



universität
wien

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Univ. Prof. DDr. Christian Kopetzki

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Abteilung für Medizinrecht

Schottenbastei 10-16

A-1010 Wien

T +43 (1) 4277 35411 (Sekretariat)

T +43 (1) 4277 35412

F +43 (1) 4277 35419

christian.kopetzki@univie.ac.at

www.univie.ac.at/medizinrecht

An das
Präsidium des Nationalrates

katrin.kranzer@bmg.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

**Betreff: 194/ME 25. GP – BG, mit dem das
TuberkuloseG und das EpidemieG 1950 ge-
ändert werden**

Wien, am 2. 5. 2016

Begutachtung; Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum Begutachtungsentwurf einer Novelle des Tuberkulosegesetzes und des Epidemiegesetzes 1950 erlaube ich mir, wie folgt Stellung zu nehmen.

Die Stellungnahme erfolgt im eigenen Namen und nicht im Namen der Universität Wien.

Ich beschränke meine Ausführungen auf ausgewählte Punkte des Entwurfes hinsichtlich der freiheitsentziehenden Maßnahmen, die aus meiner Sicht verfassungsrechtliche Bedenken und/oder erhebliche Unklarheiten aufwerfen.

I. Allgemeines

1.1. Das Ziel, die freiheitsentziehenden Maßnahmen des TuberkuloseG (im Folgenden: TbG) und des EpidemieG (im Folgenden: EpG) in verfassungskonformer Weise zu reformieren, ist aus meiner Sicht uneingeschränkt **zu begrüßen**. Ein vergleichbarer Anpassungsbedarf besteht allerdings auch bei der Anhaltung nach dem GeschlechtskrankheitenG (§ 5).

1.2. Das im zweiten Abschnitt des Entwurfes zum TbG sowie in § 7 Abs 1a EpG vorgesehene Zusammenwirken der Bezirksverwaltungsbehörden mit den ordentlichen Gerichten wirft – nicht erst seit heute – verfassungsrechtliche Probleme unter dem Aspekt der **Gewaltentrennung** (Art 94 B-VG) auf. Zu diesem Prinzip gehört nach hA das grundsätzliche Verbot der wechselseitigen Kontrolle von Verwaltungsakten durch Justizakte (und umgekehrt), sofern verfassungsrechtlich nichts anderes vorgesehen ist.

Bisher konnte man die gerichtlichen Kontrollbefugnisse des UbG, des HeimAufG und auch des TbG betreffend freiheitsentziehende Maßnahmen unter Berufung auf den verfassungsrechtlich explizit verankerten Haftprüfungsanspruch des Art 6 PersFrG bzw Art 5 Abs 4 EMRK mit guten Gründen für zulässig halten (und zwar einschließlich anderer gerichtlicher Genehmigungsvorbehalte während des Freiheitsentzuges, die sich nicht auf eine nachträgliche Kontrolle beschränken; näher *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 1995, 211 ff, insb 218 ff, 222). Der neu formulierte Art 94 Abs 2 B-VG erlaubt einen „Instanzenzug“ von Verwaltungsbehörden zu den ordentlichen Gerichten anstelle einer Beschwerde an die Verwaltungsgerichte nun ausdrücklich. Wenn es sich – wie hier – nicht um Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung handelt, verlangt Art 94 Abs 2 B-VG zweiter Satz hierfür allerdings die Zustimmung der Länder. Ob die gerichtlichen Kontrollbefugnisse des TbG und des EpG als „Instanzenzug“ iSd Art 94 Abs 2 B-VG zu deuten sind, kann in diesem Rahmen nicht abschließend geklärt werden; auszuschließen ist dies aber nicht. Dieser Punkt würde zumindest eine nähere verfassungsrechtliche Prüfung verdienen.

1.3. Rechtspolitische Alternative wäre die Befassung der **Landesverwaltungsgerichte** als Kontrollinstanz, sowohl für die Anhaltung als solche als auch für vollzugsinterne Zwangsakte während des Freiheitsentzuges. Allerdings bedürfte es dann zusätzlicher verfahrensrechtlicher Sonderbestimmungen (vgl Art 136 Abs 2 B-VG), um den speziellen grundrechtlichen Vorgaben des Art 6 PersFrG bzw Art 5 Abs 4 EMRK zu entsprechen (insb hinsichtlich der dort vorgesehenen kurzen Entscheidungsfristen und der periodischen Überprüfungen bei Anhaltungen von unbestimmter Dauer gem Art 6 Abs 2 PersFrG).

