

# **Aktuelle Entwicklungen im Heimaufenthaltsrecht**

**Fachtagungen**

am 17., 24., 31. Mai 2017 in  
Laxenburg, Innsbruck, Klagenfurt

**Dr. Hans Peter Zierl**

# Gliederung

- I. Berührungspunkte mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz (= Sachwalterreform)
  - II. Neuere Rechtsprechung
  - III. Aktuelle Fragen
    - Rechtsstellung der Volksanwaltschaft im Rahmen des HeimAufG
    - Meldepflicht an die BV bei medikamentösen FB
    - Rechtfertigung von Zwang bzw. Freiheitsbeschränkung
    - Freiheitsbeschränkungen in Akutsituationen
  - IV. Strafrechtliche Aspekte bei Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit
- ANHANG: Schematische Darstellungen; Gesetzestexte, u.a. einige Straftatbestände

# I. Berührungspunkte mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz 1

Das „2. Erwachsenenschutzgesetz“ (2. ErwSchG), BGBl I 2017/59, wird am **1.7.2018** in Kraft treten. Es bringt eine Totalreform des Sachwalterrechts mit sich [sh. im Detail Vortrag zum 2. ErwSchG].

Die wichtigsten Berührungspunkte: (13 Punkte insgesamt)

- Einrichtungen zur Pflege und Erziehung **Minderjähriger** fallen in den Anwendungsbereich des HeimAufG (§ 2).  
→ Altertypische FB an Mj sind aber **keine** FB iS des HeimAufG.
- Der Begriff Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird durch den Begriff **Entscheidungsfähigkeit** ersetzt (§ 3 Abs 2).
- Die **Zustimmung** zur Unterbindung der Ortsveränderung (= Freiheitseinschränkung) kann nur der Bewohner selbst erteilen (war schon bisher einhellige Auffassung).

# I. Berührungspunkte mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz 2

- Ergänzung bei der Haftungsbestimmung für den Einrichtungsträger [Regress des Bundes] (§ 24 Abs 2):  
„Dies gilt insbesondere auch, wenn der Schaden auf ein **Organisationsverschulden** zurückzuführen ist.“  
→ Einrichtungsträger und die für ihn handelnden Personen werden damit in die Pflicht genommen [Klarstellung; war schon bisher herrschende Ansicht; zB Zierl, ÖZPR 2012, Heft 1, S. 26].
- Anmerkung: Der Gesetzgeber hat diese Gelegenheit verabsäumt, die (zT) verfassungswidrige Regelung des § 24 Abs 1 zu sanieren, wonach der Bund nur für Schäden durch rechtswidriges und **schuldhaftes** Verhalten haftet. Gem Art 7 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit besteht nämlich eine **verschuldensunabhängige** Haftung (näher dazu Zierl, ÖZPR 2012, Heft 1, S. 25).

## II. Judikatur: Medikamentöse FB 1

- Ist das **Ziel** der Medikation nicht nur die Bekämpfung der Angstgefühle, sondern auch die Bekämpfung der Unruhe oder Aggressivität, war damit auch eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit (mit)bezweckt. Es liegt daher eine **FB** vor (LG Salzburg 23.1.2015, 21 R 7/15y).
  - Ähnlich LG Wels 30.4.2014, 21 R 114/14k: War eine Sedierung zumindest **ein** Zweck der Med., sollte der HB also auch beruhigt werden, liegt nicht nur eine unvermeidliche sedierende Nebenwirkung vor, sondern eine **FB**.
- Hinweis: Die Abgrenzung kann mitunter schwierig sein. Rückschlüsse können sich zB aus dem Gesamtzusammenhang ergeben (LG Innsbruck 8.5.2014, 54 R 41/14x).
- Eine nicht geglückte Formulierung wäre zB: „Die FB ist nicht beabsichtigt, aber dennoch willkommen.“

## II. Judikatur: Medikamentöse FB 2

- *Ergänzend* dazu: Bei **mehreren gleichwertigen** therapeutischen Alternativen ist jenes Medikament zu wählen, welches die Bewegungsfreiheit am wenigsten beeinträchtigt (OGH 29.5.2008, 2 Ob 77/08z; *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I<sup>3</sup>, S. 95)
- Dient hingegen die Medikation (nur) der **Reduktion der Verhaltensstörung** – somit der Hintanhaltung autoaggressiver Handlungen und möglichen fremdaggressiven Verhaltens – und **nicht** der Behandlung eines „Bewegungsüberschusses“, liegt **keine FB** vor (OGH 31.8.2016, 7 Ob 126/16d).

## II. Judikatur – MedFB, Meldung 3

- Der **Versuch** der Gabe eines sedierenden Med. muss als (nonverbale) **Androhung** einer FB verstanden werden. Denn die psycholog. Beeinflussung des HB, sich zu fügen, ist hier sogar stärker als bei einer bloß (verbalen oder nonverbalen) Androhung einer solchen Maßnahme (LG Salzburg 23.1.2015, 21 R 7/15y).
- Die **Verständigungspflicht** (§ 7 HeimAufG) dient einem umfassenden Rechtsschutz gegen die FB, nicht nur gegen noch andauernde FB (LG Salzburg 23.1.2015, 21 R 7/15y).  
→ Hinweis: Der OGH hat früher bei der „Einmalmedikation“ die Ansicht vertreten, die Unterlassung der Verständigung der Bewohnervertretung führe in gewissen Fällen nicht automatisch zur Unzulässigkeit einer FB (OGH 26.2.2009, 1 Ob 21/09).

