

Univ.-Ass. DDr. Christian Kopetzki, Wien

Rechtsfragen des Anhalteverfahrens

Zum Inhalt: Die EntmO ist, soweit ihre Bestimmungen die Entmündigung betroffen haben, mit 1.7. 1984 durch das SachwalterschaftsG ersetzt worden. Den seit Jahren unternommenen Anstrengungen, die weiter geltenden Bestimmungen (über die zwangsweise Anhaltung Geisteskranker) durch ein BG über die Rechtsfürsorge für psychisch Kranke in Krankenanstalten abzulösen, ist bisher kein Erfolg beschieden gewesen. Im Zug seiner Anstrengungen hat das BMJ das Ludwig-Boltzmann-Institut für Medizinsoziologie mit dem Erreichen eingeschaltet, im Rahmen einer wissenschaftlichen Begleitforschung die Ziele eines Gesetzes mit seiner „sozialen Wirksamkeit“ sichtbar zu machen. In einem der nächsten Hefte der „Österreichischen Juristen-Zeitung“ findet sich eine Zusammenfassung des Forschungsberichts von Rudolf Forster. Dazu ist der nachfolgende Aufsatz getreten, in dem sich der Verfasser eingehend mit allen Rechtsfragen des geltenden Anhaltungsrechts auseinandersetzt und in dem er zu der Erkenntnis kommt, daß die Mängel, die man dem geltenden Recht vorwirft, nicht in erster Linie den gesetzlichen Bestimmungen, sondern ihrer Handhabung anzulasten sind. Damit werde gezeigt, wo die Grenzen der Möglichkeit einer Neuordnung dieses Rechtsgebiets liegen.

Inhaltsübersicht

- I. Das Anhalteverfahren im Rechtssystem
- II. Anlaß und Gegenstand der Untersuchung
- III. Die Aufnahmeanzeige
 - A. Die anzeigepflichtigen Fälle
 - B. Die zur Anzeige verpflichtete Person
 - C. Die Anzeigefrist
 1. Die Anzeigepflicht nach § 16 EntmO
 2. Die V R G B I 1916/269
- IV. Wann ist ein Anhalteverfahren durchzuführen?
 - A. Unmündige
 - B. Personen unter Sachwalterschaft
 - C. Aufnahme auf eigenes Verlangen
 - D. Entlassene und beurlaubte Patienten
- V. Die materiellen Voraussetzungen der Anhaltung
 - A. Allgemeines
 - B. „Geisteskrankheit“
 - C. Gefährdung
 - D. Verhältnismäßigkeit
 - E. Der Ort der Anhaltung
- VI. Das Ermittlungsverfahren
 - A. Prozeßfähigkeit
 - B. Verfahrensdauer
 - C. Das Beweisverfahren
 1. Allgemeines
 2. Beweisgegenstand und Beweismittel
 3. Insbesondere: Das Sachverständigengutachten
 - D. Rechtliches Gehör
- VII. Die Vertretung im Anhalteverfahren
- VIII. Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung
- IX. Die Zustellung des Beschlusses
- X. Ergebnis

I. Das Anhalteverfahren im Rechtssystem

Von allen in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Formen hoheitlichen Freiheitsentzuges genügt die verwaltungsbehördliche Anhaltung Geisteskranker¹⁾ gem §§ 49 ff KAG den mit Abstand geringsten rechtsstaatlichen Anforderungen²⁾. Sie beruht zunächst auf einem formlosen Verwaltungsakt – sei es durch die Sicherheitsbehörden oder unmittelbar durch die Krankenanstalt – unter Einschaltung des Amtsarztes, der das Vorliegen der Anhaltvoraussetzungen („Geisteskrankheit“, Gefährdung) zu bescheinigen hat („Parere“). Diese Bescheinigung kommt im Ergebnis einem Einweisungsbefehl gleich. Daran schließt sich ein amtswegiges gerichtliches Kontrollverfahren im außerstreitigen Verfahren („Anhalteverfahren“; §§ 16 ff EntmO), in dem auf Grund eines psychiatrischen Gutachtens über die Zulässigkeit der weiteren Anhaltung entschieden wird; der Anhaltebeschluß erlischt spätestens mit Ablauf eines Jahres, kann aber beliebig oft wiederholt werden. Eine absolute zeitliche Begrenzung besteht nicht. Materielle Anhaltvoraussetzungen sind „Geisteskrankheit“ und Gefährdung eigener oder fremder Sicherheit. Der Vollzug der Anhaltung ist rechtlich so gut wie nicht geregelt und stützt sich lediglich auf die unbestimmte Ermächtigung des § 51 Abs 1 KAG, zwangsweise angehaltene Pfleglinge „Beschränkungen in der Freiheit der Bewegung oder des Verkehrs mit der Außenwelt“ zu unterwerfen.

Daß dem Anhalterecht unter den „defizitären Bereichen des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung“³⁾ ein besonderer Platz gebührt, hat mehrere Gründe. Sie liegen zum einen in der Unbestimmtheit der materiellen Anhaltvoraussetzungen (Geisteskrankheit, Gefährdung), die diesen Rechtsbereich weltweit besonders anfällig macht für eine „Indienstnahme“ zu rechtlich nicht gedeckten politischen und sozialen Zielen. Sie liegen weiter in der Formlosigkeit des Einweisungsvorganges, der – sieht man von der obligaten Begutachtung durch den Amtsarzt ab – keiner verfahrensrechtlichen Bindung unterliegt; bis zum Wirksamwerden des gerichtlichen Anhaltebeschlusses nach etwa 3 bis 5 Wochen gründet sich die Anhaltung lediglich auf einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt,

¹⁾ Der Begriff der „Geisteskrankheit“ entspricht der modernen medizinischen Terminologie nicht mehr; er wird im folgenden nur darum beibehalten, weil es sich um einen Rechtsbegriff des geltenden Anhaltrechts handelt.

²⁾ Die Unterbringung Geisteskranker nach straf- und zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen bleibt hier außer Betracht.

³⁾ Vgl jüngst die Bestandsaufnahme von Funk, Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl 1987, 150.

ohne daß es je zu einer bescheidförmigen Entscheidung käme. Im österreichischen Verfassungssystem bildet diese Konstruktion einen Fremdkörper, da die Dauer der Wirksamkeit solcher (freiheitsentziehender) faktischer Amtshandlungen – sofern sich nicht eine gerichtliche oder bescheidförmige Anordnung anschließt – in aller Regel mit 48 Stunden begrenzt ist. Dazu kommt, daß die Anhaltung die seltene Form einer freiheitsentziehenden Maßnahme ist, die für unbestimmte Zeit aufrechterhalten werden kann und die, anders als etwa die vorbeugenden Maßnahmen des StGB, keiner Anlaßtat bedarf, in der sich das Vorliegen der Anhaltetatsachen wenigstens einmal manifestiert haben muß. Schließlich ist zu erwähnen, daß die Ausgestaltung des Anhaltetatsachenzuges nicht nur einer dem Art 18 B-VG entsprechenden gesetzlichen Normierung, sondern darüber hinaus auch jeglichen administrativen Rechtsschutzes entbehrt, wie er zB im Strafvollzug seit langem besteht.

Das gerichtliche Anhalteverfahren nimmt im Gesamtzusammenhang des Anhalterechts eine höchst eigenartige Stellung ein. Konzipiert als Rechtsschutzeinrichtung gegen ungerechtfertigte Anhaltungen in geschlossenen Anstalten, dient es der gerichtlichen Kontrolle hoheitlicher Verwaltungstätigkeit auf einem Gebiet, das traditionellerweise zur Gesundheitspolizei zu zählen ist⁴⁾ und das mit dem Zivilrecht nichts zu tun hat. Funktionell gesehen, handelt es sich um eine Sonderform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch ordentliche Gerichte, „mag auch der Sprachgebrauch in diesen Fällen den Ausdruck Verwaltungsgerichtsbarkeit vermeiden“⁵⁾. Dagegen spricht nicht, daß das Anhaltetegericht über die Zulässigkeit der Anhaltung nie ex post, sondern immer nur pro futuro entscheidet⁶⁾. Die Anhaltung behält auch nach der Entscheidung des Gerichts ihren Charakter als Verwaltungstätigkeit: Das Gericht ordnet die Anhaltung nicht an, es erklärt sie bloß für zulässig⁷⁾. Ob der Kranke tatsächlich angehalten wird, bleibt „eine Frage der Verwaltung“⁸⁾. Die gerichtliche Zulässigerklärung bildet damit im Ergebnis eine notwendige Bedingung für die Zulässigkeit eines Verwaltungsaktes, was auf eine Zustimmungskompetenz des Gerichtes hinausläuft⁹⁾.

Aus der geschilderten Konstruktion ergeben sich wichtige Konsequenzen für die Funktion des Anhalteverfahrens als Rechtsschutzeinrichtung des Anhalterechts. Der Verfahrensgegenstand des Anhalteverfahrens ist auf die Frage beschränkt, ob die weitere Anhaltung zulässig ist. Das Gericht kann hingegen weder die Rechtmäßigkeit des Einweisungsvorganges noch irgendeine Maßnahme im Anstaltsverhältnis überprüfen. Die Funktion des Anhalteverfahrens ist somit auf einen engen – wenngleich wichtigen – Aspekt der Anhaltung begrenzt, nämlich das „Ob“ der weiteren Anhaltung. Verwaltungsakte im Vorfeld der Gerichtsentscheidung

⁴⁾ Eine vergleichbare Verknüpfung von Verwaltungsmaßnahmen und (außerstreitiger) gerichtlicher Kontrolle besteht nur noch nach dem TubG. Auf den ersten Blick verwandte Konstruktionen im JWG weisen hingegen beträchtliche Unterschiede auf.

⁵⁾ Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 380, zum Organisationstypus der Verwaltungskontrolle durch ordentliche Gerichte.

⁶⁾ In diesem Punkt besteht eine Ähnlichkeit zu den bekannten Formen sukzessiver Kompetenz, bei der Gerichte nach Außerkräfttreten eines Bescheides die Rechtssache neu entscheiden.

⁷⁾ Die Anhaltung kann daher nicht als Vollzug eines Gerichtsbeschlusses gedeutet werden; hier liegt einer der Unterschiede zu § 26 Abs 2 JWG (vgl. VfSlg 9152).

⁸⁾ So schon die „Erläuterungen“ zur EntmO, JMVB 1916, 243 (260).

⁹⁾ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Verknüpfung im Licht des Art 94 B-VG ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

liegen ebenso außerhalb der gerichtlichen Prüfungs-kompetenz wie die Ausgestaltung des Anhaltetatsachenzuges.

II. Anlaß und Gegenstand der Untersuchung

Über die Reformbedürftigkeit des Anhalterechts besteht auch in der juristischen Literatur kein Zweifel¹⁰⁾. In den letzten Jahrzehnten kam es zu einer Vielzahl von Reformentwürfen; ihr Schicksal ist nach wie vor ungewiß. Das aktuelle Stadium der Reformdiskussion unterscheidet sich von früheren Stadien allerdings ua durch eine umfassende soziologische Begleitforschung. Selten steht dem Gesetzgeber ein so detailliertes und umfangreiches rechtssoziologisches Tatsachenmaterial über die Realität eines Vollzugsbereiches zur Verfügung¹¹⁾. Im Gesetzgebungsprozeß können diese Befunde eine wertvolle Hilfe leisten, indem sie die Auswirkungen des bisher geltenden Rechtes in der sozialen Realität und damit auch eine allfällige Divergenz zwischen den Zielen des Gesetzes und seiner „sozialen Wirksamkeit“ sichtbar machen¹²⁾. Auf Grund der vorliegenden Ergebnisse liegt der Schluß nahe, daß die Zwangsanhaltung eine „Eigendynamik“ aufweist, die durch rechtliche Regelungen bislang nur begrenzt beeinflussbar war. Diese Einsicht in die (begrenzte) Leistungsfähigkeit des geltenden Rechtes als Instrument zur Lösung der auftretenden Interessenkonflikte mag dazu beitragen, auch die Effektivität künftiger Gesetze auf dem Gebiet der Zwangsanhaltung realistisch einzuschätzen¹³⁾.

Eine Voraussetzung für eine sinnvolle legistische „Verwertung“ der soziologischen Forschungsergebnisse ist, daß die aufgezeigte Praxis des Anhalteverfahrens im Lichte der geltenden Rechtslage gewürdigt wird. Zu fragen ist insb, inwieweit „eine bestimmte Situation überhaupt mit einer bestimmten gesetzlichen Regelung entscheidend zusammenhängt“¹⁴⁾. Hiezu will die folgende Untersuchung eine Vorarbeit leisten: Beabsichtigt ist, einige der bei Forster (FN 11) anklingenden Rechtsfragen, die entweder umstritten sind oder bei denen sich eine Divergenz zwischen dem geltenden Recht und der aktuellen Praxis abzeichnet, zu behandeln.

¹⁰⁾ Statt aller Fleisch, Zur Reformbedürftigkeit des Anhaltungsverfahrens, ÖJZ 1963, 90; Renoldner, Das Anhaltungsverfahren ist dringend reformbedürftig, ÖJZ 1963, 63. Die Notwendigkeit eines solchen Schritts ergibt sich nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Überlegungen: Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß sämtliche der oben aufgezeigten Strukturmerkmale des geltenden Anhalterechts grundlegende verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen – und das keineswegs nur im Hinblick auf die EMRK; zu einigen ausgewählten Aspekten vgl. Kopetzki, Die zwangsweise Anhaltung in Österreich aus verfassungsrechtlicher Sicht, Recht und Psychiatrie 1986/3, 88.

¹¹⁾ Dazu Hopf, Das Modellprojekt „Sachwalterschaft“ und die sozialwissenschaftliche Begleitforschung – ein neuartiger Versuch der Vorbereitung und Umsetzung von Gesetzesvorhaben, Kriminalsoziologische Bibliografie 1985/47–48, 24. Zum Anhalteverfahren vgl. zuletzt mwN Forster, Die Praxis des gerichtlichen Anhalteverfahrens in Österreich, Forschungsbericht 4.2.19 des L. Boltzmann-Instituts für Medizinsoziologie (1987); zusammenfassend ders in ÖJZ 1988, H 9.

¹²⁾ Vgl. zur Bedeutung der Rechtstatsachenforschung für die Gesetzgebung zB Ent, Gesetzgebungsökonomie, in: Öhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung (1982) 50 ff.

¹³⁾ Zu diesen Fragen der „Steuerkapazität“ und der „Effektivität“ von Gesetzen Öhlinger, Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen, in: Öhlinger (Hrsg.), Methodik 17 (22 ff.).

¹⁴⁾ Ent, in: Öhlinger (Hrsg.), Methodik 53.

Aus diesem Ziel ergeben sich folgende thematische Einschränkungen. Erstens: Die Darstellung beschränkt sich auf das geltende österreichische Anhalterecht nach der EntmO¹⁵⁾ und dem KAG¹⁷⁾; ob dieses im Licht heutiger psychiatrischer und sozialpolitischer Erfordernisse noch sinnvoll ist, muß der rechtspolitischen Diskussion vorbehalten bleiben. Wenn im folgenden eine Vorgangsweise als rechtmäßig oder rechtswidrig eingestuft wird, dann bedeutet dies nur, daß diese Vorgangsweise in einem bestimmten Verhältnis zum positiven Recht steht. Die vielschichtige medizinische und ethische Dimension, die sich hinter so mancher Rechtsfrage verbirgt, soll damit keineswegs verkannt werden; sie ist aber nicht Gegenstand dieser Arbeit. Zweitens: Untersucht werden einzelne Rechtsfragen des erstinstanzlichen gerichtlichen Anhalteverfahrens, deren Auswahl im wesentlichen an dem Bericht von *Forster* orientiert ist. Weite Bereiche des Anhalteverfahrens bleiben daher überhaupt außer Betracht, ebenso die Anstaltseinspeisung und der Anstaltsvollzug. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei nachdrücklich betont, daß die Notwendigkeit einer Reform der hier ausgenommenen Bereiche mitunter weitaus dringlicher erscheint als jene des gerichtlichen Verfahrens. Drittens: Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte werden nur insofern einbezogen, als sie im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen von Bedeutung sein können. Im wesentlichen geht es dabei um die Garantien des Art 5 Abs 4 EMRK, die ein gerichtliches Kontrollverfahren bei freiheitsentziehenden Maßnahmen erfordern und die – als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht – auch vom Anhalterichter zu beachten sind¹⁸⁾.

Bei den im folgenden zitierten Gerichtsentscheidungen handelt es sich zumeist um Rechtsmittelbeschlüsse des LGZ Wien. Da veröffentlichte Entscheidungen überaus selten sind, mußte auf unveröffentlichte Beschlüsse zurückgegriffen werden. Die Analyse muß schon aus diesem Grund

¹⁵⁾ KaisV 28. 6. 1916 RGBl 207 über die Entmündigung (Entmündigungsordnung). Die Untersuchung geht von der nicht näher analysierten, jedoch keineswegs selbstverständlichen Prämisse aus, daß die das Anhalteverfahren betreffenden Bestimmungen der EntmO 1916 im Rang eines Bundesgesetzes in Geltung stehen. Die EntmO wurde nämlich als kaiserliche Verordnung gem § 14 StGG RGBl 1867/141 erlassen und vom Reichsrat nicht genehmigt. Die hier zugrunde gelegte Annahme setzt daher voraus, daß die Weitergeltung der EntmO durch das Fehlen einer ausdrücklichen Genehmigung des Reichsrates nicht beeinträchtigt wurde (so die hL: *Walter*, Gilt die Streikverordnung 1914? ZAS 1966, 65 [67]) und daß die EntmO in das Rechtssystem des B-VG materiell einzuordnen ist (vgl *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1972] 40). Den Bestimmungen der EntmO über die Entmündigung wurde bereits durch Art X Z 2 lit a BGBl 1983/136 formell derogiert.

¹⁶⁾ Paragraphenangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf die EntmO RGBl 1916/207 idF BGBl 1983/136.

¹⁷⁾ (Bundes-)Krankenanstaltengesetz (KAG) BGBl 1957/1 idF 1985/565.

¹⁸⁾ Entgegen einer undifferenzierten Bejahung der Anwendbarkeit des Art 6 EMRK auf das gesamte Außerstreitverfahren (so wohl *Dolar*, Österreichisches Außerstreitverfahrensrecht [1982] 13, 80) ist Art 6 EMRK im Anhalteverfahren grundsätzlich nicht anwendbar, soweit es nicht zugleich zu Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit kommt (zB bei Bestellung eines vorläufigen Beistandes gem § 81f EntmO). Die Anwendung des Art 6 EMRK setzt (abgesehen von Strafsachen) voraus, daß im Verfahren über „civil rights“ entschieden wird. Vgl dazu mwN *Matscher*. Zum Begriff der Entscheidung (von Rechtsstreitigkeiten) über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen iS des Art 6 Abs 1 EMRK, insbes zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das Außerstreitverfahren, *Wagner-FS* (1987) 271.

fragmentarisch bleiben. Dazu kommt, daß sich die Rechtsprechung – bis auf wenige Ausnahmen – durch eine beträchtliche Uneinheitlichkeit auszeichnet, weshalb generalisierende Aussagen kaum möglich sind.

