

COVID-19 im Alters- und Pflegeheim: Das Präventionskonzept und seine Grenzen

Karl Stöger

Österreichische Kommentare
zu Medizinrecht, Medizin- und Bioethik
(IERM Working Paper Nr. 6)
November 2021



Österreichische Kommentare zu Medizinrecht, Medizin- und Bioethik (IERM Working Paper Nr. 6) November 2021

herausgegeben vom

Institut für Ethik und Recht in der Medizin, Universität Wien

in Kooperation mit der Professur für

Medizinrecht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität
Wien

© bei dem Autor/der Autorin

ISSN: 2960-5946 (Online)

Redaktion: ierm@univie.ac.at

Homepage: [http:// ierm.univie.ac.at/ierm-working-papers/](http://ierm.univie.ac.at/ierm-working-papers/)

Die Österreichischen Kommentare zu Medizinrecht, Medizin- und Bioethik – IERM Working Papers – sind eine Diskussionsplattform, auf der virulente Themen aus dem Bereich der Medizin-, Pflege- und Bioethik wie auch aus dem Bereich des Medizinrechts publiziert werden. Die IERM-Working-Papers sind Werkstattberichte bzw. Diskussionsanregungen zu gesellschaftlichen, rechtlichen, normativen und ethischen Fragestellungen aus Philosophie und Ethik, Theologie und Medizin sowie aus den Sozial- und Kulturwissenschaften. Ein aktueller Schwerpunkt sind interdisziplinäre Reflexionen bzw. Lösungs- oder Handlungsansätze im Kontext des österreichischen Gesundheitswesens.

*Die Reihe wird von Mitgliedern des IERM gemeinsam mit Kolleg*innen aus dem Feld der Bioethik in Österreich redaktionell betreut und herausgegeben.*

Institut für Ethik und Recht in der Medizin, Universität Wien
Spitalgasse 2-4, 1090 Wien

Zitationsvorschlag: Stöger, Karl (2021): COVID-19 im Alters- und Pflegeheim: Das Präventionskonzept und seine Grenzen. Österreichische Kommentare zu Medizinrecht, Medizin- und Bioethik (IERM Working Paper), Nummer 6, Wien.

Karl Stöger

COVID-19 im Alters- und Pflegeheim: Das Präventionskonzept und seine Grenzen

*Die Bewohner*innen von Alters- und Pflegeheimen waren und sind durch das SARS-CoV-2-Virus besonders gefährdet. Dementsprechend wurden und werden Schutzmaßnahmen getroffen, um die Einschleppung des Virus sowohl durch Besucher*innen als auch durch neu oder wieder aufgenommene Bewohner*innen zu verhindern. Diese Maßnahmen sind vom Charakter her freiheitsbeschränkend, was zur rechtlichen Frage ihrer Zulässigkeit führt. Dieses working paper, beruhend auf der Antrittsvorlesung des Verfassers, möchte zu dieser Diskussion einen Beitrag leisten und untersucht dabei insbesondere die Rolle des sogenannten „Präventionskonzepts“ bei der Festlegung von Schutzmaßnahmen im Alters- und Pflegeheim.*

Schlüsselwörter: Alters- und Pflegeheim; Besuchsbeschränkungen; COVID-19 –Maßnahmengesetz; Epidemiegesetz; Heimaufenthaltsgesetz; Präventionskonzept; präventive Isolierung; Quarantäne

The residents of homes for elderly people and/or nursing homes were and are particularly at risk from the SARS-CoV-2 virus. Accordingly, protective measures have been and are being taken to prevent that the virus is imported either by visitors or by newly admitted or readmitted residents. These measures are restrictive in character, which raises the legal question of their admissibility. This working paper, based on the author's inaugural lecture, aims to contribute to an ongoing discussion and examines in particular the role of the so-called "prevention concepts" (Präventionskonzepte) in homes for elderly people and/or nursing homes.

Keywords: Act on the protection of personal liberty in old age and care homes and similar institutions (Heimaufenthaltsgesetz); COVID-19 Measures Act; home for the elderly/nursing home; Infectious Diseases Act; preventive measures against COVID-19; preventive isolation; quarantine; visiting restrictions.

Stand der Rechtslage: 21. 10. 2021

1. Einleitung

Die Wahl eines Themas mit COVID-19-Bezug für eine Antrittsvorlesung im Fach Medizinrecht¹ im Jahr 2021 kann man für einfalllos halten. Es ist aber zweifellos so, dass die Pandemie – aus unserer Sicht als Bürger*innen: leider – dem Epidemierecht als einem zentralen Bereich des Medizinrechts zu einer zuvor unbekanntem öffentlichen Sichtbarkeit verholfen hat. Insoweit ist es derzeit ein – qualitativ leider verbesserungsfähiges² – „Aushängeschild“ des Medizinrechts.

Es war mir aus drei Gründen wichtig, ein - auf den ersten Blick sehr spezielles, auf den zweiten Blick fast 100.000 Heimbewohner*innen in Österreich³ potenziell betreffendes - Thema aus dem Bereich der Alten- und Pflegeheime zu wählen. Zum Ersten hat mein Lehrstuhlvorgänger *Christian Kopetzki* im Bereich der dort besonders interessierenden Rechtsgebiete Erwachsenenschutzrecht und Heimaufenthaltsrecht wertvolle Beiträge geleistet⁴ und einen regelmäßigen Austausch mit Bewohnerververtretungen gepflegt; daran möchte ich anknüpfen.⁵ Zum Zweiten wirft das Aufeinandertreffen der freiheitsbeschränkenden Regelungen des Epidemierechts einerseits und des Heimaufenthaltsrechts andererseits besonders schwierige Fragen auf, die auch schon zu höchstgerichtlichen Entscheidungen geführt haben. Zum Dritten ist das gewählte Thema ein solches, das auf ganz zentrale Themen des Medizinrechts hinweist: einerseits die Rechtsqualität der dort eingesetzten Rechtsinstrumente⁶ und andererseits die Patientenrechte⁷.

Ich möchte vor diesem Hintergrund im Folgenden das, während der COVID-19-Pandemie geschaffene, Rechtsinstitut des „Präventionskonzepts“ in Alters- und Pflegeheimen in Hinblick auf drei spezielle Fragen näher untersuchen: Erstens, was ist seine Rechtsqualität? Zweitens, inwieweit darf es mit dem Ziel

1 Zur Frage, was das „Medizinrecht“ im österr Verständnis ausmacht, vgl einerseits *Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft - Medizinrecht, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), Rechtspolitik der Zukunft - Zukunft der Rechtspolitik (1999) 221 (228ff) und andererseits kompakt *Wallner*, Medizinrecht (2019) Rz 1 – 4.

2 Zum Reformbedarf im Epidemierecht zB *Hiersche/K. Holzinger/Eibl*, Handbuch des Epidemierechts (2020) 159ff.

3 Laut Statistik Austria waren 2019 „96.458 Menschen [] in stationären Einrichtungen (Pflegeheime, Pflegewohnhäuser etc.) untergebracht“, vgl dazu *Statistik Austria*, Betreuungs- und Pflegedienste, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_landesebene/betreuungs_und_pflegedienste/index.html (abgerufen am 20. 10. 2021).

4 Für eine Würdigung aus berufener Feder vgl *Hopf/Kathrein*, Der Einfluss von Christian Kopetzki auf die Rechtsentwicklung im Unterbringungs- und Heimaufenthaltsrecht, in FS *Kopetzki* (2019) 227.

5 In diesem Sinne danke ich dem Wiener Team von VertretungsNetz – Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft, Bewohnerververtretung, allen voran Dr. *Gudrun Strickmann* und Mag. *Barbara Frank*, für wertvollen fachlichen Austausch und zahlreiche Anregungen in der Vorbereitung dieses Textes.

6 Vgl unten 4. zu den Diskussionen um die rechtliche Qualität der Regeln des Standes der Wissenschaft oder die Anstaltsordnung.

7 Vgl zu diesen jeweils im Überblick einerseits *Kopetzki*, Patientenrechte in Österreich - Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung (2006) 13 und andererseits *Kerschner*, Patientenrechte und Behandlungsbegrenzung, in *Resch/Wallner* (Hrsg) Handbuch Medizinrecht³ (2020) Kap V.1.

der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 Freiheitsbeschränkungen bei der Erst- oder Wiederaufnahme von Bewohner*innen von Alters- und Pflegeheimen anordnen und was können Betroffene gegen solche unternehmen? Drittens, inwieweit darf es Besuchsbeschränkungen vorsehen und wie kann man sich gegen solche als aufgenommene Person zur Wehr setzen?

Ich werde diese Untersuchung⁸ wie folgt aufbauen: Zuallererst gilt es, die „Vorgeschichte“ und die Schaffung des Instruments des Präventionskonzepts darzustellen. Dann werde ich aktuelle Beispiele aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung erläutern, in denen der OGH „COVID-bezogene“ Beschränkungen der Freiheit von Bewohner*innen bzw Patient*innen zu analysieren hatte. Anschließend werden die drei oben geschilderten Fragen untersucht. Was sich dabei – das darf ich vorwegnehmen – zeigen wird, ist, dass bei genauer Betrachtung der Rechtsgrundlagen des Präventionskonzepts dessen Regelungen engere Grenzen gesetzt sind, als dies in der Praxis vielfach angenommen werden dürfte. Und schließlich werde ich zum Verhältnis zwischen rechtlich Gebotenem und tatsächlich Verwirklichtem im Bereich des Gesundheitswesens kommen.

2. Die Entwicklung hin zum Präventionskonzept im Alters- und Pflegeheim

Die Bewohner*innen von Alters- und Pflegeheimen waren bzw sind als Gruppe durch COVID-19 besonders gefährdet: Erstens sind sie auf Grund ihres – oft altersbedingten – Gesundheitszustandes besonders anfällig für schwere oder gar tödliche Verläufe, wobei hier die Impfungen zu einer spürbaren Verbesserung der Situation beigetragen haben.⁹ Zweitens kann das Setting des Heimes mit dem zwischen den Bewohner*innen pendelnden Pflegepersonal einerseits und Gemeinschaftsräumen andererseits zu einer raschen Ausbreitung beitragen. Und drittens sind in den Heimen viele pflegebedürftige Personen nicht mehr oder nur mehr eingeschränkt in der Lage, sanitäre Maßnahmen wie das Abstandhalten oder das Maskentragen psychisch und/oder physisch einzuhalten. Dementsprechend wurden Heimbewohner*innen in Österreich insb von der zweiten Welle im Herbst 2020 besonders stark getroffen.¹⁰

⁸ Dank für Unterstützung bei Recherchen und Textkorrektur gebührt Frau Mag. *Dominique Korbel*, Frau Mag. *Manja Seebacher* und Frau Mag. *Sophie Semmler*.