1.4. Die aus dem UbG übernommene Bestimmung des § 13 Abs 2 TbG idF des Entwurfes, wonach **Beschränkungen von „Persönlichkeitsrechten“** nur zulässig sind, soweit sie „im Verfassungsrecht, in diesem Bundesgesetz oder in anderen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich vorgesehen sind“, hat schon im UbG erhebliche Auslegungsprobleme bereitet (vgl *Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrecht, 3. Aufl 2012, Rz 19; *ders*, Glosse zu OGH 7 Ob 119/14x RdM 2015, 74 f). Diese Klausel verbietet nämlich den Rückgriff auf „implizite“ Begründungen von Beschränkungen, ebenso die Anwendung des allgemeinen Rechtfertigungsgrundes des „rechtfertigenden Notstandes“ (weil gesetzlich nicht „ausdrücklich vorgesehen“). Dagegen wäre solange nichts einzuwenden, als das jeweilige Vollzugsrecht ausreichende Rechtsgrundlagen für die üblicherweise zu erwartenden – und wegen grundrechtlicher Schutzpflichten möglicherweise sogar unvermeidbaren – Rechtseingriffe und Zwangsmaßnahmen gegenüber den angehaltenen Personen enthält. Das trifft aber auf die rudimentären Vollzugsregeln des § 18 TbG meines Erachtens nicht zu (dazu unten V).

1.5. Die Formulierung in § 2 TbG, wonach sich auch bloß krankheitsverdächtige Personen iSd § 1 Abs 4 „bis zur Ausheilung der Tuberkulose“ einer ärztlichen Behandlung unterziehen müssen, ist sprachlich nicht geglückt: Für den Fall, dass der „Krankheitsverdächtige“ nicht krank ist, gibt es auch keine „Ausheilung“. Man sollte besser auf den Ausschluss des Krankheitsverdachts abstellen.

1.6. Nicht plausibel ist, weshalb sich auch bloß „**krankheitsgefährdete**“ Personen gem § 6 Abs 3 und 4 TbG einer Untersuchung unterziehen müssen, da der Schutzzweck des TbG nur auf den Schutz Dritter abzielt.

1.7. In § 9 Abs 1 Z 7 lit c TbG (Belehrung über Behandlungs- und Verhaltenspflichten durch die BVB) ist der **Verweis** auf § 6 Abs 5 (Obduktion) sinnlos; der Verweis auf § 7 Abs 3 geht überhaupt ins Leere, weil es keinen § 7 Abs 3 gibt.

II. Entscheidungsbefugnisse über die Anhaltung gem TbG

2.1. Der Entwurf hält an dem historisch tradierten Modell des Tuberkuloserechts fest, wonach im Regelfall (und im Gegensatz zum UbG) zunächst das ordentliche Gericht im außerstreitigen Verfahren über die „Zulässigkeit“ der Anhaltung entscheidet; die Anordnung der Anhaltung erfolgt erst in einem zweiten Schritt durch einen Verwaltungsakt der Bezirksverwaltungsbehörde (BVB), der freilich die vorangehende gerichtliche Zulässigerklärung zur Voraussetzung hat (sofern keine Soforteinweisung vorliegt). Dem Leiter der Krankenanstalt steht (anders als dem Abteilungsleiter nach dem UbG) keine Entscheidungsbefugnis zu; die Anstalt ist also bloße Vollzugseinrichtung. Damit steht im Einklang, dass auch die Entscheidung über die Beendigung der Anhaltung bei der BVB liegt (§ 17 Abs 1), wobei die BVB zur Aufhebung verpflichtet ist, sobald das Gericht die Unzulässigkeit ausspricht (in diesem Sinn zB § 17 Abs 3).

2.2. Leider wirft aber das **Zusammenspiel von BVB und Gericht** im Entwurf einige offene Fragen auf. Zum einen ist unklar, weshalb die bisherige Überschrift zu § 16 („Einweisung“) entfallen soll, obwohl es nach wie vor nur die BVB sein kann, die letztlich die „Einweisung“ (durch Bescheid) anordnet (so auch § 20 zur Soforteinweisung). Die Erläuterungen erwecken den Eindruck, als hätte die BVB nun keine eigene Entscheidungsbefugnis mehr (vgl EB 7, wonach die Einweisung nicht im „Ermessen“ der BVB stehe). Nimmt man das ernst, dann liefe die neue Rechtslage auf eine gerichtliche „Anordnung“ der Einweisung hinaus, die von der BVB lediglich vollstreckt wird. Bei dieser Variante würde ein eigenes Verwaltungsverfahren inkl Bescheiderlassung nach dem AVG seitens der BVB überhaupt entfallen.

