Judikatur das Vorliegen eines **Rechtsschutzinteresses** („Beschwer“) des Abteilungsleiters und weist seinen Rekurs als unzulässig zurück (RIS-Justiz RS0076104). Dies wurde in der Fachliteratur kritisiert (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 352 mwN; *derselbe*, 15 Jahre Unterbringungsgesetz, iFamZ 2007, 22 [24]; *Geretsegger*, Problemfelder im UbG aus psychiatrischer Sicht – Diskussion und Lösungsansätze, iFamZ 2007, 28 [30]; *Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz § 28 Anm 8a).

Eine Klärung, ob eine Unterbringung zu Recht oder zu Unrecht für unzulässig erklärt wurde, kann angesichts möglicher Folgeunterbringungen durchaus auch im Interesse der betroffenen Person liegen; jedenfalls ist sie zur Abgrenzung des Zulässigkeitsrahmens für künftige Unterbringungen von allgemeinem Interesse. Hinzu tritt, dass aus der Unzulässigkeitsentscheidung Haftungsfolgen zu Lasten des Bundes oder des Trägers der Krankenanstalt resultieren könnten, sodass die Beseitigung des in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Rechtswidrigkeitsurteils durchaus im Interesse der Rechtsträger, für die der Abteilungsleiter tätig wird, gelegen ist.

Um dem Abteilungsleiter also die Möglichkeit zu geben, die gerichtliche Entscheidung jedenfalls einer Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht zuzuführen und sich hierdurch gegebenenfalls vom Vorwurf einer nicht gesetzeskonformen Vorgangsweise zu exkulpieren, wird eindeutig festgelegt, dass ihm bei sogleich angemeldetem Rekurs trotz der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung das Rekursrecht zukommt.

Aus der neuen Anordnung im Gesetz ergibt sich außerdem ganz allgemein, dass die Rechtsmittellegitimation des Abteilungsleiters **nicht** vom aktuellen **Fortbestand der Unterbringung abhängt**. Die „Beschwer“ des Abteilungsleiters fällt also etwa auch dann nicht nachträglich weg, wenn das Erstgericht dem Rekurs zwar aufschiebende Wirkung zuerkannt hat, der Abteilungsleiter die Unterbringung zu einem späteren Zeitpunkt aber noch vor Ergehen der Rekursentscheidung selbständig aufhebt (§ 32 UbG).

**Zu Z 18 und 19 (§§ 21 und 25)**

Die Verweise in §§ 21 und 25 sind an das neue AußStrG (BGBl. I Nr. 111/2003) anzupassen; diese gelten – was keiner besonderen Erwähnung bedarf – naturgemäß „sinngemäß“.

Zur Klarstellung, dass das Sachwalterschaftsgericht, dem eine Niederschrift des Unterbringungsgerichts über eine Erstanthörung vorliegt, seinerseits keine solche mehr vorzunehmen braucht, wird nunmehr auf die gesamte Gesetzesbestimmung zur Erstanthörung im Sachwalterschaftsverfahren (vormals § 237, nunmehr § 118 AußStrG) verwiesen.

**Zu Z 20 (§ 26 Abs. 3)**

Siehe die Erläuterungen zu § 20 Abs. 2. Die Rechtsmittellegitimation des Abteilungsleiters soll selbstverständlich auch dann nicht von der Zuerkennung aufschiebender Wirkung und vom Fortbestand der Unterbringung abhängen, wenn die Unzulässigkeitsentscheidung am Schluss der mündlichen Verhandlung ergangen ist.

**Zu Z 21 (§ 27)**

Hier erfolgt eine Angleichung an das HeimAufG: Während alle anderen verfahrensrechtlichen Fristen im HeimAufG entweder länger oder gleich lang sind, wie im UbG, betragen die Ausfertigungsfrist nach dem geltenden § 27 UbG und die Rekursfrist für den Abteilungsleiter nach § 28 Abs. 2 UbG acht Tage, nach § 15 Abs. 4 bzw. § 16 Abs. 2 HeimAufG aber jeweils nur sieben Tage. Das ist insofern unangebracht, als die mit einer Unterbringung einhergehenden Eingriffe in Selbstbestimmungsrechte typischerweise noch wesentlich schwerwiegender sind als jene bei Freiheitsbeschränkungen in Heimen im Sinn des HeimAufG. Hier besteht daher ein noch größeres Bedürfnis nach Raschheit des Rechtsschutzverfahrens. Die Fristen sollen daher auch im UbG auf sieben Tage verkürzt werden. Gleichzeitig ist in § 27 die – im HeimAufG bereits normierte – Einschränkung aufzunehmen, dass diese Frist nur gilt, wenn die Unterbringung noch aufrecht ist; wurde sie nämlich bereits beendet, besteht kein gesteigertes Bedürfnis nach einem besonders raschen Verfahren mehr.

**Zu Z 22 (§ 28)**

Zu Abs. 2 sei auf die Erläuterungen zu § 20 Abs. 2, § 26 und § 27 verwiesen. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung soll nicht mehr Voraussetzung dafür sein, dass dem Abteilungsleiter ein Rekursrecht zukommt. Die entsprechende Wortgruppe im ersten Satz des Abs. 2 entfällt daher, der zweite Satz des Abs. 2 erhält eine entsprechend modifizierte Einleitung. Die Rekursfrist für den Abteilungsleiter wird von acht auf sieben Tage reduziert, um den systematisch wünschenswerten Gleichklang mit dem HeimAufG herzustellen.

Im zweiten Satz des Abs. 2 wird das Wort „entscheiden“ durch das Wort „prüfen“ ersetzt. Nach Einlangen des Rekurses des Abteilungsleiters muss das Gericht erster Instanz nach geltendem Recht jedenfalls beschlussförmig darüber entscheiden, ob dem Rekurs weiter aufschiebende Wirkung zukommt. Die Ausfertigung und die Zustellung dieses Beschlusses stellen einen gewissen Aufwand dar und können unter Umständen die Vorlage des Aktes an das Rechtsmittelgericht geringfügig verzögern. Wenn das Gericht erster Instanz der Auffassung ist, dass dem Rekurs weiterhin aufschiebende Wirkung zukommen soll, ist dieser Aufwand unnötig. Aus diesem Grund soll künftig ein Beschluss nur mehr dann ergehen, wenn das Gericht erster Instanz dem Rekurs die aufschiebende Wirkung aberkennt und die Unterbringung aufgehoben werden muss. Im gegenteiligen Fall soll die aufschiebende Wirkung aufrecht bleiben, ohne dass dies mit Beschluss ausgesprochen werden müsste. Dies wird im Gesetzestext durch das Wort „prüfen“ zum Ausdruck gebracht.