⁹ Details sind der Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage (7433/AB vom 27. 9. 2021 zu 7581/J XXVII GP) des Gesundheitsministers und den mitgelieferten Anhängen zu entnehmen.

¹⁰ Vgl dazu den einschlägigen Bericht der Wiener Zeitung vom 19. 11. 2020 *Wiener Zeitung*, Zweite Welle trifft Alten- und Pflegeheime härter, <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/chronik/oesterreich/2083009-Zweite-Welle-trifft-Alten-und-Pflegeheime-haerter.html> (abgerufen am 20. 10. 2021).

Die besondere Verwundbarkeit der Heimbewohner*innen war allen Akteur*innen von Anfang an bewusst: Die Träger dieser Einrichtungen sahen relativ bald, gestützt auf ihr Hausrecht, Besuchsbeschränkungen, aber auch Quarantäneregelungen insb für behördlich abgesonderte Personen vor. Ungeachtet der grundsätzlichen medizinischen Sinnhaftigkeit vieler dieser Maßnahmen, gerade vor dem Hintergrund des geringen Wissensstands während der ersten Welle, waren sie rechtlich doch in mehrfacher Hinsicht überaus problematisch, was auch von zahlreichen Autoren hervorgehoben wurde:

- Für die Besuchsverbote auf Heimseite fehlte regelmäßig eine gesetzliche Grundlage, die dem Heimbetreiber solche Maßnahmen erlaubt hätte, derer es aber auf Grund des damit bewirkten Eingriffs in Art 8 EMRK bedurft hätte.¹¹ Die Ausnahme bildete eine auf das COVID-19-MG¹² gestützte Verordnung des Landes Wien,¹³ deren gesetzliche Deckung in der Literatur jedoch ebenfalls bezweifelt wurde.¹⁴ Man könnte allerdings durchaus überlegen, ob ungeachtet dieser fehlenden rechtlichen Grundlage der Besuch von Pflegeheimen schon deswegen unzulässig war, weil die – später vom VfGH jedoch mangels gesetzlicher Deckung als rechtswidrig festgestellte¹⁵ – „Ausgangsbeschränkungs-VO“ BGBl II 2020/98 keinen diesbezüglichen Grund zum Verlassen des Hauses vorsah. Klar ist: § 2 Z 2 dieser Verordnung erlaubte das Verlassen des Hauses gerade auch zwecks „Betreuung und Hilfeleistung von unterstützungsbedürftigen Personen“. ME ist hier aber die Frage zu stellen, ob dies eine Erlaubnis für Besuche in Heimen darstellte: Da in einem Pflegeheim aufhältige Personen ohnehin durch das Personal betreut werden und Hilfeleistungen erhalten, bedurften sie nicht der Hilfe Dritter und durften daher auf dieser Grundlage ohnehin nicht besucht werden. Das ist zwar ebenfalls in Hinblick auf Art 8 EMRK eine restriktive Auslegung der Verordnung, aber diesfalls wären Besuchsverbote von Seiten der Heime gar nicht notwendig gewesen wären – die Besucher*innen durften gar nicht kommen. Damit hätte sich auch

11 *Klaushofer* ua, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR 2020, 649 (719, 766); *Stadlberger*, Strafrechtliche Haftung wegen COVID-19-Maßnahmen in Pflegeeinrichtungen, ÖZPR 2020, 156 (156); *Murko*, Besuchsverbot in Krankenhäusern und Pflegeheimen ohne gesetzliche Grundlage, AnwBl 2020, 426. Ab Mai 2020 gab es dann Besuchsempfehlungen des Gesundheitsministers, die aber in keine verbindliche Rechtsform gegossen wurden: *Stadlberger*, ÖZPR 2020, 156 (156).

12 Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz – COVID-19-MG), StF BGBl I 2020/12.

13 Verordnung über ein Betretungsverbot für Besucherinnen und Besucher von Krankenanstalten, Wohn- und Pflegeheimen sowie Pflegestationen, StF Wr LGBl 2020/18, mehrfach novelliert.

14 *Klaushofer* ua, ZÖR 2020, 649 (765).

15 VfGH 14.7.2020, V 363/2020 (RdM-LS 2020/91, 197 Anm *Stöger*).

die Prüfung der Zulässigkeit solcher Maßnahmen auf die Ebene des § 2 der Ausgangsbeschränkungs-VO verlagert, die jedenfalls im Wege eines Individualantrags bekämpfbar war (und auf diesem Weg auch erfolgreich zu Fall gebracht wurde¹⁶).

- Bei der Absonderung von Heimbewohner*innen waren zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die erste Konstellation betraf von der Gesundheitsbehörde wegen Erkrankung oder Ansteckungsverdacht mit Bescheid nach § 7 EpiG abgesonderte Personen. Diese Personen hatten, wie von *Zierl* dargelegt, diese Absonderung primär selbst zu beachten.¹⁷ Taten sie dies aus freiem Willen nicht, hatte sich der Heimträger an die Gesundheitsbehörde bzw die für diese tätigen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu wenden,¹⁸ selbst mit Zwang durchsetzen konnte er die Absonderung (im Gegensatz zu einem Krankenanstaltenträger¹⁹) nicht.²⁰ War der freie Wille zur Befolgung der Absonderungsmaßnahmen aber auf Grund psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung beeinträchtigt und konnte daraus in Hinblick auf COVID-19 eine ernstliche und erhebliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen oder eines Dritten (insb anderer Heimbewohner*innen) entstehen, dann konnte – und musste letztlich auch auf Grund seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Bewohner*innen – der Heimträger eine (zusätzliche) Freiheitsbeschränkung auf Grund des HeimAufG anordnen.²¹ Diese unterlag dann einer gerichtlichen Kontrolle, wobei zu unterscheiden war: Die Anordnung der Absonderung als solche war nach dem Rechtszug im Epidemierecht zu überprüfen,²² die „ergänzende“ Freiheitsbeschränkung im HeimAufG nach diesem (wobei dabei die Frage der Zulässigkeit der Absonderung als solche nicht zu prüfen war)²³.

In der zweiten Konstellation ging es um Fälle, in denen eine behördliche Absonderung nach § 7 EpiG nicht oder noch nicht erfolgt war. Dies betraf vor allem symptomatische bzw positiv getestete Verdachtsfälle, die (noch) nicht behördlich abgesondert wurden.²⁴ Es gab aber in der Praxis

16 Vgl nochmals VfGH 14.7.2020, V 363/2020.

17 *Zierl*, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, ÖZPR 2020, 82 (83).

18 *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (83).

19 § 7 Abs 2 EpiG iVm § 3 Absonderungsverordnung, StF RGBI 1915/39 idGF.

20 Dennoch erfolgte kurzfristige Freiheitsbeschränkungen konnten allenfalls nach § 10 StGB (entschuldigender Notstand) beurteilt werden: *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (84).

21 *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (84); *Ganner/Pixner/Pfeil*, COVID-19 in der Pflege: ein Überblick, ÖZPR 2021, 20 (21).

22 Hier ist zu beachten, dass seit dem Wirksamwerden der Aufhebung des § 7 Abs 1a 2. Satz EpiG durch den VfGH (VfGH 10. 3. 2021, G 380/220) der Rechtsschutz gegen Absonderungen nach § 7 EpiG den Verwaltungsgerichten als Aufgabe zufällt (nunmehr auch dauerhaft durch die im BR am 21. 10. 2021, 370/BNR XXVII. GP beschlossene Nov zum EpiG). Dementsprechend hat das nach HeimAufG zuständige Zivilgericht den Absonderungsbescheid als solchen auf Grund seiner Bindungswirkung anzuwenden und kann nur die darüber hinausgehenden Anordnungen nach HeimAufG prüfen.

23 Wohl noch aA lange vor der Pandemie *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² (2012) 238f: Epidemierechtliches Regime verdrängt HeimaufG.

24 Hier empfahl das Gesundheitsministerium in Empfehlungen vom 21. 4. 2020 (*BMSGPK*, Empfehlung zu COVID-19 Schutzmaßnahmen für Pflege und Betreuung: Teil-/Stationäre Einrichtungen und Mobile Dienste [2020]) auch tatsächlich

auch Konstellationen, in denen vom Heimträger ein Verdachtsfall und damit die Notwendigkeit einer Absonderung der Person schon deswegen angenommen wurde, weil eine Person längere Zeit außerhalb des Heims aufhältig war, insbesondere wegen stationärer Behandlung in einer Krankenanstalt oder beim erstmaligen Eintritt ins Heim („präventive Absonderung“²⁵). Bei diesen präventiven Absonderungen muss man die Frage stellen, warum eine Person aus Sicht des Heimträgers ein Verdachtsfall sein sollte, wenn dies aus Sicht der Gesundheitsbehörde nicht der Fall war (anders sah es bei Kontaktpersonen der Kategorie „K1“ bzw tw „K2“ aus, weil bei diesen auch epidemierechtlich eine Absonderung angeordnet werden sollte).

