

1461 BlgNR 25. GP 43). Bereits nach § 279 Abs 1 ABGB aF waren Wünsche der betroffenen Person bei der Auswahl des Sachwalters zu berücksichtigen. Eine substantielle Änderung hat das Gesetz damit nicht gebracht (vgl 5 Ob 59/19s).

3.2 Auch die Rechtslage nach dem 2. ErwSchG gewährleistet weder eine (Um-)Bestellung allein aufgrund einer Wunschäußerung des Betroffenen, noch eine freie Auswahl des (gerichtlichen) Erwachsenenvertreters (RS0132245; 6 Ob 145/18v; 8 Ob 164/18b; 7 Ob 136/19d). Die mit dem 2. ErwSchG verbundene Stärkung der Selbstbestimmung hatte nicht die freie Auswahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters zur Folge (6 Ob 145/18v).

4.1 Sowohl nach der alten als auch der neuen Rechtslage ist das Wohl der behinderten Person der beherrschende Grundsatz für die Auswahl des Sachwalters (RS0048982).

4.2 Das Wohl der betroffenen Person ist zwar nicht ausschließlich von einem materiellen Gesichtspunkt aus zu beurteilen, sondern es ist auch auf ihre Befindlichkeit und ihren psychischen Zustand abzustellen (RS0117813 [T7]), im Allgemeinen ist aber eine stabile Betreuungssituation wünschenswert (RS0117813 [T10]).

4.3 Auf eine mögliche Interessenkollision des Vertreters ist Bedacht zu nehmen (RS0048982 [zur Bestellung einer der Betroffenen nahestehenden Person]).

5. Die angefochtene Entscheidung hält sich im Rahmen der dargestellten Rechtsprechung.

5.1 Die Betroffene stellt die Qualifikation der Erwachsenenvertreterin ausdrücklich außer Streit und führt auch kein Verhalten von Dr. S an, das eine Bestellung einer anderen Person erfordert. Sie stützt die Notwendigkeit der Bestellung einer anderen Person allein auf den Umstand, dass die Erwachsenenvertreterin Dr. S die Bestellung selbst angeregt habe, weshalb der Anschein einer Interessenkollision vorliege und die Betroffene der Erwachsenenvertreterin nicht vertraue.

5.2 Die vom Rekursgericht dazu vertretene Rechtsansicht, dass die Anregung der Einleitung eines Erwachsenenschutzverfahrens nicht per se zur fehlenden Eignung der Anregerin führe, künftig selbst als Erwachsenenvertreterin zu fungieren, bedarf keiner Korrektur und wirft keine erhebliche Rechtsfrage auf. Aus dem Umstand, dass die Erwachsenenvertreterin die Bestellung aufgrund der ihr von mehreren Personen an sie herangetragenen Bedenken zur Betreuungssituation der betroffenen Person selbst angeregt hat, lässt sich weder eine Interessenkollision für die Ausübung der Erwachsenenvertretung noch ein Anschein einer solchen Kollision schlüssig ableiten.

RECHTSPRECHUNG UBG/HeimAufG/Medizinrecht

Michael Ganner

Epidemiegesetz und HeimAufG

iFamZ 2020/173

Beschränkungen in Heimen für entscheidungsfähige Personen wegen COVID-19: versperrte Einrichtung, Beschränkung der Ausgangszeiten, angedrohte Zimmerisolierung

LG Wels 1. 7. 2020, 21 R 118/20g sowie fast gleichlautend LG Wels 1. 7. 2020, 21 R 119/20d

Eine Freiheitsbeschränkung (durch Untersagen des Verlassens der Einrichtung bzw Beschränkung des Ausgangs auf bestimmte Zeiten) kann nicht auf das Epidemiegesetz gestützt werden, wenn ein Bewohner weder krank, noch krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig iSd EpG bzw der Absonderungsverordnung war oder ist, der Freiheitsbeschränkung zudem kein Bescheid einer Bezirksverwaltungsbehörde zugrunde liegt und das Heimpersonal zur Umsetzung einer behördlich angeordneten Anhaltung bzw Verkehrsbeschränkung auch nicht zuständig wäre.

Eine Freiheitsbeschränkung iSd HeimAufG darf an einem Bewohner ohne oder gegen dessen Willen nur vorgenommen werden, wenn dieser an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leidet. Deshalb ist die Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen an „geistig gesunden“ Bewohnern auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie nach dem HeimAufG unzulässig.