Der bisherige Abs. 3 erklärte gegen den Beschluss das Rechtsmittel der Vorstellung für unzulässig. Das neue AußStrG kennt dieses Rechtsmittel nicht mehr (siehe ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 13), weshalb die Bestimmung entfallen kann.

Mit dem neuen Regelungsinhalt des Abs. 3 sollen das Rekurs- und (kraft Verweisung in § 29a) Revisionsrekursverfahren bei Rechtsmitteln des Kranken oder seines Vertreters (sowie allenfalls eines Angehörigen im Sinn des Abs. 1) – wie vor dem Inkrafttreten des neuen Außerstreitgesetzes – wieder **einseitig** ausgestaltet werden. Im Hinblick darauf, dass die in der Praxis festgelegten Unterbringungsfristen im Durchschnitt nur wenige Wochen betragen, kann ein solches Rechtsmittel nur effektiv sein, also im Falle der Stattgebung tatsächlich zur vorzeitigen Beendigung der Unterbringung führen, wenn die Entscheidung darüber so schnell wie möglich ergeht. Ein vierzehntägiges Zuwarten bis zum allfälligen Einlangen einer Rechtsmittelbeantwortung ist mit diesem Raschheitserfordernis nicht vereinbar (vgl. *Engel*, Anpassungserfordernisse im Unterbringungsrecht – Eine Bestandsaufnahme aus Sicht eines Unterbringungsrichters, *iFamZ* 2007, 33 [34]). Daher wird eine dem § 16 Abs. 3 HeimAufG entsprechende Bestimmung in das UbG aufgenommen.

**Zu Z 23 (§ 29 Abs. 3)**

Beschließt das Rechtsmittelgericht, die Unterbringung für unzulässig zu erklären, so kann derzeit in der Praxis durchaus ein Zeitraum von einigen Tagen vergehen, bis dieser Beschluss der Krankenanstalt wirksam zugestellt, damit ihr gegenüber wirksam und dementsprechend die Unterbringung aufgehoben wird. Während dieses Zeitraums bleibt der Patient in seiner Freiheit beschränkt, obwohl schon feststeht, dass das Rekursgericht das für rechtswidrig erachtet.

Mit dem neuen Abs. 3 wird daher normiert, dass die Abteilung in einem solchen Fall sofort nach der Beschlussfassung im Rechtsmittelsenat von der Entscheidung zu verständigen ist. Es versteht sich von

selbst, dass der Rechtsmittelsenat spätestens ab der Verständigung der Abteilung an seine eigene Entscheidung **gebunden** ist. Insofern stellt § 29 Abs. 3 eine lex specialis zu § 40 AußStrG dar.

#### **Zu Z 24 (§ 29a)**

Hier wird die sinngemäße Anwendung der neuen §§ 28 Abs. 3 und 29 Abs. 3 im Revisionsrekursverfahren angeordnet. Dazu sei auf die Erläuterungen zu § 28 und § 29 verwiesen.

#### **Zu Z 25 (§ 30 Abs. 2a)**

Fälle, in denen die psychische Krankheit eines Patienten und die daraus resultierende Gefährdung so schwerwiegend und dauerhaft sind, dass die weitere Unterbringung über ein Jahr hinaus für zulässig erklärt werden muss, sind – auch dank der fortschreitenden Verbesserung der Methoden zur Behandlung psychischer Krankheiten – mittlerweile sehr selten. Die in § 30 Abs. 2 normierten besonders strengen gesetzlichen Voraussetzungen für eine derartig lange Unterbringung sollen im Kern auch unangetastet bleiben. Wurde eine Unterbringung allerdings schon einmal über ein Jahr hinaus für zulässig erklärt, weil jeweils zwei Sachverständige dies aus besonderen medizinischen Gründen für erforderlich gehalten haben, so besteht beim Patienten in aller Regel bereits ein kaum mehr zu verändernder chronischer Krankheitszustand. In solchen Fällen jedes Jahr wieder zwingend zwei Sachverständigengutachten einholen zu müssen, erscheint aufgrund der damit verbundenen Kosten für den Bund und der Arbeitsbelastung für die Gerichte als unverhältnismäßiger Aufwand. Hier soll daher künftig im Regelfall ein Sachverständigengutachten ausreichen. Das Recht des Kranken und seines Vertreters, nach § 22 Abs. 1 die Bestellung eines zweiten Sachverständigen zu verlangen, bleibt ohnehin unberührt.

#### **Zu Z 26 (§ 32)**

Der Abteilungsleiter hat – schon nach geltendem Recht – die Unterbringung jederzeit aufzuheben, wenn deren Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Dies bedeutet implizit eine Verpflichtung des Abteilungsleiters zur **regelmäßigen Überprüfung** des Fortbestands der Unterbringungsvoraussetzungen (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 789 f). Die nunmehr statuierte Verpflichtung zur Dokumentation des Fortbestands der Unterbringungsvoraussetzungen intendiert eine Überprüfbarkeit, ob der Abteilungsleiter seiner Überprüfungspflicht nachkommt, und damit gleichzeitig eine bewusstere Auseinandersetzung mit dieser Verpflichtung. Die Dokumentation hat zumindest wöchentlich zu erfolgen. Wenn die Unterbringung bereits über sechs Monate aufrecht ist, reicht eine monatliche Dokumentation aus, da in solchen Fällen wesentliche Änderungen die Ausnahme darstellen.

#### **Zu Z 27 (§ 33 Abs. 3)**

Entsprechend der ärztrechtlichen Terminologie (§ 51 ÄrzteG 1998) soll im gesamten UbG hinsichtlich der Krankengeschichte nicht mehr von „beurkunden“, sondern von „dokumentieren“ gesprochen werden. Außerdem ist die Verweisung auf § 3 der Änderung dieser Bestimmung anzupassen.