Die Umsetzung solcher nicht behördlich angeordneter Absonderungen konnte bei nicht unter die Anwendungsvoraussetzungen des HeimAufG fallenden Personen (dh insb nicht psychisch kranke oder geistig behinderte Personen²⁶) nicht einseitig durch den Heimträger erfolgen, hier bedurfte es einer privatrechtlichen Einigung mit der betroffenen Person.²⁷ Bei psychisch kranken oder geistig behinderten Heimbewohner*innen hingegen konnte eine Absonderung als Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG vorgenommen werden, allerdings nur dann, wenn ungeachtet der fehlenden behördlichen Absonderung eine ernstliche und erhebliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Betroffenen oder eines Dritten vorlag – etwa weil die Person nicht in der Lage war, grundsätzliche Schutzmaßnahmen einzuhalten.²⁸ Eine solche Vorgehensweise war insb bei Verdachtsfällen argumentierbar, bei der „präventiven Absonderung“ von neuen Heimbewohner*innen bzw Rückkehrer*innen ins Heim war die Annahme einer qualifizierten Gefährdung hingegen deutlich schwerer möglich. Interessanterweise wurden zwei Fälle, bei denen es um genau solche „präventiven Absonderungen“ ging und die beide im Frühling 2020 spielten, vom OGH durchaus unterschiedlich entschieden. Auf diese höchstgerichtliche Beurteilung wird unter 3. („Bisherige Rechtsprechung“) noch zurückzukommen sein.

eine präventive Absonderung bis zum Vorliegen eines Testergebnisses. *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (84) weist aber zutreffend darauf hin, dass eine Empfehlung für sich nicht die Grundlage einer Freiheitsbeschränkung bilden kann. Ebenso, mit ausdrücklichem Hinweis auf das PersFrBVG, auch *Strickmann*, Einzelisolierung ohne Absonderungsbescheid nach EpiG muss Zulässigkeitskriterien des HeimAufG einhalten (Anm zu OGH 7 Ob 151/20m), iFamZ 2020, 380 (381ff).

25 Zu diesen (vorsichtig zustimmend) *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (85). In den fachlichen Empfehlungen des Gesundheitsministeriums vom 21. 4. 2020 (*BMSGPK*, Empfehlung zu COVID-19 Schutzmaßnahmen für Pflege und Betreuung: Teil-/Stationäre Einrichtungen und Mobile Dienste [2020]) waren derartige präventive Absonderungen jedoch nicht vorgesehen.

26 Vgl § 4 Z 1 HeimAufG.

27 Sog Freiheitseinschränkung; dazu zB *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 134f.

28 Vgl zB *Zierl*, ÖZPR 2020, 82 (84); *Stadlberger*, ÖZPR 2020, 156 (157).

Fasst man somit die Rechtslage in der ersten Welle zusammen, standen jedenfalls „heimseitige“ Besuchsverbote rechtlich auf dünnen Beinen, ihre „besucherseitige“ Begründung aus den Ausgangsbeschränkungen wurde offenbar nicht erwogen. Das Zusammenspiel zwischen gesundheitsbehördlicher Absonderung und deren Durchsetzung auf Grundlage des HeimAufG bei davon erfassten Personen hat sich hingegen relativ schnell als „Lösungsmodell“ etabliert, wobei die Initiative allerdings primär von den Bewohnervertretungen ausging, die diesbezügliche gerichtliche Überprüfungen bewirkten. Darüberhinausgehend wurden Freiheitsbeschränkungen, die unter das HeimAufG fielen, aber auch gegenüber gesundheitsbehördlich nicht abgesonderten Personen angeordnet, wobei hier die Zulässigkeit deutlich diskussionswürdiger war (vgl auch noch unter 3. „Bisherige Rechtsprechung“). Allgemein kann festgehalten werden: Wie generell in der ersten Welle war die Rechtsunsicherheit beträchtlich, viele der durchgeführten Absonderungen waren weder epidemierechtlich noch heimaufenthaltsrechtlich „abgesichert“.

Die COVID-19-Lockerungsverordnung,²⁹ mit abnehmender „Lockerheit“ im Spätsommer 2020 in COVID-19-Maßnahmenverordnung umbenannt,³⁰ enthielt zum Thema Alters- und Pflegeheime genau einen Absatz, nämlich § 2 Abs 5, aus dem die grundsätzliche Zulässigkeit von Besuchen abzuleiten war:³¹ „Beim Betreten von Pflegeheimen, Krankenanstalten und Kuranstalten sowie beim Betreten von Orten, an denen Gesundheits- und Pflegedienstleistungen erbracht werden, hat der Betreiber bzw. Dienstleistungserbringer durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko zu minimieren.“ Über Absonderungsmaßnahmen enthielt sie keine Regelungen.

Mit der COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung vom 1. 11. 2020, BGBl II 2020/463 wurde dann erstmals für Krankenanstalten (§ 9) und Alters-, Pflege- und Behindertenheime (§ 10) eine umfassende Regelung COVID-19-relevanter Fragen auf Ebene einer epidemierechtlichen (primär auf das COVID-19-MG gestützten) Verordnung erlassen.³² Die einschlägigen Bestimmungen wurden in den zahllosen in der Zwischenzeit ergangenen neuen Maßnahmenverordnungen³³ zwar regelmäßig in Anpassung an die jeweiligen Entwicklungen geändert, blieben aber in ihrer Struktur erstaunlich stabil. Drei Aspekte dieses

29 Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung – COVID-19-LV), StF BGBl II 2020/197.

30 11. Nov zur COVID-19-LV, BGBl II 2020/407.

31 Zutreffend *Murko*, AnwBl 2020, 426.

32 Vgl dazu auch *Klaushofer* ua, Unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus (II), ZÖR 2021, 613 (638f).

33 COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (COVID-19-NotMV), StF BGBl II 2020/479; 2. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (2. COVID-19-SchuMaV), StF BGBl II 2020/544; 3. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (3. COVID-19-SchuMaV), StF BGBl II 2020/566; 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (2. COVID-19-NotMV), StF BGBl II 2020/598; 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (3. COVID-19-NotMV), StF BGBl II 2021/27;

Regelungsrahmens möchte ich hervorheben, wobei in einer Fußnote jeweils ihre Fundstelle von 1. 11. 2020 bis heute angegeben wird.

- Zum Ersten erfolgten Besuchsregelungen dahingehend, dass das Betreten von Alten-, Pflege- und Behindertenheimen überhaupt nur bestimmten Personen in bestimmter, tw als Höchstzahl festgelegter, Zahl unter bestimmten Voraussetzungen (insb Testung,³⁴ später 3G-Regel³⁵) erlaubt wurde. Großzügiger als diese Vorgaben durfte der Betreiber nicht sein.³⁶
- Zum Zweiten wurden Regelungen betreffend den Einlass von Bewohner*innen zur Neuaufnahme vorgesehen.³⁷
- Und zum Dritten wurde der Betreiber verpflichtet, „basierend auf einer Risikoanalyse ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes COVID-19-Präventionskonzept zur Minimierung des Infektionsrisikos auszuarbeiten und umzusetzen“. Dieses hat bestimmte demonstrativ aufgezählte Inhalte zu regeln, unter anderem „Regelungen zur Steuerung der Besuche“, „Regelungen über die Aufnahme und Wiederaufnahme von Bewohnern, die positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden“ und „Regelungen über organisatorische, räumliche und personelle Vorkehrungen zur Durchführung von Quarantänemaßnahmen für Bewohner“.³⁸

4. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-NotMV), StF BGBl II 2021/49; 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19-SchuMaV), StF BGBl II 2021/58; COVID-19-Öffnungsverordnung (COVID-19-ÖV), StF BGBl II 2021/214; 2. COVID-19-Öffnungsverordnung (2. COVID-19-ÖV), StF BGBl II 2021/278 (Umbenennung in 2. COVID-19-Maßnahmenverordnung [2. COVID-19-MV], BGBl II 2021/394).

34 Das Tragen einer speziellen Atemschutzmaske als anfangs noch vorgesehene Alternative zum negativen Test für Besucher*innen wurde mit der 3. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung vom 16. 12. 2020, BGBl II 2020/566, gestrichen.

35 Als Hinweis für Leser*innen, die in einer glücklicheren Zukunft mit fernen Erinnerungen an die Pandemie leben: „Getestet-Geimpft-Genesen“.

36 § 10 Abs 4 und 5 COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/463; § 10 Abs 2 und 7 COVID-19-NotMaV, StF BGBl II 2020/479; § 10 Abs 2 und 8 2. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/544; § 10 Abs 2 und 8 3. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/566; § 10 Abs 2 und 7 2. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2020/598; § 10 Abs 2 und 7 3. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/27; § 10 Abs 2 und 7 4. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/49; § 10 Abs 2 und 7 4. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2021/58; § 11 Abs 2 und 3 COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/214; § 10 Abs 1 2. COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/278 (Umbenennung in 2. COVID-19-MV mit BGBl II 2021/394).

37 § 10 Abs 3 COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/463; § 10 Abs 6 COVID-19-NotMaV, StF BGBl II 2020/479; § 10 Abs 6 2. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/544; § 10 Abs 6 3. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/566; § 10 Abs 5 2. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2020/598; § 10 Abs 5 3. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/27; § 10 Abs 5 4. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/49; § 10 Abs 5 4. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2021/58; § 11 Abs 7 COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/214; § 10 Abs 4 2. COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/27 (Umbenennung in 2. COVID-19-MV mit BGBl II 2021/394).

38 § 10 Abs 7 COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/463; § 10 Abs 10 COVID-19-NotMaV, StF BGBl II 2020/479; § 10 Abs 11 2. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/544; § 10 Abs 11 3. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2020/566; § 10 Abs 10 2. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2020/598; § 10 Abs 10 3. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/27; § 10 Abs 10 4. COVID-19-NotMV, StF BGBl II 2021/49; § 10 Abs 10 4. COVID-19-SchuMaV, StF BGBl II 2021/58; § 11 Abs 10 COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/214; § 10 Abs 6 2. COVID-19-ÖV, StF BGBl II 2021/278 (Umbenennung in 2. COVID-19-MV mit BGBl II 2021/394).

Dieser – in groben Zügen bis heute geltende – Rechtsrahmen soll nun also im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen. Die dabei zu untersuchenden Stichworte werden sein: Rechtscharakter des Präventionskonzepts – Quarantäne bzw Absonderung von Heimbewohner*innen und Rechtsschutz – Besuchsbeschränkungen und Rechtsschutz.