Unerheblich sind Empfehlungen und Ersuchen der Gesundheitsbehörden, da sie keine normative Wirkung haben, und wären auch Erlässe als „Verwaltungsverordnungen“ für die Gerichte mangels gehöriger Kundmachung ohne rechtliche Wirkung.

Letztlich unerheblich ist auch, ob die Umsetzung der von den Gesundheitsbehörden vorgegebenen bzw empfohlenen Maßnahmen einen logistischen und organisatorischen Aufwand erfordert und mit dem vorhandenen Personal bei einer 24-Stunden-Öffnung der Einrichtung nicht zu bewerkstelligen ist, weil Freiheitsbeschränkungen zur Sicherstellung eines störungsfreien Anstalts- bzw Heimbetriebes, die beispielsweise aus einer personellen Überlastung resultieren, unzulässig sind. Die Grundrechtsgewährung darf also nicht am mangelhaften

sachlichen und personellen Aufwand der Heimträger scheitern.

Unstrittig (...) ist, dass der Bewohner weder psychisch krank noch geistig behindert iSd § 4 Z 1 HeimAufG ist und er in der Lage ist, sich außerhalb der Einrichtung gemäß den aktuellen COVID-19-Schutzbestimmungen zu verhalten und diese einzuhalten.

Der Bewohnervertreter beantragte mit dem am 19. 5. 2020 eingebrachten und in der „Verhandlung“ vom 25. 5. 2020 modifizierten Antrag die Feststellung, dass die im Zeitraum 13. 3. bis 18. 5. 2020 vorgenommene Freiheitsbeschränkung dadurch, dass der Bewohner die Einrichtung nicht verlassen konnte, unzulässig war und die aktuell vorgenommene Freiheitsbeschränkung dadurch, dass der Bewohner außerhalb der Ausgehzeiten (Montag bis Samstag 08:00 Uhr bis 12:00 Uhr, 13:00 Uhr bis 16:00 Uhr sowie Sonntag 13:00 Uhr bis 16:00 Uhr) die Einrichtung nicht verlassen kann, unzulässig ist. Dem Bewohner werde das Verlassen der Einrichtung untersagt, die Ausgangstür sei versperrt. Würde Herr N. N. das Heim dennoch verlassen, hätte er mit einer 14-tägigen Zimmerquarantäne zu rechnen. Aktuell (nach dem 18. 5. 2020) seien Ausgänge außerhalb der festgelegten Ausgehzeiten nicht möglich.

Der Einrichtungsleiter brachte vor, laut Mitteilung der Sozialabteilung des Landes Oberösterreich seien seit 18. 5. 2020 grundsätzlich Ausgänge für sämtliche Bewohnerinnen und Bewohner zu bestimmten Zeiten möglich, wobei im Hinblick auf die erforderlichen Begleitmaßnahmen seitens der Einrichtung konkrete Ausgehzeiten festgelegt worden seien, und zwar Montag bis Samstag 8:00 Uhr bis 12:00 Uhr und von 13:00 Uhr bis 16:00 Uhr sowie sonntags 13:00 Uhr bis 16:00 Uhr. Hierbei sei anzumerken, dass es sich um Ausgehzeiten handle, sodass beispielsweise eine Rückkehr um 17:00 Uhr möglich sei, tunlichst aber aus organisatorischen Gründen zu Ende der Ausgehzeit zurückgekehrt werden sollte.

Im Zeitraum 13. 3. 2020 bis 18. 5. 2020 sei grundsätzlich ein Ausgang nicht möglich gewesen, ausgenommen in den Gartenanlagen des Alten- und Pflegeheimes, dies jederzeit zu den entsprechenden Tageszeiten.

Das Erstgericht beraumte mit Beschluss vom 20. 5. 2020 eine Anhörung des Bewohners nach § 12 Abs 1 HeimAufG – ohne Beiziehung eines Sachverständigen – an. Geladen wurden die Parteien, insbesondere der Einrichtungsleiter, jedoch zu einer mündlichen Verhandlung (iSd § 14 HeimAufG).

Mit dem am Schluss der Anhörung vom 25. 5. 2010 verkündeten Beschluss hat das Erstgericht die Freiheitsbeschränkungen für unzulässig erklärt.

Der Einrichtungsleiter meldete gegen diese Entscheidung noch in der Anhörung Rekurs an (ohne dass diesem aufschiebende Wirkung zu-



erkannt worden wäre) und führte diesen mit dem am 28. 5. 2020 eingebrachten Schriftsatz (offenbar in der Annahme der Geltung des § 13 Abs 2 HeimAufG) aus.