#### **Zu Z 28 (§ 34 Abs. 2)**

Nach geltendem Recht sind **Beschränkungen des Besuchs- und Telefonverkehrs** nur zulässig, wenn sie zum Wohl des Kranken unerlässlich sind. Nach herrschender Auffassung (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup>, Rz 568 f; *Hopf/Aigner*, Unterbringungsgesetz, § 34 Anm 8) ist darunter nur das gesundheitliche Wohl des Patienten zu verstehen, sodass als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Freiheit des Besuchs- und Telefonverkehrs nur Gefahren für die eigene Gesundheit des Patienten, nicht aber auch der Schutz von Interessen Dritter Personen oder der Ordnung in der Anstalt in Betracht kämen. Die Krankenanstalt ist aber ganz besonders im Bereich der Unterbringung allen ihren Patienten gegenüber zum Schutz und zur Fürsorge verpflichtet. Daher sollte doch möglich sein, etwa einem in einem Mehrbettzimmer untergebrachten Patienten das Telefonieren mit dem Handy während der Nachtzeit zu untersagen, um die Nachtruhe der Mitpatienten zu schützen. Gleichermaßen sollte es erlaubt sein, einem Patienten sein Handy abzunehmen, der damit die Intimsphäre anderer Patienten verletzende Photos anfertigt (und es ihm nur mehr bei Bedarf zum Telefonieren unter Aufsicht auszufolgen). Um dies klarzustellen, wird der **„Schutz der Rechte anderer Personen in der Krankenanstalt“** nun ausdrücklich als **Rechtfertigungsgrund** genannt. Die Beschränkung auf andere Personen „in der Anstalt“ (also Mitpatienten, Ärzte, Pflegepersonal und Besucher) entspricht dem Art. 1 Abs. 4 PersFrG („...am Ort ihrer Anhaltung...“). Gleichzeitig wird das – etwa in § 33 Abs. 1 bereits enthaltene – **Verhältnismäßigkeitsgebot** in den Gesetzestext aufgenommen. Damit ist auch die Kongruenz mit dem neuen § 34a hergestellt.

Entsprechend der ärztrechtlichen Terminologie (§ 51 ÄrzteG 1998) soll im zweiten Satz – wie überhaupt im gesamten UbG – nicht mehr von „beurkunden“, sondern von „dokumentieren“ gesprochen werden.

**Zu Z 29 (§ 34a)**

Zunächst darf auf die Ausführungen unter Punkt 3. d) im allgemeinen Teil verwiesen werden. Unter welchen Voraussetzungen die Anstaltsleitung bzw. das ihr zuzurechnende Personal in **sonstige Rechte** von Untergebrachten eingreifen dürfen, etwa in das Recht auf Tragen von Privatkleidung, ist derzeit auf einfachgesetzlicher Ebene nicht geregelt. Nach dem im Verfassungsrang stehenden Art. 1 Abs. 4 PersFrG sind nur solche Beschränkungen zulässig, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort der Anhaltung notwendig sind. Durch diesen verfassungsrechtlichen Rahmen ist aber noch keine konkrete **Eingriffsermächtigung** gegeben und auch kein effizientes **Rechtsschutzverfahren** gegen behauptete unzulässige Eingriffe geschaffen. Wird im Zuge einer Unterbringung in andere als die in §§ 33 bis 38 genannten Rechte eines Patienten eingegriffen, so unterliegt dies nach der herrschenden Rechtsprechung weder der Kontrollbefugnis des Unterbringungsgerichts (z. B. OGH 6 Ob 578/94 EFSIlg 97.423) noch jener des Unabhängigen Verwaltungssenats (z. B. VwGH 99/11/0345). Diese Rechtsschutzlücke wurde zu Recht unter Hinweis auf Art. 13 MRK kritisiert (*Kopetzki*, Entscheidungsbesprechung, RdM 2001/3; *derselbe*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 766).

Vorgeschlagen wird daher eine **Generalklausel**, nach der das Gericht auch über die Zulässigkeit der Beschränkung anderer Rechte des Kranken während der Unterbringung zu entscheiden hat. Gleichzeitig mit der Eröffnung dieser Überprüfungsmöglichkeit wird mit § 34a aber auch eine Rechtsgrundlage geschaffen, die diese Eingriffe unter bestimmten Voraussetzungen rechtfertigt, nämlich dann, wenn sie zum Wohl des Kranken oder zum Schutz der Rechte anderer Personen in der Krankenanstalt unerlässlich sind und zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis stehen (zum bisherigen Fehlen einer solchen Rechtsgrundlage vgl. *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts<sup>2</sup> Rz 540).

Als „sonstige Rechte“ im Sinne der vorgeschlagenen Bestimmung sind vor allem das Recht auf Tragen von Privatkleidung und Gebrauch persönlicher Gegenstände, Wahrung der Intimsphäre und der Nachtruhe, regelmäßigen Ausgang ins Freie, freie Meinungsäußerung und Religionsausübung sowie Gleichbehandlung ungeachtet des Geschlechts, der Abstammung und Herkunft, der Sprache, der politischen Überzeugung und des religiösen Bekenntnisses zu nennen. Es ist aber unmöglich, alle erdenklichen solchen Rechte im Gesetz aufzuzählen, weshalb es einer Generalklausel als „Auffangtatbestand“ für die nicht schon in den §§ 33, 34 und 35 ff geregelten Rechte bedarf.

§ 34a ist subsidiär zu besonderen Rechtsvorschriften, in welchen festgelegt ist, ob und unter welchen Voraussetzungen in ein spezielles Recht des Patienten eingegriffen werden darf. Solche Vorschriften finden sich zum Teil im UbG selbst, z. B. in Bezug auf das Recht auf Einsicht in die Krankengeschichte in § 39, sie können aber auch in anderen Gesetzen oder in Verordnungen enthalten sein. So darf beispielsweise in das demokratische Wahlrecht nur wegen einer gerichtlichen Verurteilung, nicht aber auch auf Grundlage des neuen § 34a UbG eingegriffen werden (Artt. 26 Abs. 5 und 95 Abs. 2 B-VG; § 4 Bundespräsidentenwahlgesetz). Für Strafgefangene, die gemäß § 71 Abs. 3 StVG in eine forensisch-psychiatrische Abteilung überstellt und dort untergebracht werden, gelten die vom StVG im Rahmen des Strafvollzugs vorgesehenen Einschränkungen weiter; sie gehen § 34a als „besondere Rechtsvorschriften“ vor.

**Zu Z 30 (§ 35)**

Mit dem SWRÄG 2006 wurde die **Vorsorgevollmacht** im ABGB geregelt (§§ 284f ff ABGB). Zum Wirkungskreis eines nach diesen Bestimmungen „Vorsorgebevollmächtigten“ kann – auf Grundlage einer „qualifizierten“ Vorsorgevollmacht im Sinn des § 284f Abs. 3 ABGB – auch die Einwilligung in medizinische Behandlungen gehören. Auch bei der Behandlung im Rahmen einer Unterbringung soll daher der Vorsorgebevollmächtigte (mit entsprechendem Wirkungskreis) – in gleicher Weise wie ein Sachwalter oder ein gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen – informiert werden und Entscheidungen treffen können.

