

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung **Christian Kopetzki**

Redaktion **Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Meinhild Hausreither, Thomas Holzgruber,
Dietmar Jahnelt, Matthias Neumayr, Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas
Stärker, Felix Wallner, Johannes Zahrl**

Juni 2011

03

65 – 104

Beiträge

Die UbG-Novelle 2010 *Christian Kopetzki* ➔ 68

Die Ärzte-GmbH (II) *Johannes Zahrl* ➔ 77

Werben im Internet – Ärzte ohne Grenzen?
Roland Marko und Dominik Hofmarcher ➔ 85

Gesetzgebung und Verwaltung

Abgrenzung von Vorbehalts- gegenüber Laientätigkeiten ➔ 91

15. Ärztegesetz-Novelle ➔ 94

Rechtsprechung

**Verbot künstlicher Insemination in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft
verfassungswidrig?** *Erwin Bernat* ➔ 96

Bericht

„Recht am See“ *Wolfgang Kröll* ➔ 104

Die UbG-Novelle 2010

RdM 2011/60

§§ 3, 32 a, 34, 34 a, 36 UbG

Unterbringung;
Selbst- und
Fremd-
gefährdung;
Telefon- und
Besuchs-
beschränkung;
Rechtseingriffe
im Vollzug

Die UbG-Nov BGBl I 2010/18 brachte vielfältige Neuerungen im Unterbringungsrecht, die vor allem die Verfahrensgestaltung, die Patientenanzwaltschaft sowie das Vollzugsrecht betreffen.¹⁾ Vier ausgewählte, wenngleich besonders wichtige Bereiche sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.

Von Christian Kopetzki

Inhaltsübersicht:

- A. Gefährdung und Verhältnismäßigkeit
 1. § 32 a UbG
 2. Neujustierung des „Prognosehorizonts“?
 3. Gefährdungsvoraussetzungen
 4. Anwendung in der Praxis
- B. Verkehr mit der Außenwelt (§ 34 UbG)
 1. Allgemeines
 2. „Einschränkung“
 - a) Telefon
 - b) Besuche
 3. Materielle Voraussetzungen
 - a) Abwehr einer Gefahr iSd § 3 Z 1 UbG
 - b) Schutz der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung
- C. Beschränkung sonstiger Rechte (§ 34 a UbG)
 1. Allgemeines
 2. Sonstige Rechte
 - a) Tragen von Privatkleidung
 - b) Gebrauch persönlicher Gegenstände
 - c) Ausgang ins Freie
 - d) Sonstige Rechte
 3. Subsidiarität
 4. „Beschränkung“
 5. Voraussetzungen
 6. Rechtsschutz
- D. Heilbehandlung (§ 36 UbG)

A. Gefährdung und Verhältnismäßigkeit

1. § 32 a UbG

Ein Ziel der Nov war die Eindämmung des „Drehtür-effekts“, also einer neuerlicher Unterbringung nach kurzer Zeit infolge einer zu frühen Beendigung einer vorangegangenen Unterbringung.²⁾ Pläne, dieses Ziel durch Abschwächung und Neuformulierung des Gefährdungskriteriums im § 3 und eine schleichende Aufwertung des „zu erwartenden Behandlungserfolgs“ als Unterbringungsvoraussetzung zu erreichen, haben sich zwar – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen³⁾ – nicht durchgesetzt. Eingeführt wurde jedoch ein neuer § 32 a, der die Eckpfeiler der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Entscheidung über Aufhebung oder Fortsetzung der Unterbringung präzisiert.⁴⁾

Die zentrale Aussage des § 32 a liegt nicht in seinem Satz 1 (der Selbstverständliches wiederholt),⁵⁾ sondern in der anschließenden Benennung jener Aspekte, die bei der Abwägung zwischen dem Ziel der Gefahrenabwehr und dem Eingriff in die Freiheitsrechte des Betroffenen „zu berücksichtigen“ sind: Bei

dieser Abwägung soll künftig auch veranschlagt werden, ob eine kurzfristige Verlängerung der Unterbringung nicht möglicherweise einen insgesamt geringeren Eingriff in die persönliche Freiheit bedeuten würde als die ansonsten (bei sofortiger Entlassung) in Kauf zu nehmende neuerliche Unterbringung. Zielsetzung ist nicht die Verlängerung des Freiheitsentzugs (durch Abstellen auf die Behandlungsbedürftigkeit), sondern eine Verkürzung der Gesamtdauer der Unterbringung. § 32 a verfolgt also kein therapeutisches, sondern ein freiheitssicherndes Ziel.⁶⁾ Der „Behandlungserfolg“ spielt dabei nur insofern eine Rolle, als er ein Instrument zur Vermeidung einer überschießenden Gesamtdauer der Unterbringung sein kann. Dies kommt auch in den Erläuterungen klar zum Ausdruck: „Die Fortsetzung der Unterbringung muss einen geringeren Eingriff in die Freiheitsrechte des Patienten darstellen als die ansonsten zu erwartenden Folgeunterbringungen“.⁷⁾

2. Neujustierung des „Prognosehorizonts“?

Diese Auslegung lag allerdings schon nach der alten Fassung des UbG nahe. Konsequenterweise richtet sich daher die Stoßrichtung der Nov weniger gegen die bisherige Rechtslage als gegen eine irri-ge Interpretation des Gefährdungsbegriffs.⁸⁾ Die Praxis neigte nämlich dazu, die in § 3 Z 1 geforderte „Gefährdung“ iS eines „unmittelbar bevorstehenden Schadenseintritts“ („akute

1) Für einen Überblick vgl die Beiträge in iFamZ Spezial, 2010, 4 ff; *Hörtlehner*, Schauplatz Psychiatrie: Die UbG-Novelle 2010, juridikum 2010, 190.

2) 601 BlgNR 24. GP 1, 14 ff. Zu diesem Motiv kritisch *Hörtlehner*, juridikum 2010, 193 ff.

3) Zur verfassungsrechtlichen Fundierung der Gefährdungsvoraussetzung in Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 293 ff.

4) Gem § 32 a ist bei „der Prüfung, ob die Unterbringung fortzusetzen oder aufzuheben ist, [...] abzuwägen, ob die Dauer und Intensität der Freiheitsbeschränkung im Verhältnis zur erforderlichen Gefahrenabwehr angemessen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, ob durch eine zeitlich begrenzte Fortführung der Unterbringung, insb durch einen zu erwartenden und nur im Rahmen der Unterbringung erreichbaren Behandlungsfortschritt, die Wahrscheinlichkeit wesentlich verringert werden kann, dass der Kranke in absehbarer Zeit nach der Aufhebung der Unterbringung neuerlich in seiner Freiheit beschränkt werden muss.“

5) Dass dadurch „das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gesetz verankert“ wird (601 BlgNR 24. GP 1), trifft nicht zu, weil dieses Prinzip schon im bisherigen § 3 enthalten war.

6) Die Nov führt daher nicht zur Zulässigkeit des Freiheitsentzugs zum Zweck der „Auseilung“ (so jedoch die zuständige Bundesministerin in StProtBR 782 Sitzung 11. 3. 2010, 60).

7) 601 BlgNR 24. GP 16. Vgl auch *Engel*, Die neue Angemessenheit der Unterbringungsdauer, iFamZ Spezial 2010, 8 (10).

8) „Beabsichtigt ist kein Paradigmenwechsel bei den Unterbringungsvoraussetzungen, sondern nur eine relativ geringfügige Änderung der Anwendungspraxis bei der Findung des richtigen Zeitpunkts zur Aufhebung der Unterbringung“ (601 BlgNR 24. GP 15).

Gefährdung“) auszulegen. Die Folge dieses – verfehlten – Rechtsverständnisses war, dass der mit dem Freiheitsentzug typischerweise verbundene Erfolg (Hintanhaltung der Gefahr eines künftigen Schadenseintritts) zugleich die vermeintliche Unterbringungs Voraussetzung der „unmittelbaren Gefährdung“ zum Wegfall brachte und die Unterbringung folglich vielfach aufgehoben wurde, obwohl ein zeitlich etwas weiter gespannter Prognosehorizont klar gemacht hätte, dass die Schadenswahrscheinlichkeit nach Beendigung der Unterbringung wieder ansteigt.