Am Tag der Zustellung der Ausfertigung der mündlich verkündeten Entscheidung brachte der Einrichtungsleiter mit Schriftsatz vom 5. 6. 2020 neuerlich einen Rekurs „binnen offener Frist von § 13 Abs 2 HeimAufG“ ein. Er beantragte in beiden Rechtsmitteln, die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt und in eventu weiters beantragt, die Anträge abzuweisen und die Zulässigkeit der angefochtenen Maßnahmen auszusprechen.

Der Bewohnervertreter erstattete eine Rekursbeantwortung und beantragte darin, dem Rechtsmittel keine Folge zu geben.

Dem Rekurs [vom 28. 5. 2020] kommt keine Berechtigung zu. Der Rekurs [vom 5. 6. 2020] ist unzulässig.

Auch im Außerstreitverfahren (hier iVm § 11 Abs 3 HeimAufG) gilt der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsmittels (RIS - Justiz RS0007007). Der Rekurs [vom 5. 6. 2020] war daher zurückzuweisen, und zwar selbst für den Fall, wenn angenommen würde, dieses Rechtsmittel richte sich erst gegen die schriftliche Beschlussausfertigung und sei als Rekurs nach § 16 Abs 2 HeimAufG gegen eine tatsächlich nach einer mündlichen Verhandlung iSd §§ 14, 15 Abs 3 HeimAufG getroffene Entscheidung anzusehen. Es entspricht nämlich ständiger Rechtsprechung des OGH, dass eine Berufung oder ein Rekurs gegen ein Urteil oder einen Beschluss auch vor deren Zustellung erhoben werden kann. Voraussetzung ist lediglich, dass das Gericht zum Zeitpunkt der Einbringung des Rechtsmittels bereits an seine Entscheidung gebunden war (6 Ob 182/19m; 2 Ob 79/19k; 4 Ob 9/18d uva). Das Erstgericht war mit der mündlichen Verkündung an seinen Beschluss gebunden (vgl *Thunhart in Schneider/Verweijen*, AußStrG, § 36 Rz 10 und § 40 Rz 4). Damit hat der Einrichtungsleiter mit der Einbringung des Rekurses [vom 28. 5. 2020] sein Rechtsmittelrecht jedenfalls verbraucht, weshalb das Rechtsmittel [vom 5. 6. 2020] zurückzuweisen war.

Der Rekurs [vom 28. 5. 2020] ist inhaltlich unberechtigt.

Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Erstgericht – wie in der Ladung angekündigt – eine mündliche Verhandlung durchführen und zu dieser nach § 14 Abs 3 HeimAufG einen Sachverständigen hätte beiziehen müssen, ist in der unterlassenen Bestellung eines Sachverständigen kein relevanter Verfahrensmangel zu erblicken. Ob nämlich der Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass die bekämpften Maßnahmen (aus medizinischer Sicht) sinnvoll und zulässig waren, ist unerheblich, da notwendig für deren Zulässigkeit weiters ist, dass sie auch rechtlich gedeckt sind. Abgesehen davon, dass nicht ganz klar ist, was der Rekurswerber im Einzelnen meint, wenn er ausführt, „eine gutachterliche Stellungnahme hätte im Ergebnis zum Inhalt gehabt, dass die vom Gesetz geforderten Voraussetzungen allesamt vorliegen“, übersieht er, dass er auch im Rechtsmittel noch ausdrücklich zugesteht, dass der Bewohner weder psychisch krank noch geistig behindert ist und er in der Lage ist, sich außerhalb der Einrichtung gemäß den aktuellen COVID-19-Schutzbestimmungen zu verhalten und diese einzuhalten. Schon diese Außerstreitstellung führt nämlich – wie im Folgenden dargelegt wird – zur Unzulässigkeit der getroffenen Freiheitsbeschränkungen.

Im Rahmen der Rechtsrüge wird geltend gemacht, die „Maßnahme 1“ bis 18. 5. 2020 habe im Wesentlichen darin bestanden, dass alle Bewohner des Seniorenheims angewiesen wurden, das Seniorenheim nicht zu verlassen. Alle Bewohner seien darauf hingewiesen worden, dass das Verlassen der Einrichtung weiterhin möglich sei, jedoch mit einer 14-tägigen Zimmerquarantäne zu rechnen sei, wenn das Heim nach dem Außenaufenthalt wieder aufgesucht werde. Diese Maßnahme sei per 19. 5. 2020 durch „Maßnahme 2“ ersetzt worden, wonach das Seniorenheim täglich zu gewissen Zeiten verlassen werden könne, wobei es für die Rückkehr an keinem Tag ein vorgesehenes Zeitfenster gäbe. Beiden Maßnahmen sei gemeinsam, dass von der Heimleitung nie ver-