III. Die Aufnahmeanzeige

Die Anzeige über die zwangsweise Aufnahme bildet den Angelpunkt des gerichtlichen Rechtsschutzsystems im Anhalterecht. Sie stellt das Bindeglied zwischen dem (verwaltungsrechtlichen) Akt der Zwangsaufnahme und dem anschließenden (gerichtlichen) Anhalteverfahren dar. Die Anzeige der Anstalt an das Gericht ist – zwar nicht de iure, aber de facto – eine notwendige Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens, da dem Gericht idR keine andere Informationsquelle zur Verfügung steht. Aus dieser Verknüpfung resultiert die **Bedeutung der Aufnahmeanzeige für die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes**. Die soziologischen Untersuchungen bescheinigen der Anzeige einen maßgeblichen Einfluß auf die Wirksamkeit und Schnelligkeit der Gerichtskontrolle. Darin liegt auch ihre unmittelbare verfassungsrechtliche Relevanz: Jede Verzögerung der Anzeige führt zu einer Verzögerung der gerichtlichen Entscheidung und damit zugleich zu einer Beeinträchtigung der in Art 5 Abs 4 EMRK vorgesehenen „ehetunlichen“ („speedily“) Gerichtskontrolle über die Anhaltung.

Die EntmO widmet der Aufnahmeanzeige in § 16 breiten Raum: Gem § 16 Abs 1 hat „der Leiter einer öffentlichen oder Privatirrenanstalt . . . dem Bezirksgerichte, in dessen Sprengel die Anstalt liegt, in der Regel innerhalb 24, längstens binnen 48 Stunden, wenn tunlich unter Angabe der Krankheit und der dafür vorliegenden Bescheinigung, die Aufnahme eines jeden Geisteskranken anzuzeigen, der nicht auf eigenes Verlangen aufgenommen wurde“. Diese Anzeigepflicht besteht gem § 16 Abs 2 auch dann, wenn auf eigenes Verlangen aufgenommene Kranke später in der Freiheit der Bewegung oder des Verkehrs mit der Außenwelt beschränkt werden. Die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Aufnahmeanzeige zumißt, zeigt sich in den für die „Verzögerung oder Unterlassung der Anzeige“ vorgesehenen Sanktionen¹⁹⁾; sie reichen bei Privatanstalten von Ordnungsstrafen bis zur „Entfernung des Leiters der Anstalt oder [der] Entziehung der Konzession“. Bei öffentlichen Anstalten ist allerdings lediglich der „vorgesehenen Dienstbehörde Mitteilung zu machen“ (§ 16 Abs 4)²⁰⁾.

¹⁹⁾ Vgl schon die Erläuterungen in JMVB 1916, 243 (258): „Wegen der Wichtigkeit der rechtzeitigen Anzeige für die Gewährung eines sicheren Schutzes gegen ungerechtfertigte Freiheitsbeschränkung ist die Erfüllung der Anzeigepflicht . . . unter eine entsprechende Sanktion gestellt.“

²⁰⁾ Die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Krankenanstalten (bzw „Irrenanstalten“) richtete sich auch zZ des Inkrafttretens der EntmO nicht nach der Person des Rechtsträgers, sondern nur danach, ob der Anstalt das Öffentlichkeitsrecht verliehen wurde (vgl *Mayrhofer-Pace*, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst⁵ III [1897] 170); demgegenüber dürfte die Regelung des § 16 Abs 4 darauf abstellen, ob die Anstalt in der Trägerschaft eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers – insb einer Gebietskörperschaft – steht. Bei öffentlichen Anstalten in privater Trägerschaft könnte nämlich eine „vorgesezte Dienstbehörde“ überhaupt fehlen. Ein praktisches Problem ergibt sich aus dieser legistischen Inkonsequenz allerdings schon deshalb nicht, weil damals wie heute sämtliche öffentlichen Krankenanstalten für Geisteskrankheiten in der Trägerschaft von Gebietskörperschaften stehen (vgl *Mayrhofer-Pace* III 222: „Die öffentlichen Irrenanstalten sind nur Landesanstalten“). Die früher noch bestehenden privaten Anstalten für Geisteskrankheiten existieren nicht mehr.

A. Die anzeigepflichtigen Fälle

Anzuzeigen ist jede Aufnahme, die nicht „auf eigenes Verlangen“ erfolgte. Anzeigepflichtig ist daher auch die Aufnahme von Personen unter Sachwalterschaft, deren Aufnahme nicht auf eigenem Verlangen beruht. Für den Wegfall der Anzeigepflicht bei „freiwilligen“ Aufnahmen kann auf die Ausführungen zur „Freiwilligkeit“ verwiesen werden: Die Anzeige darf jedenfalls nur dann unterbleiben, wenn der die Aufnahme verlangende Patient über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt (unten IV C).

Wurde die Aufnahme bereits durch ein Gericht verfügt (Pflegergericht, Strafgericht), dann ist ein Anhalteverfahren gar nicht einzuleiten (§ 17). Da die gerichtlichen Einweisungen aber von der allgemeinen Anzeigepflicht des § 16 nicht ausgenommen sind, darf von einer Anzeige nicht abgesehen werden²¹⁾. Auch § 17 legt den Schluß nahe, daß ein gerichtlicher Unterbringungsbeschluß zwar die Einleitung des Anhalteverfahrens hindert, nicht aber bereits die Anzeigepflicht des Anstaltsleiters zum Wegfall bringt. Die Prüfung des Inhalts und Umfangs der gerichtlichen Anordnung ist demnach Aufgabe des Anhaltegerichts und nicht des Anstaltsleiters. Trifft das einweisende Gericht nach Ablauf der für die Unterbringung angeordneten Frist keine weiteren Verfügungen, dann ist das Anhalteverfahren durchzuführen²²⁾. Daraus ergibt sich eine fortdauernde Überwachungspflicht des Anhaltegerichtes.

B. Die zur Anzeige verpflichtete Person

Die Anzeigepflicht trifft den „Leiter einer öffentlichen oder Privatirrenanstalt“ (§ 16 Abs 1), das ist der gem § 7 Abs 1 KAG für jede Krankenanstalt zu bestellende ärztliche Leiter, im Verhinderungsfall sein Vertreter (§ 7 Abs 2 KAG).

C. Die Anzeigefrist

Die in § 16 Abs 1 EntmO vorgesehene Frist für die Aufnahmeanzeige von längstens 48 Stunden²³⁾ wird in der Praxis kaum je eingehalten. Im Bereich des BG Hietzing beträgt die Zeitdauer von der Aufnahme (Psychiatrisches Krankenhaus Baumgartner Höhe) bis zum Einlangen der Anzeige nur in 16% der Fälle weniger als vier Tage; nach sieben (!) Tagen sind immer noch ein Drittel der Anzeigen ausständig²⁴⁾. Die Gründe für diese erhebliche Verzögerung dürften weniger in der verspäteten Ausfertigung der Anzeige durch den Anstaltsleiter liegen, als vielmehr in den verschlungenen Wegen der Anstaltskorrespondenz, die ihr Ziel vielfach erst unter Zwischenschaltung des Anstaltsträgers (zB Gemeinde Wien – MA 17) erreicht.

²¹⁾ Das gilt umso mehr in jenen Fällen, in denen noch gar keine gerichtliche Verfügung vorliegt, aber dennoch kein Anhalteverfahren durchgeführt wird (zB Kinder unter 7 Jahren; vgl Weiss, Das Anhalteverfahren [1969] 19; JMVB 1916, 243 [258]).

²²⁾ LGZ Wien 14. 6. 1967, 43 R 338/67; Weiss 20.

²³⁾ Inwiefern diese Frist auf § 4 PersFrSchG (RGI 1862/87) „beruht“, wie Weiss meint (Anhaltungsverfahren 15), kann in diesem Rahmen nicht untersucht werden. Wollte man § 4 leg cit als striktes Verbot jeder über 48 Stunden hinausgehenden (nicht bescheidmäßigen) verwaltungsbehördlichen Anhaltung deuten, dann widerspräche das Anhalterecht freilich trotz dieser Fristregelung der Verfassung: der bloße Umstand einer Anzeige an das Gericht läßt sich in keinem Fall mit der von § 4 leg cit binnen 48 Stunden vorgeschriebenen „Entlassung“ oder „Ablieferung an die zuständige Behörde“ gleichsetzen.

²⁴⁾ Forster, Forschungsbericht.

1. Die Anzeigepflicht nach § 16 EntmO

Eine rechtliche Würdigung der geschilderten Praxis muß von § 16 Abs 1 ausgehen, wonach der Anstaltsleiter dem Bezirksgericht „in der Regel innerhalb 24, längstens binnen 48 Stunden“ die Aufnahme des Kranken anzuzeigen hat. Das bedeutet grundsätzlich, daß die Anzeige innerhalb der Frist beim Gericht eingelangt sein muß. Der Zeitpunkt, zu dem die Anzeige vom Leiter unterfertigt wird oder zu dem sie die Abteilung bzw Anstalt „verläßt“, spielt dabei keine Rolle. Fraglich könnte lediglich sein, ob die Regelung des § 89 GOG anzuwenden ist, wonach bei prozessualen Fristen²⁵⁾ „in bürgerlichen Rechtssachen“²⁶⁾ die Tage des Postlaufes nicht einzurechnen sind. Diesfalls würde es genügen, wenn das Schriftstück rechtzeitig zur Post gegeben wird²⁷⁾. Selbst wenn man die Anwendbarkeit des § 89 GOG bejaht, dann würde daraus nur folgen, daß die Frist bei postalischen Anzeigen mit der Postaufgabe gewahrt ist. Voraussetzung dafür wäre, daß die Anzeige überhaupt mit der Post zum Gericht gelangt und innerhalb der Frist auch tatsächlich zur Post gegeben wird²⁸⁾. Erfolgt die Anzeige aber – wie in der Praxis üblich – über andere Übermittlungswege (zB Boten), dann muß der Anstaltsleiter in jedem Fall dafür Sorge tragen, daß die Anzeige fristgerecht bei Gericht einlangt.

2. Die V RGI 1916/269

Die zentrale Frage im Zusammenhang mit der Aufnahmeanzeige ist freilich eine ganz andere. Zusätzlich zur Regelung des § 16 EntmO besteht nämlich für einen näher definierten Kreis von Anstalten eine Sonderregelung über die Anzeigepflicht durch die V RGI 1916/269²⁹⁾, die in ihrem § 3 unter bestimmten Voraussetzungen eine Fristverlängerung auf acht Tage vorsieht. Überschreitungen der 48stündigen Anzeigefrist der EntmO werden in der Praxis häufig mit einem Hinweis auf diese V begründet. Die Anwendungsbereiche der Regelungen über die Anzeigepflicht in § 16 EntmO und der V 1916/269 sind daher im folgenden voneinander abzugrenzen.

²⁵⁾ Prozessuale Fristen sind von materiellrechtlichen Fristen danach zu unterscheiden, ob die durch die fristgebundene Handlung ausgelösten Rechtswirkungen verfahrensrechtlicher oder materiellrechtlicher Natur sind (vgl Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts [1984] Rz 548 f). Demnach wäre die Anzeigefrist als prozessuale Frist zu qualifizieren: Die verfahrensrechtliche Wirkung der Anzeige besteht darin, daß sie die gerichtliche Entscheidungsfrist gem § 17 in Gang setzt. Zur Abgrenzung prozessualer von materiellen Fristen vgl in diesem Zusammenhang auch Walter, Die Dreimonatsfrist des § 383 Abs 2 ASVG: Eine kritische Betrachtung der Judikatur, SozSi 1962, 318.

²⁶⁾ In diesem Punkt entstehen Zweifel an der Anwendbarkeit des § 89 GOG, da das Anhalteverfahren zwar kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zuweisung in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt, es sich dabei aber – welche Theorie man dieser Abgrenzung auch zugrunde legen mag – keinesfalls um eine „bürgerliche Rechtssache“ iSd § 1 ABGB und § 1 JN handelt. Der Geltungswille des § 89 GOG dürfte sich aber auf alle zivilgerichtlichen Verfahren erstrecken, was im Ergebnis auf einen formell-organisatorischen Begriff der „bürgerlichen Rechtssache“ hinauslaufen würde. Soweit es um außerstreitige Angelegenheiten geht, spricht dafür auch § 7 AußStrG, wonach „die für das Prozeßverfahren bestehenden Vorschriften“ hinsichtlich der Berechnung der Fristen generell auch im außerstreitigen Verfahren gelten.

²⁷⁾ Fasching, Zivilprozeßrecht Rz 549.

²⁸⁾ Vgl Edlbacher, Verfahren außer Streitsachen² (1984), E 3 zu § 7 AußStrG.

²⁹⁾ V des Justizministers im Einvernehmen mit dem Minister des Innern und dem Minister für Kultus und Unterricht 22. 8. 1916 über die Anzeige der Aufnahme von Personen in psychiatrische Universitätskliniken und Beobachtungsabteilungen von Krankenanstalten.

Der Text des § 16 Abs 1 EntmO läßt deutlich erkennen, daß die dort getroffene Regelung der Anzeigepflicht nur für „Irrenanstalten“ gilt; das sind nach heutiger Terminologie die Sonderkrankenanstalten für Geisteskrankheiten iSd §§ 37 und 41 KAG³⁰⁾ (also etwa das Psychiatrische Krankenhaus Baumgartner Höhe). Erst durch § 16 Abs 3 werden „den Irrenanstalten . . . hinsichtlich der Anzeigepflicht andere Heil- und Pflegeanstalten, die Geistesranke aufnehmen, gleichgestellt“. Diese Gleichstellung wurde allerdings durch den zweiten Satz des § 16 Abs 3 erheblich eingeschränkt: „Inwiefern von der Aufnahme von Personen in die psychiatrischen Kliniken und Beobachtungsabteilungen der Krankenhäuser u. dgl. Anzeige zu erstatten ist, wird durch Verordnung bestimmt.“ Diese Regelung ist Gegenstand der V RGBI 1916/269.

Demnach bietet sich folgendes Bild: Sonderkrankenanstalten für Geisteskrankheiten unterliegen der Anzeigepflicht nach § 16 Abs 1 EntmO; ihnen gleichgestellt sind alle anderen Anstalten, die Geistesranke aufnehmen (§ 16 Abs 3 erster Satz), ausgenommen die psychiatrischen Kliniken und die Beobachtungsabteilungen von Krankenanstalten (§ 16 Abs 3 zweiter Satz). Für die letzernannten Institutionen enthält die EntmO überhaupt keine Normierung der Anzeigepflicht, sondern überläßt dies dem Ordnungsgeber, der seiner Aufgabe durch die V RGBI 1916/269 nachgekommen ist.

Vor einer näheren Betrachtung der durch diese V getroffenen Anzeigeregulierung sei auf die verfassungsrechtliche Dimension dieser Verordnungsermächtigung hingewiesen: Gem Art 18 Abs 2 B-VG müssen gesetzliche³¹⁾ Verordnungsermächtigungen inhaltlich hinreichend determiniert sein; die Verordnung muß die Grundlage ihres Regelungsinhalts bereits im Gesetz vorgezeichnet haben³²⁾. Es bedarf keiner subtilen verfassungsrechtlichen Erörterungen um zu erkennen, daß dies bei § 16 Abs 3 EntmO nicht der Fall ist. Die EntmO überträgt sowohl das Ob als auch das Wie dieser Regelung der Verwaltungsbehörde, ohne eine wie immer geartete inhaltliche Präzisierung erkennen zu lassen. Solchen formalgesetzlichen Delegationen in Rechtsvorschriften der Monarchie wurde bereits im Jahr 1920 durch das Inkrafttreten des Art 18 Abs 2 B-VG derogiert³³⁾; der § 16 Abs 3 zweiter Satz EntmO ist daher wegen Widerspruchs zum B-VG in die Rechtsordnung der Ersten Republik nicht übernommen worden.

Aus der Derogation des § 16 Abs 3 zweiter Satz EntmO folgt, daß die V RGBI 1916/269 nunmehr einer gesetzlichen Grundlage entbehrt³⁴⁾. Auf die Geltung der V hat dies keine Auswirkungen: V auf Grund formalgesetzlicher Delegationen werden durch den Wegfall der gesetzlichen Ermächtigung in ihrem Bestand nicht berührt³⁵⁾. Ebenso behält die V

ihren Charakter als V³⁶⁾. Strittig ist allerdings, ob der Wegfall der gesetzlichen Grundlage zur Verfassungswidrigkeit einer V führt, die außerhalb des Systems des B-VG einwandfrei erlassen wurde³⁷⁾. Entgegen dem VfGH und einem Teil der Lehre, die dazu neigen, die Verfassungsgemäßheit einer V aus der Zeit der Monarchie im Hinblick auf das Determinierungsgebot nach dem Zeitpunkt der Verordnungserlassung zu beurteilen³⁸⁾, scheint die Ansicht zutreffender, daß das gesamte unterverfassungsrechtliche Rechtsmaterial inhaltlich den jeweils geltenden übergeordneten Verfassungsprinzipien entsprechen muß, also verfassungswidrig ist, wenn dies nicht zutrifft³⁹⁾. Dafür spricht schon die dynamische Funktion der Verfassung. Eine Entstehungszeitliche Überprüfung ist lediglich hinsichtlich des verfassungsgemäßen Zustandekommens anzunehmen, da Normen aus einer anderen Verfassungsepoche naturgemäß nicht nach den Regeln der späteren Verfassung erzeugt worden sein konnten⁴⁰⁾.

Die inhaltliche Analyse der V RGBI 1916/269 hat zunächst bei deren Anwendungsbereich anzusetzen. Vor allem interessiert, wie die Anwendungsfälle der V von jenen des § 16 EntmO abzugrenzen sind. Wegen des eindeutigen Wortlautes kann die Anwendbarkeit der V auf Anhaltungen in Universitätskliniken ohne weitere Überlegungen bejaht werden; diese Fälle spielen für Zwangsanhaltungen freilich eine ganz untergeordnete Rolle. Schwierigkeiten bereitet der zweite Anwendungsfall, die „Beobachtungsabteilung von Krankenanstalten“. Vieles spricht dafür, daß dieser Anwendungsbereich gegenstandslos geworden ist. Bei der Beobachtungsstation handelte es sich nämlich um eine eigene Abteilung des Wiener allgemeinen Krankenhauses, die zur „zeitweiligen ärztlichen Beobachtung und Verpflegung der Kranken bis zur Feststellung der Natur ihrer . . . Leiden“ bestimmt war⁴¹⁾ und die als Übergangslösung bis zur Aufnahme in die örtlich zuständige Irrenanstalt diente. Eine ihrer Funktionen bestand darin, jene nach Wien „zugereiste[n] Hilfsbedürftige[n]“ vorüberge-

³⁶⁾ V aus dem Rechtsbestand der Monarchie sind nach herrschender Ansicht in das System des B-VG formell einzuordnen (zB VfSlg 3364; mwN Mayer, Staatsmonopole [1976] 60 ff) und behalten daher ihre Qualität als V. Sie sind gem Art 139 B-VG vor dem VfGH anfechtbar.

³⁷⁾ Daß die vorliegende V im Jahre 1916 auch ohne eine – dem Determinierungsgebot des heutigen Art 18 Abs 2 B-VG entsprechende – gesetzliche Grundlage erlassen werden durfte, kann wegen des zeitgenössischen Verständnisses des Art 11 StGG RGBI 1867/145, nicht zweifelhaft sein: mwN zuletzt Brande, Wenger-FS (1983) 212 f.

³⁸⁾ MwN Brande, Wenger-FS (1983) 222; Walter, Bundesverfassungsrecht 733 FN 10, 735 FN 22; VfSlg 6263, 5479, 4092.

³⁹⁾ So wohl auch Mayer, Staatsmonopole 64 f, der eine Invalidation von außerhalb des B-VG erzeugten V durch Art 18 Abs 2 B-VG als selbstverständlich anzunehmen scheint.

⁴⁰⁾ ZB VfSlg 3364: die formelle Gesetzgemäßheit ist nach dem Erlassungszeitpunkt zu prüfen.