An dieser Stelle des vielschichtigen Gefährdungsbegriffs setzt nun die Nov an, indem sie klarstellt, was bei richtiger Interpretation nie zweifelhaft hätte werden müssen und auch in der Literatur unmissverständlich vertreten wurde:⁹⁾ Es soll nicht darauf ankommen, ob der prognostizierte Schaden zeitlich „unmittelbar“ bevorsteht, sondern ob der Patient „innerhalb eines absehbaren Zeitraums (von einigen Wochen bis wenigen Monaten) ... neuerlich eine Verschlimmerung seiner Erkrankung mit damit einhergehender ernstlicher und erheblicher Gefährdung im Sinn des § 3 erleiden wird.“¹⁰⁾ Die Neujustierung betrifft somit nur die *Zeitspanne zwischen der Wahrscheinlichkeitsbeurteilung und dem prognostizierten Eintritt eines Schadens* für Leben oder Gesundheit.

3. Gefährdungsvoraussetzungen

Die sonstigen Elemente des unterbringungsrechtlichen Gefährdungsbegriffs werden durch die Nov nicht tangiert:¹¹⁾ An den maßgeblichen Schutzgütern (Leben und Gesundheit des Betroffenen oder Dritter) und der nötigen Erheblichkeit des Schadens ändert sich ebenso wenig wie an der erforderlichen hohen („ernstlichen“) Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und der Notwendigkeit konkreter Anhaltspunkte für die Begründung dieser Prognosebeurteilung.¹²⁾

4. Anwendung in der Praxis

Sieht man von der Beseitigung des Gespensts der „unmittelbar drohenden Gefährdung“ ab, wird das neue Abwägungsgebot des § 32 a wohl nur in Ausnahmefällen als Begründung dafür herangezogen werden dürfen, um die Unterbringungsdauer über das bisher zulässige Maß hinaus auszudehnen. Denn die für eine „zeitlich begrenzte Fortführung“ der Unterbringung nötige Prognose, dass gerade dadurch die Wahrscheinlichkeit einer neuerlichen Unterbringung „in absehbarer Zeit“ verhindert wird, setzt die plausible Annahme voraus, dass solche neuerlichen Freiheitsentziehungen tatsächlich bevorstehen *und* in der Summe länger ausfallen würden als die geplante Verlängerung der bestehenden Unterbringung. Andernfalls würde sich die Intention des § 32 a – nämlich die *Verkürzung* der Gesamtdauer des Freiheitsentzugs – ins Gegenteil verkehren. Da aber die Ausdehnung der aktuellen Unterbringung zu 100% eintritt, muss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch die Vorhersage künftiger neuerlicher Unterbringungen auf einem vergleichbar hohen Grad an Wahrscheinlichkeit beruhen und durch entsprechende Anhaltspunkte (und nicht bloß durch Vermutungen) erhärtet sein. Diese Prognosesicherheit wird, wenn über-

haupt, nur bei langfristigen Erfahrungen mit dem individuellen Krankheitsverlauf erzielbar sein.¹³⁾

B. Verkehr mit der Außenwelt (§ 34 UbG)

1. Allgemeines

Während das Verbot von Einschränkungen des Schriftverkehrs gem § 34 Abs 1 unverändert aufrecht bleibt, sind die materiellen Voraussetzungen für sonstige Eingriffe in den Verkehr mit der Außenwelt neu formuliert worden: Gemäß § 34 Abs 2 Satz 1 idF der Nov darf das Recht des Kranken, mit anderen Personen „fernmündlich zu verkehren und von ihnen Besuche zu empfangen, [...] nur eingeschränkt werden, soweit dies zur Abwehr einer Gefahr iSd § 3 Z 1 oder zum Schutz der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung unerlässlich ist und die Einschränkung zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis steht.“ Die anschließenden beiden Sätze des § 34 Abs 2 betreffend die formellen Kriterien (ärztliche Anordnung, Dokumentation, Mitteilungspflicht) sowie die fakultative Zulässigkeitsprüfung durch das Gericht bleiben im Wesentlichen¹⁴⁾ unverändert; ebenso das Verbot jeglicher Verkehrsbeschränkungen mit einem (gesetzlichen oder gewillkürten) Vertreter.¹⁵⁾

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage, die Eingriffe in den Telefon- und Besuchsverkehr zum „Wohl des Kranken“ zuließ, sind die neuen Voraussetzungen *teils strenger, teils weiter* gefasst: In Bezug auf den Selbstschutz tritt anstelle des unbestimmten „Wohls“ das Gefährdungskriterium des § 3 Z 1 (ernstliche und erhebliche *Gefährdung* von eigenem oder fremdem Leben oder Gesundheit); die Eingriffsermächtigung wird also auf die Gefahrenabwehr eingeschränkt. Neu – und weiter als bisher – ist hingegen die Einbeziehung des Schutzes *Dritter*. Sie erfolgt einerseits über § 3 Z 1 (Lebens- oder Gesundheitsgefahr anderer) und wird in der zweiten Tatbestandsvariante („Schutz der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung“) noch erheblich ausgedehnt, wenngleich nur zum Schutz von Personen „in der Abteilung“.

2. „Einschränkung“

Ab welcher Erheblichkeitsschwelle eine Beeinträchtigung des Telefon- oder Besuchsverkehrs eine „Einschränkung“ eines „Rechts“ iSd § 34 Abs 2 darstellt, versteht sich nicht von selbst. Davon hängt aber der sachliche Anwendungsbereich des § 34 Abs 2 und der dadurch eröffnete Rechtsweg ab. Gewiss wird man nicht

9) *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) Rz 124 ff.

10) 601 BlgNR 24. GP 16.

11) Das wird nicht nur durch die unveränderte Fassung des § 3, sondern auch durch das Festhalten am tradierten Gefährdungskonzept in den Erläuterungen bestätigt (vgl 601 BlgNR 24. GP 16 ff).

12) Dazu im einzelnen *Kopetzki*, Grundriss Rz 97 – 127.

13) Sollte es zutreffen, dass der Zusammenhang zwischen Unterbringungsdauer und Wiederaufnahmehäufigkeit empirisch gar nicht belegbar ist (Diskussion bei *Hörtlehner*, *juridicum* 2010, 196), wäre der Anwendung des § 32 a UbG, iFamZ Spezial 2010, 11 (12).

14) Die sonstigen Änderungen in § 34 Abs 2 sind lediglich terminologischer Art („dokumentieren“ statt „beurkunden“).

15) Dazu zählt auch ein Vorsorgebevollmächtigter (§ 284 f ABGB) oder ein vertretungsbefugter Angehöriger (§ 284 b ABGB).

jegliche faktische Erschwerung des Verkehrs mit der Außenwelt als Rechtseingriff qualifizieren können. Unabdingbar ist, dass die Ingerenz auf einen der Krankenanstalt zurechenbaren Akt zurückzuführen ist. Störungen des Telefonnetzes stellen ebenso wenig eine „Einschränkung“ iSd § 34 dar wie Besucherschwerungen durch eine nicht funktionierende Verkehrsverbindung. Abgesehen davon ist je nach dem betroffenen Recht zu differenzieren. In Zweifelsfällen hilft eine verfassungskonforme Auslegung: Der Kreis der „Beschränkungen“ iSd § 34 Abs 2 muss alle Maßnahmen einschließen, die in Art 8 bzw 10 EMRK eingreifen, um einen Art 13 EMRK entsprechenden Rechtsschutz zu gewährleisten.

a) Telefon

Beeinträchtigungen des *Telefonverkehrs*¹⁶⁾ werden jedenfalls als Rechtseingriff zu werten sein, wenn dadurch eine dem Patienten ansonsten offenstehende Möglichkeit der Telefonbenützung beseitigt oder untersagt wird (zB Telefonierverbot; Wegnahme eines Mobiltelefons¹⁷⁾ oder Verhinderung der Funktionsfähigkeit). Das ist auch dann der Fall, wenn die Inanspruchnahme bestehender technischer Einrichtungen innerhalb der Anstalt unmöglich gemacht wird (zB Aufsuchen eines Münztelefons). Ob die Beschränkung sachlich (zB in Bezug auf bestimmte Personen) oder zeitlich begrenzt ist, ist unerheblich, auch ein nächtliches Telefonierverbot ist eine rechtfertigungsbedürftige – und unter den Voraussetzungen des § 34 Abs 2 auch rechtfertigungsfähige – Beschränkung.¹⁸⁾