**Zu Z 31 (§ 36)**

§ 36 soll terminologisch an das ABGB in der Fassung des KindRÄG 2001 und des SWRÄG 2006 angepasst werden. Vor allem soll klar gestellt werden, dass der im UbG verwendete Begriff der „**besonderen Heilbehandlung**“ **deckungsgleich** ist mit dem im ABGB verwendeten Terminus der „medizinischen Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“. Deshalb wird in Abs. 1 nun die längere und aussagekräftigere Formulierung des ABGB verwendet, ihr aber sogleich die im UbG geläufige, knappere Bezeichnung „besondere Heilbehandlung“ als Klammerausdruck nachgestellt. Im Weiteren kann dann wieder der so definierte Begriff „besondere Heilbehandlung“ verwendet werden.

Außerdem ist der „Vorsorgebevollmächtigte“ als möglicher Vertreter des Patienten zu erwähnen; siehe dazu bei § 35.

Die Änderung wird auch zum Anlass genommen, § 36 etwas übersichtlicher und leichter verständlich zu gestalten. Dazu wird er in drei Absätze untergliedert. Von diesen regelt der erste den Fall des Patienten, der selbst einsichts- und urteilsfähig ist. Der zweite Absatz betrifft Patienten, die selbst nicht einsichts- und urteilsfähig sind, aber einen Vertreter haben, dessen Wirkungskreis Willenserklärungen zu medizinischen Behandlungen umfasst. Dass auch ein Vorsorgebevollmächtigter nur dann als Vertreter in diesem Sinn anzusehen ist, wenn sein Wirkungskreis medizinische Behandlungen umfasst, ergibt sich schon aus der Definition in § 35 Abs. 2. Der dritte Absatz regelt schließlich den Fall von Patienten, die weder selbst einsichts- und urteilsfähig sind noch einen entsprechenden Vertreter haben. Bei diesen soll wie bisher eine besondere Heilbehandlung – abgesehen von Fällen des § 37 – nur durchgeführt werden dürfen, wenn sie vorab vom Unterbringungsgericht genehmigt wurde. Aufgrund der Aufgliederung des § 36 in drei Absätze kann zur leichteren Zitierbarkeit der Strichpunkt vor der betreffenden Wortfolge in einen Punkt umgewandelt werden. Einfache Heilbehandlungen an Patienten, die weder selbst einsichts- und urteilsfähig sind noch einen dafür kompetenten Vertreter haben, sind auch im Rahmen des neuen § 36 Abs. 3 nach Maßgabe des § 35 ohne vorhergehende gerichtliche Genehmigung zulässig; auf Antrag hat wie bisher das Unterbringungsgericht über die Zulässigkeit zu entscheiden.

Dass die gerichtliche Entscheidungskompetenz nur in Abs. 3 ausdrücklich erwähnt ist, hat zwei Gründe: Zum einen soll die im Fall des Abs. 2 (nicht einsichts- und urteilsfähiger Patient mit kompetentem Vertreter) allenfalls erforderliche pflegschaftsgerichtliche Genehmigung weiterhin dem Pflegschaftsgericht und nicht etwa dem Unterbringungsgericht obliegen. Zum anderen sollte es im Anwendungsbereich der Absätze 1 und 2 nach der gesetzlichen Regel abgesehen von „Notfällen“ im Sinn des § 37 gar keine konsenslosen Behandlungen geben. Wird jedoch – unzulässigerweise – ohne besondere Dringlichkeit und Notwendigkeit im Sinne des § 37 eine konsenslose Behandlung an einem einsichts- und urteilsfähigen Patienten (im Sinn des Abs. 1) oder an einem Patienten mit einem kompetenten Vertreter (im Sinn des Abs. 2) vorgenommen, so soll – ohne dass dies ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden müsste – dem Unterbringungsgericht (wie schon bisher) weiterhin die Kompetenz zukommen, diese Zwangsbehandlung auf Antrag für rechtswidrig zu erklären (vgl. SZ 67/229).

Einer ausdrücklichen Erwähnung von Patientenverfügungen, die unter bestimmten Voraussetzungen auch bei der Behandlung von untergebrachten Kranken verbindlich oder beachtlich sein können (vgl. *Engel*, Verbindliche Patientenverfügungen und die Behandlung untergebrachter Personen, iFamZ 2008, 18), bedarf es nicht.

#### **Zu Z 32 (§ 37)**

Vgl. die Erläuterungen zu § 35.

#### **Zu Z 33 (§ 38)**

Die Änderungen in Abs. 1 und Abs. 2 sind rechtstechnischer Natur. Zur Reduktion der Ausfertigungsfrist von acht auf sieben Tage siehe die Erläuterungen zu § 27.

Mit dem neuen Abs. 3 soll jene ständige Rechtsprechung positiviert werden, nach der der Kranke auch nach Beendigung einer Beschränkung noch ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, dass diese zu Unrecht erfolgte, weshalb auch **nachträgliche Überprüfungsanträge** noch zulässig sind (RIS-Justiz RS0074575). Um mit unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten verbundene Verfahren zur Überprüfung lange zurückliegender Beschränkungen zu vermeiden, wird allerdings eine **Frist** für die Antragstellung normiert. Diese ist mit 6 Wochen in Anlehnung an die Frist zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde nach § 67c Abs. 1 AVG 1991 bemessen. Im Hinblick auf die während einer Unterbringung typischerweise beeinträchtigte Willensfreiheit des Patienten soll die Frist erst mit Beendigung der Unterbringung und überdies erst dann zu laufen beginnen, wenn ein Vertreter des Kranken Kenntnis von der Maßnahme hat. Da Überprüfungsverfahren nach Verlauf einer noch wesentlich längeren Zeit allerdings nicht mehr sinnvoll erscheinen, wird auch für Fälle besonders lange dauernder Unterbringungen und unterbliebener Verständigung des Vertreters eine absolute Höchstfrist von drei Jahren normiert, mit deren Ablauf das Antragsrecht jedenfalls erlischt. Beide Fristen sollen frühestens mit dem Inkrafttreten der Novelle zu laufen beginnen (§ 42 Abs. 3 letzter Satz des Entwurfs).