⁴¹⁾ Erl des Ministers des Inneren 17. 12. 1894 Z 83.893 (Mayrhofer-Pace III 228 FN 1). Eine solche Beobachtungsstation dürfte nur in Wien existiert haben (Mitscha, Ein Beitrag zur Frage der Irrengesetzgebung, ZfV 1897, 171). Schon seit 1828 wurden im Wiener allgemeinen Krankenhaus zwei Zimmer als „Beobachtungslocal“ eingerichtet, um Kranke mit „zweifelhaften Seelenzuständen“ unterzubringen (zur Geschichte der Beobachtungsstation mwN Lesky, Die Wiener medizinische Schule im 19. Jahrhundert² [1978] 186). Die Aufnahme „zweifellos Irrsinniger“ war hingegen dem Irrenhaus vorbehalten (Stubenrauch, Handbuch der österreichischen Verwaltungs-Gesetzeskunde² I [1856] 508). Eine eigene Beobachtungsanstalt für Geistesranke bestand darüber hinaus in Sarajewo (Mayrhofer-Pace III 229). Zum Ganzen auch Mahl-Schedl, Gesetze und Verordnungen in Sanitätssachen (1898) 479 f.

³⁰⁾ Edlbacher, Anm I zu § 16 EntmO.

³¹⁾ Unter „Gesetz“ iSd Art 18 fallen grundsätzlich auch Verordnungen im Gesetzesrang (Walter, Bundesverfassungsrecht 394, 417), somit auch die EntmO.

³²⁾ MwN Walter, Bundesverfassungsrecht 417.

³³⁾ § 1 V-ÜG 1920; VfSlg 2632, 7151, 7228. Vgl dazu und zum Folgenden auch Brande, Verfassungs- und Rechtsüberleitung, Wenger-FS (1983) 181 (209, 217).

³⁴⁾ Eine solche Grundlage kann insb auch nicht im RSG 1870 erblickt werden, das in der V neben § 16 Abs 3 EntmO als zusätzliche Rechtsgrundlage angeführt ist. Dieses Gesetz enthält auf dem Gebiet des Sanitätswesens überhaupt keine materiellrechtlichen Bestimmungen (vgl VfSlg 2784, 7500, 9460). Auch eine andere taugliche Grundlage ist nicht ersichtlich.

³⁵⁾ Vgl zB VfSlg 5109; mwN Brande, Wenger-FS (1983) 191 FN 32.

hend zu verwahren, die das Heimatrecht außerhalb Niederösterreichs besaßen und die aus diesem Grund nicht (oder nur ausnahmsweise) in die niederösterreichischen Irrenanstalten aufzunehmen waren⁴²⁾. Solche Kranke mußten innerhalb von 10 Tagen in die „heimatliche Irrenanstaltspflege“ übernommen werden⁴³⁾. In dieser vorübergehenden Natur des Aufenthaltes, und nicht in einer „Privilegierung“ bestimmter Anstalten, lag wohl der Sinn des in der V 1916/269 vorgesehenen achttägigen Aufschubes der Aufnahmeanzeige für den Fall, daß der Aufgenommene voraussichtlich innerhalb dieser 8 Tage entlassen wird.

Dieser Befund macht zweierlei deutlich: Erstens besteht eine Beobachtungsabteilung für zwangsweise angehaltene Patienten als Abteilung allgemeiner Krankenanstalten soweit ersichtlich nicht mehr, weshalb dieses Tatbestandsmerkmal der V 1916 heute von vornherein nicht erfüllt werden kann. Eine solche Abteilung dürfte in allgemeinen Krankenanstalten zum Zweck der zwangsweisen Aufnahme – und nur darum geht es hier – auch gar nicht mehr geführt werden, da seit dem Inkrafttreten des KAG 1957 eine Zwangsanhaltung außerhalb von Sonderkrankenanstalten unzulässig ist⁴⁴⁾. Zweitens wäre die V auch auf allfällig bestehende (oder in Zukunft geschaffene) „Beobachtungsabteilungen“ in Sonderkrankenanstalten für Geisteskrankheiten nicht anzuwenden, da mit der Formulierung „Beobachtungsabteilung einer Krankenanstalt“ keinesfalls eine Abteilung von solchen Sonderkrankenanstalten gemeint sein konnte: Im historischen Sprachgebrauch fielen die „Irrenanstalten“ nämlich gerade nicht unter den Begriff der „Krankenanstalt“⁴⁵⁾. Sowohl § 16 EntmO als auch die V 1916 differenzieren daher auch folgerichtig zwischen „Irrenanstalten“ und „Krankenanstalten“, wobei ausschließlich letztere von der Sonderregelung der V 1916 erfaßt werden sollten.

Nach dem bisher Gesagten steht also fest, daß eine Verlängerung der Anzeigefrist außerhalb von Universitätskliniken nicht mit der V 1916 begründet werden kann. Dazu kommt, daß die V selbst dort, wo sie anwendbar ist, ihrem Inhalt nach nicht zu einer generellen Verzögerung der Aufnahmeanzeige ermächtigt. Die in § 1 der V für den Regelfall getroffene Anzeigeregulation ist nämlich mit der Regelung des § 16 EntmO identisch und sieht eine Anzeige längstens binnen 48 Stunden nach der Aufnahme vor. Lediglich in genau umschriebenen Ausnahmefällen erlaubt § 3 der V eine Ausdehnung der Anzeigefrist, nämlich dann, „wenn der Aufgenommene voraussichtlich innerhalb von acht Tagen nach der Aufnahme entlassen wird. Nach Ablauf von acht Tagen muß die Anzeige jedenfalls erstattet werden, wenn nicht bis dahin der Aufgenommene entlassen oder an eine andere Anstalt abgegeben worden ist.“ Damit ist

hinreichend klar, daß die Ausdehnung der Frist nur dann statthaft ist, wenn infolge ärztlicher Fehleinschätzung innerhalb von 48 Stunden angenommen wird, daß der Kranke innerhalb der folgenden 6 Tage entlassen werden kann, sich aber danach diese Vermutung als unrichtig herausstellt. Eine generelle Anzeigeverzögerung für alle Patienten läßt sich auf diese Bestimmung nicht stützen.

IV. Wann ist ein Anhalteverfahren durchzuführen?

Gem § 17 EntmO ist ein Anhalteverfahren immer dann durchzuführen, wenn die Aufnahme eines Geisteskranken in eine Krankenanstalt⁴⁶⁾ nicht durch ein Gericht verfügt wurde. Aus § 16 Abs 1, der bei Aufnahmen auf eigenes Verlangen nicht einmal eine Aufnahmeanzeige vorsieht, kann überdies geschlossen werden, daß bei solchen freiwilligen Aufnahmen ein Anhalteverfahren ebenfalls nicht stattzufinden hat⁴⁷⁾. Die Praxis nimmt noch weitere Ausnahmen an; im einzelnen gilt folgendes:

A. Unmündige

Nach Lehre und Rechtsprechung ist ein Anhalteverfahren bei Kindern unter 7 Jahren nicht durchzuführen, bei anderen unmündigen und mündigen Minderjährigen hingegen schon⁴⁸⁾. Diese Ansicht ist zwar herrschend, mit § 17 EntmO aber kaum in Einklang zu bringen, der das Anhalteverfahren nur dann ausschließt, wenn die Anhaltung durch das (Pfleger-)gericht auch tatsächlich verfügt wurde. Zutreffender scheint daher die Auffassung, daß die Zuständigkeit des Anhaltegerichts unabhängig von der Geschäftsfähigkeit immer gegeben ist, aber für die Dauer einer vom Pflegschaftsgericht verfügten Anhaltung ruht⁴⁹⁾.

B. Personen unter Sachwalterschaft

Ähnliche Probleme wie unter A stellen sich bei Angehaltenen, denen nach § 273 ABGB ein Sachwalter bestellt ist. Schon unter der Geltung des Entmündigungsrechts wurde vertreten, daß die Anhaltung voll oder beschränkt Entmündigter ausschließlich dem Pflegschaftsgericht obliege und ein Anhalteverfahren gar nicht einzuleiten sei⁵⁰⁾. Eine vergleichbare, wenngleich noch uneinheitliche Rechtsprechung

⁴⁶⁾ Die Formulierung „in eine der genannten Anstalten“ (§ 17) bezieht sich auf die Aufzählung in § 16 („Irrenanstalten“, „andere Heil- und Pflegeanstalten“); mit diesen Begriffen werden heute alle Krankenanstalten iSd KAG erfaßt.

⁴⁷⁾ Der Überschrift zum III. Abschn der EntmO („Gerichtliches Verfahren bei Aufnahme in geschlossene Anstalten“) kommt keine selbständige normative Bedeutung zu; der Begriff der „geschlossenen Anstalt“ ist bloß eine bildhafte Umschreibung für alle gegenüber dem Angehaltenen ausgeübten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen. Insb folgt daraus nicht, daß etwa eine (zwangsweise) Anhaltung in „offenen Anstalten“ der gerichtlichen Kontrolle entzogen wäre. Eine solche Deutung wäre auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht haltbar, da die in Art 5 Abs 4 EMRK vorgesehene Gerichtskontrolle an das Vorliegen einer (materiellen) Freiheitsentziehung anknüpft, und nicht an irgendwelchen Etikettierungen des Unterbringungsortes.

⁴⁸⁾ OGH SZ 27/130; LGZ Wien 18. 10. 1978, 44 R 285/78; Weiss 19.

⁴⁹⁾ LGZ Wien 24. 5. 1967, 43 R 233/67 (zitiert bei Weiss 20f).

⁵⁰⁾ OGH SZ 27/130; SZ 25/177 (zur vollen Entmündigung); Weiss 20 (zur vollen und beschränkten Entmündigung).

⁴²⁾ Die niederösterreichische Landesirrenanstalt in Wien am Steinhof war grundsätzlich nur zur Aufnahme von Kranken bestimmt, die in einer niederösterreichischen Gemeinde (dazu gehörte auch die Stadtgemeinde Wien) heimatberechtigt waren (näher § 2 des Statuts für die nÖ Heil- und Pflegeanstalten für Geistes- und Nervenkranken am Steinhof, nÖ LGVBI 1907/142; vgl auch *Mayrhofer-Pace* III 228 FN 1). Eine eigene Irrenanstalt der Gemeinde Wien existierte nicht.

⁴³⁾ Erl 17. 12. 1894 (FN 41).

⁴⁴⁾ Vgl unten V E.

⁴⁵⁾ Vgl nur § 2 lit b RSG 1870 RGBI 68, der zwischen „Kranken-, Irren-, Gebärd-, Findel- und Ammenanstalten“ unterscheidet. Diese Differenzierung lag auch den systematischen Darstellungen der Lehre zugrunde: statt aller *Netolitzky*, Österreichische Sanitätsgesetze (1907) 249 ff.

zeichnet sich zum Sachwalterrecht ab⁵¹). Auch in diesem Zusammenhang ist wieder auf § 17 hinzuweisen, wonach ein Anhalteverfahren erst dann zu unterbleiben hat bzw einzustellen ist, wenn das PflEGschaftsgericht Anordnungen über die weitere Anhaltung trifft⁵²).

Abgesehen von diesen Konkurrenzfragen zwischen Anhaltengericht und PflEGschaftsgericht ist freilich überhaupt fraglich, inwieweit dem PflEGschaftsgericht (oder dem Sachwalter) die Zuständigkeit zukommt, Personen unter Sachwalterschaft zwangsweise in einer Anstalt unterzubringen. Die Einmütigkeit, mit der dies in der Literatur⁵³) und neuerdings auch vom OGH⁵⁴) bejaht wird, steht in auffallendem Gegensatz zu den Bestimmungen des positiven Rechts, in denen man eine entsprechende Ermächtigung auch bei großzügiger Auslegung vergebens sucht. Auf diese Problematik kann in diesem Rahmen aber nicht weiter eingegangen werden.

C. Aufnahme auf eigenes Verlangen

Freiwillige Aufnahmen unterliegen nicht dem Anhalteverfahren. So zwingend diese Feststellung aus § 16 abgeleitet werden kann, so schwierig ist die Beurteilung im Einzelfall, ob ein Aufnahmeverlangen wirklich „freiwillig“ abgegeben wurde. Die Einhaltung der Formvorschriften des § 16 Abs 1 (schriftliche Erklärung vor dem Anstaltsleiter und zwei Zeugen) begründet jedenfalls keine gesetzliche Vermutung der tatsächlichen Freiwilligkeit. Die Freiwilligkeit einer Erklärung kann durch diese Erklärung selbst nicht bewiesen werden⁵⁵). Sie kann auch nicht durch Zeugen bewiesen werden, deren Wahrnehmung auf bestimmte äußere Umstände der Erklärung beschränkt ist und die regelmäßig in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Anstalt stehen (Pfleger!). Das Aufnahmeverlangen ist eine (öffentlich-rechtliche) Willenserklärung, die für ihre Rechtserheblichkeit gewissen Mindestanforderungen genügen muß. Es liegt auf der Hand, daß es sich dabei nicht um die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit handeln kann, da diese bei Geisteskranken in aller Regel fehlen wird. Unbestritten ist aber zurecht, daß der Erklärende die nötige Einsicht in die Art und Bedeutung des Anstaltsaufenthaltes haben muß⁵⁶) und daß die freie Willensbildung nicht unzulässigen Beeinträchtigungen ausgesetzt sein darf (Zwang, List etc)⁵⁷). Kranke, denen die

natürliche Einsicht in Gegenstand, Sinn und Tragweite der Erklärung fehlt, kommen für eine freiwillige Aufnahme nicht in Frage⁵⁸), weshalb in diesen Fällen sowohl eine Anzeige an den Amtsarzt (§ 49 KAG) als auch an das Gericht (§ 16 EntmO) ergehen muß.

Freilich obliegt die Beurteilung, ob ein Aufnahmeverlangen „freiwillig“ ist, zunächst dem Anstaltsleiter, der in diesem Punkt zwar keinen „freien Spielraum“ (iS eines Ermessens) hat⁵⁹), der aber das für diese Beurteilung primär zuständige Organ ist. Diese Beurteilung kann aber nicht endgültig sein, da die letzte Entscheidung, ob die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen – dazu gehört auch das Fehlen einer Freiwilligkeitserklärung – für die amtswegige Durchführung eines Anhalteverfahrens vorliegen, Sache des Anhaltengerichts ist⁶⁰). Hat dieses Zweifel an der Freiwilligkeit, dann kann und muß sich das Gericht selbst ein Bild von dem Kranken machen. In der Praxis scheitert diese Kontrolle allerdings daran, daß das Gericht von diesen Aufnahmen – mangels Anzeige – normalerweise gar keine Kenntnis hat. Die mangelnde Anzeigepflicht bei freiwilligen Aufnahmen und die ungenügende Verankerung der gerichtlichen Überprüfung freiwilliger Aufnahmen wurde daher zurecht kritisiert⁶¹). Daß sich Angehaltene vielfach weigern, eine Freiwilligkeitserklärung zu unterfertigen, und daß dieser Umstand von der Anstaltsleitung mitunter negativ gewürdigt wird, „zeigt gerade in schonungsloser Offenheit die Problematik zur modernen Diskussion um dieses Problemfeld auf“⁶²).

Die Freiwilligkeitserklärung ist eine höchstpersönliche Willenserklärung, die in keinem Fall durch einen Vertreter substituiert werden kann; die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden (§ 16 Abs 1), worauf der Patient entweder zu entlassen oder – bei Vorliegen der Voraussetzungen – das Verfahren der zwangsweisen Aufnahme nach §§ 49 KAG und 16 EntmO einzuleiten ist. Von einer freiwilligen Aufnahme kann nur so lange gesprochen werden, als der Patient keinerlei Beschränkungen der Bewegungsfreiheit oder des Verkehrs mit der Außenwelt unterworfen wird. Eine freiwillige Aufnahme in einer „geschlossenen Abteilung“ ist daher nur insofern denkbar, als der Betroffene die Möglichkeit freier Bewegung und Kommunikation hat. Ist dies nicht der Fall, dann liegt – unabhängig von einer etwa abgegebenen „Freiwilligkeitserklärung“ – bereits eine Beschränkung „der Freiheit der Bewegung oder des Verkehrs mit der Außenwelt“ (§ 16 Abs 2 EntmO, § 51 Abs 1 KAG) vor, bei der die Anzeige an Amtsarzt (§ 51 Abs 2 KAG) und Gericht (§ 16 Abs 2 EntmO) zwingend vorgeschrieben ist. Mit anderen Worten: Jede Ausübung von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen gegenüber „freiwilligen“ Patienten verwandelt deren Aufenthalt in einen „unfreiwilligen“⁶³).

Von der in § 16 Abs 1 EntmO vorgesehenen (freiwilligen) „Aufnahme auf eigenes Verlangen“ zu unterscheiden sind

⁵⁸) Noch weitergehend *NN*, GZ 1916, 378: „Wenn der Angehaltene, der freiwillig einzutreten erklärt, wirklich in die Anstalt gehört, dann ist er gar nicht mehr fähig, eine rechtlich beachtliche Erklärung abzugeben.“

⁵⁹) So kritisch *Ehrenzweig*. Die Regierungsvorlage eines Gesetzes über die Entmündigung (1908) 5.

⁶⁰) LGZ Wien 30. 11. 1977, 44 R 339/77.

⁶¹) Vgl nur *NN*, GZ 1916, 378; *Suchanek*. Zur Praxis der Entmündigungsordnung, GZ 1917, 209 (210); *Ehrenzweig*. Regierungsvorlage 5; *Neider*. Diskussionsbeitrag, in: Reform der Entmündigungsordnung, Tagung der ÖJK 1981 (1982) 134.

⁶²) LGZ Wien 23. 4. 1985, 44 R 82/85.

⁶³) JMVBl 1916, 258.

⁵¹) Vgl LG Salzburg 6. 9. 1984, 33 R 626/84; 5. 3. 1987, 33 R 1008/86; LG Klagenfurt 22. 5. 1986, 2 R 228/86 (kein Anhalteverfahren nach rechtskräftiger Sachwalterbestellung); LG Klagenfurt 6. 6. 1986, 1 R 254/86 (Anhalteverfahren nur bei begrenzten Sachwalterschaften nach § 273 Abs 3 Z 1 und 2 ABGB).

⁵²) So (zum Entmündigungsrecht) ausdrücklich LGZ Wien 19. 11. 1969, 43 R 707/69. Dafür spricht auch § 23 Abs 1 EntmO („Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung steht einer anderen Anordnung des PflEGschaftsgerichtes nicht entgegen“).

⁵³) Vgl aus der Literatur zum Sachwalterrecht nur *Gitschthaler*. Einzelne Probleme des neuen Sachwalterrechtes und der Versuch einer Lösung, ÖJZ 1985, 193 (196); *Maurer*. Sachwalterrecht in der Praxis (1984) 82.

⁵⁴) 28. 1. 1987, I Ob 709/86.

⁵⁵) *NN*. Das Verhältnis zwischen Entmündigungs- und Aufnahmeverfahren, GZ 1916, 377 (378).

⁵⁶) *Knell*. Die Kuratoren im österreichischen Recht (1974) 163 FN 53; *Harrer*. Das Anhaltungsverfahren und dessen Rechtsgrundlage aus der Sicht des Mediziners, AnwBl 1974 (Sondernummer) 11 (13); *Zierl*. Die Auswirkungen einer Entmündigung auf das Verwaltungsrecht, ÖJZ 1982, 533 (538); LGZ Wien 30. 11. 1977, 44 R 339/77.

⁵⁷) Für eine Ausschaltung „fremder Einflüsse“ schon JMVBl 1916, 258.