3. Bisherige Rechtsprechung

Davor aber möchte ich einen Überblick über die zentralen höchstgerichtlichen Entscheidungen geben, die bislang zum Thema Quarantäne und Besuchsbeschränkungen im Alters- und Pflegeheim ergangen sind:

Zwei dieser Entscheidungen betrafen das HeimAufG. Sie bezogen sich jeweils auf einen Sachverhalt aus dem Frühling 2020 und damit auf einen Zeitpunkt, als das Rechtsinstitut des Präventionskonzepts noch nicht vorgesehen war. Beide Entscheidungen betrafen Personen, die nach Krankenhausaufenthalten zurück in das Heim kamen und dort ohne gesundheitsbehördliche Anordnung, wie unter 2. dargestellt, „präventiv abgesondert“ wurden, dh in Quarantäne geschickt wurden. Die erste der beiden Entscheidungen, OGH 23. 9. 2020, 7 Ob 151/20m³⁹, erklärte eine solche auf ärztliche Anordnung verfügte Quarantäne über den Einzelfall hinaus grundsätzlich als zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 4 HeimAufG vorliegen. Für den konkreten Fall sprach der OGH zudem aus, dass die Quarantäne auf Grund der (damals) ungenauen Tests zum Nachweis einer Infektion, auf Grund des hohen Bewegungsdrangs des Bewohners bei gleichzeitiger Nichteinhaltung von Abständen und MNS-Trageverpflichtung und der besonderen Vulnerabilität anderer Heimbewohner*innen materiell zulässig war.⁴⁰

Die deutlich später ergangene zweite Entscheidung desselben Senats OGH 23. 6. 2021, 7 Ob 59/21h⁴¹, scheint auf den ersten Blick deutlich freiheitsbewusster als die erste zu sein. Man könnte vermuten, das läge am zeitlichen Abstand und der Kritik, die die erste Entscheidung erfahren hat.⁴² Der Sachverhalt betraf eine aus dem Krankenhaus, bei dessen Verlassen sie negativ auf SARS-CoV-2 getestet wurde, rücküberstellte Bewohnerin, die zehn Tage lang einer Einzelisolierung im Heim unterworfen wurde, die

39 Vgl iFamZ 2020, 380 (381ff) mit krit Anm *Strickmann*; JMG 2020, 233 mit zustimmender Anm *Grimm*; ÖZPR 2020, 184 mit krit Anm *Schweighofer*.

40 Kritisch insb *Strickmann*, iFamZ 2020, 380 (381).

41 iFamZ 2021 mit Anm *Strickmann* (im Druck); Zak 2021/452.

42 Vgl nochmals *Strickmann*, iFamZ 2020, 380 (381ff); *Schweighofer*, Freiheitsbeschränkung in Pflegeheimen im Zusammenhang mit COVID-19, ÖZPR 2020, 184 (186).

nach § 3 HeimAufG zu beurteilen war. Die Einzelisolierung hatte für die Betroffene auch klar negative psychische Folgen und war der Bewohnervertretung auch nicht entsprechend den Vorgaben des HeimAufG mitgeteilt worden. Diese Isolierung erfolgte auf Grund der im Heim angewendeten „Standard Operating Procedures“ (SOP) für einen solchen Fall. Der OGH entschied, dass die Voraussetzungen des § 4 HeimAufG aber nicht gegeben waren, und hielt fest, dass von der Bewohnerin keine „über die von jedem Menschen ausgehende Gefahr der Ansteckung mit COVID-19 ausging“ und dass gem § 4 Z 1 HeimAufG zwischen der psychischen Erkrankung oder geistigen Behinderung und dem Gefährdungspotenzial „ein unmittelbarer Konnex“ gegeben sein muss. Hierin lag auch möglicherweise ein tatsächlicher Unterschied zum ersten Fall: Im Gegensatz zum mobilen und ein riskantes Verhalten zeigenden Patienten des ersten Falls war die Bewohnerin im zweiten Fall kaum mobil. Das Erstgericht stellte zudem fest, dass ein Sachverständiger eine Isolierung für durchaus sinnvoll hielt, diese wäre aber durch eine 1:1-Betreuung während der Isolierung deutlich schonender durchführbar gewesen.

Die dritte Entscheidung, OGH 28. 4. 2021, 7 Ob 76/21h⁴³, betraf nicht das HeimAufG, sondern das UbG. Dennoch ist sie auch für Ersteres interessant: Sie betraf eine mit einer psychotischen Störung in einer Krankenanstalt untergebrachte Person, die Kontakt zu ihrem Freund haben wollte, was ihr aber unter Hinweis darauf, dass nach der damals geltenden 3. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung⁴⁴ erst nach sieben Tagen der Besuch einer Person möglich sei, verweigert wurde. Die Antwort des OGH war zweistufig: Zum einen hielt er fest, dass das Besuchsverbot, obwohl auf einer epidemierechtlichen Verordnung beruhend, dennoch eine besondere Vorschrift iSd § 34a UbG darstelle, welche daher im Rahmen der Zuständigkeit des Unterbringungsgerichts zur Kontrolle der „Beschränkung sonstiger Rechte“ vom Unterbringungsgericht überprüft werden kann – und zwar, wie ich ergänzen möchte, einerseits in Hinblick auf die korrekte Anwendung, und andererseits auch nach Art 89 B-VG in Hinblick auf seine Rechtmäßigkeit. Zum Zweiten hielt der OGH fest, dass das Erstgericht somit im konkreten Fall zu prüfen hätte, ob nicht doch eine der Ausnahmen nach der Verordnung anwendbar war („Lebenskrise“). Dies wurde vom Erstgericht im fortgesetzten Verfahren dann auch bejaht.⁴⁵

43 RdM-LS 2021/66; Zak 2021/300; ZfG 2021, 73; speziell zu den verfahrensrechtlichen Aspekten *Niernberger*; Sehnsucht in Corona-Zeiten - Gerichtszuständigkeit nach dem UbG bei Überprüfung von Maßnahmen nach der 3. COVID-19-Verordnung, JMG 2021, 66.

44 BGBl II 2020/566.

45 BG Innere Stadt Wien 16. 6. 2021, 77 Ub 473/20k.

Was man aus diesen Entscheidungen jedenfalls mitnehmen kann, ist, dass der OGH nicht von der Gesundheitsbehörde angeordnete Freiheitsbeschränkungen in Gesundheitseinrichtungen differenziert beurteilt: Zwar hält er diese bei Vorliegen ausreichender Gründe grundsätzlich für zulässig, ihrem pauschalen Einsatz steht er – im Einklang mit § 4 HeimAufG bzw § 3 UbG – aber kritisch gegenüber. Es bedarf jeweils einer Beurteilung des konkreten Einzelfalls, und zwar sowohl hinsichtlich der gewählten Art als auch der Durchführung der Freiheitsbeschränkung. Dies scheint auch die Linie zu sein, die die erstgerichtliche Rsp zum HeimAufG bzw UbG eingeschlagen hat bzw auf der sie dem OGH gefolgt ist.⁴⁶

Die genannten OGH-Entscheidungen stammen allerdings aus einer Zeit, als es das Präventionskonzept noch nicht gab. Zu klären ist nun, ob die Schaffung dieses Instruments Auswirkungen auf die vom OGH vorgenommene Beurteilung hat bzw auch umgekehrt, inwieweit die in der Rsp des OGH angestellten Überlegungen auch bei der Interpretation der Bestimmungen über das Präventionskonzept von Relevanz sind.

4. Zum Rechtscharakter des Präventionskonzepts

Zur Klärung dieser Fragen ist zuallererst die nach dem Rechtscharakter des Präventionskonzepts zu beantworten. Das steht durchaus in der Tradition des Medizinrechts, in dem der Rechtscharakter bestimmter Maßnahmen immer wieder von besonderer Bedeutung ist, man denke etwa an die Diskussion um die „Regeln“ der medizinischen Wissenschaft⁴⁷ oder die Anstaltsordnung in der Krankenanstalt.⁴⁸ Das Präventionskonzept ist vom Betreiber des Heims zu erlassen und ein Instrument, das im COVID-19-Maßnahmenrecht häufiger vorkommt: Die 2. COVID-19-Maßnahmenverordnung (bis zur Nov BGBl II 2021/394 noch als 2. COVID-19-Öffnungsverordnung bezeichnet) sieht ein solches etwa vor für

46 Die vom OGH an den Tag gelegte Zurückhaltung bei der Zulässigerklärung „präventiver“ Freiheitsbeschränkungen zeigt sich auch in der unterinstanzlichen HeimAufG-Rsp in den Jahren 2020 und 2021 (bis Ende Juni), wie sich aus einer mir von VertretungsNetz – Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung zur Verfügung gestellten anonymisierten Entscheidungsübersicht ergibt.

Zusammenfassend wurden behördlich angeordnete Quarantänemaßnahmen im Sinne einer (bloßen) epidemierechtlichen Absonderung ohne weitergehende Beschränkungsmaßnahmen als nicht dem HeimAufG unterliegend eingestuft, während präventive freiheitsbeschränkende Maßnahmen ohne ausreichenden Ansteckungsverdacht weiterhin den Zulässigkeitskriterien des § 4 (materiell) sowie §§ 5-7 HeimAufG (formell) genüge tun mussten. Dabei konnten häufig die Kriterien der materiellen Zulässigkeit iSd HeimAufG nicht nachgewiesen werden – oft fehlte es an einer hinreichend „ernstlichen und erheblichen Gefährdung“ bzw mangels Rückgriffs auf gelindere Mittel an der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung, sodass präventive Zimmerabsonderungen überwiegend als unzulässig gewertet wurden.

47 Vgl dazu nur mwN *Kopetzki*, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), *Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruches* (2010) 9.

48 Vgl die Darstellung und Nachweise bei *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 618f; *Larcher*, *Welche rechtliche Qualität haben Verhaltensvorschriften in Anstaltsordnungen von Krankenanstalten?* RdM 2012, 288 und überblicksmäßig *Stöger* in *GmundKomm* § 6 KAKuG Rz 3.