Die besondere Schwierigkeit, im Nachhinein noch festzustellen, ob zum relevanten Zeitpunkt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vornahme der Beschränkung vorlagen, resultiert vor allem daraus, dass sich der Richter und ein bestellter Sachverständiger keinen eigenen unmittelbaren Eindruck vom Zustand des Patienten zum Zeitpunkt der Anordnung und Dauer der Beschränkung mehr machen können. Daraus resultierende **Zweifel** müssen letztlich zur **Abweisung** des auf Unzulässigerklärung abzielenden

Antrags führen, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen in der Krankengeschichte ordnungsgemäß **dokumentiert** ist.

#### **Zu Z 34 (§§ 38a und 38b)**

Durch die Unterbringung wird in das Grundrecht des Menschen auf persönliche Freiheit nach Art. 5 EMRK und nach dem PersFrG eingegriffen. Obwohl manche Bestimmungen des UbG den Anschein erwecken, dass eine gerichtliche Entscheidung nur zu ergehen hat, wenn die Unterbringung im Zeitpunkt der Entscheidung noch aufrecht ist (etwa die Bestimmungen darüber, dass die Unterbringung bei einer Unzulässigkeitsentscheidung sogleich aufzuheben ist: §§ 20 Abs. 2, 26 Abs. 3 und 29 Abs. 3), hat die Rechtsprechung im Lichte dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben das **Recht** des Patienten bejaht, auch **nach Beendigung** der Unterbringung noch eine **Entscheidung** darüber zu begehren, ob die Unterbringung zulässig war (RIS-Justiz RS0071267 und RS0074575). Es fehlen allerdings Regeln darüber, welche Verfahrensvorschriften bei solchen nachträglichen Überprüfungsverfahren einzuhalten sind. Außerdem ist das Antragsrecht nicht befristet, sodass noch Jahre später ein entsprechender Antrag gestellt werden könnte (vgl. *Engel*, Anpassungserfordernisse im Unterbringungsrecht – Eine Bestandsaufnahme aus Sicht eines Unterbringungsrichters, iFamZ 2007, 33).

Da ein wirksamer Grundrechtsschutz voraussetzt, dass die Inhaber der Grundrechte von ihren Rechtsansprüchen auf einfache und allgemein zugängliche Weise Kenntnis erlangen können, soll das Antragsrecht nun ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden. Um mit unverhältnismäßigen Beweisschwierigkeiten verbundene Verfahren zur Überprüfung lange zurückliegender Unterbringungen zu vermeiden, wird das Antragsrecht gleichzeitig (in Anlehnung an die Frist zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde nach § 67c Abs. 1 AVG 1991) mit 6 Wochen ab Aufhebung der Unterbringung **befristet**. Zur erforderlichen Verständigung eines Vertreters, zur absoluten Höchstfrist von drei Jahren und zum Übergangsrecht siehe die Erläuterungen zu § 38.

Durch die Schaffung einer speziellen Bestimmung für das **Verfahren** bei der nachträglichen Überprüfung in § 38b wird klargestellt, dass die hier nicht erwähnten Verfahrensbestimmungen des UbG nicht anwendbar sind. Es muss also beispielsweise keine Erstanhörung im Sinn des § 19 durchgeführt werden und es gelten – mangels Dringlichkeit nach Beendigung der Unterbringung – auch nicht die Fristen für die Durchführung der mündlichen Verhandlung (§ 20 Abs. 1) oder die Ausfertigung der Entscheidung (§ 27). Es ist auch nicht geboten, vom Abteilungsleiter eine sofortige Anmeldung des Rekurses zu verlangen. Zur Beweislastverteilung siehe die Erläuterungen zu § 38.

#### **Zu Z 35 (§ 39)**

Entsprechend der ärztrechtlichen Terminologie (§ 51 ÄrzteG 1998) soll im gesamten UbG hinsichtlich der Krankengeschichte nicht mehr von „beurkunden“, sondern von „dokumentieren“ gesprochen werden.

#### **Zu Z 36 (§ 41)**

Siehe die Erläuterungen zu § 2.

#### **Zu Z 37 (§ 42)**

Der neue Abs. 3 regelt das Inkrafttreten und den Rechtsübergang der Unterbringungsnovelle 2010.

#### **Zu Z 38 (§ 43)**

Zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 6 VSPBG sei auf die Erläuterungen zu § 15 verwiesen.

#### **Zu Z 39 (§ 47)**

Die neue Z 7 enthält die Vollzugsklausel für die neu geschaffenen Regeln über die nachträgliche Überprüfung.

### **Zu Art. II (Änderung des HeimAufG)**

#### **Zu Z 1 (§ 4)**

Sowohl bei Eigen- als auch bei Fremdgefährdung ist eine Gefährdung entweder des Lebens **oder** der Gesundheit ausreichend. Dieses auch im Hinblick auf die Erläut. (RV 353 BlgNR 22. GP 10) eindeutige Redaktionsversehen (vgl. *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht, 113 FN 535) gilt es nun zu beseitigen.

#### **Zu Z 2 (§ 5)**

Die Praxis hat gezeigt, dass viele **Ärzte** die Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme ablehnen, zum einen weil nach geltender Rechtslage die Frage der Honorierung weitgehend unregelt ist, zum anderen weil sie sich außerstande sehen, die pflegerischen bzw. – im Zusammenhang mit Menschen mit geistiger Behinderung – pädagogischen Implikationen einer Anordnung in ausreichendem Maße zu beurteilen. Es soll daher die Befugnis der Ärzte bei Anordnungen von Freiheitsbeschränkungen auf jene Bereiche beschränkt werden, die „medizinischer Natur“ sind, also auf medikamentöse oder

sonstige dem Arzt vorbehaltene Maßnahmen (siehe § 5 Abs. 2 Z 1). Der Arzt muss von der Leitung der Einrichtung mit der Anordnung derartiger Freiheitsbeschränkungen betraut worden sein, was auch schlüssig geschehen kann (§ 863 ABGB). Arzt ist jeder Mediziner mit *ius practicandi*; eine Einschränkung auf bestimmte Fachärzte (Psychiater, Neurologen) würde insbesondere die sog. „Hausärzte“ ausschließen, welche jedoch oft den Bewohner bereits über Jahre kennen und daher – obgleich sie keine Fachärzte sind – seinen Geisteszustand sehr gut beurteilen können. Aus diesem Grund wird auch von einer Einschränkung auf Ärzte, die mit der Einrichtung in einer bestimmten Rechtsbeziehung stehen, abgesehen. Welche Ärzte eine Einrichtung betraut, obliegt dieser, weil ihr allfällig eine zu einer Schädigung führende Anordnung oder auch die Unterlassung einer solchen – Rechtswidrigkeit und Verschulden vorausgesetzt – zugerechnet wird (vgl. § 24 Abs. 2 und § 1313a ABGB sowie *Barth/Engel*, Heimrecht § 24 HeimAufG Anm. 6 und 8).