„Umwandlungen“ zwangsweiser Anhaltungen in „freiwillige“ Aufenthalte; sie stellen in der Praxis eine häufige Form der Beendigung der Zwangsanhaltung dar und führen regelmäßig zur Einstellung des Anhalteverfahrens⁶⁴⁾. So verständlich diese Vorgangsweise aus ärztlicher Sicht sein mag, so problematisch ist ihre Rechtsgrundlage. Die EntmO sieht als Grund für das Unterbleiben einer Aufnahmeanzeige (und damit auch des Anhalteverfahrens) lediglich den Fall vor, daß eine Freiwilligkeitserklärung schon vor oder doch bei der Aufnahme abgegeben wird, nicht jedoch während der bereits aufrechten Zwangsanhaltung. Dies erscheint auch durchaus sachgerecht, da die Möglichkeit einer rechts-erheblichen Freiwilligkeitserklärung unter den Bedingungen des Freiheitsentzuges überhaupt bezweifelt werden kann, muß doch der Patient damit rechnen, daß bei einer Verweigerung der Freiwilligkeitserklärung dasselbe Ergebnis – nämlich die Anhaltung – zwangsweise durchgesetzt wird. Diese latente Zwangsdrohung schließt eine „Freiwilligkeit“ im Rechtssinn wohl aus. Bemerkenswerterweise hat der Gesetzgeber in anderen Zusammenhängen freiwillige Einwilligungen von angehaltenen Personen erheblich eingeschränkt, wie die Beispiele des § 45 AMG und des § 67 StVG zeigen. Man wird daher davon ausgehen müssen, daß „freiwillige Umwandlungen“ nur dann zulässig sind, wenn zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entlassung aus der Zwangsanhaltung vorliegen (zB gerichtlicher Unzulässigkeitsbeschluß nach § 22 EntmO, Wegfall der Krankheit oder der Gefährdung nach § 52 KAG), sodaß sich

die „freiwillige Umwandlung“ rechtlich als (freiwillige) Neuaufnahme qualifizieren läßt.

D. Entlassene und beurlaubte Patienten

Sobald der Patient entlassen wird, ist ein Anhalteverfahren nicht mehr einzuleiten oder ein bereits eingeleitetes Verfahren einzustellen. Das folgt aus § 22 EntmO, wonach das Gericht ausschließlich über die Zulässigkeit der „weiteren Anhaltung“ zu entscheiden hat. Das Gericht hat nicht darüber zu entscheiden, ob die Anhaltung zulässig war. Die Fällung einer Sachentscheidung setzt daher voraus, daß der Betroffene im entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch angehalten ist⁶⁵⁾. Etwas anderes gilt lediglich im Rekursverfahren, da der Angehaltene auch nach seiner Entlassung ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, ob der Anhaltebeschluß zu Recht oder zu Unrecht ergangen ist⁶⁶⁾.

Im Gegensatz zur Entlassung beendet die Beurlaubung (§ 52 KAG) die Anhaltung nicht; auch bei beurlaubten Patienten ist somit über die Zulässigkeit der Anhaltung zu entscheiden. Nötigenfalls ist der Patient zu laden. Kommt es bei einem beurlaubten Patienten – aus welchem Grund auch immer – vor Ablauf der Anhaltefrist nicht zu einer neuerlichen positiven Entscheidung über die Zulässigkeit der Anhaltung, dann ist eine spätere Anhaltung nur unter Beachtung der für Neuaufnahmen geltenden Voraussetzungen möglich.

(Fortsetzung folgt)

⁶⁴⁾ Erfahrungsgemäß führen solche „freiwilligen Umwandlungen“ oft kurzfristig zu einer beträchtlichen Reduktion der bereits anberaumten Anhaltungstagsatzungen.

⁶⁵⁾ Zutreffend mwN Weiss 59.

⁶⁶⁾ OGH SZ 39/83. Es sei denn, die Anhaltung ist durch einen neuerlichen erstinstanzlichen Beschluß inzwischen für unzulässig erklärt worden: LGZ Wien 28. 8. 1985, 44 R 156/85.

Georg Gaisbauer, Braunau am Inn

Der verwaltungsstrafrechtliche Tatbestand der ungebührlicher Weise störenden Lärmerregung

(2. Teil)

C. Einzelfälle

1. Wohnungs-, Haus- und Musiklärm⁵¹⁾

Der in der Praxis wohl am häufigsten vorkommende Fall ungebührlicher Weise störender Lärmerregung ist der aus Häusern und von Grundstücken kommende – einschließlich Tierlärm, insb Hundegebell⁵²⁾ (Wohnungslärm iwS) – und hier wiederum der durch Musik (insb Lautsprecher, wie Radio- und Fernsehgeräte) hervorgerufene Lärm. Deshalb soll im folgenden der Musiklärm – der sich ja nicht unbedingt auf Wohnung und Garten beschränkt – gemein-

sam mit dem Wohnungslärm behandelt werden, gleichgültig, wo er verursacht wird.

⁵¹⁾ Schrifttum: Gaisbauer, Musikausübung in der Wohnung als ungebührlicher Weise störende Lärmerregung, OÖGZ 1964/7–8, 13; Gaisbauer, Musikausübung in der Wohnung als ungebührlicher Weise störende Lärmerregung, ÖBZ 1965/2, 18; Gaisbauer, Lärm durch Rasenmäher, ÖHB 1969/5, 4; Gaisbauer, Strafbare Musiklärm in Mietwohnung, ImmZ 1970, 197; Gaisbauer, Zur Lärmerregung, ÖS 1979/2, 15; Gaisbauer, Zur Strafbarkeit lärmender Arbeiten in Wohnung, ÖHB 1977/5, 1; Gaisbauer, Rechtliche Abwehrmöglichkeiten gegen Rasenmäherlärm, OÖGZ 1979, 148; Gaisbauer, Lärmerregung durch Knallgerät in Obstgarten, Der Bauer 1981, 483; Gaisbauer, Lärmende

XVIII. Übergangsbestimmung

Das PHG ist auf Schäden durch ein Produkt, das vor seinem Inkrafttreten in den Verkehr gebracht worden ist,

nicht anzuwenden (§ 19). Hier ist mE auf den Zeitpunkt des erstmaligen Inverkehrbringens abzustellen und nicht auf das Inverkehrbringen der jeweils in Anspruch Genommenen (Hersteller, Importeur, Händler). Das entspricht der Regelung des Art 17 der EG-Richtlinie⁶⁶⁾.

⁶⁶⁾ Vgl. *Taschner* aaO (FN 16) 168 f.

Univ.-Ass. DDr. Christian Kopetzki, Wien

Rechtsfragen des Anhalteverfahrens

(Schluß)

V. Die materiellen Voraussetzungen der Anhaltung

A. Allgemeines

Die Diskussion um den materiellrechtlichen Beurteilungsmaßstab, den das Gericht der Entscheidung über die Zulässigkeit der weiteren Anhaltung gem § 22 EntmO zugrunde zu legen hat, ist so alt wie die EntmO selbst⁶⁷⁾. Dem § 22 kann nur entnommen werden⁶⁸⁾, daß die Anhaltung **jedenfalls dann unzulässig ist**, wenn der Angehaltene „geistesgesund“ ist. **Ob die Anhaltung aber iSd §§ 17 und 22 zulässig ist**, hängt von weiteren Voraussetzungen ab, die ihrerseits dem KAG zu entnehmen sind. Die Zulässigkeit der Anhaltung richtet sich daher nach den §§ 49 ff KAG. Für diese von *Welser*⁶⁹⁾ überzeugend begründete Auffassung spricht auch eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 17 und 22 EntmO, da sich das gerichtliche Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anhaltung gem Art 5 Abs 4 EMRK auf sämtliche materiellen und formellen Voraussetzungen des Freiheitsentzuges erstrecken muß⁷⁰⁾.

Entgegen der älteren Judikatur⁷¹⁾ ist also im Anhalteverfahren nicht nur über das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der „Geisteskrankheit“, sondern ebenso über jenes der „Gefährdung“ zu entscheiden, von der zwar in der EntmO nicht die Rede ist, die aber gem § 49 KAG eine obligate Anhaltévoraussetzung bildet. Daran hat auch der OGH keinen Zweifel gelassen⁷²⁾. Umso befremdlicher ist es, wenn jüngst sogar in einer Rechtsmittelentscheidung wieder behauptet wurde, „es komme bei der Entscheidung nach § 22 EntmO . . . auf die Frage der Selbst- oder Gemeingefährlich-

keit nicht an“⁷³⁾, ohne daß das Gericht die seit Jahrzehnten bestehende und unbestrittene Lehre und Rechtsprechung auch nur zu Kenntnis genommen, geschweige denn widerlegt hätte. Daß das OLG Linz dieser Entscheidung im anschließenden Amtshaftungsverfahren auch noch eine zwar unrichtige, aber immerhin „vertretbare Rechtsansicht“ bescheinigte⁷⁴⁾, wirft ein Licht auf die grundsätzliche Problematik dieser Argumentationsfigur des Amtshaftungsrechts⁷⁵⁾.

B. „Geisteskrankheit“

Eine zentrale materielle Anhaltévoraussetzung ist, daß der Betroffene „geisteskrank“ (§ 49 Abs 1 KAG) ist. Anerkannt ist, daß sich dieser in hohem Maß unbestimmte Rechtsbegriff der Geisteskrankheit mit den vielfältigen psychiatrischen Krankheitsbegriffen nicht decken muß⁷⁶⁾; welche psychischen Krankheitsbilder im einzelnen aber hierunter zu subsumieren sind, ist unklar und wird auch kaum kritisch reflektiert. Entgegen einer strengen Auffassung in der Literatur, die unter die Geisteskrankheiten iSd § 49 KAG nur Psychosen zählt⁷⁷⁾, neigt die Praxis zu einem weiten, insb auch Oligophrenie und neurotische Störungen einbeziehenden Begriffsverständnis⁷⁸⁾. Gegen die – freilich ganz unbestrittene⁷⁹⁾ – Subsumtion der „Geistesschwäche“ (De-

⁷³⁾ So unter Berufung auf die überholte Auffassung von *Weiss* (Anhaltungsverfahren 38) jüngst das LG Salzburg 21. 3. 1985, 33 R 190/85; demgegenüber zutreffend zB LG Klagenfurt 6. 6. 1986, 1 R 254/86; LGZ Wien 30. 5. 1984, 44 R 131/84; 16. 4. 1986, 44 R 72/86 (ständige Rechtsprechung seit 3. 11. 1972, 43 R 803/72 = JBl 1973, 536).

⁷⁴⁾ OLG Linz 20. 2. 1987, 12 R 8/87.

⁷⁵⁾ MWN zur kritischen Lehre *Schrägel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz² (1985) 142 f.

⁷⁶⁾ LGZ Wien 3. 6. 1971, 43 R 305/71.

⁷⁷⁾ *Weiss* 18, allerdings unter Einbeziehung geistiger Behinderung (zB Oligophrenie).

⁷⁸⁾ Vgl zB *Lesch-Jelinek*, Bericht über ein Jahr Anhaltékommision im Psychiatrischen Krankenhaus Baumgartner Höhe, RZ 1983, 282 (283), die unter den eine Anhaltung tragenden Diagnosen ua „Sucht“, „Minderbegabung“ und „Selbstmordversuch“ anführen.

⁷⁹⁾ *Weiss* 18; LGZ Wien 9. 1. 1980, 44 R 4/80; 22. 6. 1967, 43 R 379/67. Die (einzige) Erwähnung der „Geistesschwäche“ in § 19 Abs 2 EntmO kann diese Auffassung nicht begründen. Soweit darin ein Indiz gesehen werden mag, daß die EntmO eine Anhaltung wegen „Geistesschwäche“ vorsieht, wurde der EntmO nämlich durch die spätere Bestimmung des § 49 KAG derogiert.

⁶⁷⁾ Nachweise bei *Welser*, Die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Anhaltung, JBl 1973, 501.

⁶⁸⁾ „Auf Grund der Ergebnisse der Ermittlungen ist mit Beschluß zu entscheiden, ob die weitere Anhaltung in der Anstalt zulässig ist oder ob der Angehaltene als geistesgesund befunden zu entlassen ist.“

⁶⁹⁾ JBl 1973, 501 ff.

⁷⁰⁾ EKMR Appl 6301/73 (Bericht *Winterwerp*) Z 88 ff, EuGRZ 1978, 398 (400); EGMR 5. 11. 1981 (Fall X) Z 58, EuGRZ 1982, 101 (106).

⁷¹⁾ LGZ Wien 22. 8. 1956 RPFISlGA 2314; 5. 6. 1963, 43 R 344/63; wohl auch OGH RZ 1961, 124; ebenso noch *Weiss* 38 mwN.

⁷²⁾ OGH I. 3. 1984, 8 Ob 504/84.

menz, Oligophrenie) unter den Begriff der „Geisteskrankheit“ spricht jedenfalls, daß das KAG erkennbar zwischen „Geisteskranken“, „Geistesschwachen“ und „Suchtkranken“ differenziert (§ 37 Abs 1 KAG), eine zwangsweise Aufnahme aber nur für „Geistesranke“ vorsieht (§ 49 Abs 1). Keinesfalls zulässig ist eine Anhaltung wegen körperlicher Gebrechen⁸⁰), Alkoholismus⁸¹) und wohl auch bei „abnormen Persönlichkeiten“⁸²). Auch die bloße Tatsache, daß ein Patient eine medizinisch notwendige Behandlung ablehnt, kann ohne Hinzutreten weiterer Faktoren nicht als Zeichen einer psychischen Erkrankung gedeutet werden⁸³).

Die Bildung des juristischen Krankheitsbegriffes gehört zu den schwierigsten Rechtsfragen des Anhalterechts; sie kann in dem hier vorgegebenen Rahmen nicht näher behandelt werden. Festzuhalten ist aber jedenfalls, daß die Subsumtion einer psychischen Krankheit unter den rechtlichen Krankheitsbegriff nicht nur eine eigenständige Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes voraussetzt, sondern auch eine kritische juristische Würdigung der psychiatrischen Begriffsbildung und der diagnostischen Methoden (insb der jeweiligen Norm- und Krankheitsbegriffe) erfordert, um der Gefahr einer verfassungsrechtlich bedenklichen Delegation von Normsetzungsbefugnissen an den psychiatrischen Sachverständigen vorzubeugen.

C. Gefährdung

Ebenso unbestimmt wie der Krankheitsbegriff ist der Begriff der Gefährdung. Ganz allgemein kann darunter die Verursachung einer Gefahr verstanden werden. Im Polizeirecht, dem der Gefahrenbegriff des § 49 KAG entstammt, bedeutet „Gefahr“ eine Lage, „in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden“ für das geschützte Rechtsgut (hier: eigene oder fremde Sicherheit) führen würde⁸⁴). Der Schaden braucht demnach nicht mit Gewißheit eintreten (was sich nie vorhersagen läßt), der Schadenseintritt muß aber wahrscheinlich sein. Das kommt auch in § 49 Abs 1 KAG deutlich zum Ausdruck, wonach die Gefährdung „anzunehmen“ sein muß⁸⁵). Die bloße Feststellung, daß „eine Gefährdung nicht auszuschließen ist“, genügt nicht⁸⁶). In der Rechtsprechung wird über-

dies zutreffend betont, daß eine konkrete Gefährdung vorliegen muß⁸⁷). Was das bedrohte Rechtsgut betrifft, so steht fest, daß eine Anhaltung nur bei Gefährdungen der körperlichen Sicherheit zulässig ist⁸⁸); der Umstand, daß „Unsinnshandlungen“ zu befürchten sind⁸⁹) oder daß sich der Patient unruhig, laut und störend verhält⁹⁰), ist jedenfalls unzureichend. Auch Zweckmäßigkeit oder therapeutische Notwendigkeit der Anhaltung ist kein Anhaltegrund⁹¹). Die Rechtsprechung ist in diesem Punkt allerdings nicht einheitlich und läßt – unzutreffenderweise – zB eine Anhaltung bei Verwehrungsgefahr⁹²) oder – in älteren Entscheidungen – auch bei bloßer Behandlungsbedürftigkeit⁹³) wiederholt zu. In jüngeren Entscheidungen besteht hingegen eher die Tendenz, „Selbstgefährdung“ nur dann zu bejahen, wenn (bei Unterbleiben einer Behandlung bzw Anhaltung) eine erhebliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit zu befürchten ist⁹⁴). Zu betonen ist, daß auch eine noch so gravierende Selbstgefährdung nur dann eine Anhaltung rechtfertigen kann, wenn dieser Haltung eine psychische Krankheit zugrunde liegt⁹⁵). Mit der Notwendigkeit einer sofortigen Zwangsbehandlung kann die Anhaltung (selbst bei bestehender Geisteskrankheit) aber nicht pauschal begründet werden⁹⁶), weil für eine zwangsweise Behandlung angehaltener Patienten keine Rechtsgrundlage besteht⁹⁷). Die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen einer (unzulässigen) Anhaltung wegen Behandlungsbedürftigkeit und einer (zulässigen) Anhaltung wegen Gefährdung der eigenen Sicherheit (Selbstmordgefahr!) liegen darin, daß

⁸⁷) ZB LGZ Wien 17. 10. 1973, 43 R 762/73; 16. 10. 1974, 43 R 577/74 (es müssen konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung vorliegen); 23. 8. 1984, 44 R 154/84 (es müssen objektive Kriterien vorliegen, wonach eine konkrete Gefahr besteht).

⁸⁸) Arg: Sicherheit der „Person“ (§ 49 Abs 1 KAG); darunter fällt insb nicht der Schutz von Sachgütern. Die „Sicherheit des Eigentums“ ist von der (körperlichen) „Sicherheit des Menschen“ zu unterscheiden (vgl zB Art II § 4 Abs 2 V-ÜG 1929).

⁸⁹) LGZ Wien 16. 4. 1986, 44 R 72/86 („Unsinnshandlungen“ sind auch bei geistig gesunden Personen möglich. Aus der bloßen abstrakten Möglichkeit solcher Handlungen kann aber nicht auf die Selbst- oder Gemeingefährlichkeit einer Person geschlossen werden).

⁹⁰) LGZ Wien 17. 10. 1973, 43 R 762/73 (der Umstand, daß sich der Patient unruhig, laut und störend verhält, kann nicht als Gefahr gewertet werden).

⁹¹) Zweckmäßigkeit der Unterbringung oder Pflege kein Anhaltegrund: OGH 1. 3. 1984, 8 Ob 504/84; LGZ Wien 11. 7. 1984, 44 R 168/84; notwendige Therapie kein Anhaltegrund: LGZ Wien 23. 4. 1985, 44 R 82/85; Pflegebedürftigkeit kein Anhaltegrund: LGZ Wien 16. 1. 1980, 44 R 7/80; 17. 1. 1979, 44 R 8/79.

⁹²) Vgl zB LGZ Wien 31. 7. 1974, 43 R 452/74; 15. 7. 1976, 44 R 185/76; 9. 11. 1983, 44 R 200/83.

⁹³) Anhaltung zur Sicherung des Heilerfolges bei krankheitsbedingter Uneinsichtigkeit: zB LGZ Wien 23. 4. 1975, 44 R 138/75. Anhaltung, um Verschlechterung des Gesundheitszustandes hintanzuhalten: 16. 9. 1981, 44 R 201/81. Selbstgefährlichkeit besteht im Unterlassen der Medikamenteneinnahme: 6. 10. 1976, 44 R 268/76; ähnlich 1. 12. 1975, 44 R 319/75.

⁹⁴) LGZ Wien 11. 7. 1984, 44 R 168/84; ähnlich LGZ Wien 12. 5. 1982, 44 R 58/82; 16. 1. 1980, 44 R 7/80; OGH 1. 3. 1984, 8 Ob 504/84.

⁹⁵) Vgl LGZ Wien 9. 10. 1987, 44 R 101/87 (es ist festzustellen, ob dieser Haltung [hier: Ablehnung einer Amputation] eine psychische Beeinträchtigung zugrunde liegt, sodaß die Prämisse der Amputationsablehnung auszunehmen wäre, um einen Zirkelschluß zu vermeiden).