boten worden sei, das Seniorenheim zu verlassen und stets die Möglichkeit bestanden habe, die versperrte Ausgangstüre von Mitarbeitern des Seniorenheims aufschließen zu lassen. Kein Heimbewohner sei am Verlassen des Hauses gehindert worden oder werde daran gehindert; bis 18. 5. 2020 habe er aber mit einer 14-tägigen Zimmerquarantäne rechnen müssen. Sämtliche Maßnahmen würden auf Empfehlungen zurückgehen, die dem Rekurswerber vom Amt der Oberösterreichischen Landesregierung (Direktion Gesellschaft, Soziales und Gesundheit, Abteilung Soziales) jeweils schriftlich mit dem Hinweis darauf, dass eine zeitnahe Umsetzung erwünscht und gefordert werde, gemacht wurden.

Mehr als 1/3 der Bewohner des Seniorenheimes sei mittelschwer bis schwer an Demenz erkrankt, manche Bewohner seien zeitlich und örtlich nicht orientiert, andere wiederum würden an Schwerhörigkeit und sonstigen geistigen und körperlichen Defekten leiden, die es ihnen unmöglich machen, sich innerhalb und außerhalb der Einrichtung gemäß den aktuellen COVID-19-Schutzbestimmungen zu verhalten und diese einzuhalten. Die Voraussetzungen des § 4 HeimAufG würden auf all diese Bewohner zutreffen, die nicht in der Lage seien, sich innerhalb und/oder außerhalb der Einrichtung gemäß den aktuellen COVID-19-Schutzbestimmungen zu verhalten und diese einzuhalten. Dementsprechend sei die Heimleitung gezwungen gewesen, Maßnahmen in den Heimbetrieb zu implementieren, die diesen Bewohnerkreis schütze. Ein Schutz dieser Bewohner sei aber nur möglich, wenn andere Bewohner wie der Antragsteller, der selbst in der Lage sei, sich innerhalb und außerhalb der Einrichtung gemäß den aktuellen COVID-19-Schutzbestimmungen zu verhalten und diese einzuhalten, so untergebracht werden, dass ein Zusammentreffen mit anderen nach der Rückkehr in die Einrichtung ausgeschlossen werden könne. Ein solches Zusammentreffen könne nur ausgeschlossen werden, wenn jeglicher Kontakt unterbunden und eine 14-tägige Zimmerquarantäne angetreten werde, die bei Vorliegen eines negativen Testergebnisses aufgehoben worden wäre. Es sei dem Antragsteller immer freigestanden, die Einrichtung zu verlassen und einen Aufenthalt woanders zu nehmen. Einzige Einschränkung sei gewesen und sei weiterhin, dass er mit Zimmerquarantäne rechnen müsse, wenn er in die Einrichtung zurückkehre. Die Maßnahmen hätten den Bewohnern gedient, die nicht in der Lage seien, sich entsprechend den Schutzbestimmungen zu verhalten, weshalb die Heimleitung geradezu gezwungen gewesen sei, alle Bewohner aufzufordern, das Heim nicht zu verlassen und sich für den Fall des Verlassens des Heimes anschließend in Zimmerquarantäne zu begeben, damit nicht diejenigen Personen infiziert werden, die sich aufgrund ihrer Beeinträchtigung nicht an die Schutzbestimmungen halten können. Die – im Einzelnen im Rekurs dargelegten – Regelungen der Oö Landesregierung für Personen, die die Einrichtung verlassen und wieder zurückkehren und die seit 19. 5. 2020 umgesetzt würden, seien weiterhin in Geltung. Die Umsetzung dieser Regelungen würden einen organisatorischen und logistischen Aufwand erforderlich machen, der mit dem vorhandenen Personal nicht bewerkstelligt werden könne, wenn die Möglichkeit bestünde, die Einrichtung immer (24 Stunden am Tag) zu verlassen. Deshalb seien Zeitfenster geschaffen worden, in deren Rahmen das Verlassen der Einrichtung gewünscht werde. Selbstverständlich könne die Einrichtung auch außerhalb dieser Zeitfenster verlassen werden.