Fraglich ist, ob eine „Beschränkung“ iSd § 34 Abs 2 auch durch *Unterlassungen* verwirklicht werden kann (zB durch Vorenthaltung des für die Benützung eines Münzfernsprechers nötigen Kleingelds¹⁹⁾ oder das Fehlen eines zugänglichen Telefons). Wenngleich § 34 UbG selbst die Rechtsgrundlage für ein subjektives Recht auf „fernmündlichen Verkehr“ des Patienten enthält, setzt die Annahme eines „Rechtseingriffs“ durch Untätigkeit der Anstalt voraus, dass sich ein „Teilhaberecht“ des Patienten und eine korrespondierende Leistungspflicht der Krankenanstalt auf entsprechende Kommunikationsmöglichkeiten begründen lässt. Dafür kommt – iVm den Schutzpflichten des § 1 Abs 1 UbG zugunsten der Persönlichkeitsrechte – insb das im Krankenanstaltenrecht verbürgte Patientenrecht auf „ausreichende Besuchs- und Kontaktmöglichkeiten mit der Außenwelt“ (§ 5a Z 4 KAKuG; § 17a Abs 2 lit i Wr KAG) in Betracht. Daraus ist zumindest auf die effektive Verfügbarkeit eines (auch im geschlossenen Bereich zugänglichen) Fernsprechzugangs etc zu schließen.²⁰⁾ Freilich zeigt die darin enthaltene Einschränkung auf „ausreichende“ Kommunikationsmöglichkeiten, dass eine solche Leistungspflicht nicht unbeschränkt ist und einem Beurteilungsspielraum unterliegt. Der Umstand, dass die Patienten nicht rund um die Uhr unlimitierten Zugang zu Telefonapparaten der Krankenanstalt haben, stellt daher noch keine „Beschränkung“ dar, solange deren Benützung nur – auch für Patienten in einem geschlossenen Bereich – im gleichen Umfang möglich ist wie für nicht untergebrachte Patienten. Regelungen über die Telefonbenützung in Anstaltsordnungen sind an den Vorgaben des § 34 UbG zu messen.

b) Besuche

Ähnliche Fragen nach der „Eingriffsschwelle“ stellen sich beim „Recht, von anderen Personen Besuche zu empfangen“. Als „Beschränkung“ zu deuten wäre zB ein generelles Besuchsverbot oder der Ausschluss bestimmter Personen. Auf den zeitlichen Umfang der Beschränkung kommt es auch hier grundsätzlich nicht an. Die Bindung der Besuchsmöglichkeit an räumliche (zB Besucherzimmer) oder zeitliche Spielregeln (zB Besuchszeiten) stellen aber wohl keinen Rechtseingriff iSd § 34 Abs 2 UbG dar, sofern diese „ausreichend“ (vgl wieder § 17 a lit i Wr KAG) sind, einen ungestörten und unkontrollierten Kontakt²¹⁾ ermöglichen und sich in jenem Rahmen halten, der nach Maßgabe der Anstaltsordnungen auch für Patienten außerhalb des Anwendungsbereichs des UbG besteht. Sieht die Anstaltsordnung hingegen weitergehende und spezifische Beschränkungen für untergebrachte Personen vor,²²⁾ handelt es sich um „Beschränkungen“, die dem § 34 Abs 2 entsprechen müssen.

3. Materielle Voraussetzungen

Die inhaltlichen Voraussetzungen für Beschränkungen sind hinsichtlich des Telefon- bzw des Besuchsverkehrs identisch formuliert und stellen auf zwei *alternative* Tatbestandsmerkmale ab, die freilich einen beträchtlichen Überschneidungsbereich aufweisen:

a) Abwehr einer Gefahr iSd § 3 Z 1 UbG

Durch die Verweisung auf § 3 Z 1 UbG werden die Voraussetzungen der Selbst- oder Fremdgefährdung auch für Eingriffe in den Verkehr mit der Außenwelt anwendbar. Sämtliche Kriterien dieses Gefährdungsbegriffs (insb: Schutzgut eigenes bzw fremdes Leben oder Gesundheit; Erheblichkeit vom Ausmaß einer schweren Körperverletzung; hohe Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts; Kausalitätsbeziehung zur psychischen Krankheit, hinreichende Anhaltspunkte etc)²³⁾ sind daher auch für Beschränkungen iSd § 34 Abs 2 zu beachten. Das gilt auch für die (nicht ausdrücklich verwie-

16) § 34 Abs 2 UbG spricht vom „fernmündlichen“ Verkehr. Da die Erläuterung darunter auch das Versenden von Fotos mittels Mobiltelefon subsumieren (601 BlgNR 24. GP 16), muss dies umso mehr für andere – schriftgebundene – Kommunikationsformen gelten, die mit Mobiltelefonen ausgeübt werden können (zB SMS, Mail).

17) Die Wegnahme eines *eigenen* Mobiltelefons ist auch dann eine Beschränkung, wenn daneben ein Münzfernsprecher zugänglich ist, weil dieser keine gleichwertige Kommunikationsmöglichkeit bietet (OGH 16. 12. 2009, 7 Ob 229/09s; vgl auch FN 19). Der Eingriffscharakter einer Wegnahme des Telefons entfällt nicht dadurch, dass es dem Patienten „bei Bedarf“ wieder ausgehändigt wird; eine bedarfsabhängige Auslösung ist selbst eine (wenn auch weniger intensive) Beschränkung (Erläuterung 601 BlgNR 24. GP 16).

18) Vgl Erläuterung 601 BlgNR 24. GP 16.

19) Klar ist, dass die *Wegnahme* eines zum Telefonieren erforderlichen Münzgelds eine Beschränkung ist. Weitergehend OGH 16. 12. 2009, 7 Ob 229/09s, wonach der telefonische Außenkontakt eines Patienten ohne eigenes Mobiltelefon (nur) dann gewährleistet ist, wenn „im geschlossenen Bereich ein Münzfernsprecher zur Verfügung“ steht und sichergestellt ist, dass „in zumutbarer Zeit etwa auch für das nötige Kleingeld gesorgt wird“.

20) IdS wohl auch OGH 16. 12. 2009, 7 Ob 229/09s.

21) Das schließt im Bedarfsfall eine Überwachung des Besuchsverkehrs nicht aus, doch wäre diese Beaufsichtigung als „Beschränkung“ an den Voraussetzungen des § 34 Abs 2 UbG zu messen.

22) Vgl die Berücksichtigungspflicht für die „organisatorischen Besonderheiten der Betreuung psychisch Kranker“ gem § 38c Abs 1 KAKuG.

23) Dazu *Kopetzki*, Grundriss Rz 93 ff.

sene) Z 2 des § 3 (Subsidiarität), da diese ohnehin Teilinhalt der durch § 34 Abs 2 letzter Satz gebotenen „Un-erlässlichkeit“ und Verhältnismäßigkeit ist.

In Bezug auf den *Selbstschutz* des Untergebrachten wird damit das unbestimmte „Wohl“ des Kranken auf das Vorliegen einer krankheitsbedingten *ernstlichen und erheblichen Gefährdung des eigenen Lebens oder der eigenen Gesundheit verengt*. Eine ins Gewicht fallende Änderung der Rechtslage ergibt sich daraus aber nicht, weil diese einschränkende Auslegung im Lichte des Art 8 EMRK auch bisher geboten war (und vom OGH auch eingefordert wurde).²⁴⁾

Nach wie vor können folglich Einschränkungen aus disziplinarischen Gründen oder zur Wahrung wirtschaftlicher oder sonstiger Interessen des Kranken (etwa durch hohe Telefonrechnungen) nicht auf § 34 Abs 2 gestützt werden. Ein realistischer Anwendungsbereich unter dem Titel des „Selbstschutzes“ wird auch dem neuen § 34 Abs 2 nur in Ausnahmefällen zukommen. Denn hierfür bedürfte es der zu begründenden Prognose, dass gerade der Telefon- oder Besuchskontakt zu einer nicht anders abwendbaren Lebens- oder schwerwiegenden Gesundheitsbedrohung des Betroffenen selbst führt.²⁵⁾