⁹⁶) So aber *Welser*, JBl 1973, 505; ihm folgend zB LGZ Wien 12. 5. 1982, 44 R 58/82.

⁹⁷) Lediglich bei willensunfähigen Patienten besteht die Möglichkeit einer Behandlung ohne Zustimmung im Rahmen des § 110 Abs 2 StGB. Auf die Problematik der Zwangsbehandlung kann hier nicht weiter eingegangen werden.

⁸⁰) LGZ Wien 3. 6. 1970, 43 R 188/70 (allgemeine Hilfsbedürftigkeit ist kein Anhaltegrund).

⁸¹) LGZ Wien 18. 11. 1970, 43 R 691/70 (Chronischer Alkoholismus ist für sich keine Geisteskrankheit, kann aber auf Grund einer Geisteskrankheit entstehen. Als Geisteskrankheit sind nur die Alkoholpsychoosen anzusehen).

⁸²) Anders erkennbar LGZ Wien 21. 2. 1979, 44 R 40/79 (schizoide Persönlichkeit als „einer Geisteskrankheit gleichwertige seelische Störung“).

⁸³) LGZ Wien 9. 10. 1987, 44 R 101/87 (Ablehnung einer Amputation durch krankheitseinsichtige Patientin mit altersentsprechender psychischer Leistungsfähigkeit ist für sich noch kein Zeichen psychischer Krankheit. Auch sonstige leichte Verstimmung und Ablehnung der Ärzteschaft kann nicht ohne weiteres als Zeichen psychischer Erkrankung ausgelegt werden, wenn die Patientin ohne psychiatrische Notwendigkeit monatelang gegen ihren Willen in einer Anstalt festgehalten wird).

⁸⁴) Vgl *Drews-Wacke-Vogel-Martens*, Gefahrenabwehr⁸ (1977) II 106.

⁸⁵) LGZ Wien 16. 4. 1986, 44 R 72/86 (es muß eine „konkrete Wahrscheinlichkeit“ der Begehung von selbst- und gemeingefährlichen Handlungen gegeben sein).

⁸⁶) VfSlg 4562 zu § 49 KAG.

– trotz der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer therapeutischen Anhaltung – schon dem Anhaltegrund der „Selbstgefährdung“ fürsorgliche Elemente innewohnen.

D. Verhältnismäßigkeit

Wie alle Grundrechtseingriffe unterliegen sowohl die Einweisung als auch die Fortdauer der Anhaltung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist heute – trotz aller Divergenzen hinsichtlich der dogmatischen Begründung – weitgehend anerkannt⁹⁸). Auch in der Straßburger Rechtsprechung werden Freiheitsentziehungen zumindest der Sache nach zunehmend auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft⁹⁹). Überträgt man die Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁰⁰) auf die Zwangsanhaltung, dann ergeben sich – grob vereinfacht – folgende Anforderungen. Erstens: Die Anhaltung muß zur Erreichung des angestrebten (und zulässigen) Ziels (hier: Gefahrenabwehr) geeignet sein; zweitens: sie muß insofern erforderlich sein, als kein weniger eingreifendes Mittel zur Verfügung steht; drittens: sie muß angemessen sein (Verhältnismäßigkeit *ieS*), dh der verfolgte Zweck darf nicht außer Verhältnis stehen zu dem zu seiner Verwirklichung verhängten Freiheitsentzug. Die Zulässigkeit der Anhaltung setzt demnach auch voraus, daß die Gefährdung nicht anders als durch die stationäre Unterbringung beseitigt werden kann¹⁰¹). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip beherrscht aber auch die Fortdauer der Unterbringung¹⁰²) und muß bei Wegfall der Voraussetzungen zur Aufhebung der Anhaltung führen (sei es durch gerichtliche Unzulässigkeitsklärung oder durch selbständige Entlassung seitens der Krankenanstalt gem § 52 KAG). Die Dauer der Unterbringung muß darüber hinaus in einem angemessenen Verhältnis zur Wahrscheinlichkeit und Schwere der drohenden Gefährdung stehen. Je länger die Anhaltung dauert, desto strengere Anforderungen werden an die Gefährlichkeitsprognose zu stellen sein. Die grundlegenden Ausführungen des BVerfG zu diesem Punkt können im Prinzip auch auf den österreichischen Bereich übertragen werden¹⁰³).

Die Verhältnismäßigkeit ist als materielle Anhaltévoraussetzung unter dem Titel des „Subsidiaritätsgrundsatzes“ auch in der Rechtsprechung anerkannt¹⁰⁴). Allfällige Behandlungs- und Betreuungsalternativen sind daher im Rahmen des Anhalteverfahrens zu prüfen. Freilich hängt die Zulässigkeit der Anhaltung damit oft entscheidend vom real bestehenden Angebot anderweitiger Versorgungsformen für psychisch Kranke ab und damit auch von ökonomischen Gegebenheiten und der Bereitschaft

solcher Institutionen, den Kranken aufzunehmen¹⁰⁵). Dieser im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründete Zusammenhang zwischen der rechtlichen Zulässigkeit der Anhaltung und den faktischen Betreuungsangeboten des Leistungsstaates darf aber nicht dazu verleiten, auch jene Patienten, bei denen eine der sonstigen Anhaltévoraussetzungen fehlt (zB die „Geisteskrankheit“ bei altersbedingten geistigen Abbauerscheinungen¹⁰⁶) oder die Selbstgefährlichkeit bei der bloßen Unfähigkeit, allein den Haushalt zu besorgen¹⁰⁷), zwangsweise anzuhalten. In diesem Fall „hat die Öffentlichkeit durch die Zurverfügungstellung entsprechender Plätze in Pflegeheimen dafür Sorge zu tragen, daß diese betagten Mitbürger entsprechend versorgt werden. Eine Abschiebung derartiger Personen in Psychiatrische Krankenhäuser ist nicht nur unzweckmäßig, sondern auch unzulässig“¹⁰⁸).

E. Der Ort der Anhaltung

Ob die Anhaltung vom Gericht für zulässig zu erklären ist oder nicht, hängt schließlich auch davon ab, an welchem Ort der Patient angehalten wird. Wie bei allen anderen materiellen Voraussetzungen der Anhaltung findet sich die Antwort darauf nicht in der EntmO, sondern in anderen Rechtsvorschriften. Keinesfalls darf aus der Anzeigepflicht für sämtliche „Heil- und Pflegeanstalten, die Geisteskranke aufnehmen“ (§ 16 Abs 3 EntmO) oder aus der bei solchen Aufnahmen obligaten Durchführung des Anhalteverfahrens (§ 17 EntmO) abgeleitet werden, daß diese Anstalten Zwangsanhaltungen durchführen dürfen. Die §§ 16 und 17 EntmO enthalten lediglich eine verfahrensrechtliche Regelung für den Fall, daß Patienten in „Heil- und Pflegeanstalten“ zwangsweise aufgenommen werden; sie enthalten aber keine Aussage über die materiellrechtliche Frage, ob und inwieweit solche Anhaltungen überhaupt zulässig sind¹⁰⁹).

Auch hinsichtlich der Anstalt, in der die Anhaltung durchgeführt wird, bedarf es daher einer besonderen Rechtsgrundlage. Sieht man von Anhaltebefugnissen im EpG oder TubG ab, die sich auf andere Personenkreise beziehen, dann kommen hiefür wieder nur die §§ 49 ff KAG in Betracht¹¹⁰). Diese beschränken aber die Ermächtigung zur zwangsweisen Aufnahme von Geisteskranken ausdrücklich auf „Krankenanstalten für Geisteskrankheiten“, worunter iVm § 2 Abs 1

¹⁰⁵) Zu dieser gerade bei alten Patienten typischen Lage vgl zB LGZ Wien 15. 7. 1976, 44 R 185/76: „Solange für eine entsprechende Betreuung der Angehaltenen nicht gesorgt ist, ist die Anhaltung ... erforderlich“; ebenso 14. 11. 1979, 44 R 291/79.

¹⁰⁶) Vgl LGZ Wien 7. 9. 1983, 44 R 162/83 („Daß eine 94jährige Frau an Schwächezuständen, abnormer Reizbarkeit und wechselnden Orientierungsstörungen leidet, dürfte wohl altersbedingt sein und für sich keine Selbstgefährlichkeit begründen“). Richtigerweise wäre die Frage der altersbedingten Abbauerscheinungen in diesem Fall aber im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der „Geisteskrankheit“ zu erörtern gewesen.

¹⁰⁷) LGZ Wien 7. 9. 1983, 44 R 162/83.

¹⁰⁸) LGZ Wien 7. 9. 1983, 44 R 162/83.

¹⁰⁹) Vgl JMVB 1916, 243 (258): „Die Vorschriften über die Anzeigepflicht greifen der besonderen, im Gesetzes- oder Ordnungswege zu treffenden Regelung der Aufnahmsbefugnisse der Anstalt nicht vor, indem sie nur anordnen, daß, wenn Heil- und Pflegeanstalten neben anderen Kranken auch Geisteskranke aufnehmen, die Anzeigepflicht eintritt ...“

¹¹⁰) Anstaltseinweisungen nach Rechtsgrundlagen des Zivil-, Straf- oder Jugendwohlfahrtsrechts spielen hier ebenfalls keine Rolle, da in diesen Fällen ein Anhalteverfahren nicht durchzuführen ist. Für Pflegeheime nach dem Sozialhilferecht besteht keine Ermächtigung zur zwangsweisen Aufnahme.

⁹⁸) MwN zum Meinungsstand *Griller*, Verfassungswidrige Schrottlentung? ÖZW 1985, 65 (72).

⁹⁹) Die Terminologie ist allerdings uneinheitlich: mwN *Trechsel*, EUGRZ 1986, 543 f.

¹⁰⁰) Umfassend *Ress*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht, in: *Kutscher* ua, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen (1985) 5.

¹⁰¹) So VfSlg 4562 zu § 49 Abs 4 KAG.

¹⁰²) Vgl im Ergebnis auch EGMR 5. 11. 1981 (Fall X) Z 58, EUGRZ 1982, 106.

¹⁰³) BVerfGE 70, 297 = NJW 1986, 767 = EUGRZ 1986, 537 (Ann *Trechsel*) = Recht & Psychiatrie 1986/1, 25, allerdings zum Maßnahmerecht. Dazu *Marschner*, Folgerungen aus dem Beschluß des BVerfG zum Fall *Paul L. Stein*, Recht & Psychiatrie 1986/1, 18.

¹⁰⁴) ZB LGZ Wien 14. 11. 1979, 44 R 291/79. Eine ausdrückliche Verankerung enthält § 2 Abs 2 der RV 4 B1gNR 16. GP.

Z 2 KAG ausschließlich Sonderkrankenanstalten für Geisteskrankheiten, nicht aber auch allgemeine oder sonstige Krankenanstalten zu verstehen sind. Nach dem KAG ist daher eine Anhaltung in Heil- oder Pflegeanstalten, denen nicht der Status einer Sonderkrankenanstalt für Geisteskrankheiten zukommt, unzulässig¹¹¹). Sollte eine Anhaltung dennoch stattfinden, dann ist wegen der umfassenden Zuständigkeit des Anhaltegerichts (§§ 16 ff) zwar ein Anhalteverfahren durchzuführen, die Anhaltung ist mangels Erfüllung der materiellen Anhalt Voraussetzungen aber für unzulässig zu erklären.

VI. Das Ermittlungsverfahren

Im gerichtlichen Anhalteverfahren sind, soweit die EntmO nicht abweichende Bestimmungen enthält, die §§ 1 bis 19 AußStrG anzuwenden (§ 56 Abs 1 EntmO); für die Beweisaufnahme gilt überdies sinngemäß die ZPO (§ 56 Abs 2 EntmO). Unmittelbarer verfassungsrechtlicher Beurteilungs- und Auslegungsmaßstab ist Art 5 Abs 4 EMRK, der vom EGMR zu einem umfangreichen Katalog spezifischer Verfassungsgarantien im Unterbringungsrecht fortentwickelt wurde¹¹²) und der den durch die fragmentarischen Regelungen des Außerstreitrechts geschaffenen Ermessensspielraum des Gerichts in manchen Punkten erheblich einschränkt. Verletzungen der verfassungsrechtlich garantierten Rechte des Angehaltenen können im außerstreitigen Verfahren einen Nichtigkeitsgrund schaffen¹¹³).

Von den vielfältigen Verfahrensproblemen im Anhalteverfahren, die mitunter weit in grundsätzliche Fragen des außerstreitigen Verfahrens hineinreichen, sollen im folgenden nur einige kurz herausgegriffen werden, ohne daß in diesem Rahmen eine erschöpfende Behandlung angestrebt wird.

A. Prozeßfähigkeit

Es liegt auf der Hand, daß sich die allgemeinen Grundsätze der Prozeßfähigkeit im streitigen und außerstreitigen Verfahren nicht ohne weiteres auf das Anhalteverfahren (oder das Sachwalterschaftsverfahren) übertragen lassen. Die Anknüpfung der prozessualen Handlungsfähigkeit an

¹¹¹) Das betrifft psychiatrische Abteilungen von allgemeinen Krankenanstalten (zB im Kaiser-Franz-Josef-Spital) in gleicher Weise wie etwa die geschlossene Station im Pflegeheim Lainz oder in der Landespflegeanstalt Neudörfel (Burgenland). In der Praxis werden mitunter auch solche Anhaltungen für zulässig erklärt (zB LGZ Wien 22. 3. 1978, 44 R 1968/78; nÖ Landesaltersheim Mödling; vgl auch 21. 9. 1983, 44 R 163/83: Anhaltung im Pflegeheim Lainz, aus anderen Gründen für unzulässig erklärt). Anstaltsordnungen, in denen die Einrichtung von geschlossenen Abteilungen außerhalb von Sonderkrankenanstalten vorgesehen ist (zB § 4 der Anstaltsordnung für die Landespflegeanstalt Neudörfel/Leitha), dürfen von der LReg nicht genehmigt werden; anderenfalls liegt eine gesetzwidrige V vor (vgl zur Deutung dieses Genehmigungsaktes als V *Walter - Mayer*, Grundriß des Besonderen Verwaltungsrechts² [1987] 588). Auf das Sonderproblem der Anhaltung in Universitätskliniken soll wegen der geringen praktischen Bedeutung nicht näher eingegangen werden.

¹¹²) Vgl Nachweise bei *Muchlinski*, Mental health patients rights and the european human rights convention, in: The Human Rights Review 1980/5, 90; *Kopetzki*, Einige verfassungsrechtliche Aspekte der Regierungsvorlage zum Rechtsfürsorgegesetz, Kriminalsoziologische Bibliografie 1985/47 - 48, 105.

¹¹³) So zum Recht auf Gehör nach Art 6 Abs 1 EMRK OGH 16. 9. 1981 EvBl 1982/120 = EUGRZ 1982, 113.

die bürgerlich-rechtliche Handlungsfähigkeit¹¹⁴) würde dazu führen, daß ein Geisteskranker in jenem Verfahren, in dem es um die auf Grund dieses Geisteszustandes zu setzenden Maßnahmen geht, in aller Regel nicht prozeßfähig wäre. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen der EMRK entspricht aber nur eine Verfahrensgestaltung, die es dem Betroffenen ermöglicht, als Subjekt am Verfahren über die Unterbringung teilzunehmen¹¹⁵). Davon scheint auch die EntmO auszugehen, die dem Angehaltenen neben seinem Vertreter eine Vielzahl von Parteirechten einräumt (Antrags- und Rekursrechte, Entgegennahme von Zustellungen etc) und die für den Fall, daß Prozeßhandlungen des Angehaltenen wegen seines Geisteszustandes „zwecklos“ oder „schädlich“ sind, spezielle Regelungen trifft¹¹⁶). Daraus muß der Schluß gezogen werden, daß die rechtliche Fähigkeit zu diesen Prozeßhandlungen unabhängig vom Geisteszustand besteht, solange nicht eine der Ausnahmeregelungen eingreift. Trotz einer höchst widersprüchlichen Rechtsprechung¹¹⁷) ist daher anzunehmen, daß der Angehaltene im Anhalteverfahren unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit grundsätzlich verfahrensfähig ist und die in der EntmO ausdrücklich vorgesehenen Parteirechte selbständig ausüben kann¹¹⁸). Dem entspricht der in anderen Verfahrensordnungen als selbstverständlich anerkannte Rechtsgrundsatz, daß auch Geisteskranke für Verfahren, in denen über die wegen ihres Geisteszustandes zu treffenden Maßnahmen entschieden wird, zur Wahrung ihrer Rechte als prozeßfähig gelten¹¹⁹). Diese grundsätzlich bestehende Verfahrensfähigkeit schließt freilich nicht aus, daß der Angehaltene zur wirksamen Wahrung seiner Rechte eines Vertreters bedarf; die EntmO widmet diesem Aspekt auch breiten Raum (unten VII). Die Verfahrenshandlungen des Vertreters treten aber zu jenen des Angehaltenen hinzu und ersetzen diese nicht.

B. Verfahrensdauer

Die Dauer des Verfahrens zwischen dem Einlangen der Aufnahmeanzeige und der Entscheidung über die Zulässigkeit der Anhaltung soll „wenn möglich“ (§ 17 EntmO) 3 Wochen nicht überschreiten. Diese Zeitspanne zwischen Anzeige und Entscheidung darf nicht mit der Zeitspanne zwischen Anzeige und Entscheidungserlassung verwechselt werden. § 17 verlangt nur eine Entscheidung binnen 3 Wochen, nicht aber, daß die Entscheidung innerhalb dieser

¹¹⁴) Vgl *Dolar* 58.

¹¹⁵) Vgl EGMR 24. 10. 1979 (Fall *Winterwerp*) Z 60, EUGRZ 1979, 650 (656): Die Geisteskrankheit kann die Art, in der dieses Recht ausgeübt wird, beschränken oder modifizieren (zB Anhörung durch Vertreter), aber sie kann nicht die völlige Aushöhlung dieses Rechtes rechtfertigen.

¹¹⁶) ZB § 65 Abs 3 zur Zustellung; ähnlich § 21 (persönliches Gehör) und § 23 Abs 5 (Entlassungsantrag).

¹¹⁷) Vgl (überwiegend zum Entmündigungsrecht) die Nachweise bei *Edbacher*, E 14 ff zu § 4 EntmO.

¹¹⁸) Wie hier für eine volle verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit *Feil*, Verfahren außer Streitsachen (1979) 38. Die Ausführungen *Feils* beziehen sich zwar auf das Entmündigungsverfahren; für dieses kann aber in dieser Hinsicht nichts anderes gelten als für das Anhalteverfahren.

¹¹⁹) BGH 24. 4. 1967 JZ 1967, 501; BayObLGZ 1986, 176; BVerfGE 10, 302 (306); ähnlich *Oberdorfer*, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 84. Zum deutschen Unterbringungsverfahren zuletzt wieder *Dodegge*, Das Unterbringungsverfahren, NJW 1987, 1910 (1911) mwN.

Frist erlassen wird¹²⁰). Ebenso unzutreffend wäre es aber, die Frist auf den Zeitraum zwischen Anzeige und Anhaltetagsatzung zu beziehen, da anlässlich dieser Tagsatzung noch nicht über die Anhaltung entschieden werden kann¹²¹). Da in der Praxis aber bereits bis zur Tagsatzung vielfach mehr als 3 Wochen vergehen¹²²), dürfte eine dreiwöchige Verfahrensdauer die Ausnahme sein. Ein Verfahrensfehler kann darin freilich nicht erblickt werden, da § 17 EntmO nur eine Sollvorschrift enthält; dadurch wird verhindert, daß das in der EntmO bereits angelegte Spannungsverhältnis zwischen der Raschheit und der Gründlichkeit des Verfahrens zu Lasten der materiellen Wahrheit gelöst wird¹²³).