§ 1 Abs 2 HeimAufG legt für den Geltungsbereich des HeimAufG fest, dass Freiheitsbeschränkungen nur dann zulässig sind, soweit sie im Verfassungsrecht, in diesem Bundesgesetz oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind. Eingriffe in die persönliche Freiheit von Bewohnern im Anwendungsbereich des HeimAufG können somit nicht auf allgemeine, nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Rechtfertigungsgründe und Eingriffs-

rechte gestützt werden (vgl. *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG II*, § 1 HeimAufG Rz 9). Zu diesen „anderen“ Gesetzen gehören vor allem die seuchenrechtlichen und sanitätspolizeilichen Vorschriften, wie etwa das Epidemiegesetz (*Bürger/Halmich, HeimAufG*², 27; *Zierl*, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, *ÖZPR* 3/2020, 82 [im Druck]).

Das Corona-Virus (COVID-19) gehört zu den nach § 1 Abs 1 Z 1 EpidemieG taxativ angeführten anzeigepflichtigen Krankheiten; dort scheint es unter der Bezeichnung „MERS-CoV“ („neues Corona-Virus“) auf. [Anm: Das neuartige Coronavirus (2019-nCoV) gehört zu den anzeigepflichtigen Krankheiten, ist in § 1 Abs 1 EpidemieG aber nicht ausdrücklich genannt. Aufgrund § 1 Abs 2 EpidemieG wurde jedoch die Verordnung BGBl II 2020/15 erlassen, wonach der Anzeigepflicht nach EpidemieG Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle an 2019-nCoV („neuartiges Coronavirus“) unterliegen.]

Das II. Hauptstück des Epidemiegesetzes trägt die Überschrift „Vorkehrungen zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten. Einleitung von Vorkehrungen bei Auftreten anzeigepflichtiger Krankheiten“. Die §§ 6 bis 28a enthalten Maßnahmen, die die weitere Verbreitung anzeigepflichtiger Krankheiten verhindern und die Bekämpfung dieser sicherstellen sollen. Nach § 7 Abs 1 EpG sind durch Verordnung jene anzeigepflichtigen Krankheiten zu bezeichnen, bei denen für Kranke, Krankheitsverdächtige und Ansteckungsverdächtige Absonderungsmaßnahmen (Anhaltung) oder sonstige Verkehrsbeschränkungen verfügt werden können. Hierzu wurde § 4 Satz 3 AbsonderungsV, RGBI 1915/39 idF BGBl 2020/21, um Infektionen mit 2019-nCoV („2019 neuartiges Coronavirus“) ergänzt. Als krank gelten dabei jene Personen, bei denen die Krankheit bereits festgestellt ist, krankheitsverdächtig sind jene, die Erscheinungen zeigen, die das Vorhandensein der Krankheit vermuten lassen und ansteckungsverdächtig sind jene Personen, die keine Krankheitserscheinungen aufweisen, bei denen jedoch bakteriologisch der Krankheitskeim nachgewiesen ist oder bei denen sonst feststeht oder erfahrungsgemäß anzunehmen ist, dass sie der Ansteckung ausgesetzt waren und deshalb andere anstecken können (vgl. *Hummelbrunner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht*³ [April 2020] Kapitel XXXIII, Sanitätsrecht, Rz 35). Eine „Absonderung“ bzw. Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt ist in der Regel in Bescheidform zu verfügen. Entgegen der Grundregel des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG ist Rechtsschutz gegen solche Bescheide allerdings nicht vor den Verwaltungsgerichten zu suchen. Nach § 7 Abs 1a 2. Satz EpG (eingefügt mit BGBl I 2016/63) kann die angehaltene Person bei dem Bezirksgericht, in dessen Sprengel der Anhaltungsort liegt, die Überprüfung der Zulässigkeit und Aufhebung der Freiheitsbeschränkung „nach Maßgabe des 2. Abschnitts des Tuberkulosegesetzes“ beantragen. Über Antrag des Betroffenen nach § 7 Abs 1a EpG hat sohin das zuständige Bezirksgericht unter sinngemäßer Anwendung der §§ 14 ff TbG über die Zulässigkeit der Absonderung zu entscheiden (vgl. *Hiersche/Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts*, Fünfter Teil: Maßnahmen zur Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, 5.2.5; *Zierl* aaO, S 83; *Pixner, Coronavirus: Ein Situationsbericht aus rechtlicher Perspektive, JMG* 2020,6; *Hummelbrunner* aaO, Rz 32 f; *Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB1*.¹, Kap 1, Rz 23). Die Umsetzung behördlich verfügter Maßnahmen mit Zwangsmitteln erfolgt infolge der in § 28a Abs 1 EpG angeordneten Ermächtigung unter Assistenz der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (= Polizei; *Hummelbrunner* aaO, Rz 32), nicht jedoch durch das Heimpersonal mit „Freiheitsbeschränkungen“ nach § 3 Abs 1 HeimAufG, etwa durch Hinderung am Verlassen der Einrichtung oder Zurückbringung und Abschließung des Bewohnerzimmers (*Zierl* aaO, 83).