Neu ist hingegen die Einbeziehung der *Fremdgefährdung* als Voraussetzung einer Beschränkung des Verkehrs mit der Außenwelt. Breite Anwendungsszenarien eröffnen sich dadurch freilich nicht: Bedenkt man, dass Einschränkungen des Besuchsverkehrs zum Schutz des *Besuchers* oder anderer in der Abteilung befindlicher Personen ohnehin von der zweiten – und erheblich weiteren – Tatbestandsvariante des § 34 Abs 2 erfasst sind (Schutz der Rechte anderer in der Abteilung, unten b), dann wird der Schutz vor Fremdgefährdungen nur auf *Telefonkontakte* mit Außenstehenden bezogen werden dürfen. Körperliche Gefährdungen der angerufenen Person scheiden dabei von vornherein aus. Für die Anwendung dieser Tatbestandsvariante bliebe also allenfalls eine ernstliche und erhebliche Gefährdung der psychischen Gesundheit des angerufenen Telefonpartners übrig.²⁶⁾ Bloße Störungen und Belästigungen sind nicht ausreichend.²⁷⁾

b) Schutz der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung

Praktisch relevanter ist die Fallgruppe des „Schutzes der Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung“. Da sich der Gesetzgeber – in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise²⁸⁾ – nicht die Mühe gemacht hat, die zu schützenden Rechtspositionen und Gefährdungslagen näher zu konkretisieren, fällt diese schwierige Aufgabe der Rechtsanwendung (insb den Gerichten) zu. Dabei wird von folgenden Überlegungen auszugehen sein:

a) § 34 Abs 2 2. Fall ermächtigt lediglich zu Beschränkungen des Telefon- und Besuchsverkehrs zum Schutz Dritter „in der psychiatrischen Abteilung“. Davon erfasst sind Mitpatienten, Besucher sowie das Abteilungspersonal.²⁹⁾ Der Schutz außenstehender Dritter kann sich nur auf § 3 Z 1 stützen, ist also an eine Lebens- oder Gesundheitsgefährdung gebunden.

b) Die Beschränkung muss dem Schutz eines (subjektiven) *Rechts* anstaltsinterner Personen dienen; die Wahrung anderweitiger Interessen oder allgemeiner

Ordnungsbedürfnisse genügt nicht. Welche Interessenpositionen Dritter ein subjektives Recht darstellen und ab welcher Intensität der mit dem Telefon- oder Besuchsverkehr einhergehenden Beeinträchtigung von einem (drohenden) Eingriff in ein solches Recht zu sprechen ist, lässt sich abstrakt nicht definieren, zumal als Quelle der zu schützenden „Rechte“ die gesamte Rechtsordnung in Betracht kommt.³⁰⁾ Bei den in den Materialien genannten Beispielen wird die Begründung eines subjektiven Rechts Dritter aber nicht schwer fallen: Beim Schutz der Nachtruhe vor lautstarkem Telefonieren oder bei der Verhinderung des Versendens von (die Intimsphäre verletzenden) Fotos von Mitpatienten kann man sich durchaus auf subjektive (Patienten-) Rechte berufen³¹⁾ (und die Abnahme des Mobiltelefons rechtfertigen).³²⁾ Auch hinsichtlich des Besuchsverkehrs wird der Schutz vor Verletzungen der Intimsphäre und legitimer Ruhebedürfnisse im Vordergrund stehen. Der ungestörte Ablauf der Anstaltsroutine und des Dienstbetriebs sind hingegen nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts, ebenso wenig die Einhaltung der Anstaltsordnung.

c) Die zentrale Problematik bei der Anwendung des § 34 liegt nicht nur in der Konkretisierung der zu schützenden „Rechte“, sondern va in der gebotenen *Abwägung* zwischen den konfligierenden Rechtspositionen: Selbst wenn der Eingriff in den Besuchs- und Telefonverkehr durch das Ziel des „Schutzes Rechte anderer“ grundsätzlich gedeckt ist, muss er zusätzlich noch „unerlässlich“ und verhältnismäßig sein. Dazu kommt, dass sich auch der Schutzbereich von Persönlichkeitsrechten erst als Ergebnis einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen bestimmen lässt.³³⁾ Auf dieser Begründungsebene sind nicht nur die faktische Eignung und die Angemessenheit der Maßnahme zu diskutieren, sondern va auch, ob es weniger eingrei-

24) OGH 16. 12. 2009, 7 Ob 229/09s, unter Berufung auf *Kopetzki*, Grundriss Rz 568ff mwN.

25) ZB wenn ein Patient auf einen Besuchs- oder Telefonkontakt aus Gründen seiner psychischen Erkrankung in schwer gesundheitsschädlicher Weise reagiert. Andere Bedrohungen des Patienten durch Besucher rechtfertigen keine Beschränkung iSd § 34 Abs 2, sofern diese Gefahren nicht – wie von § 3 Z 1 UbG gefordert – kausal durch die psychische Krankheit (des Patienten) bedingt sind.

26) Etwa durch massives „Stalking“.

27) Abwegig ist daher die Begründung, dass die durch Telefonaktivitäten des Kranken kontaktierten Personen durch Rückfragen in der Anstalt einen gesundheitsgefährdenden „Aufbruch“ auslösen könnten; zutr abl BG Tulln 3. 2. 2011, 14 Ub 269/10 w iFamZ 2011/112.

28) Mit der Wiederholung der Wendung „Schutz der Rechte anderer“ aus Art 8 Abs 2 EMRK wird den Determinierungspflichten bei Grundrechtseingriffen nicht entsprochen. Es genügt nicht, wenn sich der Gesetzgeber auf die Verwendung der an ihn gerichteten Begriffe aus dem Gesetzesvorbehalt beschränkt und die weitere Präzisierung und Interessenabwägung der Vollziehung überlässt; vgl VfSlg 11.455/1987; *Raschauer*, Sind die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte für die Vollziehung unmittelbar anwendbares Recht? ZfV 1988, 30 f; *Berka*, Das „eingriffsnahe“ Gesetz und die grundrechtliche Interessenabwägung, FS Walter (1991) 37.

29) ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 16.

30) Dazu gehören etwa neben ausdrücklich verbürgten Rechtspositionen (zB Recht auf das eigene Bild gem § 78 UrhG; Recht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO; bestimmte Patientenrechte gem § 5 a KAKuG; Persönlichkeitsrechte gem § 16 ABGB; § 1 UbG) auch verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte sowie vertraglich geschützte Rechtspositionen (einschließlich Schutzpflichten aus Behandlungsvertrag gegenüber nicht untergebrachten Patienten).

31) Insb § 16 ABGB; § 1 UbG; § 1 DSGVO; § 78 UrhG sowie das Recht auf Intimsphäre (§ 1 UbG iVm § 5 a Z 7 KAKuG).

32) Vgl ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 16.

33) Vgl nur *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 16 Rz 27.

fende Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks gibt. Dazu gehört auch die Frage, ob es solche Alternativen aus dem Blickwinkel der anstaltlichen Schutzpflichten und Organisationsverantwortung geben müsste. So wird etwa der Schutz der Intimsphäre und der Ruhebedürfnisse der Patienten gegenüber einem – potenziell immer belästigenden – Telefon- und Besuchsverkehr maßgeblich davon abhängen, inwieweit die Krankenanstalt in Umsetzung der krankenanstaltenrechtlichen Vorgaben (vgl insb § 5 a Z 4 und 6 KAKuG) entsprechende räumliche Vorkehrungen trifft,³⁴⁾ um die Kommunikationsinteressen der Patienten und die gegenläufigen Schutzbedürfnisse gegenüber den unvermeidlichen Nebenwirkungen solcher Kommunikation in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

C. Beschränkung sonstiger Rechte (§ 34 a UbG)

1. Allgemeines

§ 34 a UbG ergänzt nicht nur die Zuständigkeit des Unterbringungsgerichts um eine Generalklausel zur Zulässigkeitsprüfung von Eingriffen in andere (als die in den §§ 33–39 UbG normierten) Rechte des Unterbrachten. Vielmehr wird in Satz 1 des § 34 a auch eine korrespondierende – und bislang fehlende – Eingriffsbefugnis für die Krankenanstalt nachgeliefert, die derartigen Beschränkungen überhaupt erst rechtliche Deckung verleihen kann.³⁵⁾ Indem das Gesetz nun Eingriffe in bestimmte Rechte ausdrücklich (wenngleich immer noch zu unbestimmt) vorsieht und diese einer gerichtlichen Kontrolle unterwirft, wird zugleich klargestellt, dass es sich bei den angesprochenen Interessenpositionen um subjektive Rechte handelt. Ihre Beschränkung darf nur nach Maßgabe des § 34 a erfolgen. Weitergehende Bestimmungen in Anstaltsordnungen sind spätestens seit Inkrafttreten der UbG-Nov gesetzswidrig und entsprechend zu adaptieren.