Aus verfassungsrechtlicher Sicht bewegt sich eine dreiwöchige Entscheidungsfrist – vorsichtig formuliert – gerade noch an der Grenze des zulässigen Rahmens. Die von Art 5 Abs 4 EMRK geforderte gerichtliche Überprüfung des Freiheitsentzuges muß – sofern dieser Freiheitsentzug nicht bereits durch ein Gericht angeordnet wurde¹²⁴) – „ehestmöglich“ („speedily“) erfolgen. Die Straßburger Organe haben es zwar strikt vermieden, diesen Begriff abstrakt zu definieren, und betont, daß es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles ankomme; nichtsdestoweniger kann der Rechtsprechung der EKMR entnommen werden, daß die Obergrenze der Frist – zumindest bei kürzeren Haftzeiten – jedenfalls unter einem Monat liegen muß¹²⁵).

Das Hauptproblem im Zusammenhang mit der Verfahrensdauer unter dem Aspekt des Art 5 Abs 4 EMRK liegt denn auch weniger in der Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens als darin, daß die gerichtliche Anhalteentscheidung nicht immer wirksam wird. Art 5 Abs 4 EMRK begnügt sich nicht damit, daß das Gericht über die Anhaltung fristgerecht (zB deklarativ) entscheidet, sondern verlangt, daß das Gericht im Fall der Widerrechtlichkeit in effektiver – dh durchsetzbarer – Weise die Entlassung anordnen kann¹²⁶). Der Fristenlauf des Art 5 Abs 4 EMRK ist in jedem Fall erst mit der wirksamen (allenfalls höherinstanzlichen) Entscheidung über die Zulässigkeit der Anhaltung beendet. Schließt sich an das erstinstanzliche Verfahren ein Rekursverfahren an, dann ist auch dieses Verfahren in die Fristberechnung einzubeziehen. Für die gerichtliche Entlassungsanordnung bedeutet dies, daß entweder die zweitinstanzliche Entscheidung innerhalb der Frist des Art 5 Abs 4 EMRK erfolgen muß oder daß das Erstgericht wenigstens die

Möglichkeit hat, seine Entscheidung vor Abschluß des Rekursverfahrens in Vollzug zu setzen. Die in § 24 Abs 2 zwingend vorgesehene aufschiebende Wirkung eines vom Anstaltsleiter erhobenen Rekurses gegen einen Unzulässigkeitsbeschluß ist damit nicht in Einklang zu bringen, da sie das Wirksamwerden der gerichtlichen Kontrolle in Extremfällen für die (mehrmonatige) Dauer des Rekursverfahrens hinauschiebt.

C. Das Beweisverfahren

1. Allgemeines

Der Schwerpunkt der notorischen literarischen Kritik an der Praxis des Anhalteverfahrens betrifft die Beweisaufnahme anlässlich der Anhaltetagsatzung: Die Rede ist von einer „seriellen Abwicklung“, von der „Kürze“ und „Oberflächlichkeit“ der ärztlichen Exploration, der „faktischen Entscheidungsübertragung“ an den Sachverständigen und schließlich von der „Funktionslosigkeit bis Alibifunktion“ der sog „Gerichtskommission“¹²⁷). Die soziologischen Befunde scheinen dies wieder einmal zu bestätigen. Wie immer man im einzelnen zu diesen Vorwürfen stehen mag (auf deren Berechtigung im Detail kommt es hier gar nicht an), so verdient doch festgehalten zu werden, daß die meisten der aufgezeigten Mängel nicht dem Gesetz, sondern seiner Auslegung und Anwendung anzulasten sind.

2. Beweisgegenstand und Beweismittel

Wegen der relativen Formlosigkeit des Außerstreitverfahrens hat das Gericht weitgehend freie Hand, wie es sich die Überzeugung von den rechtserheblichen Tatsachen verschafft. Es hat die materielle Wahrheit zu erforschen (Untersuchungsgrundsatz) und muß vom Amts wegen alle entscheidungsrelevanten Umstände untersuchen¹²⁸). Gegenstand des Beweises sind dabei all jene Tatsachen, die zur Erfüllung der materiellen Anhaltévoraussetzungen vorliegen müssen (Geisteskrankheit, Gefährdung, fehlende Alternativen).

Im Anhalteverfahren sind die Bestimmungen der ZPO über die Beweisaufnahme sinngemäß anzuwenden (§ 56 Abs 2 EntmO); das Gericht ist – ebenso wie im Zivilprozeß – nicht auf die klassischen Beweismittel beschränkt¹²⁹), es kann – und muß – alle Beweise aufnehmen, die zur Feststellung der Anhaltévoraussetzungen notwendig sind. § 20 nennt in einer beispielhaften Aufzählung die „Vernehmung von Zeugen und Auskunftspersonen“, die „Herbeischaffung von Akten, Urkunden und Augenscheinssachen“, die „Einholung der Äußerung von Behörden“ und „andere geeignete Nachforschungen“. Überdies sind dem Richter auf Verlangen die „Krankengeschichte und andere ähnliche Feststellungen, die über den Angehaltenen oder mit ihm verwandte Personen“ in der Anstalt angelegt wurden, zur Einsicht vorzulegen oder Abschriften zur Verfügung zu stellen (§ 20 Abs 2). Die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises ist zwingend vorgeschrieben (§ 18).

¹²⁷) Statt aller *Schwentner*, Zur Praxis der Gerichtskommissionen in der Psychiatrie. Eindrücke eines „Anhalterichters“, ÖZS 1977/3–4, 145 (146). Es kann als besondere Pikanterie gelten, daß die schematische Natur des Verfahrens bereits in der Rechtsordnung ihren Niederschlag gefunden hat, indem § 43 Abs 1 Z 1 lit f GebAG 1975 von „Reihenuntersuchungen im Anhalteverfahren“ spricht.

¹²⁸) Vgl § 2 Abs 2 Z 5 und 6 AußStrG; *Dolinar* 75; OGH EvBl 1982/120 = EUGRZ 1982, 113.

¹²⁹) *Dolinar* 122.

¹²⁰) Als Zeitpunkt der Erlassung des Anhaltebeschlusses ist grundsätzlich die Zustellung anzusehen (*Dolinar* 140). Als Endpunkt der dreiwöchigen Frist ist aber nicht die außenwirksame Erlassung, sondern die interne Fällung des Beschlusses anzusehen (sobald der Entwurf zur Ausfertigung gegeben wird; *Dolinar* 140).

¹²¹) Dies deshalb, weil bei der Tagsatzung dem Sachverständigen erst eine Frist zur schriftlichen Erstellung des Gutachtens eingeräumt wird. Das Einlangen des Gutachtens bei Gericht ist der frühestmögliche Zeitpunkt, der für eine Entscheidung überhaupt in Frage kommt.

¹²²) Nach *Forster* (Forschungsbericht 59) fand die Tagsatzung nur in 61% der Fälle innerhalb von 3 Wochen statt.

¹²³) Zu diesem Konflikt schon JMVB 1917/19 (*Edbacher* 799): „Eine mäßige Überschreitung der Frist ist einer vorschnellen Entscheidung über die Zulässigkeit der Anhaltung vorzuziehen.“

¹²⁴) Diesfalls ist das Überprüfungsrecht nach Art 5 Abs 4 durch die ursprüngliche Gerichtsentscheidung absorbiert: *Frowein–Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention (1985) 97 mwN.

¹²⁵) Vgl EKMR Appl 5100–5102/71, 5354/72, 5370/72 (Bericht *Engel* ua) Z 103 f (European Court of Human Rights, Series B, Bd 20, 67 ff): Ein Monat ist zu lang. Im Fall *Christinet* (EKMR Appl 7648/76 Z 42, DR 17, 35 [57]) wurden 16 Tage als ausreichend beurteilt.

¹²⁶) Vgl EGMR 24. 6. 1982 (Fall *Droogebroek*) Z 50, EUGRZ 1984, 6 (10); 5. 11. 1981 (Fall X) Z 61, EUGRZ 1982, 106.

Schon diese Betonung der verschiedensten Beweismittel im Gesetz zeigt, daß die Beweisaufnahme keineswegs auf das Sachverständigengutachten und die Anhörung des Angehaltenen beschränkt werden muß. Ob über das Gutachten hinaus weitere Beweise zu erheben sind, hängt davon ab, ob die fraglichen Tatsachen für die Feststellung der Krankheit oder der Gefährdung erheblich sind. Da sich die Beurteilung der Gefährlichkeit des Betroffenen überaus häufig auf Tatsachen stützt, die sich im Vorfeld der Einweisung ereignet haben sollen (Beispiel: Umstände bei der polizeilichen Einweisung; Aggressionen gegen Familienangehörige oder sonstige Personen), sind diese Umstände durch entsprechende Beweisaufnahmen zu erheben¹³⁰). Das Verfahren ist mangelhaft, wenn der Richter beweiskräftiges Beweismaterial übergeht und sich mit Beweismitteln minderen Beweiswerts begnügt¹³¹). So manches „paranoide Wahngelbilde“ eines Angehaltenen könnte sich nach entsprechender Abklärung als realitätsentsprechende Tatsachenschilderung erweisen¹³²).

Die aufgenommenen Beweise sind vom Richter (und nicht vom Sachverständigen) in freier Beweiswürdigung zu werten¹³³). Eine vorgreifende Beweiswürdigung, die dem (noch) nicht aufgenommenen Beweis von vornherein die Ergiebigkeit abspricht, ist unzulässig¹³⁴).

3. Insbesondere: Das Sachverständigengutachten

Der Entscheidung hat eine Untersuchung des Kranken durch einen oder zwei Sachverständigen unter der Leitung des Richters voranzugehen (§ 18 Abs 1)¹³⁵). Die Befundaufnahme muß daher unmittelbar vor dem Richter stattfinden.

Die EntmO scheint davon auszugehen, daß im Regelfall zwei Sachverständige zu bestellen sind (§ 19 Abs 2 e contr). Nur wenn nach dem „der Aufnahme zugrunde liegenden ärztlichen Zeugnis oder dem summarischen Bericht der Anstaltsleitung über die ärztliche Untersuchung in der Anstalt oder nach den sonst vorliegenden verlässlichen Mitteilungen offenbare Geisteskrankheit oder Geisteschwäche vorliegt, genügt die Beiziehung eines Sachverständigen“ (§ 19 Abs 2). Da nach der Judikatur unter dem „summarischen Bericht“ auch die Aufnahmeanzeige der Anstalt zu verstehen ist¹³⁶), wird die Bestellung nur eines Sachverständigen freilich vielfach zur Regel. Ein zweiter

Sachverständiger ist zwingend beizuziehen, wenn sich der Fall bei der Untersuchung als zweifelhaft darstellt oder wenn es der Angehaltene oder dessen Vertreter verlangt (§ 19 Abs 3). Ein zweifelhafter Fall kann etwa vorliegen bei widerstreitenden Expertenansichten¹³⁷), bei Widersprüchen zwischen dem Anhaltegutachten und Gutachten aus anderen Verfahren¹³⁸), oder auch bei extrem kurzen und oberflächlichen Erstgutachten¹³⁹). Selbst bei unzweifelhaften Fällen hat aber der Angehaltene – wenn er es verlangt – einen unbedingten Anspruch auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen¹⁴⁰). Das Verfahren ist mangelhaft, wenn das Gericht bereits unmittelbar nach mündlicher Erstattung des Erstgutachtens (in der Tagsatzung) den Anhaltebeschluß faßt und damit dem Angehaltenen (der zu diesem Zeitpunkt vom Gutachten noch nicht Kenntnis hat) die Möglichkeit nimmt, von seinem Antragsrecht nach § 19 Abs 3 Gebrauch zu machen¹⁴¹).

Über die Auswahl des Sachverständigen bestimmt § 18 Abs 3, daß Ärzte zu bestellen sind, „die über psychiatrische Bildung und Erfahrung verfügen“. Die vom Gesetz angestrebte „Sachverständigkeit“ auf dem Gebiet der Psychiatrie kann heute nur durch die Bestellung eines Facharztes für Psychiatrie und Neurologie sichergestellt werden¹⁴²). Die Bestellung von Fachärzten eines anderen Sonderfaches wäre überdies wegen Verstoßes gegen § 13 Abs 2 ÄrzteG unzulässig¹⁴³).

Grundsätzlich problematisch ist die Bestellung von Anstaltsärzten als Sachverständige. Bedenklich ist hiebei selbstverständlich nicht, daß ein mit dem konkreten Fall vertrauter Arzt dem Verfahren (zB als Auskunftsperson iSd § 20) beigezogen wird; in einem Verfahren, das der Kontrolle der Anstaltsaufnahme dient, vermag aber die Bestellung eines eben dieser Anstalt angehörenden Arztes als (womöglich einziger) Gutachter die Unabhängigkeit der Begutachtung zu beeinträchtigen. Aus diesem Grund verlangt auch Art 5 Abs 4 EMRK ein anstaltsexternes Gutachten¹⁴⁴). Entgegen einer mitunter abweichenden Praxis ist dies schon nach der geltenden Rechtslage geboten: Gem § 19 Abs 1 darf der einzige Sachverständige in keinem Fall der Krankenanstalt angehören, in der sich der Angehaltene befindet¹⁴⁵); bei Anhaltungen in öffentlichen – nicht auch in privaten –

¹³⁷) LGZ Wien 9. 4. 1969, 43 R 205/69.

¹³⁸) LGZ Wien 19. 12. 1979, 44 R 313/79 (Widerspruch zwischen Anhalte- und Entmündigungsgutachten).

¹³⁹) LGZ Wien 11. 6. 1969, 43 R 364/69 (13zeiliger Befund und 3zeiliges Gutachten).

¹⁴⁰) OGH EvBl 1962/255; LGZ Wien 9. 4. 1969, 43 R 201/69. Dieses Verlangen kann auch im Rekursverfahren gestellt werden: LGZ Wien 5. 7. 1978, 44 R 180/78; 27. 1. 1982, 44 R 4/82).

¹⁴¹) LGZ Wien 9. 4. 1969, 43 R 201/69; 22. 1. 1969, 43 R 834/68; 29. 4. 1981, 44 R 87/81.

¹⁴²) ZZ des Inkrafttretens der EntmO waren „Psychiatrie und Neurologie“ zwar bereits ein selbständiges Lehr- und Prüfungsfach (§ 10 RIG O RGBI 1903/102); ein dem geltenden Arztrecht entsprechendes Sonderfach existierte jedoch noch nicht.

¹⁴³) Demnach haben Fachärzte ihre ärztliche Tätigkeit – dazu gehört auch die Erstellung von Gutachten (§ 1 Abs 3 ÄrzteG) – auf das Sonderfach zu beschränken (vgl *Aigner – List*, Ärztegesetz 1984 [1985] Anm 4 zu § 13). Die in § 19 Abs 1 EntmO „in der Regel“ vorgesehene Bestellung eines Amts- oder Gerichtsarztes wird dadurch eingeschränkt.

¹⁴⁴) MWN *Trechsel*, EUGRZ 1986, 543.

¹⁴⁵) *Arg e contrario* § 19 Abs 1 2. Halbsatz EntmO: „als zweiter Sachverständiger kann auch ein Arzt der öffentlichen Irrenanstalt zugezogen werden“. Trotz der eindeutigen Gesetzeslage anders LG Klagenfurt 6. 6. 1986, 1 R 254/86.

¹³⁰) Das Unterbleiben solcher Beweisaufnahmen wurde vom Rekursgericht wiederholt gerügt: zB LGZ Wien 14. 3. 1968, 43 R 186/68; 25. 9. 1968, 43 R 653/68; 22. 1. 1969, 43 R 834/68; 14. 3. 1968, 43 R 5/68; 30. 12. 1969, 43 R 791/69; 11. 6. 1969, 43 R 364/69; 19. 11. 1969, 43 R 707/69; 1. 4. 1970, 43 R 194/70; 24. 4. 1973, 43 R 334/73; 6. 12. 1978, 44 R 320/78; 6. 3. 1985, 44 R 299/84. Vereinzelt blieb die (dem § 20 EntmO zuwiderlaufende) Behauptung, die Vernehmung von Zeugen sei im Anhalteverfahren „regelmäßig nicht vorgesehen“ (LGZ Wien 10. 7. 1981, 44 R 151/81).

¹³¹) *Dolinar* 80.

¹³²) Vgl die treffende Formulierung in LGZ Wien 22. 6. 1967, 43 R 379/67: Die Sachverhaltsbehauptung eines Wahngelbildes auf Grund wiederholter Anzeigen des Patienten gegen Mieter wegen angeblicher Lärmbelästigung setzt Tatsachenklärung voraus, ob tatsächlich Lärm vorlag. Liegt aber irgendeine objektive Lärmbelästigung vor, so kann nicht gesagt werden, daß die Anzeigen Ausfluß eines Wahngelbildes sind.

¹³³) *Dolinar* 111.

¹³⁴) *Fasching*, Zivilprozessrecht Rz 820.

¹³⁵) Von der Untersuchung ist gem § 18 Abs 2 die „politische Landesbehörde“ (das ist der Landeshauptmann) zu verständigen.

¹³⁶) LGZ Wien 27. 1. 1982, 44 R 4/82.

Anstalten kann lediglich als zweiter Sachverständiger auch ein Anstaltsarzt zugezogen werden. Nach der Rechtsprechung der EKMR muß der Betroffene überdies das Recht haben, einen medizinischen Sachverständigen seiner Wahl beizuziehen¹⁴⁶⁾.

Die Aufgabe des Sachverständigen besteht darin, das entscheidungserhebliche medizinische Tatsachenmaterial aufzubereiten und daraus die entsprechenden wissenschaftlichen Schlußfolgerungen zu ziehen. Er ist zugleich Gehilfe des Gerichts und Beweismittel im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung¹⁴⁷⁾ und hat sich auf Tatsachenfeststellungen und Erfahrungssätze zu beschränken; die rechtliche Beurteilung – also zB die Subsumtion bestimmter Tatsachelemente unter die Rechtsbegriffe der „Geisteskrankheit“ oder „Gefährdung“ – ist ausschließlich Sache des Gerichts¹⁴⁸⁾. In der Realität nimmt der Sachverständige allerdings meistens auch die rechtliche Beurteilung vor, indem er dem Patienten beispielsweise eine „Selbstgefährdung“ attestiert. Dies ist unzulässig.