## II. Judikatur: Bedarfsmedikation 4

Beispiel 1: Im Pflegeblatt vorgesehene Bedarfsmedikation – Stesolid (OGH 13.10.2016, 7 Ob 137/16x):

- In der Pflegedoku ist eine (ärztlich verordnete) Bedarfsmedikation (mit Stesolid) für zerebrale Anfälle vorgesehen; dies wurde nach außen nicht vermittelt, also dem Bewohner nicht zur Kenntnis gebracht.
- Das stellt **keine FB** dar, weil dadurch allein das Unterbinden einer Ortsveränderung nicht angedroht wird. Der Einsatz des Medikaments wird diesfalls nur für eine Situation angeordnet, in der der Bewohner zu keiner – willkürlichen – körperlichen (Fort-)Bewegung in der Lage ist.
- *Stesolid* ist ein Antiepileptikum, das bei Bedarf angeordnet wird, zB im Fall eines epileptischen Anfalls.
- *Stesolid/Psychopax*: sind Benzodiazepine, aber andere Applikation (rektal / oral) [heißen auch Diazepam]



## II. Judikatur: Bedarfsmedikation 5

Beispiel 2: Ärztlich verordnete Bedarfsmedikation – Seroquel  
(OGH 9.11.2016, 7 Ob 205/16x):

- Ein bloß ärztlich verordnetes sedierendes Bedarfsmedikament (*Seroquel*), das tatsächlich **nicht** verabreicht wurde, führt zu **keiner** Unterbindung einer Ortsveränderung und stellt daher **keine FB** dar.
- Eine Meldepflicht an die BV gemäß § 7 HeimAufG besteht daher **nicht**, weil die verordnete Bedarfsmedikation noch nicht nach außen vermittelt wurde, die Sphäre der Einrichtung also noch nicht verlassen hat.
- Ein Teil der Lehre vertrat die Ansicht, dass ein verordnetes sedierendes Bedarfsmedikament, das noch nicht verabreicht wurde, als unverzüglich zu meldende FB zu bewerten sei (so zB *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht<sup>2</sup> 126 f).
- *Seroquel* ist ein atypisches Neuroleptikum.

## II. Judikatur: Medikamentöse FB 6

Ständige Judikatur des OGH (zB 13.10.2016, 7 Ob 137/16x; 31.8.2016, 7 Ob 126/16d; 7 Ob 62/12m, iFamZ 2012/267):

Die **abschließende Beurteilung**, ob eine med. FB vorliegt, erfordert **Feststellungen** darüber,

- 1. welchen therapeutischen Zweck die Anwendung jedes einzelnen der zu überprüfenden Medikamente verfolgt,
- 2. ob die Medikamente (insbesondere in der dem Bewohner verabreichten Dosierung und Kombination) dieser Zweckbestimmung entsprechend eingesetzt wurden und werden und
- 3. welche konkrete Wirkung für den Bewohner mit dem Einsatz der Medikamente verbunden war und ist.

## II. Judikatur: Überreden ist keine FB 7

OGH 31.8.2016, 7 Ob 126/16d:

- Das **bloße Überreden** einer Bewohnerin, in einem bestimmten Bereich (zB Zimmer) zu bleiben, stellt noch **keine** FB dar.
  - Nach den geführten Aufzeichnungen (Dokumentation) wurde die Bewohnerin in Situationen eigenaggressiven Verhaltens „aufgefordert“ (nach den Feststellungen: **gebeten**), in ihr Zimmer zu gehen. Dem kam sie selbständig nach, ohne dass ihr irgendwelche Konsequenzen angedroht wurden. Sie verließ ihr Zimmer wieder selbständig, wenn sie sich beruhigt hatte.
- Dennoch Vorsicht angebracht! Vorschlag für die Doku: Nicht anordnen oder auffordern, sondern „ersuchen“ (**subjektive** Sicht der Bewohner maßgebend).

## II. Judikatur: Unklarheiten bei der Doku einer FB 8

LGZ Wien 30.10.2015, 45 R 332/15d:

- Das **Zurückbringen** in die Einrichtung ist als **FB** anzusehen, da die Dokumentation keine Anhaltspunkte für ein **freiwilliges** Mitgehen der Bewohnerin bietet. Aufgrund ihrer *gesundheitlichen Einschränkung* der Willensbildung war die Freiwilligkeit fraglich. **Unklarheiten** bei der Doku einer FB gehen zu Lasten der Einrichtung.
- Das Einlenken der Bewohnerin – iS einer unbeeinflussten Willensbildung – hätte in der Doku vermerkt werden müssen.
- Anmerkung zur „*unbeeinflussten Willensbildung*“: Diese Aussage erweckt den Eindruck, das Personal dürfe die Willensbildung der Bewohner nicht beeinflussen. Das steht im Widerspruch zur Judikatur des OGH!

## II. Judikatur: Unklarheiten bei der Doku einer FB 9

- Vielmehr stellt das **bloße Überreden** einer Bewohnerin, in einem bestimmten Bereich zu bleiben, noch **keine** FB dar (OGH 31.8.2016, 7 Ob 126/16d). [sh. Folie Nr. 11]
- Das **freiwillige** Mitgehen der Bewohnerin könnte sich etwa aufgrund der Aufklärung der Bewohnerin oder aufgrund eines Hinweises über die bestehenden Gefahren ergeben (Bewohnerin wurde von der Notwendigkeit der Maßnahme überzeugt).

LG Salzburg 30.7.2015, 21 R 357/15v:

- Eine ähnliche Entscheidung wie das LGZ Wien traf das LG Salzburg zu den **elektronischen** Maßnahmen:
- Die **fehlende Dokumentation**, dass bei Auslösung des Alarms keine Anordnung des Zurückholens besteht, geht zu Lasten der Einrichtung.

## II. Judikatur: FB durch dritte Personen 10

- Beispiel:
  - Die Ehegattin eines Bewohners sperrt ihren Mann in sein Bewohnerzimmer ein (durch Blockieren der Tür mittels Keil), obwohl ihr das die Heimleitung verboten hatte.
  - Nach Ansicht des LGZ Wien (5.7.2016, 44 R 248/16w) handelt es sich hier um eine (in materieller und formeller Hinsicht) **unzulässige FB**.
- Meine Meinung:

In diesem Fall liegt **keine FB iS des HeimAufG** vor. Denn Handlungen von Personen, die zur Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Bewohners führen, müssen der Einrichtung zurechenbar sein (*Ganner*, iFamZ-Spezial 2010, 46; *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I<sup>3</sup> 98).