Andere – nicht Ärzten vorbehaltene – Freiheitsbeschränkungen werden pflegerischer oder pädagogischer Natur sein. § 5 Abs. 2 Z 2 ordnet die Anordnungsbefugnis in diesen Bereichen alternativ zwei Berufsgruppen zu. Wer konkret anordnungsbefugt ist, ergibt sich dabei aus dem jeweiligen Berufsrecht. Demnach sind pflegerische Maßnahmen grundsätzlich von der **Pflegedienstleitung**, ihrer Vertretung oder einem in der Einrichtung beschäftigten Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege anzuordnen. Zu der – auch hier schlüssig möglichen (§ 863 ABGB) – Betrauung mit derartigen Anordnungen ist wiederum die Leitung der Einrichtung berufen. Insbesondere in großen Einrichtungen kann es sinnvoll sein, mehrere Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege mit der Anordnung von Freiheitsbeschränkungen zu betrauen.

Freiheitsbeschränkungen an geistig behinderten Menschen sind wiederum oftmals pädagogischer Natur und können daher nur von der **pädagogischen Leitung** oder deren Vertretern – die aber ebenfalls für die pädagogische Leitung der Einrichtung qualifiziert sein müssen – angeordnet werden. Anders als nach geltendem Recht wird deshalb nicht an den Umstand angeknüpft, dass die Einrichtung „weder unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht noch unter pflegerischer Leitung“ steht, da erstens diese Formulierung der Bedeutung der Einrichtungen für geistig behinderte Menschen in der „Soziallandschaft“ Österreichs nicht gerecht wird und zweitens etwa bei mehrfach behinderten Menschen auch pflegerische Maßnahmen notwendig sein können, die trotz pädagogischer Leitung der Einrichtung von einem Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege angeordnet werden sollen.

Nur wenn feststeht, dass der **Bewohner psychisch krank oder geistig behindert** ist, kommt die Anordnung einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme in Betracht. In § 5 Abs. 1 ist daher vorgesehen, dass das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung (§ 4 Z 1 erster Teil) durch ein ärztliches Gutachten, ein ärztliches Zeugnis (§ 55 Ärztegesetz 1998), die Krankengeschichte des Bewohners oder durch sonstige ärztliche Aufzeichnungen (§ 51 Ärztegesetz 1998) belegt sein muss. Es muss sich dabei nicht um ein ärztliches Zeugnis handeln, das speziell zur Ermöglichung einer Freiheitsbeschränkung nach HeimAufG erstellt worden ist. Die Praxis hat nämlich gezeigt, dass das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung in der Regel völlig unstrittig ist, z. B. weil der Bewohner der konkreten Einrichtung durch ein Krankenhaus oder eine andere Einrichtung zugewiesen wurde und seine fortgeschrittene Erkrankung an Morbus Alzheimer bereits aus der Krankengeschichte ersichtlich ist. Gegenstand von Kontroversen (und im Übrigen auch der Mehrzahl der gerichtlichen Verfahren nach dem HeimAufG) ist vielmehr die Frage, ob daraus tatsächlich eine ernstliche und erhebliche Eigen- oder Fremdgefährdung resultiert bzw. wie diese – anders als durch eine Freiheitsbeschränkung – behoben werden könnte.

Die anordnungsbefugte Person darf eine Freiheitsbeschränkung nur anordnen, wenn dieses ärztliche Dokument noch **aktuell** ist, also wirklich das *Vorliegen* der psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung festhält. Ob auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des § 4 Z 2 und 3 vorliegen, ist von ihr selbst zu beurteilen.

### **Zu Z 3 (§ 7 Abs 2)**

Der Einrichtungsleiter und dann in weiterer Folge die Vertreter und die Vertrauensperson des Bewohners sind de lege lata nur von der Vornahme einer mit dem Willen des Bewohners vorgenommenen Einschränkung seiner persönlichen Freiheit zu verständigen (krit. *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht, 133). Dies führt dazu, dass Bewohnervertreter derzeit nicht oder kaum abschätzen können, welche dieser Maßnahmen noch aufrecht sind, was den planvollen und ökonomischen Einsatz der Ressourcen erschwert. Im Sinne der Qualitätssicherung der Arbeit der Bewohnervertreter ist es daher notwendig, dass diese (und daneben der Einrichtungsleiter sowie eine allfällige Vertrauensperson des Bewohners) **auch von der Aufhebung** einer mit Einwilligung des Bewohners vorgenommenen Freiheitsbeschränkung unverzüglich verständigt werden.

#### Zu Z 4 (§ 8 Abs. 1 und 2)

Nach dem SWRÄG 2006 kann jede Person mit einer **Vorsorgevollmacht** ausgestattet werden (vgl. § 284f ABGB). Die Vertretung nach § 8 Abs. 1 stellt einen besonderen Fall einer Vorsorgevollmacht dar (vgl. *Barth/Engel*, Heimrecht § 8 HeimAufG Anm. 1); die seit dem SWRÄG 2006 systemwidrige Einschränkung auf „nahe Angehörige“, die bereits davor als sachlich ungerechtfertigt kritisiert worden war (siehe etwa *Zierl*, Heimvertragsgesetz und Heimaufenthaltsgesetz, 140), ist also zu beseitigen. Weil somit jede Person, die die in § 8 Abs. 1 zweiter Satz genannte Voraussetzung erfüllt, Vertreter des Bewohners nach Abs. 1 sein kann, bedarf es der expliziten Nennung der Rechtsanwälte und Notare nicht mehr. In § 8 Abs. 2 wird durch Streichung des Wortes „gesetzlichen“ klargestellt, dass die Vertretungsbefugnis bestimmter Vereine nicht nur die Vertretungsbefugnis eines anderen gesetzlichen Vertreters, sondern auch die eines gewillkürten Vertreters (Abs. 1) unberührt lässt.