Seil- und Zahnradbahnen, Reisebusse und Ausflugschiffe im Gelegenheitsverkehr, Gastgewerbe, Beherbergung, Sportstätten sowie im Spitzensport, Einrichtungen nach Bäderhygienegesetz, Freizeiteinrichtungen, Arbeitsorte mit mehr als 51 Personen, Zusammenkünfte mit mehr als 100 Personen und schließlich – mit zusätzlichen Inhalten, die über die allgemeinen, in § 1 Abs 5 der Verordnung definierten, hinausgehen – für Krankenanstalten und Heime. Und dort wird vom Präventionskonzept verlangt, dass es „ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes Konzept zur Minimierung des Infektionsrisikos mit SARS-CoV-2“ enthält. Schon aus diesem systematischen Kontext wird klar, dass das Präventionskonzept ein „Drehbuch“ für Abläufe der zu seiner Erarbeitung verpflichteten natürlichen oder juristischen Person („Betreiber“) darstellt, aber diesen keine neuen Befugnisse einräumt. Mit anderen Worten: Im Präventionskonzept enthaltene Maßnahmen müssen solche sein, auf die Betreiber*innen bzw das für diese tätige Personal auch sonst im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit zurückgreifen können. Das sind einerseits zivilrechtliche Befugnisse einschließlich des Hausrechts, andererseits aber auch im Besonderen Verwaltungsrecht vorgesehene Befugnisse, wie etwa eine Ermächtigung zur Kontrolle von Nachweisen samt Datenverarbeitung⁴⁹, und schließlich speziell bei Pflegeheimen die Anwendung von Zwangsmaßnahmen nach HeimAufG – aber eben nur, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Mit anderen Worten: Es gibt nicht den geringsten Hinweis darauf, dass Einrichtungen mit dem Präventionskonzept ein Instrument in die Hand gegeben werden sollte, welches sie aus sich heraus mit zusätzlichen, einseitig durchsetzbaren Befugnissen ausstattet. Dies wäre auch bei einseitigen Zwangsmaßnahmen schwer vorstellbar, da diese nach herrschender Ansicht Privaten, von wenigen Ausnahmen etwa im Familienrecht⁵⁰ abgesehen, nur auf Grundlage einer staatlichen Beleihung mit Hoheitsgewalt, die mit einer entsprechend dichten staatlichen Aufsicht verbunden sein muss, zur Verfügung stehen.⁵¹ Gerade im Bereich des Heimaufenthaltsrechts liegt zwar hinsichtlich der Freiheitsbeschränkungen ein Fall der Beleihung vor, zugleich fehlt aber eine staatliche verwaltungsbehördliche Aufsicht; dafür besteht aber eine sehr hohe Kontrolldichte von Freiheitsbeschränkungen durch die ordentlichen Gerichte. Hinsichtlich der Anwendung des Präventionskonzepts sind aber, und zwar auch im Falle von Alters- und Pflegeheimen, keinerlei umfassende staatliche Aufsichtsmaßnahmen vorgesehen, die über „normale“ epidemierechtliche Aufsichtsbefugnisse der Gesundheitsbehörden hinausgehen, insb ist keine Vorabgenehmigung des Präventionskonzepts vorgesehen. Es gibt somit keinerlei Hinweis darauf, dass mit der Einführung des

49 Vgl § 4f EpiG.

50 Zum Ganzen eingehend *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004), insb 209 ff.

51 Zum Konzept der Beleihung *Wiederin*, Die Beleihung, in *Fuchs ua* (Hrsg) Staatliche Aufgaben, private Akteure. Band 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt (2017) 31; speziell zur Rechtslage betreffend Heimaufenthaltsgesetz *Stöger*, Überlegungen zur Beleihung in Anstalt und Heim, in FS Kopetzki (2019) 689.

Präventionskonzepts der Umfang der Beleihung der Heimträger (über die bestehenden Kompetenzen nach HeimAufG hinausgehend) erweitert werden sollte.

Aus all diesen Überlegungen folgt somit, dass das Präventionskonzept rechtlich ein „Plandokument“ der jeweiligen Einrichtungen ist, das interne Vorgaben machen soll, gegenüber Dritten – dazu gehören im Heim insb Patient*innen und Besucher*innen – aber keine eigenständigen Befugnisse einräumt. Die im Präventionskonzept vorgesehenen Maßnahmen müssen sich vielmehr auf Befugnisse stützen, die der Betreiber auf anderer Rechtsgrundlage – das Hausrecht und das HeimAufG wurden schon erwähnt – setzen darf. Hat man dies festgestellt, so wird hinsichtlich der Anwendung der Quarantäneregelungen für neu- oder wiederaufgenommene Bewohner*innen einerseits und Besuchsbeschränkungen andererseits einiges klarer – und zwar sowohl für Personen, die auf Grund ihres Zustands Freiheitsbeschränkungen nach dem HeimAufG unterworfen werden dürfen, als auch für solche, bei denen dies nicht der Fall ist.

Was bedeuten diese soeben angestellten Überlegungen nunmehr für die Regelung von „präventiven Absonderungen“ bei Personen ohne konkreten Infektionsverdacht einerseits und für Besuchsregelungen im Heim andererseits?

5. Präventionskonzept und Quarantäne

Zum Thema Neu- oder Wiederaufnahme von Bewohner*innen und Infektionsverdacht besteht seit der COVID-19-Notmaßnahmenverordnung vom 15. 11. 2020 eine weitgehend einheitliche Rechtslage: Neu aufzunehmende Bewohner*innen benötigten einen aktuellen negativen Test oder – in späteren Verordnungen – einen „3G-Nachweis“. Alternativ („oder“), dh wenn ein solcher Nachweis (insb auch wegen Erkrankung) nicht erbracht werden konnte, waren Vorkehrungen im Präventionskonzept zu treffen, und zwar einerseits „Regelungen über die Aufnahme und Wiederaufnahme von Bewohnern, die positiv auf SARS-CoV-2 getestet wurden“ und andererseits „Regelungen über organisatorische, räumliche und personelle Maßnahmen zur Durchführung von Quarantänemaßnahmen für Bewohner“ (auf diese Alternative wird noch zurückzukommen sein). Damit verbunden ist eine Verpflichtung des Betreibers des Heims, den Bewohner*innen einmal wöchentlich – freiwillige – Tests anzubieten, bei Bewohner*innen, die in der Zwischenzeit das Heim verlassen hatten, waren bzw sind höhere Frequenzen bzw anlassbezogene

Testungen vorgesehen. Dieses Gesamtkonzept blieb – von Fehlverweisungen, die als Redaktionsversehen erkennbar waren, abgesehen⁵² – seit Mitte November 2020 bis heute relativ stabil.

Eine wichtige, und für das Verständnis der Bestimmung wesentliche, Änderung erfolgte dann aber mit der 8. Novelle zur 2. COVID-19-Öffnungsverordnung, BGBl II 2021/394, mit der diese Verordnung in 2. COVID-19-Maßnahmenverordnung umbenannt wurde: Es wurde hinsichtlich des Wortes „Quarantänemaßnahmen“ klargestellt, dass damit solche nach § 7 EpiG gemeint seien. Somit geht es um die Absonderung „kranker, krankheitsverdächtiger oder ansteckungsverdächtiger Personen“, wobei der Begriff Quarantäne dies weiter einschränkt. Unter Quarantäne gestellt werden ansteckungsverdächtige Personen, während man bei Infizierten von Isolierung spricht.⁵³ Dieses Verständnis des Begriffs Quarantäne findet sich auch in den verbindlichen Internationalen Gesundheitsvorschriften,⁵⁴ aber auch im nationalen Recht in aus Anlass der COVID-Pandemie erlassenen Rechtsvorschriften.⁵⁵ Es passt auch zur Systematik des Präventionskonzepts, denn „Regelungen zum Verhalten bei Auftreten einer SARS-CoV-2-Infektion“ muss jedes Präventionskonzept, und nicht nur eines in einem Alters- und Pflegeheim, enthalten. Eines wird aber jedenfalls deutlich: Das Präventionskonzept soll offenbar im Regelfall nur die Absonderung ansteckungsverdächtiger (und infizierter) Personen ermöglichen, und das sind solche, die nach epidemiologischen Regelungen als solche einzustufen sind, im Regelfall durch die Gesundheitsbehörde. Liegen keine ausreichenden Hinweise auf eine mögliche Infektion vor, dann gilt für neu aufzunehmende bzw wiederaufzunehmende Personen im Heim die 3G-Regel. Der Wortlaut der Regelungen über das Präventionskonzept deckt sich daher mit den oben dargestellten Entscheidungen des OGH, die sich auf das Frühjahr 2020 bezogen: Ein Präventionskonzept darf keine Regelungen vorsehen, nach denen Personen im Alters- und Pflegeheim ohne Vorliegen eines konkreten, über das normale Risiko der „Einschleppung“ hinausgehenden Risikos pauschal in ihrer Freiheit beschränkt werden dürfen. Erfasst sind somit – was auch die Formulierung „oder“ in den Regelungen zum Ausdruck bringt – nur Fälle, in denen

52 In der 2. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl II 2020/598 kam es zur Übernahme der Verweisungen auf die Z 9 und 10 des Absatzes zum Präventionskonzept in § 10 aus der Vorgängerverordnung (3. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II 2020/566). Dabei wurde übersehen, dass auf Grund der Einfügung einer neuen Ziffer der entsprechende Inhalt in die Z 10 und Z 11 verschoben worden war. Der Fehlverweis blieb in der 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl II 2021/27 bestehen und wurde erst in der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung, BGBl II 2021/58 behoben.

53 ZB *Pschyrembel online*, Quarantäne, <https://www.pschyrembel.de/Quarantäne/K0J9T> (abgerufen am 20. 10. 2021). Aus der österr jurist Lit vgl *Cohen*, Isolation, Quarantäne, Coronapartys - Anwendbarkeit der §§ 178 f StGB bei Missachtung von COVID-19 Verkehrsbeschränkungen, JSt 2020, 204 (206).

54 Vgl § 1 Abs 1 (Begriffsbestimmungen) der Internationalen Gesundheitsvorschriften 2005, BGBl III 2008/98 idgF.

55 Vgl insb § 10 Z 3 des 1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetzes, StF BGBl I 2020/16: „...mit COVID-19 infizierte Personen oder solche, die wegen Kontakts mit infizierten Personen unter Quarantäne stehen...“. Vgl auch die §§ 4 und 6 der COVID-19-EinreiseV 2021, StF BGBl II 2021/276.

ein negativer Test bzw die 3G-Regel nicht ausreicht, weil das Risiko einer möglichen Infektion ein Ausmaß erreicht hat, bei dem die Gesundheitsbehörde nach § 7 EpiG tätig wird oder hätte tätig werden sollen oder bei dem nach sonstigen epidemierechtlichen Regeln – wie zB einer Einreiseverordnung – eine Quarantäne vorgeschrieben ist. In allen anderen Fällen dürfen und sollen zwar durchaus Schutzmaßnahmen vorgesehen werden, jedoch grundsätzlich nicht in der Dimension einer Absonderung dieser Person in einem abgeschlossenen Bereich, was klar dem Subsidiaritätsgebot des § 4 Z 3 HeimAufG entspricht.