Ausgehend von dieser Rechtslage kann eine Freiheitsbeschränkung des N. N. nicht auf das Epidemiegesetz gestützt werden, da es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass er krank, krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig iSd EpG bzw. der AbsonderungsV war oder ist, der Freiheitsbeschränkung zudem kein Bescheid einer Bezirksverwaltungsbehörde zugrunde liegt und das Heimpersonal zur Umsetzung einer behördlich angeordneten Anhaltung bzw. Verkehrsbeschränkung auch nicht zuständig wäre.

Auch auf das HeimAufG können die beanstandeten Freiheitsbeschränkungen nicht gestützt werden. Nicht zweifelhaft kann zunächst sein, dass eine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG vorliegt, wenn dem Bewohner das Verlassen der Einrichtung generell untersagt wird bzw. ihm Ausgang nur zu bestimmten Zeiten erlaubt ist. Eine Freiheitsbeschränkung iSd § 3 Abs 1 HeimAufG liegt nämlich dann vor, wenn es einer Person unmöglich gemacht wird, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern. Dabei ist zunächst die Beschränkung der Bewegungsfreiheit auf einen bestimmten räumlich abgegrenzten Bereich wesentlich. Der räumliche Umfang der Beschränkung spielt für das Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung keine Rolle. Auch Bewegungsbeschränkungen auf die Einrichtung in ihrer Gesamtheit unter Wahrung freier Bewegungsmöglichkeiten innerhalb des Areals der Einrichtung sind daher ebenso eine Freiheitsbeschränkung wie die Beschränkung auf einzelne Bereiche der Einrichtung, die Beschränkung auf ein einzelnes Zimmer oder die Beschränkung innerhalb eines Raums (RIS — Justiz RS0121662; *Höllwerth* aaO, § 3 HeimAufG Rz 4 mwN). Unerheblich ist sohin, dass bei den Ausgehzeiten nach dem 18. 5. 2020 auch eine Rückkehr etwa nach 16:00 Uhr möglich gewesen wäre. Entscheidungsrelevant ist lediglich, dass die Einrichtung bis 18. 5. 2020 überhaupt nicht und ab 19. 5. 2020 nicht vor 8:00 Uhr bzw. 13:00 Uhr vom Bewohner verlassen werden konnte. Wenn der Einrichtungsleiter im Rechtsmittel hierzu einwendet, es sei nie verboten gewesen, das Seniorenheim zu verlassen und habe stets die Möglichkeit bestanden, die versperrte Ausgangstüre vom Mitarbeitern des Heimes aufschließen zu lassen bzw. hätte die Einrichtung auch außerhalb der Zeitfenster verlassen werden können, ist darauf nicht einzugehen, da es sich hierbei um eine nach § 49 Abs 2 AußStrG unzulässige Neuerung handelt, wurde im erstinstanzlichen Verfahren doch ausdrücklich geltend gemacht, dass Ausgänge ab 18. 5. 2020 nur zu bestimmten Zeiten möglich sind bzw. konkrete Ausgehzeiten festgelegt worden sind und im Zeitraum 13. 3. bis 18. 5. 2020 ein Ausgang grundsätzlich nicht möglich war, ausgenommen in die Gartenanlagen. Tatsachen und Beweismittel, die zur Zeit des Beschlusses erster Instanz schon vorhanden waren, sind im Rekursverfahren nicht zu berücksichtigen, wenn sie von der Partei schon vor Fassung des Beschlusses erster Instanz vorgebracht werden hätten können, es sei denn, die Partei kann dartun, dass es sich bei der Verspätung (Unterlassung) des Vorbringens um eine entschuld bare Fehlleistung handelt (§ 49 Abs 2 AußStrG). Sofern die betreffenden Umstände nicht ohnehin schon eindeutig und zweifelsfrei dem Akteninhalt zu entnehmen sind, hat der Rechtsmittelwerber sohin die Zulässigkeit der Neuerungen im Rechtsmittel zu behaupten und schlüssig darzulegen. Gegebenenfalls hat er zu bescheinigen, dass die Verspätung (Unterlassung) des Vorbringens auf einer entschuld baren Fehlleistung beruht (vgl. 2 Ob 172/15f mwN). Ein Vorbringen in diese Richtung enthält das Rechtsmittel nicht. Überdies entsprach es schon der ständigen Rechtsprechung zu § 10 AußStrG, welche weiterhin aufrechtzuerhalten ist (vgl. 3 Ob 111/06d; *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG* 12, § 49 Rz 1), dass im Rekurs das vorliegende Tatsachenmaterial nur berichtigt oder ergänzt werden kann oder für unbewiesen gebliebene Behauptungen neue Beweise vorgebracht werden können, es aber nicht möglich ist, neue, von den bisherigen Behauptungen abweichende oder