Zusätzlich wird eine terminologische Anpassung an § 3 Abs. 1 VSPBG vorgenommen. Da dort nunmehr ausdrücklich die Namhaftmachung von Bewohnervertretern in den Aufgabenbereich der sog. **Sachwaltervereine** gestellt ist, kann daran in § 8 Abs. 2 zur näheren Kennzeichnung der angesprochenen Vereine angeknüpft werden. Festzuhalten ist, dass diese Vereine, deren Eignung vom BMJ gemäß § 1 VSPBG festgestellt worden ist, von diesem fachlich zu beaufsichtigen sind (siehe näher § 5 VSPBG); der – bisweilen von Einrichtungsträgern angeregten – Schaffung einer eigenen „Beschwerdestelle“ gegen Mitarbeiter eines solchen Vereins bedarf es daher nicht.

#### Zu Z 5 (§ 9 Abs. 1)

Der Bewohnervertreter oder sonstige bestellte Vertreter ist nach § 9 Abs. 1 unter anderem berechtigt, die Einrichtung unangemeldet zu besuchen und in dem zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Umfang Einsicht in die Pflegedokumentation, die Krankengeschichte und andere Aufzeichnungen über den Bewohner zu nehmen. In der Praxis ist bisweilen fraglich, ob diese Rechte (und auch die sonstigen Befugnisse nach § 9 Abs. 1) dem Vertreter auch dann zustehen, wenn er nicht nach § 7 Abs. 2 von einer Freiheitsbeschränkung verständigt worden ist. Das HeimAufG ordnet den Bewohnervertretern großes Gewicht zu, indem es – im Vergleich zum UbG – vom Amtswegigkeitsprinzip abgeht und die gerichtliche Kontrolle nur auf Antrag vorsieht. Der Gesetzgeber hat daher „prozessuale Sicherungen“ einzubauen, damit der Bewohnervertreter in der Lage ist, jene Personen zu schützen, die nicht mehr völlig eigenständig handeln können, sodass dem in Art. 6 Abs. 1 PersFrG geforderten effektiven und zugänglichen Rechtsschutz Genüge getan ist (vgl. *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, PersFrG Art. 6 Rz 34f und 60). Hält man sich dies vor Augen, dann kann bereits de lege lata eine verfassungskonforme Interpretation des Gesetzes nur dazu führen, dass dem Bewohnervertreter ein **Zugangsrecht** zu jeder Einrichtung eingeräumt wird, die – in abstracto – dem HeimAufG unterliegt. Im Hinblick auf die große Bedeutung des Zugangsrechts des Vertreters des Bewohners für einen funktionierenden Rechtsschutz ist dies nun ausdrücklich im Gesetz festzuhalten. Bei der Wahrnehmung seiner Befugnisse – also etwa bei Ausübung seines Einsichts- und Auskunftsrechts – ist der Bewohnervertreter aber auf den zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen Umfang beschränkt; eine allgemeine Heimaufsicht steht ihm natürlich nicht zu.

#### Zu Z 6 (§ 12 Abs. 1)

Nach derzeitiger Rechtslage ist die **anordnungsbefugte Person** jedenfalls zu hören bzw. auch jedenfalls zur mündlichen Verhandlung zu laden. Für freiberuflich tätige Ärzte ist insbesondere die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, aber unter Umständen auch die Anhörung durch das Gericht, mit der Abwicklung ihrer Ordination nur schwer vereinbar. Da es nicht in allen Fällen erforderlich ist, die anordnungsbefugte Person zu hören bzw. der mündlichen Verhandlung beizuziehen, soll ihre Anhörung bzw. Ladung daher dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleiben.

#### Zu Z 7 (§ 13 Abs. 2)

Die Einrichtung hat ein **rechtliches Interesse** an der Feststellung, dass sie Personen nicht zu Unrecht ihrer Freiheit beraubt. Dem Leiter der Einrichtung kommt die Wahrung der Interessen des Trägers der Einrichtung zu (vgl. *Barth/Engel*, Heimrecht § 16 HeimAufG Anm 8). Ihm wird daher – anders als im Bereich des UbG (siehe die Erläuterungen zu § 20 UbG) – von der Rechtsprechung (LG Salzburg 21 R 36/06z iFamZ 2006/12; LG Eisenstadt 20 R 28/06a iFamZ 2006/38) bereits de lege lata ein Rekursrecht zuerkannt, wenn das Gericht die Freiheitsbeschränkung für unzulässig erklärt und der Leiter der Einrichtung in der Verhandlung gegen diesen Beschluss einen Rekurs anmeldet, das Gericht diesem Rekurs aber keine aufschiebende Wirkung zuerkennt. Dieses Rechtsmittelrecht soll nun – im Einklang mit der Novellierung des § 20 (bzw. § 26) UbG – im Gesetz ausdrücklich verankert werden.

**Zu Z 8 (§ 14)**

Zu der in das Ermessen des Gerichts gestellten Ladung der Person, die die Freiheitsbeschränkung angeordnet hat, zur mündlichen Verhandlung siehe die Erläuterungen zu § 12.

Für die mündliche Verhandlung gilt § 140 AußStrG. Das bedeutet, dass diese grundsätzlich **nicht öffentlich** ist.