## II. Judikatur: FB durch dritte Personen 11

- Zum Vergleich:
  - Anders wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn das Heimpersonal von der Beschränkung Kenntnis hat und diese nicht verhindert oder beseitigt, sondern **duldet**. Vgl dazu schon OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f; *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I<sup>3</sup> 98.
  - Eine Einrichtung muss sich nämlich **Handlungen Dritter**, die eine FB im Sinn des HeimAufG darstellen, zurechnen lassen, wenn sie „geduldet“ oder „ermöglicht“ werden (OGH 28.3.2007, 7 Ob 19/07f).
- Hinweise:
  - In einem solchen Fall liegt eine FB durch **Unterlassung** vor (dazu *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I<sup>3</sup>, S. 98 f).
  - Das Heimpersonal hat eine **Garantenpflicht** und eine **Garantenstellung** (sh. § 2 StGB) [**Gesetzestext im Anhang**]

### III. (Sonder-)Stellung der Volksanwaltschaft 1

Mitunter bestehen hier Unklarheiten oder Unsicherheiten.

- Die Volksanwaltschaft ist seit 1.7.2012 (auch) zur **Überprüfung** der Pflegeheime, Behinderteneinrichtungen und Spitäler zuständig (OPCAT-Durchführungsgesetz, BGBl I 2012/1) [OPCAT = „Antifolterkonvention“]. Die Verpflichtungen der Einrichtungsträger bestehen aufgrund internationaler Verträge und einfachgesetzlicher Regelung. → VA hat eine gewichtige Rechtsposition!
  - Die Volksanwaltschaft hat zwar **keine Weisungsbefugnis**! Denn die Ergebnisse der Überprüfungen haben grundsätzlich (nur) Empfehlungscharakter; sie werden aber im jährlichen Bericht der Volksanwaltschaft veröffentlicht. [→ „medialer Druck“ für ET]
  - IdR wird die **Heimaufsicht** eingebunden, die dann allenfalls verpflichtende Anordnungen treffen kann.
- Mein Vorschlag: nicht darauf ankommen lassen!



## III. Aufgaben der Volksanwaltschaft 2

- **(Umfassende) Überprüfung** eines „Ortes der Freiheitsentziehung“; → auch Struktur der Einrichtung.
  - **Überprüfung** des Verhaltens der zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Organe (= anordnungsbef. Personen).
  - **(Unbeschränktes) Besuchsrecht:** Die Kommissionen der Volksanwaltschaft können jederzeit und unangemeldet in eine Einrichtung kommen (Bedachtnahme auf die Erfordernisse des Betriebs).
  - **(Generelles) Einsichtsrecht:** Der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen ist im Zusammenhang mit Personen, denen die Freiheit entzogen ist oder war, Einsicht in Unterlagen zu gewähren.
  - Recht auf Herstellung kostenloser Abschriften und Kopien von diesen Unterlagen.
- Sh. § 11 Volksanwaltschaftsgesetz [[Gesetzestext im Anhang \(Auszug\)](#)]

# III. Meldepflicht an die BV bei medik. FB 1

## Gesetzl. Regelung (§ 7 HeimAufG):

- Die Meldepflicht an den EL obliegt der anordnungsbefugten Person (§ 7 **Abs 1**); bei medFB also dem **Arzt**.
  - Der **EL** hat von der ihm gemeldeten FB unverzüglich die Vertreter (insb. BV) und die Vertrauensperson des Bewohners zu verständigen (§ 7 **Abs 2** HeimAufG).
- Hinweis: Der EL ist idR medizinisch nicht versiert und kann daher die Frage, ob die Gabe eines Medikaments (auch) eine medFB ist, nicht beurteilen.

## Rechtsansicht des BMJ in den Erlässen vom 30.12.2015, BMJ-Z 7.054A/0008-I 7/2015, bzw. 3.3.2016 und 18.3.2016 [kurz zusammengefasst]:

- Ohne Benachrichtigung durch den Arzt braucht die EL **keine** Information an die BV weiterzugeben.
- Sollte die **EL** jedoch der Ansicht sein, dass die Primärintention für die Gabe der Med. eine **FB** begründet, ist sie in Verfolgung der Interessen des Bewohners) verpflichtet, selbst einen **Antrag** auf gerichtl. Überprüfung des Vorliegens einer FB zu stellen.

### III. Meldepflicht bei medik. FB 2

#### Meine Gedanken dazu:

- Aus dem **GuKG** folgt die **berufsrechtliche** Pflicht zur Beobachtung und Überwachung des Gesundheitszustands (gehört zur pflegerischen Kernkompetenz gemäß § 14 Abs 2 GuKG).
- Eine **berufsethische** Verpflichtung zur Meldung der EL geht im Übrigen aus dem ICN-Ethikkodex für Pflegende (ICN - International Council of Nurses) und die "E.D.E.-Charta der Rechte und Freiheiten älterer Menschen in Heimen,, hervor.
- Im Interesse der betroffenen Bewohner ist es angebracht, verordnete Medikamente – bei **auffallend hoher Dosis** – auch ohne ärztliche Anordnung und Verständigung der **BV** zu **melden**. Das dient einerseits dem Rechtsschutz der Bewohner und andererseits der Transparenz, Rechtssicherheit und der „Absicherung“.
- Letztlich kann die Frage, ob eine medFB vorliegt oder nicht, nur vom **Gericht** beantwortet werden.

### III. Meldepflicht bei medik. FB 3

→ Um zu einer Gerichtsentscheidung zu kommen, ist ein Überprüfungsantrag notwendig, den sowohl die EL als auch die BV stellen kann (§ 11 Abs 1 HeimAufG).

→ Tipps:

- Enge Kooperation zwischen EL und Pflege.
- Kontaktaufnahme mit Arzt und BV vor Beschreitung des Rechtsweges.

→ Hinweise:

- Ohne Anordnung und Meldung ist die medFB rechtswidrig und unzulässig.
- Näher dazu *Zierl*, Zur Dokumentations- und Meldepflicht nach Vornahme einer Freiheitseinschränkung, ÖZPR 2016, Heft Nr. 2, S. 55.

# III. Rechtfertigung von Zwang bzw. Freiheitsbeschränkungen 1

Ausgangspunkt ist das **Recht auf persönliche Freiheit**: Dieses ist **verfassungsgesetzlich** garantiert, ist also ein Menschenrecht (Art 1 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit; Art 5 EMRK).