Der Sachverständige hat Befund und Gutachten zu begründen, damit das Gericht die Ergebnisse und Schlußfolgerungen des Gutachtens überprüfen kann¹⁴⁹⁾. In der Mißachtung dieses Grundsatzes durch den Sachverständigen – verbunden mit der vollen Übernahme des Gutachtens in die Begründung des Beschlusses – liegt die Wurzel für die Mehrzahl aller im Rechtsmittelverfahren aufgegriffenen Verfahrensmängel¹⁵⁰⁾. Insb was das Element der Gefährdung angeht, fehlt es in den Gutachten beinahe regelmäßig an einer nachvollziehbaren Begründung¹⁵¹⁾. Die grundsätzliche Anerkennung der Gefährdung als selbständige materielle Anhaltvoraussetzung wird auf diese Weise de facto weitgehend zunichte gemacht. Durch die an manchen Anhaltegerichten verwendeten Beschlußformulare, in denen eine Begründung der Gefährdung entweder überhaupt nicht vorgesehen oder durch eine vorgedruckte stereotype Begründungsfloskel ersetzt ist, wird diese Praxis erheblich begünstigt. Die Unterbelichtung des Gefährdungsaspekts in den Gutachten ist aber nicht zuletzt auch Ausdruck des ärztlichen Selbstverständnisses vieler Sachverständiger, die in der Zwangsanhaltung weniger ein Mittel der Gefahrenabwehr sehen, als ein Instrument zur Erzwingung der Heilung des Betroffenen; das ist im Hinblick auf den ärztlichen Heilauftrag durchaus verständlich, entspricht aber nicht der polizeirechtlichen Konzeption des geltenden Anhalterechts. In der zweitinstanzlichen Judikatur wurde demgegenüber wiederholt betont, daß der Sachverständige all jene Sachverhaltselemente, die für das Vorliegen der Krankheit sowie der Selbst- oder Fremdgefährdung maßgeblich sind, in überprüfbarer Weise zeigen muß und ausführlich zu begründen hat, wie er zu seinen Schlußfolgerungen gelangt¹⁵²⁾. Bei

Befolgung dieses Grundsatzes dürfte es vielfach „kaum möglich sein, Gutachten in der bisher erstatteten Kürze zu erstellen“¹⁵³⁾. Die beliebte Schlußfolgerung, der Angehaltene sei geisteskrank und daher selbst- oder fremdgefährlich, kann eine hinreichende Begründung nicht ersetzen¹⁵⁴⁾. Offenbar bilden „Begriffe wie Gefährlichkeit, Unberechenbarkeit und Geisteskrankheit nicht nur im Vorurteil des Laienpublikums eine synonyme Kette“¹⁵⁵⁾.

Zu betonen ist, daß der Sachverständige eine Krankheits- und Gefährlichkeitsprognose zu erstellen hat; es kommt auf eine Verlaufsprognose an, und nicht auf eine „Momentaufnahme“ zum Untersuchungszeitpunkt¹⁵⁶⁾. Mit der Feststellung der Krankheit und der Gefährlichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt kann die Zulässigkeit der Anhaltung für einen längeren Zeitraum nicht begründet werden, da die Rechtmäßigkeit der Anhaltung den Fortbestand sämtlicher Anhaltgründe voraussetzt.

D. Rechtliches Gehör

Trotz mancher Modifikationen herrscht auch im Außerstreitverfahren der Grundsatz des rechtlichen Gehörs; seine Verletzung macht das Verfahren nichtig¹⁵⁷⁾. Hinsichtlich des Anhalteverfahrens ist das Recht auf Gehör in Art 5 Abs 4 EMRK auch verfassungsrechtlich verankert¹⁵⁸⁾. Die einfachgesetzliche Grundlage findet sich in § 21 EntmO, wonach der Richter den Angehaltenen „persönlich zu vernehmen“ hat¹⁵⁹⁾; das impliziert auch eine mündliche Anhörung. Der letzte Halbsatz des § 21, der dem Richter das Ermessen einzuräumen scheint, bei „entgegenstehenden Bedenken“ auf eine persönliche Anhörung ganz zu verzichten, ist im Hinblick auf die EMRK (verfassungskonform) einschränkend auszulegen: Eine Anhörung darf nur entfallen, wenn jegliche Verständigung mit dem Angehaltenen unmöglich ist; diese Feststellung muß in jedem Fall der Richter auf Grund seines persönlichen Eindrucks treffen. Die Möglichkeit, sich gegenüber dem Richter persönlich zu äußern (und diese Äußerung auch protokollieren zu lassen), gehört zu den Grundelementen eines rechtsstaatlichen Verfahrens und kann durch das Gespräch mit dem Sachverständigen nicht ersetzt werden. Problematisch erscheint unter diesem Gesichtspunkt auch die Vernehmung von (unvertretenen) Patienten, die auf Grund psychopharmakologischer Einflüsse intellektuell erheblich beeinträchtigt sind¹⁶⁰⁾.

Die Unterlassung der Beiziehung allfälliger Vertreter verletzt den Angehaltenen ebenfalls in seinem Recht auf Gehör; diese sind daher zur Untersuchung und Vernehmung des Angehaltenen zu laden¹⁶¹⁾.

¹⁴⁶⁾ In diese Richtung wohl EKMR Appl 6301/73 (Bericht *Winterwerp*) Z 98, EUGRZ 1978, 401.

¹⁴⁷⁾ *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 996.

¹⁴⁸⁾ *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 1004; *Dolinar* 126.

¹⁴⁹⁾ Vgl § 362 Abs 1 ZPO, der im Anhalteverfahren gem § 56 Abs 2 EntmO anzuwenden ist; *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 1005 ff.

¹⁵⁰⁾ Vgl statt aller LGZ Wien 16. 4. 1986, 44 R 72/86; 23. 8. 1984, 44 R 154/84; 21. 9. 1983, 44 R 163/83; 14. 3. 1975, 43 R 142/75; 16. 10. 1974, 43 R 577/74; 21. 11. 1973, 43 R 806/73 etc.

¹⁵¹⁾ Vgl *Forster*, Forschungsbericht 109 ff.

¹⁵²⁾ LGZ Wien 16. 10. 1974, 43 R 577/74; 21. 11. 1973, 43 R 806/73. Fakten, die dem Sachverständigen erst durch Auskünfte Dritter vermittelt werden (zB Auskünfte von Bekannten des Angehaltenen über dessen Gefährlichkeit), dürfen erst verwertet werden, wenn sich das Gericht beweismäßig von ihnen überzeugt hat (*Dolinar* 125).

¹⁵³⁾ LGZ Wien 14. 3. 1975, 43 R 142/75.

¹⁵⁴⁾ Vgl LGZ Wien 22. 12. 1982, 44 R 172/82; 12. 8. 1982, 44 R 97/82; 4. 5. 1983, 44 R 54/83.

¹⁵⁵⁾ *Kargl*, Die Jurisprudenz der Geisteskrankheit, Leviathan 1977, 301 (323).

¹⁵⁶⁾ Zutreffend LGZ Wien 12. 4. 1978; 44 R 125/78; anders noch 9. 4. 1969, 43 R 206/69.

¹⁵⁷⁾ *Dolinar* 81; OGH EvBl 1982/120 = EUGRZ 1982, 113.

¹⁵⁸⁾ ZB EGMR 24. 10. 1979 (Fall *Winterwerp*) Z 58 ff, EUGRZ 1979, 656; dazu *Trechsel*, EUGRZ 1986, 544.

¹⁵⁹⁾ „Der Richter hat den Angehaltenen persönlich zu vernehmen; entgegenstehende Bedenken sind ihm bekanntzugeben.“

¹⁶⁰⁾ Kritisch schon *Schwentner*, ÖZS 1977, 147; zum deutschen Recht *Dodegge*, NJW 1987, 1912 mwN.

¹⁶¹⁾ LGZ Wien 12. 9. 1984, 44 R 218/84 (einstweiliger Sachwalter); 1. 4. 1970, 43 R 193/70 (vorläufiger Beistand).

Das Recht auf Gehör umfaßt das Recht, zum gesamten Sachverhalt und zu den Beweisergebnissen Stellung zu nehmen¹⁶²); es bezieht sich insb auch auf das Sachverständigen Gutachten¹⁶³). Auch Art 5 Abs 4 EMRK garantiert dem Betroffenen die Möglichkeit, das medizinische Beweismaterial anzugreifen¹⁶⁴). Die bereits erwähnte Praxis mancher Gerichte, den Anhaltebeschluß schon bei der Anhaltetagsatzung zu fassen, also zu einem Zeitpunkt, zu dem das schriftliche Gutachten noch gar nicht vorliegt¹⁶⁵), hat demnach nicht nur den Schönheitsfehler, daß das Datum des Beschlusses vor dem Einlangen des Gutachtens liegt¹⁶⁶); sie verletzt darüber hinaus - sofern der Sachverständige nicht schon in der Tagsatzung sein Gutachten mündlich ausreichend begründet - den Angehaltenen im Recht auf Gehör, da er vom Gutachten erst mit der Zustellung des Beschlusses Kenntnis erlangt.

VII. Die Vertretung im Anhalteverfahren

Sobald der Angehaltene wegen seines Geisteszustandes nicht voll in der Lage ist, eigenständig zu handeln, wird die Beiziehung eines Vertreters zur Sicherung der Interessen des Patienten zu einem Aspekt des rechtlichen Gehörs iSd Art 5 Abs 4 EMRK¹⁶⁷).

Der Betroffene kann sich im Anhalteverfahren durch gewillkürte Vertreter vertreten lassen¹⁶⁸). Darüber hinaus soll gem § 8 Abs 1 EntmO nach der Aufnahme in die Anstalt ein vorläufiger Beistand bestellt werden, „wenn es zum Schutze einer eigenberechtigten Person dringend notwendig ist“. Dieses Schutzbedürfnis ist bei zwangsweisen Aufnahmen grundsätzlich anzunehmen¹⁶⁹).

Die Bestellung eines Beistandes ist nur für „Eigenberechtigte“ zulässig; für den Schutz nicht Eigenberechtigter hat der gesetzliche Vertreter Sorge zu tragen¹⁷⁰). Bei Personen unter Sachwalterschaft muß der Hinweis auf die „Eigenberechtigung“ aber im Hinblick auf die abgestuften Wirkungskreise des Sachwalters differenziert verstanden werden; der Angehaltene, dem nach § 273 ABGB ein Sachwalter mit begrenztem Wirkungsbereich bestellt wurde, muß als „eigenberechtigt“ iSd § 8 Abs 1 angesehen werden, sofern

¹⁶²) OGH EvBl 1982/120 - EUGRZ 1982, 113 (allerdings mit der Einschränkung auf „nachteilige Beweisergebnisse, zu denen nicht einmal mehr in einem Rekurs Stellung genommen werden kann“).

¹⁶³) Vgl (wenn auch im Zusammenhang mit dem Antragsrecht nach § 19 Abs 3 EntmO) LGZ Wien 9. 4. 1969, 43 R 201/69; 22. I. 1969, 43 R 834/68.

¹⁶⁴) EKMR Appl 6301/73 (Bericht Winterwerp) Z 102, EUGRZ 1978, 401.

¹⁶⁵) IdR wird der Beschluß mit dem Datum der Tagsatzung datiert; gleichzeitig wird dem Sachverständigen eine Frist zur Erstellung des Gutachtens erteilt.

¹⁶⁶) In LGZ Wien 7. 5. 1975, 44 R 152/75 hielt das Gericht diese Praxis offenbar gar nicht für möglich, da es aus der zeitlichen Divergenz zwischen dem Datum des Beschlusses und dem (späteren) Datum des Eingangsstempels des Gutachtens den Schluß zog, daß die Datierung des Beschlusses unrichtig sei: „Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung, der sich auf dieses Gutachten . . . stützt, kann daher nicht vor diesem Zeitpunkt gefaßt worden sein.“

¹⁶⁷) EGMR 24. 10. 1979 (Fall Winterwerp) Z 60, EUGRZ 1979, 656; Trechsel, EUGRZ 1986, 544.

¹⁶⁸) Vgl § 5 AußStrG; der Vertreter muß kein Anwalt sein: Dolinar 69. Auch aus § 56 Abs 1 EntmO läßt sich kein relativer Anwaltszwang ableiten.

¹⁶⁹) Weiss 29; Knell, Kuratoren 25.

¹⁷⁰) Knell, Kuratoren 25.

der durch § 8 intendierte Schutz bei Zwangsanhaltungen nicht in den Aufgabenbereich des Sachwalters fällt¹⁷¹). Das PflEGschaftsgericht hat aber gem § 8 Abs 6 in jedem Fall die Möglichkeit, den Wirkungskreis des Sachwalters um diese Angelegenheit zu erweitern.

Für Personen, die auf eigenes Verlangen aufgenommen wurden, ist ein vorläufiger Beistand nicht zu bestellen. § 8 Abs 1 spricht zwar schlechthin von der „Aufnahme“ in eine Anstalt, worunter sprachlich auch die freiwillige Aufnahme verstanden werden könnte. Aus § 8 Abs 2, wonach zur Bestellung des Beistandes jenes Gericht zuständig ist, das „über die Anhaltung . . . zu entscheiden hat“, wird aber deutlich, daß eine Beistandsbestellung nur bei Zwangsanhaltungen in Frage kommt, da bei freiwilligen Aufnahmen eine solche Entscheidung gar nicht stattfindet¹⁷²).

Durch die Bestellung eines Beistandes erlangt der Betroffene gem § 9 Abs 1 iVm § 4 die Stellung eines mündigen Minderjährigen¹⁷³), sofern nicht das Gericht bei der Bestellung (oder später) den Wirkungskreis des Beistands „mit Rücksicht auf Grund und Zweck der Bestellung sowie auf das Interesse der Pflegebefohlenen“ beschränkt oder begrenzt. Die im Rahmen des „Modellprojektes Patiensachwalterschaft“ als vorläufige Beistände bestellten Personen werden vom Gericht regelmäßig nur mit der Vertretung im gerichtlichen Verfahren und der Wahrnehmung der Belange, die sich auf den Aufenthalt in der Anstalt beziehen, betraut¹⁷⁴). Außerhalb dieses Wirkungskreises ist der Betroffene in seiner Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt (§ 9 Abs 2).

Der Aufgabenbereich des vorläufigen Beistandes ist im Zusammenhang mit dem vorläufigen Charakter dieser Institution zu sehen, die sich von jener des Sachwalters nach § 273 ABGB wesentlich unterscheidet. „Er hat sich daher eingreifender Änderungen tunlichst zu enthalten und möglichst für die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes im Interesse des Pflegebefohlenen zu sorgen“¹⁷⁵).

Die Bestellung des Beistandes wird mit Zustellung des Bestellungsbeschlusses an ihn wirksam¹⁷⁶). Vor der Bestellung ist der Schutzbedürftige, wenn dies ohne Beeinträchtigung des Zweckes geschehen kann, einzuvernehmen (§ 8 Abs 3). Das Bestellungsverfahren unterliegt im Hinblick auf seine zivilrechtlichen Rechtsfolgen dem Art 6 Abs 1 EMRK und den dort enthaltenen Verfahrensgarantien¹⁷⁷). Die (übliche) Bestellung in einem formlosen Verfahren ohne Anhörung des Betroffenen wäre verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, wenn die Bestellung nicht zu einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit führen würde¹⁷⁸).

Die Rechtsstellung des vorläufigen Beistandes endet durch Enthebung bei Wegfall der Schutzbedürftigkeit (§ 10 EntmO). Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, ist im Hinblick auf den begrenzten Schutzzweck anzu-

¹⁷¹) Arg Art X Z 5 BGBl 1983/136; vgl dazu allgemein Zierl, Das Sachwalterrecht und seine Bedeutung für das Verwaltungsrecht, JBl 1985, 65 (70).

¹⁷²) Vgl auch § 11 Abs 1 („der in der Irrenanstalt Angehaltene“).

¹⁷³) Weiss 32.

¹⁷⁴) In Vorwegnahme des in § 10 Abs 2 RV 4 BlgNR 16. GP für den Patiensachwalter vorgesehenen Wirkungskreises.

¹⁷⁵) Knell, Kuratoren 27.

¹⁷⁶) Weiss 31; Knell, Kuratoren 27; SZ 34/26; OGH JBl 1987, 718.

¹⁷⁷) Vgl EGMR 24. 10. 1979 (Fall Winterwerp) Z 73 ff, EUGRZ 1979, 658.

¹⁷⁸) Das ist - anders als nach § 9 EntmO - in § 10 RV 4 BlgNR 16. GP vorgesehen.

nehmen, daß das Amt des Beistandes auch ohne Enthebungsbeschuß erlischt, wenn die Anhaltung für unzulässig erklärt wird¹⁷⁹⁾ oder der Betroffene entlassen wird¹⁸⁰⁾.

VIII. Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung

Mit dem gerichtlichen Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung wird darüber entschieden, **ob die weitere Anhaltung zulässig ist oder ob der Angehaltene zu entlassen ist** (§ 22). Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung erlischt (unabhängig von der festgesetzten Frist) spätestens mit Ablauf eines Jahres (§ 23 Abs 1); es kann aber auch eine kürzere Anhaltefrist festgesetzt werden (§ 23 Abs 2). Die Dauer der Anhaltung ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (oben V D) so zu bemessen, wie es zur Abwehr der drohenden Selbst- oder Fremdgefährdung¹⁸¹⁾ unbedingt erforderlich ist. Unzulässig wäre eine Fristsetzung über diesen unbedingt notwendigen Rahmen hinaus, in der Erwartung, daß die Anstalt gegebenenfalls von ihrem selbständigen Entlassungsrecht nach § 52 KAG Gebrauch machen werde. Sofern der Beschluß keine datumsmäßige Terminisierung vornimmt, wird eine als Zeitspanne ausgedrückte Anhaltefrist in der Praxis vom Datum der Entscheidung an berechnet¹⁸²⁾. Dagegen spricht aber, daß der Beschluß erst mit der Zustellung wirksam wird und daher auch der Fristenlauf erst mit diesem Zeitpunkt beginnt. Diese Rechtslage führt im konkreten Fall freilich zu dem problematischen Ergebnis, daß mit der Anknüpfung am Zustellungszeitpunkt ein unsachliches Kriterium der Anhaltedauer – nämlich der Zeitraum zwischen Beschlußfassung und Zustellung – ins Spiel kommt.

Der Beschluß über die Zulässigkeit der Anhaltung ist zu begründen¹⁸³⁾; er erlangt grundsätzlich erst mit der Zustellung an den Angehaltenen (bzw den Zustellkurator) Außenwirksamkeit¹⁸⁴⁾. Eine außenwirksame mündliche Verkündung bei der Anhaltetagsatzung ist schon deshalb nicht möglich, weil es eine solche im Außerstreitverfahren überhaupt nicht gibt¹⁸⁵⁾. Aus diesem Grund kann auch ein Rekurs zum Zeitpunkt der Tagsatzung nicht erhoben werden¹⁸⁶⁾.

Die Rechtswirkung des (zugestellten) Beschlusses besteht darin, daß die Anhaltung entweder unzulässig oder zulässig ist. Der auf Zulässigkeit der Anhaltung lautende Beschluß ist

eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Zulässigkeit der Anhaltung; er enthält keine Anordnung der Anhaltung und steht einer vorzeitigen Entlassung des Angehaltenen durch die Anstalt gem § 52 KAG nicht entgegen¹⁸⁷⁾. Mit der Entlassung verliert der Anhaltebeschluß jegliche Wirkung und kann eine neuerliche Anhaltung auch innerhalb der Anhaltefrist nicht decken¹⁸⁸⁾.

Der Angehaltene¹⁸⁹⁾ kann bereits vor Ablauf der Anhaltefrist einen Entlassungsantrag stellen und eine neuerliche Untersuchung und Entscheidung verlangen (§ 23 Abs 4). Im Fall der Abweisung des Antrags kann das Gericht einen neuerlichen Antrag vor Ablauf der Frist ausschließen (§ 23 Abs 5).

IX. Die Zustellung des Beschlusses

Die Zustellung des Anhaltebeschlusses an den Betroffenen ist von entscheidender Bedeutung dafür, daß dieser vom Verfahrensergebnis Kenntnis erlangt und die ihm gesetzlich eingeräumten Rechtsmittelmöglichkeiten wahrnehmen kann¹⁹⁰⁾. Als Element des rechtlichen Gehörs iW S ist die **Zustellung vom Schutz des Art 5 Abs 4 EMRK umfaßt**¹⁹¹⁾; die in § 65 Abs 3 EntmO vorgesehenen Einschränkungen der Zustellung sind daher verfassungsrechtlich bedenklich.