2. Sonstige Rechte

Während § 34 jene Rechte, zu deren Beschränkung er ermächtigt, klar bezeichnet und damit den Kreis der Maßnahmen eingrenzt, lässt § 34 a auch diesen Punkt offen: Seinem Wortlaut nach verleiht er der Krankenanstalt die Befugnis zur „Beschränkung sonstiger Rechte während der Unterbringung“. Die anschließende Aufzählung benennt zwar drei typische Anwendungsfälle („insbesondere Beschränkungen der Rechte auf Tragen der Privatkleidung, Gebrauch persönlicher Gegenstände und Ausgang ins Freie“); wegen des demonstrativen Charakters der Auflistung erschöpft sich die Anwendbarkeit des § 34 a aber darin nicht.

a) Tragen von Privatkleidung

Das Recht auf „Tragen von Privatkleidung“ bezieht sich auf die Verwendung von „eigenen“ Kleidungsstücken, die nicht von der Krankenanstalt bereitgestellt werden. Auf die Art der Kleidung und ihre Verwendung³⁶⁾ kommt es ebenso wenig an wie auf die eigentumsrechtliche Zuordnung. „Privatkleidung“ ist lediglich ein Gegenbegriff zur „Anstaltskleidung“. § 34 a ermächtigt nur zu Beschränkungen der Verwendung der Privatklei-

dung bis hin zum vorübergehenden Entzug für die Dauer der Unterbringung, nicht jedoch zu weiterreichenden Eigentumseingriffen.

b) Gebrauch persönlicher Gegenstände

Unter dem „Gebrauch persönlicher Gegenstände“ ist die Verwendung körperlicher Sachen im Besitz des Kranken zu verstehen, unabhängig von Art, Sinnhaftigkeit und allfälligem Gefährdungspotenzial der Nutzung. Solche Gesichtspunkte kommen erst auf der Ebene der Zulässigkeitsprüfung einer Beschränkung des Gebrauchs zum Tragen. Der Begriff „persönlich“ hat keine limitierende Bedeutung iS einer Einschränkung auf solche Gegenstände, die einen spezifischen Bezug zur Persönlichkeit des Kranken haben.³⁷⁾ Unabhängig von der „Persönlichkeitsnähe“ kann auf Grundlage des § 34 a daher auch der Gebrauch lästiger (zB Radio) oder gefährlicher (zB Messer) Gegenstände beschränkt werden.

Zur Wahrung der Schutzzwecke des § 34 a wird auch eine Personendurchsuchung auf Gegenstände, die die Sicherheit oder die Rechte Dritter in der Abteilung gefährden, zulässig sein. Nicht anders als bei der Privatkleidung gilt jedoch auch hier, dass diese Beschränkung nur vorübergehend sein (und nicht in eine Enteignung umschlagen) darf. Spätestens bei Aufhebung der Unterbringung – nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch früher – sind die Gegenstände wieder auszuführen.

c) Ausgang ins Freie

Das „Recht auf Ausgang ins Freie“ bezieht sich auf die Möglichkeit, „sich im Freien aufzuhalten“.³⁸⁾ Gemeint ist also der Zugang zur „frischen Luft“ (Anstaltsareal, Garten, Hof etc) im Rahmen der freiheitsbeschränkenden Unterbringung, nicht hingegen der – nach wie vor nicht ausdrücklich geregelte – Ausgang „in die Freiheit“ iS einer Lockerung der Beschränkungsintensität.³⁹⁾ Anders als beim Entzug der Privatkleidung oder persönlicher Gegenstände, wo es um Eingriffe in relativ klar umrissene und der Unterbringung vorgelagerte Rechtspositionen geht, ist der Umfang dieses Rechts unklar. Denn hier geht es weniger um einen negatorischen Abwehranspruch gegenüber der Anstalt, als um ein Recht auf eine positive Leistung (mag diese auch Ausgleich für die umfassende Beschneidung individueller Handlungsfreiheiten im Freiheitsentzug sein).⁴⁰⁾ Da man über

34) ZB Besucherzimmer, Telefonkojen etc.

35) Die Berufung auf die „Anstaltsgewalt“ oder das „besondere Gewaltverhältnis“ kann eine gesetzliche Ermächtigung zu Rechtseingriffen nicht ersetzen; vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 367 ff; zur unzureichenden Determinierung des Vollzugsrechts *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 754 ff.

36) Bei einer „zweckwidrigen“ Verwendung von Kleidungsstücken zu anderen Zwecken als jenen der Bekleidung würde sich im Ergebnis nichts ändern, weil dies dann ein Fall des „Gebrauchs persönlicher Gegenstände“ wäre und den gleichen Kriterien unterliegt (vgl auch VfSlg 10.547/1985 – „Gebetschal“).

37) Dagegen sprechen auch nicht die ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 17 („vor allem jene Sachen . . . die einen Bezug zur Persönlichkeit des Kranken haben, wie ein Tagebuch, ein Ehering oder ein religiöser Kultgegenstand“), da diese Aufzählung durch die Wendung „vor allem“ als bloß demonstrativ ausgewiesen ist.

38) ErläutRV 601 BlgNR 24 GP 17.

39) Dazu *Kopetzki*, Grundriss Rz 576.

40) Zu dieser Relativität von Abwehr- und Gewährleistungsrechten im Freiheitsentzug näher *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 372 ff.

deren Ausmaß unterschiedlicher Meinung sein kann, hätte es einer Konkretisierung des Umfangs des zu gewährleistenden Ausgangs bedurft. Dass die Erläuterungen dieses Recht mit „zumindest täglich für die Dauer etwa einer Stunde“⁴¹⁾ bemessen, deutet zwar die Richtung der gesetzlichen Intention an, entbehrt aber nicht einer gewissen Willkürlichkeit.

d) Sonstige Rechte

Jenseits der drei vom Gesetz typisierten Maßnahmen verbleibt eine Restmenge an Beschränkungen, die das Gesetz nicht näher konkretisiert und deren Reichweite ebenso uferlos erscheint wie der Kreis möglicherweise tangierter „sonstiger“ Rechte. Der Bogen denkbarer Anwendungsszenarien spannt sich – um nur einige zu erwähnen – von den Persönlichkeitsrechten und den Grundrechten auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) über das Eigentumsrecht (Art 5 StGG), die Freiheit der Religionsausübung (Art 9 EMRK) und die Meinungsäußerungsfreiheit (Art 10 EMRK) bis hin zu den Rechten auf Bildung oder Erwerbstätigkeit.

Umso deutlicher ist auf einige Grenzen für die Inanspruchnahme des § 34 a hinzuweisen:

- Bei verfassungskonformer Auslegung darf § 34 a nicht als Ermächtigung zu Eingriffen in Rechte ausgelegt werden, die entweder gar nicht⁴²⁾ oder nur unter engeren Bedingungen als jenen des § 34 a zulässig sind. Letzteres betrifft – abgesehen von den schon gem § 34 Abs 1 unzulässigen Eingriffen in den Briefverkehr und das Briefgeheimnis⁴³⁾ – etwa die Fernmeldeüberwachung (die gem Art 10 a StGG eines richterlichen Befehls bedarf) oder die Ausschließung vom Wahlrecht (die gem Art 26 Abs 5 bzw Art 95 Abs 2 B-VG nur Folge einer gerichtlichen Verurteilung sein kann).⁴⁴⁾
- Soweit speziellere Vorschriften bestehen, ist die Anwendbarkeit des § 34 a ausgeschlossen (unten 3.).
- Manche Beschränkungen „sonstiger Rechte“ werden deshalb ausscheiden, weil es an den materiellen Eingriffsvoraussetzungen des § 34 a fehlt. Die Verpflichtung zu Arbeitsleistungen (vgl Art 4 Abs 3 lit a EMRK) oder eine Zugangsbeschränkung für Fortbildungsmaterialien und Studienangebote (vgl Art 2 1. ZPEMRK) kann wohl nie dem Schutz der Rechte Dritter in der Abteilung oder der Abwehr von Lebens- oder Gesundheitsgefahren dienen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist anzufügen, dass diese Regelungstechnik – va der Verzicht auf eine Typisierung der zulässigen Maßnahmen – den Determinierungsanforderungen im Vollzug der Unterbringung nicht gerecht wird. Sie berücksichtigt weder die unterschiedlichen Eingriffskriterien der betroffenen Grundrechte noch bietet sie jenes Mindestmaß an Bestimmtheit, das Art 18 Abs 1 B-VG und die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte für derartige Eingriffe verlangen.⁴⁵⁾ Der Praxis ist mit dieser Einsicht freilich nicht geholfen. Ihr wird künftig die – selbst für Juristen – schwierige Aufgabe übertragen, durch subtile verfassungskonforme Auslegungskünste eine rechtsstaatlich erträgliche Rechtsanwendung sicherzustellen. Da nicht rechtskundige Anstaltsorgane mit dieser Zumutung überfordert sein werden, liegt die Hauptlast dieses Unterfangens bei den kontrollierenden Gerichten.