Eine Ausnahme wäre allenfalls dort vorstellbar, wo das Verhalten einer psychisch kranken bzw geistig behinderten Person im Heim derart „risikoträchtig“ in Hinblick auf eine Ansteckung mit bzw die Verbreitung von COVID-19 ist, dass mangels gelinderer Mittel der Kontakt zu anderen Bewohner*innen zumindest zeitweise unterbunden werden muss. In allen Fällen ist aber jedenfalls eine Einzelfallprüfung des von einer Person ausgehenden Risikos durchzuführen, wobei einerseits die mit ihrer Aufnahme bzw Wiederaufnahme verbundenen Risikofaktoren, andererseits das Gefährdungspotenzial für die anderen Bewohner*innen zu berücksichtigen ist – wobei hier die Durchimpfungsrate eine wesentliche Rolle spielt.

Dieses Ergebnis gilt sowohl für psychisch gesunde als auch für psychisch kranke Personen iSd HeimAufG. Bei Letzteren ist in die Risikobewertung insb auch einzubeziehen, inwieweit diese bei gelinderen Maßnahmen – wie etwa dem Tragen einer Maske oder mehrfachen Testungen – mitwirken können. Kommt man zum Ergebnis, dass auf Grund der oben geschilderten Abwägung bestimmte Freiheitsbeschränkungen erforderlich sind, so sind die entsprechenden Freiheitsbeschränkungen, wie bereits einleitend dargestellt,⁵⁶ nach dem Regime des HeimAufG durchzuführen und dementsprechend auch gerichtlich überprüfbar.

Hinsichtlich allfälliger Absonderungsmaßnahmen gegenüber psychisch gesunden Personen besteht auf Grund des HeimAufG im Übrigen auch eine Rechtsschutzmöglichkeit „über die Bande“. Solche Personen können sich grundsätzlich bereit erklären, sich an gewisse freiheitsbeschränkende Maßnahmen (man spricht diesfalls auf Grund der Freiwilligkeit von Freiheitseinschränkungen⁵⁷) zu halten, aber mit zwei Einschränkungen: Einerseits sind diese auf ihr Verlangen zu beenden⁵⁸ (was freilich auch dazu führen

56 Oben „2. Die Entwicklung hin zum Präventionskonzept im Alters- und Pflegeheim“.

57 Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² 134ff, insb 137.

58 Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG II § 3 HeimAufG Rz 34 (Stand 1. 10. 2017, rdb.at). Grundsätzlich ist eine Einwilligung in eine Freiheitsentziehung auf eine bestimmte Zeit ohne Widerrufsmöglichkeit nach der strafrechtlichen

kann, dass sie dann das Heim wieder verlassen müssen und bis zum Ende des mit ihrer Person verbundenen besonderen Risikos nicht aufzunehmen bzw wiederaufzunehmen sind⁵⁹) und andererseits muss die Einwilligung frei von Willensmängeln im Sinne des § 90 StGB (Einwilligung des Verletzten)⁶⁰ zu Stande gekommen sein, da sonst das Vorliegen des Tatbildes des § 99 StGB (Freiheitsentziehung) zu prüfen wäre.⁶¹ Der Vorteil des Aufenthalts im Heim ist aber,⁶² dass dieses – „grobe“ – strafrechtliche Regime nur im Hintergrund und primär als Beurteilungsmaßstab eine Rolle spielt⁶³. Es hat nämlich jede psychisch nicht kranke Person ebenfalls die Möglichkeit, Freiheitsbeschränkungen – und damit auch die Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung – nach den Vorschriften des HeimAufG prüfen zu lassen. Sofern nämlich der Anwendungsbereich des HeimAufG im Sinne dessen § 2 eröffnet ist und eine (weit zu verstehende) Freiheitsbeschränkung iSd § 3 HeimAufG vorliegt, kann jede Person das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3, das heißt der unfreiwilligen Freiheitsbeschränkung, und des § 4, und damit auch des ersten Kriteriums des § 4 Z 1, das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung, prüfen lassen⁶⁴ – was dadurch erleichtert wird, dass Vertreter*innen und Vertrauenspersonen auch von freiwilligen Freiheitseinschränkungen von Heimbewohner*innen zu verständigen ist.⁶⁵ Auf diesem Wege kann mangels Vorliegen dieser Voraussetzungen auch eine nicht freiwillig erklärte Freiheitsbeschränkung einer psychisch nicht kranken Person für rechtswidrig erklärt werden, wofür es auch Beispiele aus der Rsp gibt.⁶⁶

Lehre denkbar (vgl mwN *Schwaighofer in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 99 Rz 26 [Stand 1. 6. 2016, rdb.at]). Im vorliegenden Zusammenhang wäre jedoch bei einer psychisch nicht kranken Person die Alternative der Überstellung zurück nach Hause möglich, wenn diese die weitere Kooperation verweigert.

59 Ganz allgemein im Kontext von COVID-19 auf die Möglichkeit der Kündigung des Heimvertrags bei einem die anderen Bewohner*innen gefährdenden Verhaltens hinweisend *Ganner/Pixner/Pfeil*, ÖZPR 2021, 20 (22).

60 Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung der Grundsätze des § 90 StGB auf andere Bereiche, wie etwa Freiheitsentziehungen, differenzierend *Schütz in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 90 Rz 15 (Stand 1. 5. 2016, rdb.at).

61 *Schwaighofer in Höpfel/Ratz*, WK² § 99 Rz 26.

62 Vgl demgegenüber die Situation bei der „privaten“ Freiheitsentziehung in der Familie, dargestellt bei *S. Lengauer*, Freiheitsentziehung zum Schutz vor vermeintlich hoher Ansteckungsgefahr, RdM 2020, 172.

63 Vgl dazu die eingehende Darstellung bei *Stadlberger*, ÖZPR 2020, 156 (159ff), der diverse rechtfertigende Überlegungen für die Sondersituation der COVID-19-Pandemie anstellt und dabei insb auch Empfehlungen des Gesundheitsministeriums (zu diesen schon oben 2. bei FN 24) berücksichtigt.

64 Dazu, mit Betonung auf der Prüfung der Voraussetzungen des § 3, zB *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 136.

65 § 6 Abs 2 und § 7 Abs 2 HeimAufG.

66 Für zwei rezente, COVID-19-bezogene Beispiele aus der Rsp zB BG Floridsdorf 21. 5. 2020, 70 Ha 1/20g, iFamZ 2021, 111 mit zustimmender Anm *Ganner*. Die psychisch gesunde Bewohnerin war mit Rundschreiben informiert worden, dass ein Verlassen des Heims zu einer 14-tägigen Quarantäne in ihrer Wohnung geführt hätte. *Ganner*, iFamZ 2021, 111 hält in seiner Anm treffend fest: „Allen war von vorneherein klar, dass die Antragstellerin bei klarem Verstand war. Dennoch war [die Behauptung einer Freiheitsbeschränkung nach dem HeimAufG] die einzige sinnvolle Möglichkeit zur Überprüfung der angeordneten und mit mehr oder weniger Zwang auch durchgesetzten Freiheitsbeschränkungen“. Auf diese Entscheidung gehen (anonymisiert) auch *Nebois-Zeman/Jacquemar*, COVID-19 aus Sicht der Bewohnervertretung nach HeimAufG, ÖZPR 2020, 180 (180f) näher ein. Ähnlich auch LG Wels 1. 7. 2020, 21 R 118/20g, iFamZ 2020, 316 (mit Anm *Ganner*): Prüfung einer Ausgangsbeschränkung auch für nicht psychisch kranken Bewohner im HeimAufG-Verfahren.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Präventionskonzept keine Grundlage für pauschale „präventive Freiheitsbeschränkungen“ zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 im Alters- und Pflegeheim bietet. Das Präventionskonzept vermittelt dem Träger vor allem keine eigenen Befugnisse, sondern erlaubt nur die Beschreibung von Vorgängen, die sich aus bereits bestehenden Befugnissen – insb der Möglichkeit der Durchführung von Freiheitsbeschränkungen nach HeimAufG – ergeben. Die (präventive) Absonderung einer Person ist daher grundsätzlich auch nur dort möglich, wo das Risiko einer möglichen Infektion dieser Person ein Ausmaß erreicht hat, bei dem die Gesundheitsbehörde nach § 7 EpiG tätig wird oder hätte tätig werden sollen oder bei dem nach sonstigen epidemierechtlichen Regeln – wie zB einer Einreiseverordnung – eine Quarantäne vorgeschrieben ist. Ausnahmsweise ist eine „präventive Absonderung“ zudem dann vorstellbar, wenn die betroffene Person trotz negativer Testung auf Grund ihres Verhaltens als derart „risikoträchtig“ in Hinblick auf eine Ansteckung oder Verbreitung von COVID-19 einzustufen ist, dass der Kontakt zu anderen Bewohner*innen vorübergehend unterbunden werden muss. Diesbezüglich ist jeweils eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen, in die auch die Möglichkeit der betroffenen Person zur Mitwirkung an gelinderen Maßnahmen (zB Testung, Tragen einer Schutzmaske) mit einzubeziehen ist.

6. Präventionskonzept und Besuchsbeschränkungen

In den beiden vorhergehenden Abschnitten wurden schon einige Eckpunkte der Funktion des Präventionskonzepts verdeutlicht. Nunmehr soll es abschließend um die Frage gehen, wie die Verpflichtung, dass ein solches „Regelungen zur Steuerung der Besuche, insbesondere Vorgaben zur Dauer der Besuche sowie Besuchsorte, verpflichtende Voranmeldungen sowie Gesundheitschecks vor jedem Betreten der Einrichtung“ zu enthalten hat, zu verstehen ist. MaW: Kann das Präventionskonzept spezifische Besuchsbeschränkungen bis hin zu Besuchsverboten enthalten?