**Ausnahmen** enthält Art 2 dieses Verfassungsgesetzes; dessen „Ausnahmekatalog“ ist taxativ!

Unter anderem liegt eine Ausnahme vor, wenn Grund zur Annahme besteht, dass ein Mensch wegen seiner psychischen Erkrankung sich oder andere **gefährde** (Art 2 Abs 1 Z 5).

Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut der persönlichen Freiheit bedürfen stets einer **Rechtfertigung!**

→ Hinweise:

- Fürsorge allein rechtfertigt nicht die Anwendung von Zwang und die Beschränkung der persönlichen Freiheit.
- Es gibt keinen moralisch begründeten Zwang!

# III. Rechtfertigung von Zwang bzw. FB 2

Wann sind FB rechtlich gedeckt? Einige **Alternativen**:

- Maßnahmen im Rahmen des HeimAufG:
  - Mit Zustimmung (= Einwilligung) des entscheidungsfähigen Bewohners gemäß § 3 Abs 1 HeimAufG.
  - Das HeimAufG gestattet **präventive** (vorbeugende) Eingriffe, wenn die Voraussetzungen für die Vornahme einer FB gemäß §§ 4 bis 7 vorliegen (u. a. Selbst-, Fremdgefährdung).
- Beschränkungen nach **anderen** Gesetzen (vgl § 1 Abs 2 HeimAufG):  
Beispiele:
  - Unterbringungsgesetz (UbG);
  - Sanitätspol. Gesetze, zB Tuberkulosegesetz, Epidemiegesetz;
  - StGB, Strafvollzugsgesetz (StVG), Strafprozessordnung (StPO);
  - Sicherheitspolizeigesetz (SPG), Verwaltungsstrafgesetz (VStG).
- Sofortmaßnahmen bei Gefahr im Verzug (**Akutsituationen**):  
[sh. Folien 23 ff].

# III. FB in Akutsituationen 1

## Strafgesetzbuch (StGB): [Gesetzestext im Anhang]

- § 3 StGB enthält die Rechtfertigungsgründe **Notwehr** und **Nothilfe** (Gefahr im Verzug).
  - **Jeder** Mensch hat das Recht [selbstverständlich auch das Personal und Securities], u.a. **Angriffe** auf Leben, Gesundheit, Vermögen von sich oder anderen Personen (insb. Bewohner einer Einrichtung) **abzuwehren**.
  - Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der **Verteidigung** bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen **von sich oder einem anderen abzuwehren**.
- Die (Abwehr-)Handlung ist insb. dann nicht gerechtfertigt, wenn ... die Verteidigung ... **unangemessen** ist [Stichworte „starker Pfleger“ – körperlich beeinträchtigte/r Bewohner/in]

### III. FB in Akutsituationen 2

- **Ausnahmsweise** kann nach der Strafrechtslehre sogar auf den allgemeinen Rechtfertigungsgrund **Notstand** zurückgegriffen werden; so sind zB das vorübergehende Versperren von Zimmern und vorübergehende Fixierungen, um verwirrte Bewohner an einer Selbstgefährdung zu hindern, gerechtfertigt (*Schwaighofer*, Wr. Kommentar zum StGB, § 99, Rz 36).
  - Weiteres Anwendungsbeispiel: Bewohner/in steht auf einem Fensterbrett und will offensichtlich hinunterspringen.
- Beachte: Eine Berufung auf diese Rechtfertigungsgründe ist bloß dann zulässig, wenn die Gefährdungssituation **plötzlich** auftritt und daher nicht vorhersehbar war, zB Ersteskalation eines bisher unauffälligen Bewohners (vgl. *Bürger/Halmich*, HeimAufG, S. 25)
- Vorsicht geboten – nicht zu leichtfertig darauf berufen!



### III. FB in Akutsituationen 3

- **§ 80 Abs 2 Strafprozessordnung (StPO):**
  - Diese Bestimmung regelt das **private Anhalterecht**.
  - Nach § 80 Abs 2 StPO ist die Anhaltung einer Person erlaubt, wenn diese eine **gerichtlich** strafbare Handlung ausführt (zB Körperverletzung, gefährliche Drohung). Die Anhaltung ist der Polizei anzuzeigen; sie ist bis zum Eintreffen der Polizei zulässig.
- **Jeder** Mensch hat dieses Recht!

[Gesetzestext im Anhang)

Kurzfassung des § 80 Abs 2 StPO: Wer auf Grund bestimmter Tatsachen annehmen kann, dass eine Person eine strafbare Handlung ausführe oder unmittelbar zuvor ausgeführt habe ..., ist berechtigt, diese Person auf verhältnismäßige Weise anzuhalten, jedoch zur unverzüglichen Anzeige an das nächst erreichbare Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes verpflichtet.

→ **Sh. die schematische Darstellungen im ANHANG!**

### III. FB in Akutsituationen 4

- Hinweise:
  - Es handelt sich in den genannten Fällen um **keine** FB gemäß § 3 Abs 1 HeimAufG.
  - Demzufolge müssen die Voraussetzungen der §§ 4 ff HeimAufG **nicht** vorliegen, zB Zulassungsvoraussetzungen, anordnungsbef. Person udgl.!
  - Beachte: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist jedoch stets einzuhalten! (vgl Art 1 Abs 3 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit).
  - Zu den strafrechtlichen Aspekten sh. zB *Birklbauer*, ÖZPR 2016/93, 156; *Zierl*, ÖZPR 2015/117, 183; *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht I<sup>3</sup> 128 f; ähnlich *Bürger/Halmich*, HeimAufG, S. 24 ff; anderer Meinung *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht<sup>2</sup> 73, 77 f.
  - Es gibt dazu noch keine Judikatur!

# IV. Strafrechtliche Aspekte bei Verletzung der persönlichen Freiheit

Welche Bestimmungen des Strafgesetzbuchs (StGB) können bei **rechtswidrigen Eingriffen** in das Recht auf **persönliche Freiheit** verletzt werden?