3. Subsidiarität

Die Anwendbarkeit der Befugnis des § 34 a Satz 1 wird nur insoweit eröffnet, als „nicht besondere Vorschriften bestehen“. Da diese Subsidiarität zugunsten spezieller Vorschriften in Bezug auf das vom Eingriff betroffene Recht zu beurteilen ist,⁴⁶⁾ wird jede Bestimmung, die den Schutz oder die Beschränkung einer konkreten Rechtsposition zum Gegenstand hat, als „besondere“ Vorschrift iSd § 34 a zu deuten sein. Ob diese Vorschrift im UbG selbst oder in einem anderen Regelungskontext auftaucht, spielt keine Rolle;⁴⁷⁾ es muss sich auch nicht zwingend um eine spezifisch auf die Unterbringung bezogene Bestimmung handeln.

Im Ergebnis können folgende Gruppen von Normen unterschieden werden, die – soweit ihr Geltungsanspruch reicht – einen Rückgriff auf § 34 a UbG ausschließen:

- Beschränkungen von Rechten, die im *UbG* selbst geregelt sind (zB Einsicht in die Krankengeschichte gem § 39; körperliche Beschränkungen gem § 33, Verkehr mit der Außenwelt gem § 34). Das gilt auch dann, wenn das UbG bestimmte Eingriffe überhaupt ausschließt (zB Schriftverkehr gem § 34), einen konkreten Sachverhalt differenziert regelt (zB Heilbehandlung und Aufklärung gem §§ 35 ff) oder Rechtspositionen einräumt (zB Informationsrechte, prozessuale Rechte).
- Keine „besondere“ Vorschrift iSd § 34 a ist § 1 Abs 2 *UbG*, wonach Beschränkungen von Persönlichkeitsrechten nur zulässig sind, wenn sie im Verfassungsbereich, im UbG oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind. Andernfalls bliebe für die Anwendung des § 34 a hinsichtlich der Beschränkung „sonstiger“ Rechte kein Anwendungsbereich mehr übrig. § 34 a muss trotz seiner Unbestimmtheit als „ausdrückliche“ Grundlage von Beschränkungen von Persönlichkeitsrechten iSd § 1 Abs 2 verstanden werden.⁴⁸⁾
- Unterbringungsspezifische Regelungen in *anderen Gesetzen* (zB Verbot klinischer Prüfungen an Unterbrachten gem § 45 Abs 2 AMG und § 52 MPG) oder spezielle Bestimmungen für untergebrachte Strafgefangene gem § 71 Abs 3 StVG. →

41) ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 17.

42) ZB Diskriminierungsverbote (Art 7 B-VG), Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK), Recht auf Zugang zu Gericht (Art 6 Abs 1 EMRK) und wirksame Beschwerde (Art 13 EMRK).

43) Vgl Art 8 EMRK und Art 10 StGG.

44) Auch für Beschränkungen der Wahlrechtsausübung, wie sie § 72 Abs 4 NRWO bis zur Aufhebung durch BGBl I 1998/161 vorsah, ist wegen Art 26 Abs 5 B-VG kein Raum. Sie dürfen nicht durch die Hintertür des § 34 a UbG wieder eingeführt werden.

45) Vgl FN 28.

46) Vgl ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 17: § 34 a ist „subsidiär zu besonderen Rechtsvorschriften, in welchen festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen in ein spezielles Recht des Patienten eingegriffen werden darf.“

47) ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 17 („auch in anderen Gesetzen oder Verordnungen“).

48) Die durch § 1 Abs 2 UbG intendierte „Sperrwirkung“ und Verschärfung des Legalitätsprinzips (iS einer Bekräftigung der Unzulässigkeit nicht explizit vorgesehener Rechtseingriffe, *Kopetzki*, Grundriss UbG Rz 19) wird durch die Pauschalermächtigung des § 34 a konterkariert. Gem § 34 a Satz 1 ist nun potenziell jeder Eingriff in ein Recht ausdrücklich „vorgesehen“. Damit wird die Intention des § 1 Abs 2 UbG in ihr Gegenteil verkehrt.

- Spezielle, wenngleich nicht auf die Unterbringung bezogene Regelungen über den Schutz (oder die Beschränkung) bestimmter Rechte in sonstigen Rechtsvorschriften. Dazu gehören etwa das PatVG (Patientenverfügungen), das ABGB (zB Vorsorgevollmacht) oder die Bestimmungen des Krankenanstaltenrechts, des Ärztesgesetzes oder des Datenschutzgesetzes (betreffend den Umgang mit personenbezogenen Daten).⁴⁹⁾
- Grundsätzlich kann auch die *Anstaltsordnung* als „besondere“ Vorschrift dem § 34 a UbG vorgehen.⁵⁰⁾ Die Regelung von Beschränkungen in der Anstaltsordnung bedarf aber ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage (wofür auch § 34 a in Betracht kommt) und darf keine darüber hinausgehenden Eingriffe vorsehen.
- Keine Subsidiarität besteht in Bezug auf Vorschriften, denen die *unmittelbare Anwendbarkeit* im Rechtsverhältnis zwischen Patient und Krankenanstalt fehlt (zB Patientencharta als Gliedstaatsvertrag gem Art 15 a B-VG).

4. „Beschränkung“

Auch zu § 34 a stellt sich die (zu § 34 bereits angesprochene) Frage, ab welcher Intensität der Betroffenheit eines subjektiven Rechts von einer „Beschränkung“ gesprochen werden kann. Davon hängt nicht nur die Schwelle für die Eröffnung der gerichtlichen Überprüfungskompetenz ab, sondern auch, welche Rechtsbeeinträchtigungen an den spezifischen Voraussetzungen des § 34 a zu messen sind. Wegen der bunten Vielzahl der Anwendungsfälle sind generelle Aussagen hier noch schwieriger als zu den einigermaßen konkretisierten Maßnahmen des § 34. Vor dem Hintergrund einer – auch in der Unterbringung fortbestehenden – Vermutung zugunsten der individuellen Freiheit⁵¹⁾ wird jede (unfreiwillige) Beeinträchtigung eines Persönlichkeitsrechts als „Beschränkung“ eines Rechts zu deuten sein.⁵²⁾ Was vom Schutz eines „Persönlichkeitsrechts“ umfasst ist, wird dadurch freilich nicht beantwortet.

Zwei Beispiele mögen die verbleibenden Auslegungsprobleme skizzieren: Beschränkungen, die dem Freiheitszug begriffsimmanent sind, weil sie ein Recht betreffen, dessen Ausübung die freie Bewegung außerhalb der Krankenanstalt voraussetzt, sind ein zwingendes Element der Unterbringung und finden ihre Begründung bereits in dieser. Sie sind daher keine „Beschränkungen“ iSd § 34 a und lösen weder eine (über das Unterbringungsverfahren hinausgehende) Gerichtszuständigkeit noch einen Rechtfertigungsbedarf gem § 34 a aus.⁵³⁾ Mitunter wird die Suche nach den Kriterien der „Beschränkung“ mit der Frage nach der Reichweite eines subjektiven Rechts zusammenfallen: Die beharrliche Nichterfüllung des stündlich neuerlich geäußerten Wunsches, sich im Freien aufzuhalten, erzeugt noch keine Vielzahl von „Beschränkungen des Ausgangs ins Freie“; ein Rechtseingriff wird erst dann vorliegen, wenn eine (leider unklare) Untergrenze dieses Anspruchs unterschritten wird.⁵⁴⁾

5. Voraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen für Beschränkungen gem § 34 a decken sich mit jenen des § 34: Schutz der

Rechte anderer Personen in der psychiatrischen Abteilung oder Abwehr einer Gefahr iSd § 3 Z 1 UbG. Hinzu treten die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit, die sich sowohl aus § 34 a („unerlässlich“, „zu ihrem Zweck nicht außer Verhältnis“) als auch aus Art 1 Abs 4 PersFrG ergeben („dem Zweck der Anhaltung angemessen“ oder „zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort der Anhaltung notwendig“).⁵⁵⁾ Das impliziert, dass die Maßnahme zur Zielerreichung geeignet und das jeweils verfügbare gelindeste Mittel sein muss. Zur Vermeidung gängiger Missverständnisse sei angefügt, dass die relativ strengen Eingriffskriterien des § 34 a weder durch die Anstalts- und Hausordnungen noch durch die Berufung auf ein „Behandlungskonzept“, Personalmangel oder Idealbilder „normalen“ Verhaltens überspielt werden dürfen.