Die genannte Bestimmung wurde, ebenso wie das gesamte Präventionskonzept, mit der COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung vom 1. 11. 2020, BGBl II 2020/463, geschaffen. Wie bereits erwähnt, bestand in der zuvor geltenden COVID-19-Lockerungsverordnung, später in COVID-19-Maßnahmenverordnung umbenannt, nur die lapidare Anordnung, dass „beim Betreten von Pflegeheimen, Krankenanstalten und Kuranstalten sowie beim Betreten von Orten, an denen Gesundheits- und Pflegedienstleis-

tungen erbracht werden, [] der Betreiber bzw. Dienstleistungserbringer durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko zu minimieren [hat]“, womit Besuche grundsätzlich möglich waren.⁶⁷ Auch bereits erwähnt wurde, dass mit Wien ein Bundesland ein Besuchsverbot explizit als Verordnung erließ. Ein Besuchsverbot von Heimbewohner*innen zur Gänze auf das Hausrecht des Trägers zu stützen, ginge, wie bereits oben ausgeführt, im Lichte des Art 8 EMRK zu weit, weil ein solches eine gesetzliche Grundlage (die dann durch eine Verordnung präzisiert werden kann) braucht. Gerade deswegen waren die Festlegungen der COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung so wichtig: Sie enthielten weitgehend klare Festlegungen für die zulässige Anzahl an Besucher*innen und allfällige Besuchsvoraussetzungen (Testung bzw später 3G-Regel), deren weitere Beschränkung aus Gründen des Gesundheitsschutzes der übrigen Heimbewohner*innen grundsätzlich (siehe sogleich) nicht möglich war – weshalb die Anzahl der erlaubten Besuche während der verschiedenen Phasen der Pandemie auch deutlich variierte. Dass dabei teilweise der Begriff „höchstens“ gebraucht wurde, eröffnete den Betreibern in Hinblick auf das verfügbare Platzangebot, etwa von Besucherzimmern, einen gewissen Spielraum.⁶⁸ Zugleich war aber klar, dass Regelungen, die strenger als die Verordnung waren, von einem Heimbetreiber nicht getroffen werden konnten – strengere Regelungen mussten vielmehr für einen Bezirk oder ein Bundesland durch eine eigene Verordnung erlassen werden, wenn die epidemiologische Lage dies erforderte.⁶⁹ Die entsprechenden Verordnungen können dann von den Betroffenen – also sowohl zu besuchende Personen als auch Besucher*innen – im Wege eines Individualantrags beim VfGH angefochten werden.

Alleingänge von Heimbetreibern sind hingegen ausgeschlossen. Im Gegensatz zum UbG, das Beschränkungen des Verkehrs mit der Außenwelt einschließlich Besuchsverböten in seinem § 34 Abs 2 ermöglicht,⁷⁰ kann ein Heimbetreiber nach dem HeimAufG nur Freiheitsbeschränkungen, nicht aber Beschränkungen des Verkehrs mit der Außenwelt, durchsetzen.⁷¹ Dementsprechend kann auch das Präventionskonzept nur solche Beschränkungen vorsehen, die der Betreiber auf anderer Rechtsgrundlage – also den

67 Vgl oben 2. bei FN 24.

68 Kritik daran, dass gerade die Eröffnung dieses Spielraums zu Konflikten mit Angehörigen der Bewohner*innen führen kann, äußern *Ganner/Pixner/Pfeil*, ÖZPR 2021, 20 (22).

69 Vgl etwa die besonders strenge Regelung im besonders betroffenen Bundesland Kärnten in der V des LH von Kärnten betr Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 in stationären Altenwohn- und Pflegeeinrichtungen ktn LGBl 2020/94; ähnlich § 1 der V des LH von Oberösterreich über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in besonders schützenswerten Einrichtungen (Oö. COVID-19-Maßnahmenverordnung - Besonders schützenswerte Einrichtungen) oö LGBl 2020/104.

70 Näher *Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012) Rz 567ff.

71 Dies folgt schon aus dem Begriff der Freiheitsbeschränkung, zu diesem zB *Bürger/Herdega* in *GmundKomm* § 3 HeimAufG Rz 1f; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 104ff.

Eine Ausnahme wird in der Rsp dort angenommen, wo die Besuchsbeschränkung dann auch dazu führt, dass ein*e Bewohner*in mangels Mobilisierung zum Verlassen des Gebäudes mit der besuchenden Person ganztags im Bett verbleiben

COVID-19-Maßnahmenverordnungen – ergreifen kann. Auch dies wird durch den Wortlaut der Verordnungen bestätigt, wenn dieser als Inhalte des Präventionskonzepts, wie bereits dargestellt, „Regelungen zur Steuerung der Besuche, insbesondere Vorgaben zur Dauer der Besuche sowie Besuchsorte, verpflichtende Voranmeldungen sowie Gesundheitschecks vor jedem Betreten der Einrichtung“ nennt, nicht aber die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von Besuchen.

Wie aber wäre vorzugehen, wenn ein Pflegeheimbetreiber in seinem Präventionskonzept doch über die Verordnung hinausgehende und somit strengere Besuchsbeschränkungen erlässt? Im Gegensatz zu Absonderungsmaßnahmen, die als Freiheitsbeschränkungen mit den Rechtsschutzmöglichkeiten des HeimAufG bekämpft werden können, ist dies bei Besuchsverboten grundsätzlich nicht möglich, da diese im Regelfall keine Freiheitsbeschränkung im Sinne des HeimAufG darstellen. Im Gegensatz zum UbG, in dem auch Besuchsbeschränkungen nach den §§ 38 und 38a überprüfbar sind, kennt das HeimAufG keinen Rechtsschutz gegen solche Maßnahmen, die ja auch nicht in seinen Anwendungsbereich fallen.

Rechtspolitisch ließe sich die Frage stellen, ob hier eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des HeimAufG vorgenommen werden sollte. Dies hätte dann nämlich zur Folge, dass Besuchsbeschränkungen im Wege des HeimAufG-Verfahrens (mit-)überprüft werden könnten, was sehr rasch und mit Unterstützung der Bewohnervertretung vor sich gehen könnte. Allerdings ist zugleich darauf hinzuweisen, dass das Thema Besuchsbeschränkungen erst durch COVID-19 besonders schlagend wurde, so dass die Frage zu stellen ist, ob diese außerhalb einer Epidemie wirklich von Bedeutung sein sollten. Zudem kommt bei Besuchsbeschränkungen auf Grundlage epidemierechtlicher Vorschriften einem Gericht – wie der einleitend erwähnte Fall zum UbG zeigt – auch nur die Rolle zu, die besuchsbeschränkende Verordnung auszulegen bzw allenfalls beim VfGH anzufechten.

Schon nach derzeitiger Rechtslage ist es freilich möglich, die Regelung von Besuchen näher gerichtlich prüfen zu lassen, nämlich auf Grundlage des Heimvertragsrechts. § 27d Abs 3 Z 4 KSchG verlangt, dass der Heimvertrag Feststellungen hinsichtlich des „Rechts auf Verkehr mit der Außenwelt, auf Besuch durch Angehörige und Bekannte und auf Benützung von Fernsprechern“ enthält, womit diesbezügliche Streitigkeiten im Rahmen eines entsprechenden Verfahrens, wenn auch zivilprozessual eher aufwändig,

muss. Diesbezüglich liegt dem Autor eine anonymisierte erstinstanzliche Entscheidung vor (aus Gründen des Datenschutzes wird hier keine GZ angegeben), in der es darum ging, dass eine Person auf Grund von COVID-Besuchsbeschränkungen nicht mehr von einer besuchenden Angehörigen in das Freie mitgenommen wurde und daher an den „ehemaligen“ Besuchstagen nicht mehr mobilisiert wurde. Die entsprechende Ausdehnung der „Bett-Tage“ wurde vom Gericht als Freiheitsbeschränkung gewertet.

geklärt werden können. Dies wäre derzeit auch der Weg, auf dem Besuchsbeschränkungen auf Grundlage eines Präventionskonzepts einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können.

Vor diesem Hintergrund wiederum erschiene es sinnvoll, jedenfalls bei psychisch kranken oder geistig behinderten Bewohner*innen Besuchsregelungen in das niederschwellig anzuwendende HeimAufG mit einzubeziehen. Unzureichende Besuchsmöglichkeiten können nämlich insb dann unmittelbare Auswirkungen auf die persönliche Freiheit haben, wenn Besucher*innen zur Mobilisierung der Patient*innen beitragen.⁷² Bei einem solchen Nahebezug zur Freiheitsbeschränkung wäre die Subsumtion der Überprüfung von Besuchsverboten unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 12 B VG („Gesundheitswesen“), auf den sich das HeimAufG stützt,⁷³ kompetenzrechtlich zumindest nicht völlig abwegig.

7. Das Medizinrecht und die „Wirklichkeit“

Die vorhergehenden Überlegungen haben im Kleinen etwas gezeigt, was sich bei den COVID-Maßnahmen insgesamt – insb im ersten Lockdown – auch im Großen deutlich abzeichnete: Regelmäßig bestand etwas mehr Freiheit, als das von manchen Akteur*innen vermittelt wurde.⁷⁴ Das gilt auch für das Präventionskonzept im Alters- und Pflegeheim: Bei genauerer Draufsicht zeigt sich, dass dieses keineswegs pauschale Beschränkungen der Bewegungsfreiheit oder des Besuchsrechts erlaubt. Vielmehr kann auch das Präventionskonzept nur Maßnahmen vorsehen bzw präzisieren, die sich aus anderen Rechtsgrundlagen – allen voran den COVID-19-Maßnahmenverordnungen einerseits und dem HeimAufG andererseits – ergeben. Zusammenfassend hat bei jedem Betroffenen stets eine Einzelfallbeurteilung des von ihm bzw von seinen Besucher*innen ausgehenden Risikos zu erfolgen.

Gegen dieses rechtsdogmatisch schlüssige und den Grundrechten der Bewohner*innen Rechnung tragende Ergebnis könnte man dennoch einwenden, dass sowohl die Heimaufenthaltsgerichte als auch die akademische Lehre – einschließlich des Vortragenden – die Herausforderungen der Pflegeheimwirklichkeit, gerade in Pandemiezeiten, unterschätzen: Begrenzte Personal- und auch Raumressourcen lassen

⁷² Siehe dazu den in der vorhergehenden FN dargestellten Fall.

⁷³ Vgl dazu das berühmte Erk VfGH G 208/02 VfSlg 16.929.