Diese Deutung verbietet sich aber aus einer Reihe von Gründen: Erstens wäre dann der Akt der Anhaltung insgesamt der Justiz zuzurechnen; dann wäre aber die Befugnis der BVB zur „Beendigung“ der Anhaltung (vgl nur § 17 Abs 1) in klarem Widerspruch zu Art 94 B-VG, weil das auf die Aufhebung eines Justizaktes durch die BVB hinauslaufen würde. Zweitens handelt es sich bei den Gerichtsbeschlüssen nach §§ 14 ff ja weiterhin um bloße Entscheidungen über die „Zulässigkeit“ der Anhaltung, mithin also um Feststellungsentscheidungen. Eine Feststellungsentscheidung ist aber keiner Vollstreckung zugänglich (OGH 5 Ob 84/98h; mwN *Kopetzki*, Grundriss Unterbringungsrecht Rz 784).

Es wäre daher der Rechtsklarheit eher dienlich, an **der klaren Verankerung einer Einweisungsbefugnis durch die BVB** festzuhalten. Dass die BVB insofern kein „Ermessen“ hat, steht damit nicht im Widerspruch; die gerichtliche Zulässigerklärung verleiht ihr ledig-

lich die Ermächtigung zur Einweisung, die die BVB – wenn die Voraussetzungen im Entscheidungszeitpunkt tatsächlich noch vorliegen – nach eigener Beurteilung vorzunehmen hat. Wenn sich jedoch die Voraussetzungen seit der gerichtlichen Zulässigerklärung geändert haben, dann dürfte die BVB die Einweisung hingegen nicht mehr anordnen (bei einer bloßen Vollstreckungshandlung müsste darüber hingegen neuerlich das Gericht entscheiden!).

Überdenken sollte man aus denselben Überlegungen auch die Formulierung, wonach das Gericht die Anhaltung „**zu beenden**“ hat (§ 17 Abs 3 und 4). Wenn das Gericht stets nur über die „Zulässigkeit“ zu entscheiden hat, dann kann es auch nicht über die „Beendigung“ unmittelbar entscheiden. Vielmehr müsste die Entscheidung über die „Beendigung“ durchwegs als Befugnis der BVB ausgestaltet sein, wozu die BVB nach gerichtlicher Unzulässigerklärung dann auch verpflichtet ist (so auch in § 17 Abs 1). Wozu es dann noch eines „deklarativen“ Beschlusses des Gerichts über die Beendigung der Anhaltung bedarf (so EB 7), ist nicht einzusehen, da ja das Gericht die Anhaltung auch gar nicht „angeordnet“ hat. Wichtiger wäre eine sofortige **Verständigungspflicht** des Gerichts gegenüber der BVB im Fall der Unzulässigerklärung, damit die Anhaltung möglichst umgehend beendet werden kann (vgl in diesem Sinn etwa § 29 Abs 3 UbG).

2.3. Über das maßgebliche **Verfahrensrecht bei der Einweisung** schweigt der Entwurf. Es ist daher davon auszugehen, dass im Regelfall das AVG anzuwenden und mit Bescheid zu entscheiden ist (in diesem Sinn auch EB 9). Bei der Soforteinweisung gem § 20 kommt allenfalls auch ein Mandatsbescheid oder ein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangsgewalt in Betracht.

Wendet man – mangels verfahrensrechtlicher Sonderbestimmungen – das AVG an, dann stellt sich beim **Mandatsbescheid** gem § 57 AVG aber das Problem, dass die dort vorgesehene „Vorstellung“ mit dem parallel möglichen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten konkurriert. Das ist nicht nur sinnwidrig, sondern auch wegen Art 94 B-VG unhaltbar. Hier bedürfte es einer prozeduralen lex specialis zu § 57 AVG.