Je nach Lage des Falls werden diese materiellen Voraussetzungen für die Begründung von Beschränkungen gem § 34 a mehr oder weniger tauglich sein: Zweifellos wird die Kontrolle (und gegebenenfalls Abnahme) von gefährlichen Gegenständen auf den Gefahratbestand und/oder den Schutz der Rechte anderer gestützt werden können. Bei bloß „belästigenden“ Objekten (zB Radio, Zigaretten) kommt ebenfalls der Schutz der Rechte anderer (Mitpatienten etc) auf legitime Ruhebedürfnisse in Betracht; daraus werden sich aber in der Regel keine generellen Verbote, sondern lediglich die Festlegung von Spielregeln auf Basis einer Güterabwägung (Ruhezeiten, Maximallautstärke, Rauchzonen⁵⁶⁾ etc) ableiten lassen. Bei Eingriffen in an-

49) Daher schließt es der – auch im Hoheitsbereich der Vollziehung des UbG anwendbare – § 50 a Abs 3 Z 1 DSGVO iF BGBl I 2009/133 (Videoüberwachung im „*lebenswichtigen Interesse*“ des Betroffenen) kraft Spezialität aus, weitergehende Überwachungen auf § 34 a UbG zu stützen (aM *Fehr*, § 34 a UbG: Beschränkungen sonstiger Rechte, iFamZ Spezial 2010, 14 [15]). § 50 a DSGVO ist zwar seinerseits subsidiär, sofern durch „andere Gesetze Besonderes bestimmt ist“ (§ 50 a Abs 1 DSGVO); dafür bedürfte es aber einer hinreichend konkretisierten Befugnis, die § 34 a UbG nicht enthält.

50) Vgl die Einbeziehung von „Verordnungen“ in 601 BlgNR 24. GP 17; zur (umstrittenen) Rechtsnatur der Anstaltsordnungen vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 433 ff.

51) Dazu mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 372 f; vgl auch § 17 ABGB (hier iVm § 1 Abs 1 UbG).

52) Ähnlich nun LGZ Wien 3. 2. 2011, 48 R 27/11 f, iFamZ 2011/113 – „Alarmband“ („alle die Sphäre des Patienten betreffenden Maßnahmen, die nicht mit seiner Zustimmung getroffen werden und die nicht schon allein als Folge der Anhaltung anzusehen sind“). Vgl aber FN 53.

53) Vgl das Beispiel in ErläutRV 601 BlgNR 24. GP 17, dass der Patient den in seiner Privatwohnung befindlichen Computer nicht benutzen kann; vgl *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 377 ff. Für bloß „anstandsübliche“ Beschränkungen gilt diese unterbringungsimmanente Rechtfertigung nicht (sonst wäre die Qualifikation des Entzugs der Privatkleidung als „Beschränkung“ unverständlich). Daher ist die Unmöglichkeit eines Ausstellungsbesuchs keine Beschränkung iSd § 34 a, sehr wohl hingegen die Verhinderung der Lektüre des Ausstellungskatalogs. Ob ein „Alarmband“ zur Verhinderung eines unkontrollierten Ausgangs eine (über die Sicherung der Anhaltung hinausgehende) Beschränkung ist (so LGZ Wien 3. 2. 2011, 48 R 27/11 f iFamZ 2011/113 vgl FN 52), erscheint freilich diskutierbar.

54) Vgl FN 41 (täglich etwa „eine Stunde“?).

55) § 34 a UbG ist im Lichte des Art 1 Abs 4 PersFrG auszulegen. Maßnahmen, die dem § 34 a entsprechen (Schutz der Rechte anderer in der Anstalt, Gefahrenabwehr iSd § 3 Z 1), werden wohl immer dem Schutzziel „Zweck der Anhaltung“ bzw. „Wahrung von Sicherheit und Ordnung“ iSd Art 1 Abs 4 PersFrG dienen (weil der Schutz der Rechte Dritter ein Aspekt der „Sicherheit und Ordnung“ ist). Umgekehrt gilt dies nicht: Da Art 1 Abs 4 PersFrG als Teil des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts keine eigenständige Grundlage für Beschränkungen darstellt, wäre die Berufung auf die „Ordnung“ in der Anstalt für sich genommen kein Rechtfertigungsgrund, solange nicht zusätzlich die Kriterien des § 34 a erfüllt sind.

56) Vgl § 13 Abs 2 TabakG iVm § 6 Abs 1 lit e KAKuG.

dere Rechte (wie dem Tragen von Privatkleidung, dem Ausgang ins Freie, dem Gebrauch nicht störender persönlicher Gegenstände oder dem Zugang zu Informationen) ist hingegen – wenn überhaupt – nur in extremen Ausnahmesituationen denkbar, dass derartige Interventionen zur Abwehr einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr oder zum Schutz der Rechte anderer Personen in der Abteilung unerlässlich sind.⁵⁷⁾ Das Bedrohungspotential der Verwendung eines „Tagebuchs“ oder eines „Eherings“ ist ebenso wenig ersichtlich wie bei der Nutzung eines Laptops, beim Tragen langer Haare oder bei der unvernünftigen Verwendung eigener Geldmittel.

Formelle Voraussetzungen für die Verhängung von Beschränkungen (insb Anordnungsbefugnis, Dokumentation, Informationspflichten) enthält § 34 a – anders als die §§ 33, 34 – nicht. Sie können sich aber aus anderen Bestimmungen ergeben.⁵⁸⁾ Das gilt insb für die obligate Dokumentation bei Beschränkungen, die aus dem Krankenanstaltenrecht ableitbar ist.⁵⁹⁾ Sie umfasst auch eine Begründungspflicht, ohne die jede gerichtliche Zulässigkeitsprüfung leerlaufen würde.

6. Rechtsschutz

Die Ausdehnung der gerichtlichen Kontrollbefugnis auf Beschränkungen „sonstiger Rechte“ des Untergebrachten durch die Generalklausel in § 34 a letzter Satz schließt eine erhebliche (und mit Art 13 EMRK unvereinbare) Rechtsschutzlücke im Vollzug der Unterbringung. Damit kommt dem Unterbringungsgericht nun eine umfassende Kompetenz zur Kontrolle von Rechtsingriffen während der Unterbringung zu, die für eine Zuständigkeit der UVS keinen Raum lässt.⁶⁰⁾

Es kann daher – auch im Lichte des Art 13 EMRK – kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sich die gerichtliche Prüfungscompetenz unter dem Titel der Zulässigkeitskontrolle einer „solchen Beschränkung“ auch auf Rechtseingriffe bezieht, die in „besonderen Vorschriften“ (iSd Satz 1 des § 34 a) geregelt sind (zB Einsichtsbeschränkungen in die Krankengeschichte gem § 39 UbG oder andere – gegebenenfalls auch nicht-unterbringungsspezifische – Eingriffe in Rechte).⁶¹⁾ Die Subsidiaritätsklausel des § 34 a erfasst also nur die Eingriffsbefugnis, nicht jedoch die Kontrollkompetenz.⁶²⁾

Die gerichtliche Zulässigkeitsprüfung gem § 34 a ist – wie bei §§ 33, 34 – fakultativ. Antragsberechtigt ist der Kranke oder sein Vertreter. Eine Antragsfrist besteht nicht.⁶³⁾

D. Heilbehandlung (§ 36 UbG)

Die Voraussetzungen für die medizinische Behandlung Untergebrachter werden durch die Nov 2010 nicht geändert. Abgesehen von der Erwähnung des durch das SWRÄG 2006 geschaffenen Vorsorgebevollmächtigten⁶⁴⁾ handelt es sich bloß um sprachliche und systematische Anpassungen. Das gilt insb für die neue Umschreibung der „besonderen Heilbehandlung“, die nun – als Synonym für schwerwiegende Behandlungen – der Terminologie des Kindschafts- und Sachwalterrechts folgt.⁶⁵⁾ Inhaltlich ändert sich dadurch nichts; beide Begriffe sind „deckungsgleich“.⁶⁶⁾ Auf eine ausdrückliche

Berücksichtigung des PatVG wurde verzichtet, da die Relevanz von Patientenverfügungen bei der Behandlung Untergebrachter anhand des PatVG hinreichend beurteilt (und bejaht) werden kann.⁶⁷⁾

Verwirrung stiftet die „neue“ Formulierung der gerichtlichen Zulässigkeitsprüfung von Heilbehandlungen in § 36 Abs 3 Satz 1: Die Novelle hält – entgegen allen Einwänden⁶⁸⁾ – an der schon bisher bestehenden sprachlichen Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Heilbehandlungen auf *nicht einsichtsfähige* und *unvertretene* Kranke fest.⁶⁹⁾ Nimmt man das wörtlich, dann sind rechtswidrige Behandlungen von einsichtsfähigen oder durch Dritte vertretenen Patienten (zB bei fehlender Einwilligung) von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen. Dies wäre nicht nur verfassungswidrig, da Art 13 EMRK einen Rechtsschutz bei *jeglicher* unrechtmäßiger Heilbehandlung verlangt.⁷⁰⁾ Eine derart lückenhafte gerichtliche Zuständigkeit stünde auch mit dem Konzept einer umfassenden und generalklauselartigen Gerichtskontrolle des § 34 a letzter Satz im Widerspruch.