⁷⁴ Dazu näher etwa *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, diepresse.com/5802439/fake-laws-regierungswunsche-als-geltendes-recht-hingestellt (abgerufen am 20. 10. 2021); *Stöger*, Die Corona-Gesetzgebung: Brauchbare Substanz in schlechter Form, in ÖJK (Hrsg) Verfassungsfragen der Corona-Gesetzgebung (2021; in Druck) Abschnitt 2.

eine 1:1-Betreuung statt eines „Wegsperrens“ ebenso illusorisch erscheinen wie Einzelzimmerbelegungen zur möglichst weitgehend Reduzierung der „Mitisolierung“ von Zimmernachbar*innen.⁷⁵ Dies ist allerdings ein Vorwurf, der der Medizinrechtswissenschaft immer wieder gerade von den betroffenen Berufsgruppen und Einrichtungen gemacht wird, nämlich, dass sie die praktischen Herausforderungen teurerer Behandlungen, zunehmenden Personalmangels und immer älter werdender Patient*innen in ihrer rechtsdogmatischen Herangehensweise nicht ausreichend berücksichtigt. Dem ist zu widersprechen: Selbstverständlich haben sowohl die Gerichte als auch die Rechtswissenschaft derartige Aspekte im Auge zu behalten und insb bei Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen, zugleich ist es aber ihre ureigenste Aufgabe, den geltenden Rechtsbestand darzustellen bzw anzuwenden.⁷⁶ Dieser ist immerhin Ausdruck dessen, was das Parlament als gewählte Volksvertretung bzw die formal von dessen Vertrauen abhängige Verwaltung⁷⁷ als gebotenen Standard ansieht. Zugleich ist es so, dass dann, wenn dieser Standard in der Praxis kaum oder nicht erreichbar ist, dies erneut ein Auftrag an die politisch Verantwortlichen ist, für entsprechende Veränderungen zu sorgen: durch die Änderung von Rechtsgrundlagen, die Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Ausübung der Gesundheitsberufe oder das Bereitstellen zusätzlicher finanzieller Mittel. Gerade in diesem Spannungsfeld zwischen geltendem Rechtsbestand, dessen praktischer Bewährung und politischen Plänen ist es eine wesentliche Aufgabe der Medizinrechtswissenschaft, durch klare Analysen der Rechtslage Informationen bereitzustellen, die dann von den anderen „playern“ im Gesundheitswesen genutzt werden können.

⁷⁵ Auf dieses Auseinanderklaffen von Anspruch und Wirklichkeit weist bereits *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht² 145 treffend hin („Eine Schwierigkeit besteht darin, dass im fiktiven Idealzustand optimaler Heimausstattung, ambulanter Versorgung und personeller Ressourcen immer gelindere Alternativen [zu einer bestimmten Freiheitsbeschränkung] vorstellbar, diese aber nicht unbedingt real verfügbar sind“). Zugleich weist sie aber völlig zutreffen darauf hin (aaO 145f), dass die Verfügbarkeit gelinderer Alternativen jedenfalls am Maßstab des „heute üblichen internationalen Standard oder an zeitgemäßen Pflegeschlüsseln“ orientiert sein muss.

Allgemein zum Thema auch *Klaushofer/Kirchberger*, Gute Praxis in Alten- und Pflegeheimen, ÖZPR 2017, 107.

⁷⁶ Vgl dazu auch *Bürger/Herdega* in *GmundKomm* § 4 HeimAufG Rz 12, dort ua mit folgenden Aussagen: „Die Grundrechtsgewährung darf nicht an sachlichen und personellen Defiziten scheitern“ (unter Hinweis auf das LG Wels) sowie „mangelnde Finanzierungsbereitschaft des Einrichtungsträgers rechtfertigen keine Freiheitsbeschränkung“ (unter Hinweis auf LG Salzburg EFSlg 117.642). Vgl weiters *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 4 HeimAufG Rz 29 mwN (Stand 1. 10. 2017, rdb.at).

⁷⁷ Vgl das Misstrauensvotum nach Art 74 B-VG.

Einhaltung ethischer Richtlinien/Interessenkonflikt:

K. Stöger gibt an, dass kein Interessenkonflikt besteht. Bei Erstellung dieses Working Papers fand ein fachlicher Austausch mit dem Wiener Team von VertretungsNetz – Erwachsenenvertretung, Patienten-anwaltschaft, Bewohnervertretung, statt.

Ethische Standards:

Für diesen Beitrag wurden von dem Autor keine Studien an Menschen oder Tieren durchgeführt.

Literatur:

BMSGPK, Empfehlung zu COVID-19 Schutzmaßnahmen für Pflege und Betreuung: Teil-/Stationäre Einrichtungen und Mobile Dienste, Wien 2020.

Bürger/Herdega, HeimAufG, in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016).

Cohen, Isolation, Quarantäne, Coronapartys - Anwendbarkeit der §§ 178 f StGB bei Missachtung von COVID-19 Verkehrsbeschränkungen, *JSt* 2020, 204-209.

Ganner/Pixner/Pfeil, COVID-19 in der Pflege: ein Überblick, *ÖZPR* 2021, 20-25.

Hiersche/K. Holzinger/Eibl, Handbuch des Epidemierechts, Verlag Manz, Wien 2020.

Höllwerth, HeimAufG, in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz II (Stand 1. 10. 2017, rdb.at).

Hopf/Kathrein, Der Einfluss von Christian Kopetzki auf die Rechtsentwicklung im Unterbringungs- und Heimaufenthaltsrecht, in *FS Kopetzki*, 227-240, Verlag Manz, Wien 2019.

Kerschner, Patientenrechte und Behandlungsbegrenzung, in *Resch/Wallner* (Hrsg) Handbuch Medizinrecht, Kap. V.1., 3. Auflage, LexisNexis ARD ORAC, Wien 2020.

Klaushofer/Kirchberger, Gute Praxis in Alten- und Pflegeheimen, *ÖZPR* 2017, 107-109.

Klaushofer ua, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, *ZÖR* 2020, 649-771.

Klaushofer ua, Unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus (II), *ZÖR* 2021, 613-750.

Kneihs, Privater Befehl und Zwang, Verlag Österreich, Wien 2004.

Kopetzki, Behandlungen auf dem „Stand der Wissenschaft“, in *Pfeil* (Hrsg), Finanzielle Grenzen des Behandlungsanspruches, 9-47, Verlag Manz, Wien 2010.

- Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts, 3. Auflage, Springer Verlag, Wien – New York 2012.
- Kopetzki*, Patientenrechte in Österreich - Entwicklungen und Fehlentwicklungen, in *Kern/Kopetzki* (Hrsg), Patientenrechte und ihre Handhabung, 13-32, Schriftenreihe Colloquium, Band 13, Verlag Österreich, Wien 2006.
- Kopetzki*, Rechtspolitik der Zukunft - Medizinrecht, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), Rechtspolitik der Zukunft - Zukunft der Rechtspolitik. Texte zur Rechtspolitik, 221-276, Band 3, Springer Verlag, Wien – New York 1999.
- Larcher*, Welche rechtliche Qualität haben Verhaltensvorschriften in Anstaltsordnungen von Krankenanstalten? RdM 2012, 288-292.
- S. Lengauer*, Freiheitsentziehung zum Schutz vor vermeintlich hoher Ansteckungsgefahr, RdM 2020, 172-177.
- Murko*, Besuchsverbot in Krankenhäusern und Pflegeheimen ohne gesetzliche Grundlage, AnwBl 2020, 426.
- Nebois Zeman/Jacquemar*, COVID-19 aus Sicht der Bewohnervertretung nach HeimAufG, ÖZPR 2020, 180-184.
- Niernberger*, Sehnsucht in Corona-Zeiten - Gerichtszuständigkeit nach dem UbG bei Überprüfung von Maßnahmen nach der 3. COVID-19-Verordnung, JMG 2021, 66-67.
- Schütz*, § 90 StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Verlag Manz, Wien (Stand 1. 5. 2016, rdb.at).
- Schwaighofer*, § 99 StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Verlag Manz, Wien (Stand 1. 6. 2016, rdb.at).
- Schweighofer*, Freiheitsbeschränkung in Pflegeheimen im Zusammenhang mit COVID-19, ÖZPR 2020, 184-186.
- Stadlberger*, Strafrechtliche Haftung wegen COVID-19-Maßnahmen in Pflegeeinrichtungen, ÖZPR 2020, 156-160.
- Stöger*, Die Corona-Gesetzgebung: Brauchbare Substanz in schlechter Form, in *ÖJK* (Hrsg) Verfassungsfragen der Corona-Gesetzgebung, Linde Verlag, Wien 2021 (im Erscheinen).
- Stöger*, KAKuG, in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016).
- Stöger*, Krankenanstaltenrecht, Verlag Manz, Wien 2008.
- Stöger*, Überlegungen zur Beleihung in Anstalt und Heim, in FS *Kopetzki*, 689-703, Verlag Manz, Wien 2019.

Strickmann, Heimaufenthaltsrecht, 2. Auflage, Linde Verlag, Wien 2012.

Wallner, Medizinrecht, Verlag Manz, Wien 2019.

Wiederin, Die Beleihung, in *Fuchs* ua (Hrsg) Staatliche Aufgaben, private Akteure. Band 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt, 31-76, Verlag Manz, Wien 2017.

Zierl, Freiheitsbeschränkung und COVID-19, ÖZPR 2020, 82-85.

Internetquellen:

Meditz/Negwer (2020) Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt. Abrufbar unter diepresse.com/5802439/fake-laws-regierungswunsche-als-geltendes-recht-hingestellt. Zitiert am 20. 10. 2021.

Pschyrembel online (2021) Quarantäne. Abrufbar unter <https://www.pschyrembel.de/Quarantäne/K0J9T>. Zitiert am 20. 10. 2021.

Statistik Austria (2021) Betreuungs- und Pflegedienste. Abrufbar unter http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/sozialleistungen_auf_landesebene/betreuungs_und_pflegedienste/index.html. Zitiert am 20. 10. 2021.

Wiener Zeitung (2020) Zweite Welle trifft Alten- und Pflegeheime härter. Abrufbar unter <https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/chronik/oesterreich/2083009-Zweite-Welle-trifft-Alten-und-Pflegeheime-haerter.html>. Zitiert am 20. 10. 2021.

Autor:

Univ.-Prof. Dr. K. Stöger, MJur (Oxon)

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Wien, Schottenbastei 10-16, 1010 Wien;

Institut für Ethik und Recht in der Medizin, Universität Wien, Spitalgasse 2-4, Hof 2.8, 1090 Wien

E-Mail: karl.stoeger@univie.ac.at

ORCID-ID: 0000-0002-0294-2910