## Übersicht

(kleine Auswahl)

- **Strafbare Handlungen gegen die Freiheit**
  - Freiheitsentziehung (§ 99 StGB)
  - Eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 StGB)
- **Strafbare Verletzungen der Amtspflicht**
  - Missbrauch der Amtsgewalt (§ 302 Abs 1 StGB)
  - Fahrlässige Verletzung der Freiheit der Person (§ 303 StGB)
  - Strafbare Handlungen unter Ausnützung einer Amtsstellung (§ 313 iZm § 99 StGB)

→ **[Gesetzestexte im Anhang]**

# IV. Freiheitsentziehung

(§ 99 Abs 1 StGB) 2

- Wer einen anderen widerrechtlich gefangen hält oder ihm auf andere Weise die persönliche Freiheit entzieht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.
- Weit gefasster Straftatbestand: **Jede** Art von Entziehung der persönlichen Freiheit = (Fort-)Bewegungsfreiheit.
- Die (gültige) **Zustimmung** eines Menschen [vgl. § 3 Abs 2 HeimAufG] schließt bereits den Tatbestand der FE aus!
- **Wer** kommt hier als Täter primär in Betracht?
  - nicht diplomiertes Pflegepersonal (zB FSB-A im Nachtdienst),
  - nicht betrautes dipl. Pflegepersonal (zB neue Pflegekraft),
  - betrautes dipl. Pflegepersonal (zB Fehlen einer Voraussetzung gemäß HeimAufG) [→ ev. Amtsmissbrauch (§ 302 StGB)],
  - andere Personen, zB Zivildienstler, Besucher.

# IV. Freiheitsentziehung

(§ 99 Abs 1 StGB) **3**

- **Ohne Rechtfertigung** fällt der Eingriff (des Arztes oder des Personals) in die pers. Freiheit unter den Begriff **FE**.
- Die strafrechtliche Ahndung einer FE erfordert – im Gegensatz zur FB nach HeimAufG – eine gewisse **Mindestdauer**:
  - ZT wird eine FE erst ab einer Dauer von 10 Min. erblickt.
  - Einige Autoren stellen auf die Größe des Raumes ab: ca. 10-15 Min. im Zimmer, ca ½ Stunde in einem Gebäudekomplex.
  - Mitunter stellt die man auf den Spielraum des Opfers ab. → Bei körpernahen Beschränkungen reichen daher lt. Literatur und Judikatur einige Minuten!
  - Gerichte entscheiden im jeweiligen **Einzelfall!**
- Der Straftatbestand der FE wird jedoch bei Vorliegen einer Rechtfertigung **nicht** verwirklicht!

# IV. Freiheitsentziehung

(§ 99 Abs 1 StGB) 4

- Wann sind FE iS des StGB **gerechtfertigt**?
  - (rechtmäßige) FB aufgrund des HeimAufG;
  - FB aufgrund anderer Gesetze, zB UbG, EpidemieG, TuberkuloseG, StGB/StVG, StPO, SPG, VStG; insb.:
  - Rechtfertigungsgründe gemäß § 3 StGB: Notwehr und Nothilfe;
  - privates Festnahmerecht gemäß § 80 Abs 2 StPO;
  - rechtfertigender Notstand.
- Sh. Folien Nr. 21 ff.
- Dazu etwa *Schwaighofer* in Wr. Kommentar zum StGB, Anmerkungen zu § 99, insb. Rz 33, 36, mit weiteren Hinweisen auf die strafrechtliche Literatur und Judikatur.

## IV. Freiheitsentziehung 5

Wann ist eine FB gemäß HeimAufG **rechtmäßig**?

- Sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen (§ 4) müssen vorliegen.
- Sämtliche formellen Voraussetzungen (§§ 5 - 7) müssen beachtet werden; u.a. **Anordnung** der FB (nur) durch anordnungsbefugte Person (§ 5).

→ Hinweis:

Für **anordnungsbefugte** (also hoheitlich agierende) Personen könnte das **Beamtenstrafrecht** Anwendung finden [sh. § 74 Z 2 StGB]:

- „wissentliche FB“ = Amtsmissbrauch (§ 302 StGB);
- fahrlässige Verletzung der Freiheit (§ 303 StGB);
- strafbare Handlungen unter Ausnützung einer Amtsstellung (§ 313 iZm § 99 StGB).

→ **Gesetzestexte im Anhang!**

## IV. Unterschiede der FE (StGB) zur FB (HeimAufG)

Einige **Charakteristika** einer FB:

- Die FB gem HeimAufG erfordert **keine Mindestdauer** (Definition FB im § 3 Abs 1 HeimAufG).
  - Die **Voraussetzungen** einer FB sind im HeimAufG genau geregelt.
  - Die **Vornahme** einer FB setzt eine **Anordnung** (= Hoheitsakt!) voraus.
  - Anordnung und Vornahme der FB sind Akte der **Verwaltung**. Sie fallen in die Kategorie „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“.
- Dazu *Zierl/Wall/Zeinhofer*, Heimrecht<sup>3</sup>, Band I, S. 142 ff.