Die Begründung für die Beibehaltung dieser eigentümlichen Einschränkung beruht auf Missverständnis-

57) Etwa bei Strangulierungsgefahr durch Kleidungsstücke oder beim Ausgang unter extremen Witterungsbedingungen. Hygieneprobleme bei eigener Kleidung (oder langen Haaren) sollten sich durch gelindere Maßnahmen als der Verordnung von Anstaltskleidung oder dem „zwangsweisen Haarschnitt“ lösen lassen.

58) ZB Tätigkeitsvorbehalte kraft Berufsrechts.

59) § 10 Abs 1 Z 2 lit a KAKuG („angeordnete Maßnahmen“).

60) Der Gesetzgeber hat damit jenen Rechtszustand hergestellt, der vom VwGH seit langem behauptet worden ist (VwGH RdM 1998/9 – Verweigerung der Einsicht in die Krankengeschichte). Zum bisher bestehenden negativen Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten (die ihre Zuständigkeit auf die taxativen Fälle des UbG beschränkt haben: OGH SZ 73/13) und den (ihre Zuständigkeit verneinenden) UVS *Kopetzki*, Grundriss Rz 762 ff 766 f.

61) Materieller Prüfungsmaßstab ist dann nicht der Satz 1 des § 34 a UbG, sondern die besondere Vorschrift.

62) Abgrenzungsprobleme tauchen auf, wenn die „besondere Vorschrift“ neben der Eingriffsbefugnis auch ein eigenständiges Rechtsschutzsystem enthält (zB Datenschutzkommission gem DSGVO bei Videoüberwachung, vgl FN 49). Dabei wird es darauf ankommen, die Entscheidungsgegenstände des alternativen Kontrollorgans von jenen des Unterbringungsgerichts abzugrenzen.

63) Vgl schon OGH RdM 2007/57 und RdM-LS 2010/11.

64) Namentlich als Adressat der Aufklärung (§ 35 Abs 2), der Verständigung über Notfallbehandlungen (§ 37) und als Träger der Entscheidungsbefugnis über die Behandlung bei fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Patienten (§ 36 Abs 2). Dass „Vorsorgebevollmächtigter“ nur sein kann, wessen Wirkungskreis „Willenserklärungen zur Behandlung des Kranken“ umfasst (§ 284 f Abs 3 ABGB), ist klar (vgl § 35 Abs 1 Satz 2; 601 BlgNR 24 GP 18). Unter dieser Voraussetzung ist er dann auch antragsbefugter „Vertreter“ iSd § 36 Abs 3 UbG.

65) „Medizinische Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist“ (vgl § 146 c Abs 2, § 283 Abs 2 ABGB); zu diesem Begriff zB *Barth/Dokalk*, HB des Sachwalterrechts² (2010) 185 ff.

66) 601 BlgNR 24. GP 18. Folglich bleibt zB die PEG-Sonde auch nach der Nov eine „besondere Heilbehandlung“ (so schon bisher OGH RdM-LS 2010/45). Wegen der beabsichtigten Kontinuität der Rechtslage muss das auch für operative Eingriffe zutreffen.

67) 601 BlgNR 24. GP 18. Dazu *Engel*, Verbindliche Patientenverfügungen und die Behandlung untergebrachter Patienten, iFamZ 2008, 18; *Kopetzki*, Das Patientenverfügungs-Gesetz im System der Rechtsordnung, in *Körtner/Kopetzki ua* (Hrsg), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz (2007) 127 (148 f).

68) *Kopetzki*, Grundriss Rz 763 ff.

69) § 36 Abs 3 Satz 1 idF der Nov: „Ist der Kranke nicht einsichts- und urteilsfähig und hat er keinen Erziehungsberechtigten, Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigten, so hat auf Verlangen des Kranken oder seines Vertreters das Gericht über die Zulässigkeit der Behandlung unverzüglich zu entscheiden.“

70) Dazu mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 922 f.

sen.⁷¹⁾ Sie zeigt aber auch, dass der Gesetzgeber die Konsequenzen seiner eigenen Formulierungen nicht ernst nimmt. In den Erläuterungen heißt es nämlich, dass bei „konsenslosen“ Behandlungen – „ohne dass dies ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden müsste“ –, dem Unterbringungsgericht wie schon bisher „weiterhin die Kompetenz zukommen [soll], diese Zwangsbehandlung auf Antrag für rechtswidrig zu erklären“.⁷²⁾ Der schelmische Wille des Gesetzgebers geht also dahin, die Gerichte mögen „weiterhin“ – gegen den Gesetzeswortlaut – an einer umfassenden gerichtlichen Überprüfbarkeit festhalten, wie dies vom OGH praeter legem längst judiziert wurde.

Die Auflösung dieses legistischen Verwirrspiels bleibt eine methodische Gratwanderung. Unter Berücksichtigung der Absicht des Gesetzgebers und der Vorgaben aus Art 13 EMRK muss eine verfassungskonforme Auslegung dazu führen, dass man die im § 36 Abs 3 formulierten sachlichen Grenzen der Gerichtszuständigkeit durch einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 34a kompensiert: Denn eine dem § 36 zuwiderlaufende medizinische Behandlung kann durchaus

als „Beschränkung eines sonstigen Rechts“ iSd § 34a gedeutet werden, die den Rechtsweg zum Gericht ohne Einschränkungen eröffnet. Im Ergebnis folgt daraus eine umfassende Prüfungskompetenz des Gerichts in Bezug auf medizinische Behandlungen. Bei dieser Auslegung erweist sich § 36 Abs 3 Satz 1 freilich als überflüssig (weil die gerichtliche Kontrollbefugnis bei Heilbehandlungen dann zur Gänze bereits aus § 34a ableitbar wäre).

71) Zum einen wird in 601 BlgNR 24. GP 18 darauf hingewiesen, dass eine „allenfalls erforderliche pflegschaftsgerichtliche Genehmigung“ weiterhin dem Pflegschaftsgericht zufallen soll. Zum anderen wird betont, dass es von Gesetzes wegen „gar keine konsenslosen Behandlungen geben“ dürfte. Das erste Argument übersieht, dass das Unterbringungsgericht einen anderen Entscheidungsgegenstand hat und seine Kontrollbefugnis daher durch das Pflegschaftsgericht nicht ersetzt werden kann: Das Pflegschaftsgericht kontrolliert nicht das *Verwaltungshandeln* der Krankenanstalt, sondern das *Zustimmungsverhalten* des gesetzlichen Vertreters (Sachwalters). Und das zweite Argument verkennt die Funktion von Rechtsschutzinstrumenten: Diese erhalten ihren Sinn gerade aus der Möglichkeit *rechtswidrigen* Verhaltens und erübrigen sich nicht deshalb, weil nicht sein kann, was nicht sein darf.

72) 601 BlgNR 24. GP 18 unter Hinweis auf OGH SZ 67/229.

→ In Kürze

Die UbG-Novelle 2010 brachte neben einer „Feinjustierung“ des Gefährdungsbegriffs auch weitreichende Änderungen im Vollzugsrecht der psychiatrischen Unterbringung. Der Beitrag diskutiert den Inhalt und zentrale Auslegungsfragen der neuen Regelung.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Christian Kopetzki lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Abteilung Medizinrecht) der Universität Wien, Juridicum, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien.

Vom selben Autor erschienen:

Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005); Gewebesicherheitsrecht (2009); Arzneimittelabgabe durch und an Ärzte. „Ärztlicher Notapparat“ und „Ordinationsbedarf“, in *Aigner/Resch/Wallner* (Hrsg.), Gmundner Medizinrechtskongress 2008 (2009) 94; Der Abbruch der künstlichen Ernährung beim Wachkomapatienten, in

Kröll/Schaupp (Hrsg.), Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch (2010) 61; Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg.), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruches (2010) 9.

→ Literatur-Tipp



Kröll/Schaupp (Hrsg.), Eluana Englaro – Wachkoma und Behandlungsabbruch (2010)

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100,
Fax: (01) 531 61-455,
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at