**Zu Z 9 (§ 15 Abs. 2 und 3)**

Hält das Gericht eine Freiheitsbeschränkung für zulässig, so hat es hiefür im Beschluss eine bestimmte, sechs Monate nicht übersteigende Frist zu setzen und die näheren Umstände sowie das zulässige Ausmaß der Freiheitsbeschränkung unter möglicher Schonung des Bewohners genau zu bestimmen. Das HeimAufG sieht de lege lata nicht explizit die Möglichkeit vor, freiheitsbeschränkende Maßnahmen so lange für zulässig zu erklären, bis alternative Maßnahmen gesetzt werden können. Wenn aber im Zuge des gerichtlichen Verfahrens Alternativmöglichkeiten aufgezeigt werden, die in der betreffenden Einrichtung derzeit noch nicht zur Verfügung stehen, dann kann die Bereitstellung solcher Maßnahmen ein gewisses Maß an Zeit und organisatorischem Aufwand erfordern. Hier die sofortige Außerkraftsetzung bisher geübter Mittel der Gefahrenabwehr zu fordern, trägt bis zur Beschaffung besserer Ersatzlösungen die Gefahr erheblicher Nachteile für den Bewohner in sich; die Rechtsprechung hat daher – auch ohne explizite Regelung im Gesetz – Einrichtungen die Möglichkeit gegeben, eine freiheitsbeschränkende Maßnahme zeitlich befristet so lange durchzuführen, bis innerhalb angemessener Frist eine die Freiheit weniger einschränkende Sicherungsmaßnahme getroffen werden kann (LG Salzburg 21 R 539/05v; LG St. Pölten 10 R 20/06b iFamZ 2006/56). In § 15 Abs. 2 ist nun den Gerichten ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die Zulässigkeitserklärung einer Freiheitsbeschränkung an die Erfüllung von **Auflagen** zu knüpfen. Es könnte z. B. angeordnet werden, dass eine Freiheitsbeschränkung – etwa das Hochziehen von Seitenteilen am Bett des Bewohners – nur in der Nacht vorgenommen werden darf, wenn nur da die Gefahr besteht, dass der Bewohner einschläft und aus dem Bett fallen kann. Im Zusammenhang mit Freiheitsbeschränkungen an geistig behinderten Menschen könnte eine Freiheitsbeschränkung wiederum unter der Auflage für zulässig erklärt werden, dass der Bewohner innerhalb der vom Gericht festgesetzten Frist z. B. eine bestimmte Therapie oder Förderung erfährt, um so das Gefährdungspotential auf andere Weise „begleitend“ zur Freiheitsbeschränkung abzubauen.

Zur Änderung in Abs. 3 siehe die Erläuterungen zu § 13 Abs. 2.

**Zu Z 10 (§ 16 Abs. 3)**

Aus Gründen der Systematik und Übersichtlichkeit des HeimAufG soll dem Revisionsrekursverfahren künftig – wie auch im UbG (dort § 29a) – ein eigener Paragraph gewidmet werden (§ 17a des Entwurfs).

**Zu Z 11 (§ 17 Abs. 3)**

Dazu sei auf die Erläuterungen zu § 29 Abs. 3 UbG verwiesen. Auch im HeimAufG soll bei einer Unzulässigkeitsentscheidung des Rekursgerichts eine rasche Verständigung des Leiters der Einrichtung vorgesehen werden.

**Zu Z 12 (§ 17a)**

Hier wird die sinngemäße Anordnung der §§ 16 Abs. 3 und 17 Abs. 3 im Revisionsrekursverfahren angeordnet. Siehe dazu die Erläuterungen zu diesen Bestimmungen.

**Zu Z 13 (§ 19 Abs. 1)**

Wenn eine Freiheitsbeschränkung voraussichtlich nicht mit dem Ablauf der gerichtlich festgesetzten Frist aufgehoben werden wird, so hat die anordnungsbefugte Person auch den **Bewohner** hierüber zu **informieren**. § 7 Abs. 1 erster Satz gilt sinngemäß.

**Zu Z 14 (§§ 19a und 19b)**

Auf Antrag des Bewohners oder seines Vertreters hat das Gericht **nachträglich** über die Zulässigkeit der **Freiheitsbeschränkung** zu entscheiden, wenn diese bereits vor der Entscheidung des Gerichts nach § 13 **aufgehoben** wurde. Dies ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben (siehe die Erläuterungen zu § 38a UbG) bereits de lege lata ständige Rechtsprechung (LGZ Wien 44 R 81/06x iFamZ 2006/13; LG Eisenstadt 20 R 80/06y iFamZ 2006/38; LGZ Wien 43 R 747/06f; zum UbG RIS-Justiz RS0071267 und RS0074575). Das Antragsrecht soll nun – ebenso wie in § 38a UbG – ausdrücklich im HeimAufG festgeschrieben werden. Ebenso wie in § 38a UbG wird das Antragsrecht in Anlehnung an die Frist zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde nach § 67c Abs. 1 AVG 1991 mit 6 Wochen befristet. Zur absoluten Höchstfrist von drei Jahren siehe die Erläuterungen zu §§ 38, 38a und 38b UbG. Darüber hinaus wird für den Bereich des HeimAufG – anders als im UbG – vorgeschlagen, dass diese Höchstfrist (wie im Schadenersatzrecht nach § 1489 ABGB) 30 Jahre beträgt, wenn die

Freiheitsbeschränkung mit einer gerichtlich strafbaren Handlung verbunden war, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Damit soll den Betroffenen in besonders schwerwiegenden Fällen auch nach längerer Zeit noch das – kostenlose – Verfahren zur Feststellung der Rechtswidrigkeit nach dem HeimAufG zur Verfügung gestellt werden. Zu denken wäre etwa an Fälle vorsätzlich widerrechtlicher Freiheitsentziehung nach § 99 StGB, die vom Täter in organisierter Weise an mehreren psychisch Kranken oder geistig behinderten Personen begangen werden und damit in den Anwendungsbereich des HeimAufG fallen. Im UbG wird eine solche Regelung nicht für erforderlich erachtet, da derartige Fälle in dessen Anwendungsbereich (Krankenanstalten und Abteilungen für Psychiatrie) praktisch unvorstellbar sind.

Durch die Schaffung einer speziellen **Bestimmung für das Verfahren** bei der nachträglichen Überprüfung in § 19b wird klargestellt, dass die hier nicht erwähnten Verfahrensbestimmungen des HeimAufG nicht anwendbar sind. Es muss also beispielsweise keine Erstanhörung im Sinn des § 13 durchgeführt werden und es gelten – mangels Dringlichkeit nach Beendigung der Freiheitsbeschränkung – auch nicht die Fristen für die Durchführung der mündlichen Verhandlung oder die Ausfertigung der Entscheidung. Weiters hat der Einrichtungsleiter den Rekurs auch nicht sofort in der mündlichen Verhandlung anzumelden. Siehe im Übrigen die Erläuterungen zu § 38b UbG.

#### **Zu Z 15 (§ 23)**

Der neue Abs. 3 regelt das Inkrafttreten und den **Rechtsübergang** der Novelle des HeimAufG.

#### **Zu Art III (Änderung des StVG)**

##### **Zu Z 1 (§ 71)**

Diese Zitat Anpassung wird durch die Aufgliederung des § 3 UbG in zwei Absätze erforderlich.

##### **Zu Z 2 (§167a)**

Infolge der Schaffung einer Generalklausel für sonstige Rechtsbeschränkungen in § 34a UbG muss die Formulierung in Abs. 2 Z 2 entsprechend ergänzt werden.

##### **Zu Z 3 (§ 181)**

Hier befindet sich die Inkrafttretensbestimmung für die Änderungen des StVG.