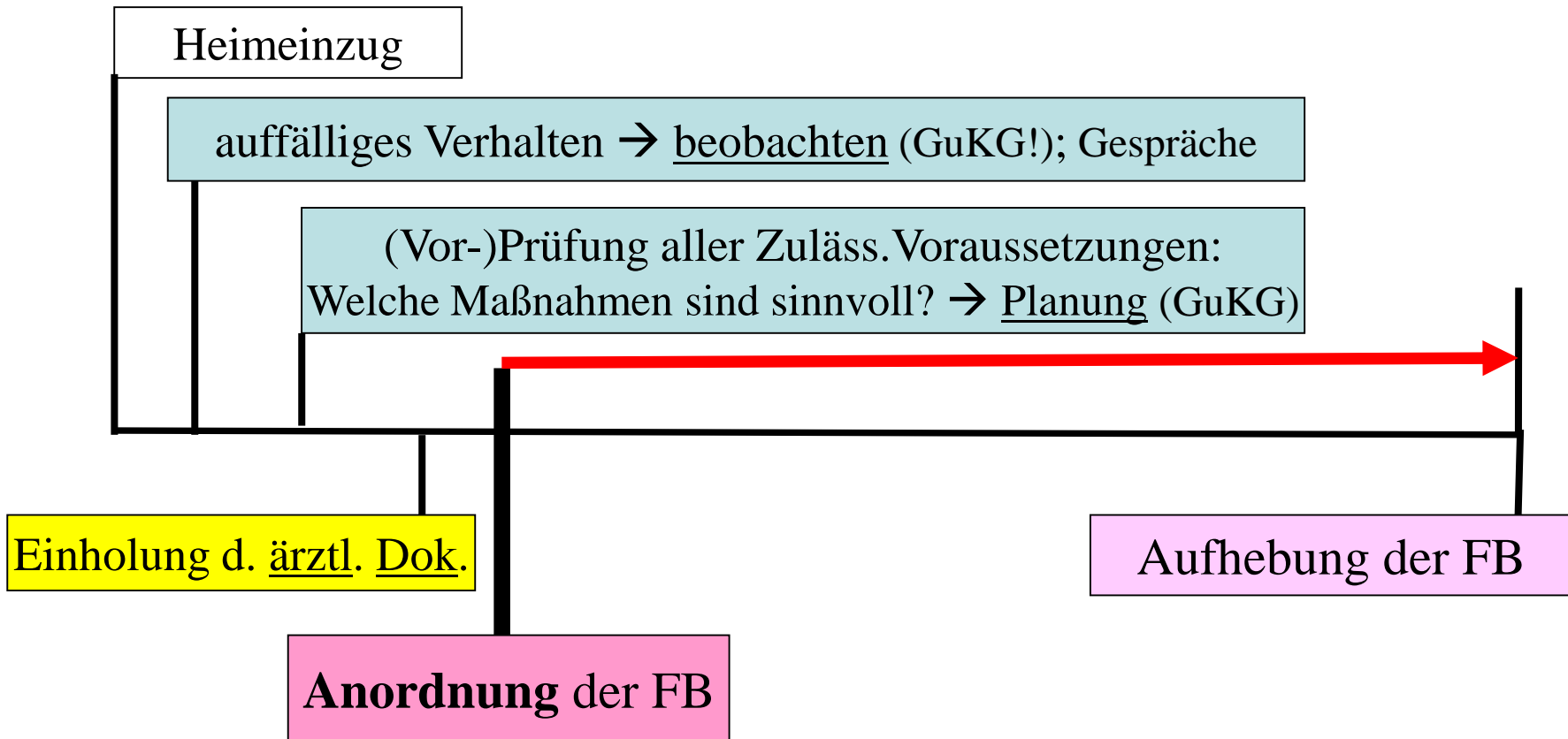
**Danke für Ihre Aufmerksamkeit!**

**Diskussion**

# ANHANG

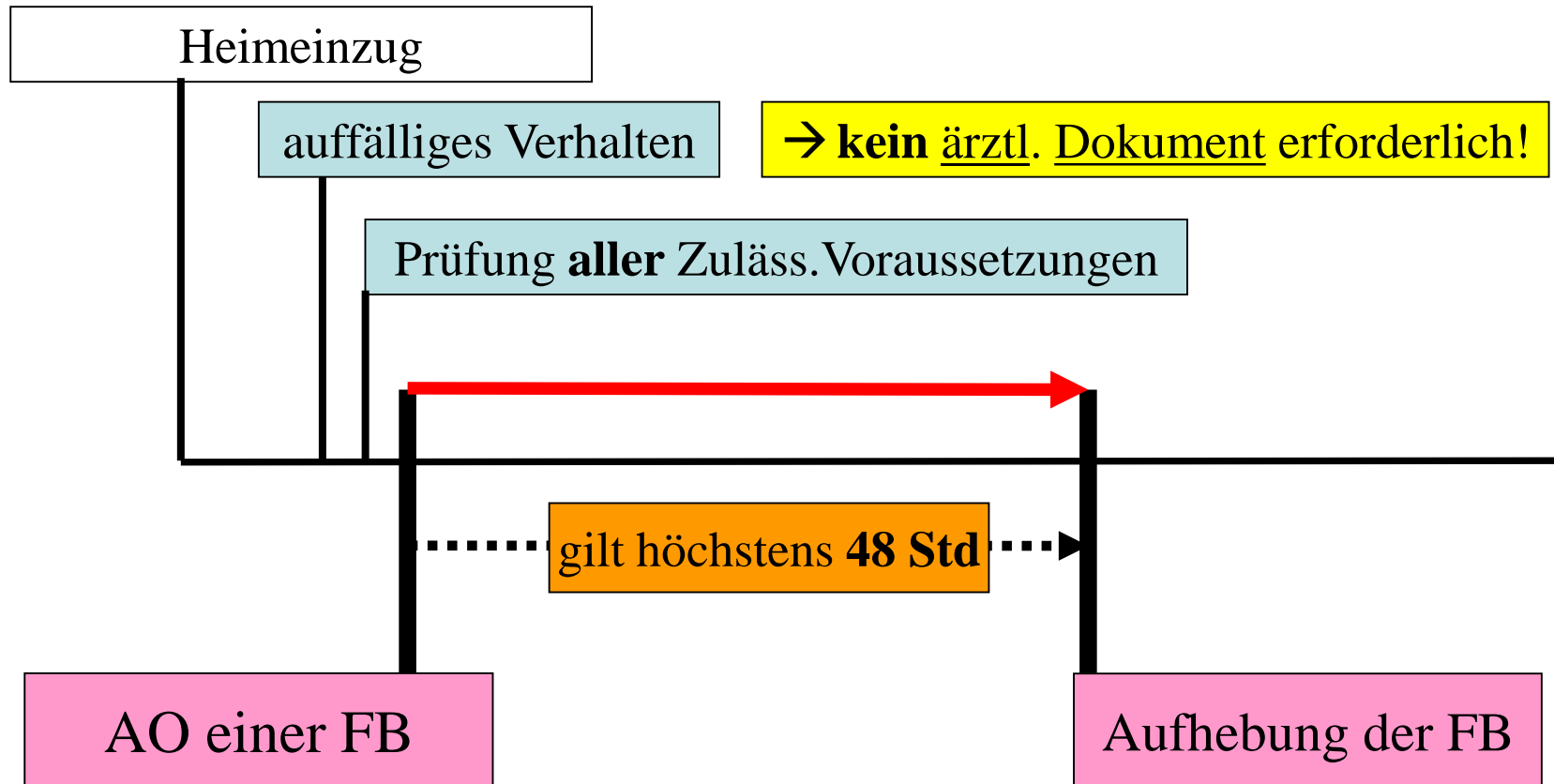
- **Schematische Darstellungen**
  - Anordnung einer pflegerischen FB
  - Sofortmaßnahmen in Akutsituationen
- **Gesetzestexte**
  - Definition Freiheitsbeschränkung
  - Zulässigkeitsvoraussetzungen einer FB
  - § 11 Volksanwaltschaftsgesetz (Auszug)
  - Einige relevante Bestimmungen des StGB;  
unter anderem: Garantenpflicht, Notwehr, Nothilfe,  
strafbare Handlungen gegen die Freiheit, strafbare  
Verletzungen der Amtspflicht