Gem § 65 Abs 1 EntmO ist der Beschluß, mit dem über die Anhaltung entschieden wird¹⁹²⁾, dem Angehaltenen, seinem Vertreter und dem vorläufigen Beistand, ferner dem Anstaltsleiter und dem „bei der politischen Landesbehörde zur Irrenpflege bestellten Sanitätsorgan“¹⁹³⁾ zuzustellen. Die Zustellung an den Angehaltenen oder den nach § 65 Abs 3 bestellten Zustellkurator hat eigenhändig zu erfolgen¹⁹⁴⁾. Für die Zustellung gelten nunmehr die Bestimmungen des ZustG¹⁹⁵⁾.

Die zulässigen Ausnahmen von der obligaten Zustellung an den Angehaltenen sind in § 65 Abs 3 abschließend (arg: „nur“) geregelt¹⁹⁶⁾. Demnach darf die Zustellung an denjenigen, über dessen Anhaltung entschieden wird, nur dann unterbleiben, „wenn sie wegen seines Zustandes offenbar zwecklos oder für sein Befinden schädlich wäre“. Trifft dies zu und tritt für den Angehaltenen kein Vertreter ein, dann ist zur Empfangnahme des Beschlusses ein Kurator zu bestellen. Die an einigen Gerichten gepflegte Übung, an den Angehaltenen nur bei Unzulässigkeit der Anhaltung zuzustellen oder die Zustellung an diesen über die Anstaltsleitung vorzunehmen, ist rechtswidrig. Insb kann eine Zustellung an die Anstalt gegenüber dem Angehaltenen

¹⁷⁹⁾ Weiss 34; aM wohl Knell, Kuratoren 28, der auch in diesem Fall einen Enthebungsbeschuß fordert, aber offenläßt, ob diesem konstitutive Bedeutung zukommt.

¹⁸⁰⁾ Zumindest fraglich ist aber, ob das auch bei „freiwilligen Umwandlungen“ zutrifft, sofern man diese überhaupt anerkennt (vgl oben IV C). Hier wird im Gegenteil ein besonderes Schutzbedürfnis gegen einen denkbaren „Zwang zur Freiwilligkeit“ bestehen.

¹⁸¹⁾ Und nicht im Hinblick auf rein therapeutische Erfordernisse, da diese (soweit sie nicht auf die Beurteilung der Gefährdung Einfluß haben) für die Zulässigkeit der Anhaltung nicht maßgeblich sind (oben V C).

¹⁸²⁾ Offenbar zustimmend Weiss 41.

¹⁸³⁾ Zur Begründungspflicht im außerstreitigen Verfahren König. Die Entscheidungsbegründung im österreichischen außerstreitigen Verfahren, in: Sprung-König, Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten (1974) 155 (173 ff); Dolinar 141 f.

¹⁸⁴⁾ Dolinar 140.

¹⁸⁵⁾ Dolinar 140. Vgl dazu LGZ Wien 7. 5. 1975, 44 R 152/75.

¹⁸⁶⁾ LGZ Wien 7. 5. 1975, 44 R 152/75.

¹⁸⁷⁾ LGZ Wien 31. 8. 1977, 44 R 205/77; 15. 7. 1976, 44 R 185/76; 7. 7. 1976, 44 R 169/76; 27. 1. 1975, 43 R 18/75; 4. 4. 1975, 43 R 230/75; 14. 3. 1975, 43 R 142/75.

¹⁸⁸⁾ LGZ Wien 24. 8. 1970, 43 R 385/70; 30. 10. 1970, 43 R 363/70.

¹⁸⁹⁾ Das Antragsrecht haben auch Eltern, Kinder, Ehegatten, Geschwister und Vertreter. Der Angehaltene kann den Antrag aber nur stellen, wenn er noch nicht „entmündigt“ ist, was heute als Verweis auf die (volle) Sachwalterschaft nach § 273 Abs 3 Z 3 ABGB zu deuten ist (vgl Art X Z 5 BGBl 1983/136).

¹⁹⁰⁾ Vgl allgemein Fasching, Zivilprozeßrecht Rz 520.

¹⁹¹⁾ EGMR 24. 10. 1979 (Fall Winterwerp) Z 61, EUGRZ 1979, 656; der Betroffene ist vom Verfahrensergebnis zu unterrichten.

¹⁹²⁾ Unabhängig davon, ob die Anhaltung für zulässig erklärt wird; Weiss 47.

¹⁹³⁾ Dazu Edlbacher, Anm 3 und 4 zu § 65 EntmO.

¹⁹⁴⁾ So OGH SZ 37/154 zur Zustellung des Entmündigungsbeschlusses nach § 65 Abs 2, für den in dieser Hinsicht aber nichts anderes gelten kann als für den Anhaltebeschluß nach § 65 Abs 1.

¹⁹⁵⁾ Vgl § 28 Abs 2 ZustG iVm § 56 Abs 1 EntmO und § 6 AußStrG.

¹⁹⁶⁾ Vgl LGZ Wien 11. 2. 1981, 44 R 253/80.

keine Rechtswirkungen erzeugen, da es eine „Anstaltszustellung“ iSd § 14 ZustG bei Krankenanstalten nicht gibt¹⁹⁷). Die Zustellung an die Anstalt kann aber auch nicht als Ersatzzustellung gedeutet werden, weil eine solche bei Zustellungen zu eigenen Händen ohnehin unzulässig wäre (§ 21 Abs 1 ZustG) und selbst bei einer statthaften Ersatzzustellung die Bediensteten der Krankenanstalt nicht zum Kreis der tauglichen Ersatzempfänger zählen würden (§ 16 Abs 2 ZustG).

Der Geisteszustand des Angehaltenen kann für die Frage, ob diesem der Beschluß zuzustellen ist, nur im Rahmen der Voraussetzungen des § 65 Abs 3 für die Bestellung eines Zustellkurators maßgeblich sein („offenbar zwecklos oder schädlich“). Liegen die Voraussetzungen des § 65 Abs 3 vor, dann kann ein Zustellkurator bestellt werden, der an Stelle des Angehaltenen als Empfänger eintritt¹⁹⁸). Liegen die Voraussetzungen nicht vor, dann ist zwingend an den Angehaltenen selbst zuzustellen. Die Wirksamkeit der Zustellung ist von der Unterfertigung des Zustellnachweises unabhängig¹⁹⁹). Der allgemein anerkannte Grundsatz, daß an handlungsunfähige Personen eine Zustellung nicht verfügt werden darf²⁰⁰), kann angesichts dieser ausdrücklichen Berücksichtigung möglicher Beeinträchtigungen des Zustellvorganges durch den Geisteszustand in § 65 Abs 3 für das Anhalteverfahren in dieser Allgemeinheit nicht gelten. Anderenfalls würde der Angehaltene, der ja auf Grund seiner Geisteskrankheit zwar nicht notwendigerweise, aber doch im Regelfall handlungsunfähig ist, als tauglicher Empfänger überhaupt ausscheiden; die Sonderregelung des § 65 Abs 3, die ein Unterbleiben der Zustellung nur bei Zwecklosigkeit oder Schädlichkeit vorsieht, wäre nach dieser Auffassung weitgehend gegenstandslos. Gegen die hier vertretene Auffassung läßt sich auch aus teleologischer Sicht nicht einwenden, daß der Angehaltene auf Grund seiner Krankheit möglicherweise gar nicht zu einer sinnvollen Ausübung seiner Rekursrechte in der Lage ist: Der Beschluß ist gem § 65 Abs 1 in jedem Fall zusätzlich dem Vertreter (zB Beistand) zuzustellen, der neben dem Angehaltenen zur Rekurshebung legitimiert ist (§ 24 Abs 1), wodurch eine effektive Wahrung der Rechte des Angehaltenen seitens des Vertreters ohnehin sichergestellt ist.

Zu den Voraussetzungen für die Bestellung eines Zustellkurators ist festzuhalten, daß es sich um eine Ausnahmeregelung handelt. Die Annahme, daß die Zustellung „offenbar zwecklos“ oder „schädlich“ wäre, ist für den konkreten Einzelfall „zumindest kurz“ zu begründen²⁰¹). Die Praxis, im Regelfall und ohne nähere Begründung an einen Zustellkurator zuzustellen²⁰²), ist vom Gesetz nicht gedeckt. Auch die Tatsache der Selbstgefährdung als solche rechtfertigt die Bestellung eines Kurators noch nicht²⁰³). Ist die Zustellung des Bestellungsbeschlusses an den Kurator mit einem Zustellmangel behaftet, dann ist auch die (idR zugleich erfol-

gende) „Zustellung“ des Anhaltebeschlusses nicht nur gegenüber dem Kurator, sondern auch gegenüber dem Angehaltenen wirkungslos²⁰⁴).

Trotz Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen des § 65 Abs 3 ist die Bestellung eines Zustellkurators unzulässig, wenn für den Angehaltenen ein Vertreter „eintritt“ (§ 65 Abs 3 zweiter Satz); diesfalls ist an diesen zuzustellen. Unter dem Vertreter ist nur der selbstgewählte, nicht auch der gerichtlich bestellte zu verstehen²⁰⁵). Trotz einer allfälligen Bevollmächtigung ist ein Zustellkurator aber auch dann zu bestellen, wenn der Vertreter nicht für den Betroffenen „eintritt“, dh, sich nicht am Verfahren beteiligt²⁰⁶). An den vorläufigen Beistand kann daher mit Wirkung für den Angehaltenen nur dann zugestellt werden, wenn der Beistand zugleich zum Zustellkurator bestellt wird²⁰⁷). Die Funktion des Zustellkurators erschöpft sich in der Empfangnahme des Anhaltebeschlusses und in der Erhebung eines Rechtsmittels sowie in der Vertretung im Rechtsmittelverfahren²⁰⁸).

Von der Zustellung des Anhaltebeschlusses ist die Verständigung des PflEGschaftsgerichtes durch Übersendung einer Beschlußausfertigung gem § 66 Abs 1 zu unterscheiden. Andere als die in den §§ 65 und 66 genannten Personen sind nicht zu benachrichtigen (Amtsverschwiegenheit). Auch für die routinemäßige Übermittlung des Anhaltebeschlusses an die Sicherheitsbehörden besteht weder ein Anlaß noch eine Rechtsgrundlage.

De lege ferenda sollten die Einschränkungen der Zustellung an den Angehaltenen – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – beseitigt werden; bei Kranken, die den Inhalt des Beschlusses nicht verstehen oder daran Schaden nehmen könnten, wäre an eine Erläuterungspflicht des Beistandes nach dem Vorbild des § 246 Abs 2 AußStrG zu denken. Daß die wörtliche Kenntnis des Sachverständigengutachtens für den Betroffenen möglicherweise schädliche Auswirkungen haben kann, spricht nicht gegen eine unbedingte Zustellung des Beschlusses, sondern lediglich gegen die Praxis der Gerichte, das Gutachten unverändert in die Begründung zu übernehmen. Eine weitere Aushöhlung der Zustellung an den Angehaltenen unter Hinweis auf den Geisteszustand des Betroffenen ist abzulehnen, da der Rechtsschutz in einem Verfahren, in dem es im wesentlichen um die Beurteilung dieses Geisteszustandes geht, nicht vom (vorweggenommenen) Ergebnis dieses Verfahrens abhängen kann.

X. Ergebnis

Die Untersuchung hat die schon von *Forster* ausgesprochene Vermutung bestätigt, daß **zentrale Rechtsschutzdefizite in Anhalteverfahren nicht in erster Linie der EntmO, sondern in hohem Maß einer Vollzugspraxis anzulasten sind**, die sich bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes vom rechtlich Gebotenen mitunter weit entfernt. Anders formuliert: Vieles von dem, was zurecht als unbefriedigend – und zT auch als verfassungswidrig – angesehen wird, ist schon heute gesetzwidrig. Der ebenso beliebte wie polemische Hinweis auf das Alter der EntmO (1916) erscheint nur begrenzt gerechtfertigt; bekanntlich ist auch das zarte Alter eines Gesetzes kein Garant für dessen Qualität.

¹⁹⁷) *Walter-Mayer*, Das österreichische Zustellrecht (1983), Anm 3 zu § 14 ZustG.

¹⁹⁸) Eine Derogation des § 65 Abs 3 durch das ZustG ist nicht anzunehmen. § 65 Abs 3 enthält keine zustellrechtliche Regelung im eigentlichen Sinn, sondern trifft eine Aussage über den Empfänger des Beschlusses; die Frage, wer „Empfänger“ eines Schriftstückes ist, wird im ZustG aber gar nicht abschließend geregelt (*Walter-Mayer*, Zustellrecht 17).

¹⁹⁹) *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 546.

²⁰⁰) MWN *Walter-Mayer*, Zustellrecht, Anm 2 zu § 13 ZustG.

²⁰¹) Vgl LGZ Wien 5. 7. 1978, 44 R 180/78.

²⁰²) An drei Anhaltegerichten in über 90% der Fälle (*Forster*, Forschungsbericht 23).

²⁰³) LGZ Wien 5. 7. 1978, 44 R 180/78.

²⁰⁴) LGZ Wien 10. 3. 1976, 44 R 322/75.

²⁰⁵) *Knell*, Kuratoren 29; wohl auch LGZ Wien 4. 5. 1983, 44 R 54/83.

²⁰⁶) LGZ Wien 4. 5. 1983, 44 R 54/83.

²⁰⁷) Vgl *Knell*, Kuratoren 29.

²⁰⁸) *Weiss* 47; *Knell*, Kuratoren 29.

Dieser Umstand scheint deshalb besonders erwähnenswert, weil er die Grenzen der Reformierbarkeit dieser Materie deutlich macht. Wo die Gründe einer (rechtspolitisch oder verfassungsrechtlich) problematischen Praxis zu einem guten Teil nicht im positiven Recht, sondern in seiner Vollziehung liegen, sollten die Möglichkeiten, diese Praxis durch rechtliche Reformen zu ändern, nicht überschätzt werden. Solange es an ausreichenden formellrechtlichen und institutionellen Vorkehrungen zur Kontrolle und Durchsetzung fehlt, kann auch dem geplanten „Rechtsfürsorgegesetz“ ein ähnliches Schicksal mangelnder Effizienz vorausgesagt werden. Das betrifft vor allem die beherrschende Stellung des (vom Richter kaum mehr überprüfbar) Sachverständigen, die freilich kein Sonderproblem des Anhalterechts ist²⁰⁹).

Die künftige Reform sollte der bislang geringen Beeinflussbarkeit der Anhaltepraxis durch rechtliche Regelungen besonderes Augenmerk schenken. Sie sollte sich darüber hinaus von der Identifikation des Anhalterechts mit dem (gerichtlichen) Anhalteverfahren lösen und die – hier ausgenommenen – Bereiche der Anstaltseinweisung und des Anstaltsvollzuges in verstärktem Maß in die Reform einbeziehen²¹⁰). Mit der bloßen Beteuerung von „Persönlichkeits-

rechten“ des Angehaltenen und materiellrechtlichen Bindungen der Anstalt wird dabei kaum das Auslangen zu finden sein.

Soweit die Richtung der Reform nicht ohnehin durch verfassungsrechtliche Anforderungen vorgezeichnet wird, ist zu wünschen, daß die Notwendigkeit staatlichen Zwanges in der Psychiatrie offen diskutiert und dieser Zwang im Gesetz nicht durch semantische Kunststücke verschleiert wird. Sollte sich bei dieser rechtspolitischen Diskussion herausstellen, daß die Psychiatrie auf zusätzliche, über den gegenwärtigen Rechtszustand hinausgehende, Zwangsbefugnisse nicht verzichten kann (zB therapeutische Anhaltung, Anhaltung außerhalb von Sonderkrankenanstalten, Zwangsanhaltung pflegebedürftiger alter Menschen, Zwangsbehandlung), dann muß dieser verstärkte Zwang auf dem Weg des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses erzielt werden, nicht aber über eine rechtswidrige Auslegung und Anwendung geltender Bestimmungen, mögen diese aus medizinischer oder sozialpolitischer Sicht auch unbefriedigend erscheinen. Sollte diese Diskussion aber negativ verlaufen, dann wird der Ausbau psychiatrischer Zwangsbefugnisse nicht dadurch erträglicher, daß man dieses Ergebnis über den Umweg einer Umdeutung des geltenden Rechts erreicht.

²⁰⁹) Vgl *Fasching*, Zivilprozeßrecht Rz 1007.

²¹⁰) Die RV 4 BlgNR 16. GP wird diesem Anspruch nur teilweise gerecht: Kritisch *Kopetzki*, Kriminalsoziologische Bibliographie 1985/47–48, 105 ff.

Georg Gaisbauer, Braunau am Inn

Der verwaltungsstrafrechtliche Tatbestand der ungebührlicherweise störenden Lärmerregung

(Schluß)

3. Tierlärm⁹⁴)

a) Allgemeines

Auch der durch Tiere (ungebührlicherweise) erregte (störende) Lärm gehört hierher⁹⁵). Wegen dieses Deliktes macht

sich ja – wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt – nicht nur derjenige strafbar, der selbst (also unmittelbar)

weder gefährdet noch über das zumutbare Maß hinaus belästigt werden. Wer entgegen § 7 Tiere hält, begeht eine Verwaltungsübertretung nach § 13 Abs 1 Z 6 und wird nach Abs 2 Z 1 mit einer Geldstrafe bis zu 5000 S bestraft. b) Nach § 5 Abs 1 oö PolStG begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung, wer als Halter eines Tieres dieses in einer Weise beaufsichtigt oder verwahrt, daß durch das Tier dritte Personen gefährdet oder über das zumutbare Maß hinaus belästigt werden (Verwaltungsübertretung nach § 10 Abs 2 lit b: Geldstrafe bis zu 20.000 S). c) Der Bestimmung des § 3c Abs 1 Sbg PolStG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit Geldstrafe bis zu 30.000 S oder mit Arrest bis zu 6 Wochen zu bestrafen, wer als Halter eines Tieres dieses nicht so beaufsichtigt oder verwahrt, daß durch das Tier Dritte weder gefährdet noch über das zumutbare Maß hinaus belästigt werden. . . d) § 6 Abs 1 Tir PolStG bestimmt, daß Tiere so zu beaufsichtigen oder zu verwahren sind, daß durch sie Dritte nicht gefährdet oder über das zumutbare Maß hinaus belästigt werden (Verwaltungsübertretung nach § 8 Abs 1 lit a; Geldstrafe bis zu 3000 S). Auch störender Lärm, der durch Laute von Tieren hervorgerufen wird, läuft – sofern er ungebührlicherweise erregt wird – dem Verbot

⁹⁴) Schrifttum: *Gaisbauer*, Hundegebell als störende Lärmerregung, ÖGZ 1965/15–16, 31; *Gaisbauer*, Störung der Nachbarschaft durch bellenden Hund, HBZ 1977/12, 1; *Gaisbauer*, Ungebührlicherweise störende Lärmerregung durch bellenden Hund, RdG 1978/4, 6; *Gaisbauer*, Bestraft – weil der Hund so oft bellt, ÖGastZ 1979/9, 7; *Gaisbauer*, Gegen störenden Hundelärm, Stb 1979, 95; *Gaisbauer*, Unzulässiger Hundelärm, St. Hubertus 1980, 445; *Gaisbauer*, Lärmerregung durch Hundegebell, RdG 1982/1, 8; *Gaisbauer* in RdG 193/5, 3 (Anm); *Gaisbauer* in StGN 1984/4, 14 (Anm); *Kinigadner*, Hundegebell kann bestraft werden, Stb 1977/20, 4; *Krehan*, Außergewöhnliches Hundegebell als Eingriff in Rechte Dritter, RdG 1962/2, 14.

⁹⁵) In einigen Bundesländern fällt der durch Tiere erregte Lärm unter Sonderregelungen über das Halten von Tieren: a) Gem § 7 Abs 1 erster Satz bgl d PolStG hat der Halter eines Tieres dieses in einer Weise zu beaufsichtigen oder zu verwahren, daß durch das Tier dritte Personen