noch gar nicht aufgestellte Tatsachenbehauptungen vorzubringen (RIS – Justiz RS0006897). Derartige unternimmt der Rekurswerber hier aber, steht seine Behauptung, es sei jederzeit ein Ausgang möglich gewesen, doch im Widerspruch zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen. Ferner steht es auch in einem gewissen Widerspruch zu dem vorgelegten E-Mail-Verkehr zwischen der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck und den Gemeinden und Heimleitungen, wonach in einem E-Mail vom 11. 3. 2020 ersucht wurde, die Heime zuzusperren und Außenkontakte der Heime weitgehend einzuschränken. Letztlich sei noch anzumerken, dass selbst der Umstand, dass ein Betreuer um das Aufsperrn der Tür ersucht werden kann, am Vorliegen einer Freiheitsbeschränkung nichts ändert, weil die ständige Abhängigkeit der freien Aufenthaltsveränderung vom Willen des Betreuers eine nicht mehr bloß unwesentliche Beschränkung der Bewegungsfreiheit darstellt (8 Ob 121/06m = SZ 2006/186 = Zak 2007/152 = EF-Z 2007/67 = ÖZPR 2012/65; Höllwerth aaO, § 3 HeimAufG Rz 8).

Eine Freiheitsbeschränkung darf nach § 4 HeimAufG nur vorgenommen werden, wenn der Bewohner psychisch krank oder geistig behindert ist und im Zusammenhang damit sein Leben oder seine Gesundheit oder das Leben oder die Gesundheit anderer ernstlich und erheblich gefährdet (Z 1), sie zur Abwehr dieser Gefahr unerlässlich und geeignet sowie in ihrer Dauer und Intensität im Verhältnis zur Gefahr angemessen ist (Z 2) sowie diese Gefahr nicht durch andere Maßnahmen, insbesondere schonendere Betreuungs- oder Pflegemaßnahmen, abgewendet werden kann (Z 3). Sämtliche angeführten Merkmale müssen kumulativ vorliegen (*Bürger/Halmich* aaO, 80; *Höllwerth* aaO, § 4 HeimAufG Rz 2; *Strickmann*, *Heimaufenthaltsrecht*², 137). Insbesondere sieht § 4 HeimAufG zwingend auch einen kausalen und unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Vorliegen der psychischen Erkrankung/geistigen Behinderung und dem vom Betroffenen ausgehenden Gefährdungspotenzial für sich selbst oder Dritte vor (*Herdega/Bürger* in *Resch/Wallner*, *Handbuch Medizinrecht*³, Kap. VII. *Heimaufenthaltsrecht* Rz 76; *Bürger/Halmich* aaO, 85). Eine Freiheitsbeschränkung darf an einem Bewohner ohne oder gegen dessen Willen also (als Grundvoraussetzung) nur vorgenommen werden, wenn dieser an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leidet. Freiheitsbeschränkungen geistig gesunder Menschen sind nach dem HeimAufG somit nicht zulässig (*Höllwerth* aaO, § 4 HeimAufG Rz 5). Deshalb ist die Anordnung freiheitsbeschränkender Maßnahmen an „gesunden“ Bewohnern auch in Zeiten der Corona- bzw COVID-19-Pandemie nach dem HeimAufG unzulässig (so jüngst ausdrücklich auch *Zierl* aaO, 84 f).