# Anordnung einer längerfristigen pflegerischen FB („Normalfall, Hauptanwendungsfall“) – schematische Darstellung



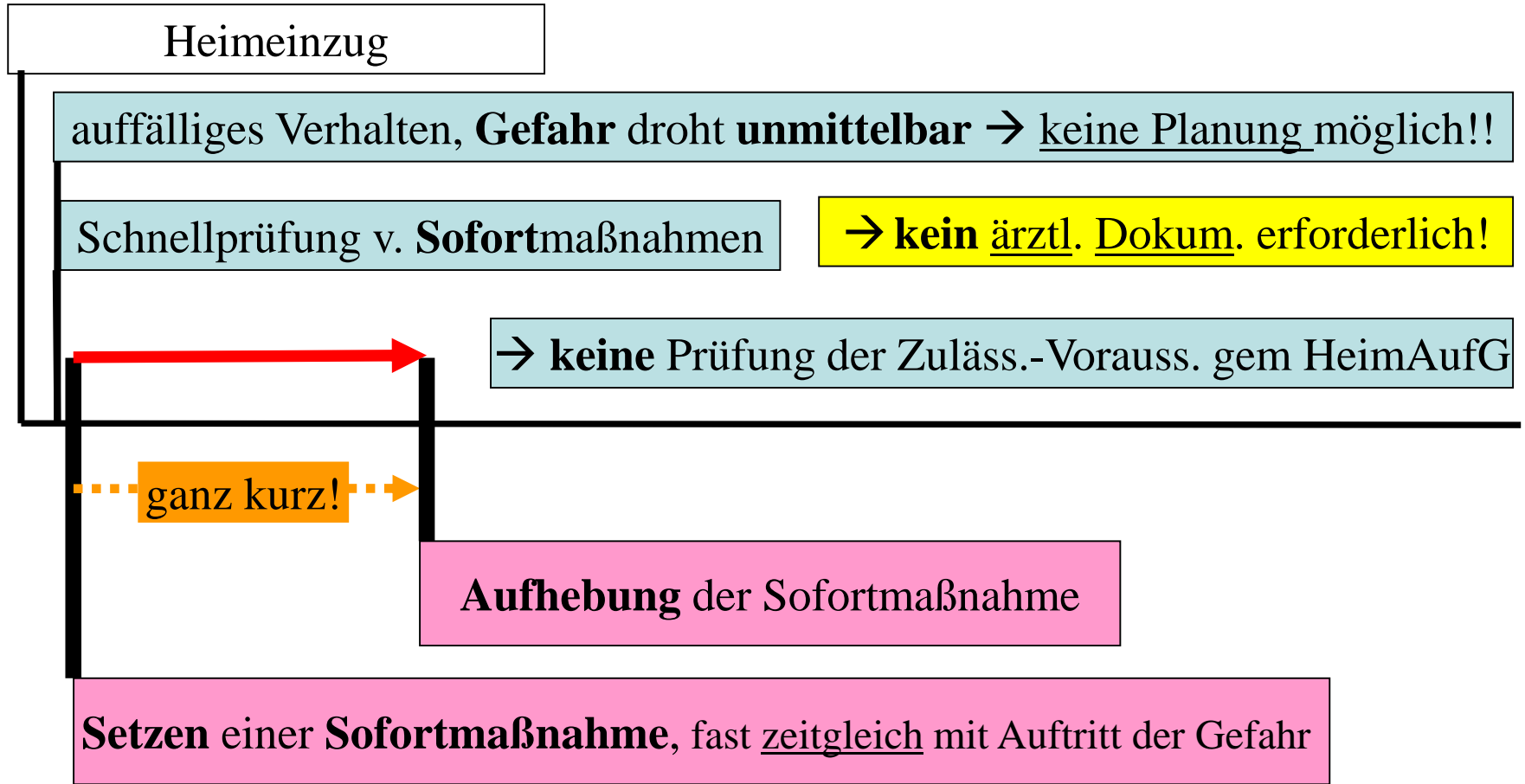
→ = angeordnete FB (AO nur durch eine **anordnungs-bef.** Person)

# Anordnung einer kurzfristigen pflegerischen FB („Wochenendfall“ – schematische Darstellung)



**→** = **kurzfristige** FB (AO nur durch anordnungsbefugte Person)  
[**ohne** ärztliches Dokument!]

**Vergleich: Akutsituation – Sofortmaßnahme** bei Gefahr im Verzug (schematische Darstellung)



→ = Sofortmaßnahme, zB Festhalten, Einsperren (Notwehr/Nothilfe);  
aber nur von **ganz kurzer** Dauer; **jedermann** ist dazu berechtigt!

# Begriff Freiheitsbeschränkung

[§ 3 Abs 1 und 2 HeimAufG]

- (1) Eine Freiheits**beschränkung** im Sinn dieses Bundesgesetzes liegt vor, wenn eine Ortsveränderung einer betreuten oder gepflegten Person (im Folgenden Bewohner) gegen oder ohne ihren Willen mit physischen Mitteln, insbesondere durch mechanische, elektronische oder medikamentöse Maßnahmen, oder durch deren Androhung unterbunden wird.
- (2) Eine Freiheitsbeschränkung liegt nicht vor, wenn der einsichts- und urteilsfähige Bewohner einer Unterbindung der Ortsveränderung, insbesondere im Rahmen eines Vertrages über die ärztliche Behandlung, zugestimmt hat [= Freiheitseinschränkung].

# Zulässigkeitsvoraussetzungen einer FB

[§ 4 Z 1 – 3 HeimAufG]

Eine Freiheitsbeschränkung darf nur vorgenommen werden, wenn

- 1. der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert [= **Basiserkrankung** → Diagnose] ist und im Zusammenhang damit [= **kausal**] sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet [Gefahrenprognose],
- 2. sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist sowie
- 3. diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann [Subsidiarität].

# § 11 Volksanwaltschaftsgesetz

- § 11. (1) Zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte obliegt es der Volksanwaltschaft, im Bereich der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten und im Fall des Art. 148i Abs. 1 erster Satz B-VG auch im Bereich der Verwaltung des betreffenden Landes
- 1. den Ort einer Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 4 OPCAT regelmäßig zu besuchen und zu überprüfen,
- 2. das Verhalten der zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Organe zu beobachten und begleitend zu überprüfen sowie
- 3. in Durchführung des Art. 16 Abs. 3 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl. III Nr. 155/2008, und zur Verhinderung jeder Form von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch Einrichtungen und Programme, die für Menschen mit Behinderungen bestimmt sind, regelmäßig zu besuchen bzw. zu überprüfen.



# § 11 Volksanwaltschaftsgesetz

- (3) Der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen ist
- 1. Auskunft insbesondere über die Anzahl und Behandlung der Personen, denen die Freiheit entzogen ist oder war, über die Orte, an denen Personen die Freiheit entzogen ist oder werden kann, und über die Bedingungen der Freiheitsentziehung sowie über die Anzahl und Behandlung der Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen und Programmen, die für Menschen mit Behinderungen bestimmt sind, zu erteilen,
- 2. Einsicht in Unterlagen, allenfalls durch Übermittlung, und die Herstellung kostenloser Abschriften und Kopien davon zu gewähren,
- 3. Zutritt zu sämtlichen Anlagen von Orten einer Freiheitsentziehung sowie von Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen zu gewähren und
- 4. auf ihren Wunsch Kontakt zu Angehaltenen bzw. Menschen mit Behinderungen in Einrichtungen und Programmen oder zu Auskunftspersonen ohne Anwesenheit Dritter, allenfalls unter Beiziehung eines Dolmetschers, zu ermöglichen.
- (4) Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben haben die Volksanwaltschaft und die von ihr eingesetzten Kommissionen auf die Erfordernisse des Betriebs der Einrichtung Bedacht zu nehmen.

# § 11 Volksanwaltschaftsgesetz

- (5) Die Volksanwaltschaft und die von ihr eingesetzten Kommissionen sind, soweit dies zur Erfüllung der ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte erforderlich ist, berechtigt, in die den Krankheitsfall betreffenden Unterlagen (Pflegedokumentation, Krankengeschichte, Befunde und sonstige relevante Aufzeichnungen über den Betroffenen) des Trägers der Anstalt, die ein Ort gemäß Abs. 1 Z 1 ist, sowie in die Meldungen an den Bewohnervertreter gemäß § 7 Abs. 2 des Heimaufenthaltsgesetzes – HeimAufG, BGBl. I Nr. 11/2004, und in die Meldungen über die weitergehenden Beschränkungen an den Vertreter des Patienten gemäß §§ 33 f des Unterbringungsgesetzes – UbG, BGBl. Nr. 155/1990, Einsicht zu nehmen und von diesen Unterlagen kostenlos Abschriften und Kopien herzustellen oder die Übermittlung dieser Unterlagen zu verlangen.
- Bewohnervertreter und Patientenanwälte haben der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen die für die Besorgung ihrer Aufgaben gemäß Abs. 1 erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zu übermitteln.

# StGB: Garantenpflicht

- **Begehung durch Unterlassung (§ 3 StGB)**
- § 2. Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.

Schlagworte laut RIS: Garantenpflicht, Unterlassungsdelikt, Beistandspflicht.

→ Garantenstellung des Heimpersonals!

# StGB: Notwehr, Nothilfe

- **Notwehr, Nothilfe (§ 3 StGB)**
- (1) Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.
- (2) Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.

# StGB: Strafbare Handlungen gegen die Freiheit

- **Freiheitsentziehung (§ 99 StGB):**
- (1) Wer einen anderen widerrechtlich gefangen hält oder ihm auf andere Weise die persönliche Freiheit entzieht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.
- (2) [Erschwerungsgründe] Wer die Freiheitsentziehung länger als einen Monat aufrecht erhält oder sie auf solche Weise, daß sie dem Festgehaltenen besondere Qualen bereitet, oder unter solchen Umständen begeht, daß sie für ihn mit besonders schweren Nachteilen verbunden ist, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

# StGB: Strafbare Handlungen gegen die Freiheit

- **Eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 StGB):**
- (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, daß durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.
- (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

# StGB: Strafbare Verletzungen der Amtspflicht

- **Mißbrauch der Amtsgewalt (§ 302 Abs 1 StGB):**
- (1) Ein Beamter, der mit dem Vorsatz, dadurch einen anderen an seinen Rechten zu schädigen, seine Befugnis, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes als deren Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wissentlich mißbraucht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. [Mindeststrafe!]
  - **Beamter** im Sinn des Strafgesetzbuchs ist (§ 74 Abs 1 Z 4)
- jeder, der bestellt ist, im Namen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder einer anderen Person des öffentlichen Rechtes, ausgenommen einer Kirche oder Religionsgesellschaft, als deren Organ allein oder gemeinsam mit einem anderen Rechtshandlungen vorzunehmen, oder sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut ist;

# StGB: Strafbare Verletzungen der Amtspflicht

- **Fahrlässige Verletzung der Freiheit der Person (§ 303 StGB)**
- Ein Beamter, der grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) durch eine gesetzwidrige Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch eine gesetzwidrige Hausdurchsuchung einen anderen an seinen Rechten schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.
- → **Fahrlässigkeit (§ 6 StGB)**
- (1) Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet ... ist.
- (3) **Grob fahrlässig** handelt, wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war.



## Nur zum Nachdenken:

*Wer die Freiheit aufgibt,  
um Sicherheit zu gewinnen,  
wird am Ende beides verlieren.*

Benjamin Franklin

*Meine Sicherheit ist euch wichtig,  
aber eure Sorge fesselt mich.  
(unbekannter Autor)*

[= Motto des Projekts „ReduFix“]