Unerheblich sind Empfehlungen und Ersuchen der Gesundheitsbehörden, da sie keine normative Wirkung haben (*Zierl* aaO, 82), und wären auch Erlässe als „Verwaltungsverordnungen“ für die Gerichte mangels gehöriger Kundmachung ohne rechtliche Wirkung (vgl. *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹⁰, Rz 1005 mwN). Letztlich unerheblich ist auch, ob die Umsetzung der von den Gesundheitsbehörden vorgegebenen bzw empfohlenen Maßnahmen einen logistischen und organisatorischen Aufwand erfordert und mit dem vorhandenen Personal bei einer 24-Stunden-Öffnung der Einrichtung nicht zu bewerkstelligen ist, weil Freiheitsbeschränkungen zur Sicherstellung eines störungsfreien Anstalts- bzw Heimbetriebes, die beispielsweise aus einer personellen Überlastung resultieren, unzulässig sind. Die Grundrechtsgewährung darf also nicht am mangelhaften sachlichen und personellen Aufwand der Heimträger scheitern (vgl. *Herdega/Bürger* aaO, Rz 77 und Rz 86 mwN; *Höllwerth* aaO, § 4 HeimAufG Rz 29 mwN). Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Anmerkung

In der nachträglichen Betrachtung fällt es leicht, der Gerichtsentscheidung uneingeschränkt zuzustimmen. Zum Zeitpunkt der Anordnung und Durchführung von Freiheitsbeschränkungen (ab 13. 3. 2020) ging es teilweise um Leben und Tod von Heimbewohner*innen, Personal und Angehörigen. Schnelle und effiziente Maßnahmen waren also notwendig. Dass dabei nicht nur die Gesundheitsbehörden mit ihren Empfehlungen, sondern auch Einrichtungsleitungen manchmal über das Ziel hinausgeschossen haben, ist also nicht verwunderlich.

Dennoch ist auch in solchen Krisenzeiten die individuelle Bewegungsfreiheit ein wichtiges Gut. Deren Beschränkung verursacht nämlich häufig schwerwiegende physische und psychische Folgeschäden.

Zudem zeigt sich die Qualität eines Rechtsstaates vor allem an seiner Funktionsfähigkeit in Krisenzeiten. Hier wurden in der Coronakrise einige rechtsstaatliche Schwächen aufgedeckt, nicht nur im Bereich der Pflege, sondern insgesamt im staatlichen Umgang mit Schutzmaßnahmen. Das betrifft bei Freiheitsbeschränkungen und Zwangsmaßnahmen immerhin verfassungsrechtlich verbürgte Grundrechte. Es besteht, so zutreffend *Kopetzki* (vgl. *Corona*, Punkt und Beistrich, *Editorial RdM* 2020/205), kein Anlass, Gesundheitsschutz und Rechtsstaat gegeneinander auszuspielen.

Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass staatliches Handeln durch konkrete gesetzliche Vorgaben bestimmt sein muss. Die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG und dem Epidemiegesetz sind solche gesetzlich vorgesehene staatliche Maßnahmen und die anordnenden Personen sind in diesen Fällen Organe des Staates. Was hier schief gelaufen ist, ist also auch Ausdruck rechtsstaatlicher Defizite.

Daraus sollten entsprechende Lehren für die – auch coronabedingt – unsichere Zukunft gezogen werden: das HeimAufG hat sich bewährt, beim Epidemiegesetz gibt es Novellierungsbedarf. Das betrifft insbesondere den Umgang mit nicht entscheidungsfähigen Personen (psychisch Kranke, vergleichbar Beeinträchtigte und Kinder), wobei die hier besprochenen Entscheidungen Personen ohne kognitive Einschränkungen betreffen. Einrichtungen und Anbieter von Betreuungsleistungen sollten beispielsweise folgende Maßnahmen ins Auge fassen: das Vorhalten von Schutzausrüstung und Desinfektionsmitteln; das Erstellen von Handlungsanleitungen für bestimmte Situationen; Schulung von Personal, Bewohner*innen und Angehörigen; bauliche Adaptierungen von abtrennbaren Heimbereichen sowie Kooperation mit anderen Einrichtungen.

Die staatlich vorgesehenen Kontrolleinstellungen, wie Gerichte, Heimaufsicht, Bewohnervertretung, Patienten-anwaltschaft und OPCAT-Kommissionen müssen aber grundsätzlich jederzeit Zugang zu den in ihren Aufgabenbereich fallenden Einrichtungen haben. Für die Einhaltung der erforderlichen Schutzmaßnahmen sind sie aber im Wesentlichen selbst verantwortlich.

Qualitätsvolle und individuelle Pflege und Betreuung auf Augenhöhe mit den Bewohner*innen erfordert – besonders unter erschwerten Rahmenbedingungen – auch eine bessere Personal- und Ressourcenausstattung der Einrichtungen. Hierfür ist mehr denn je ein klares gesundheitspolitisches und budgetäres Bekenntnis gefordert.

Michael Ganner