2.4. Die Voraussetzungen der Anhaltung werden in § 14 erkennbar als „**Rechtsfolge**“ (vgl auch EB 4) für die **Nichtbefolgung von Verhaltenspflichten** nach einer entsprechenden „**Belehrung**“ (gem § 9 Abs 1 Z 7) formuliert (arg „verstößt“ eine Person trotz Belehrung „gegen die ihr obliegenden Pflichten“). Die durch dieses Verhalten ausgelöste Gefährdung Dritter genügt also für sich genommen nicht, solange diese nicht auf einer Verletzung der „Pflichten“ zurückzuführen ist. Das wirft aber das Problem auf, dass immer dann, wenn der Betroffene nicht einsichts- und urteilsfähig ist, ihm auch kein Zuwiderhandeln gegen „Verhaltenspflichten“ vorgeworfen werden kann (vgl zur verwandten Thematik der straßenpolizeilichen Blutabnahme bei handlungsunfähigen Bewusstlosen *Kopetzki*, RZ 1985, 53 f; VfSlg 11.923/1988). Denn handlungsunfähige Personen sind keine tauglichen Adressaten von „Verhaltenspflichten“, zumal dann nicht, wenn deren Nichtbefolgung eine Anhaltung nach sich zieht. Folglich könnte bei handlungsunfähigen Tbc-Kranken auch keine Anhaltung angeordnet werden (§ 15 Abs 2 betreffend psychisch Kranke setzt das hingegen erkennbar voraus).

Für den Schutz der öffentlichen Gesundheit kann es aber jedenfalls keinen Unterschied machen, ob die Gefährdung von handlungsfähigen oder nicht handlungsfähigen Kranken ausgeht. Es empfiehlt sich daher, die Zulässigkeitskriterien der Anhaltung vom „Verstoß“ gegen Verhaltenspflichten abzukoppeln oder zumindest klarzustellen, dass die Anhaltung bei entsprechender Gefährdungslage auch dann zulässig ist, wenn der Betroffene nicht einsichts- und urteilsfähig ist.

2.5. Der Inhalt des **§ 21 TbG aF** wird durch den Entwurf nicht angetastet. Er regelt aber ebenfalls die „Soforteinweisung“ und konkurriert daher mit dem neuen **§ 20 TbG**. Allerdings sieht er abweichende Regelungen vor, insb eine (wegen Art 6 PersFrG verfassungswidrige) dreiwöchige Frist für die gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung (**§ 21 Abs 3**). Meines Erachtens müsste **§ 21 TbG** aufgehoben werden.

2.6. Die Soforteinweisung nach **§ 20 TbG** bezieht sich auch auf Personen gem **§ 1 Abs 3** mit „**nicht ansteckender**“ **TbC**. Das Vorliegen einer „unmittelbaren und akuten Gefahr“ für eine Ansteckung Dritter (vgl **§ 20 Abs 1**) ist bei dieser (nicht ansteckender) Personengruppe begrifflich nicht vorstellbar.

III. Verfahrensrechtliche Aspekte

3.1. Die Möglichkeit, gem **§ 15 Abs 3 TbG** von einer **persönlichen Anhörung** im gerichtlichen Verfahren „insbesondere abzusehen“, wenn eine Gesundheitsgefährdung Dritter „nicht ausgeschlossen werden kann“, erscheint im Hinblick auf die Verfahrensgarantien des Art 6 PersFrG bzw Art 5 Abs 4 EMRK bedenklich (zum obligaten Anhörungsrecht im Haftprüfungsverfahren mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 344 ff). Dazu kommt, dass die Reichweite dieser Ausnahme besonders umfassend, inhaltlich aber vage formuliert ist (arg „insbesondere“; „nicht ausgeschlossen“). Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit läge es nahe, **gelindere Mittel** zur Vermeidung einer Ansteckungsgefahr im Gesetz zu verankern (zB technische Kommunikationsmittel), statt das persönliche Gehör gänzlich preiszugeben (vgl in diesem Sinn auch die EB 6 f).

3.2. Bei einer **Soforteinweisung** gem **§ 20 TbG** hat die BVB längstens binnen drei Tagen nach „Vollzug der Einweisung“ (also nach dem tatsächlichen Beginn der Anhaltung) die Feststellung der Zulässigkeit bei Gericht zu beantragen (**§ 20 Abs 2 Z 1**); das Gericht hat binnen einer Woche ab Einlangen des Antrages zu entscheiden (**§ 20 Abs 2 Z 2**). Der Abstand zwischen Beginn des Freiheitsentzuges und der gerichtlichen Entscheidung kann demnach 10 Tage (und wegen des Postenlaufs unter Umständen noch mehr) betragen. Das widerspricht der **einwöchigen Frist des Art 6 Abs 1 PersFrG**. Es mag zwar zutreffen, dass diese Frist nur bei einem Haftprüfungsantrag des Betroffenen anwendbar ist (und nicht bei einer Verfahrenseinleitung durch die BVB); da der Betroffene selbst aber im Kontext des **§ 20** gar kein eigenes Antragsrecht hat, ist die Entscheidung des Gerichts binnen Wochenfrist nicht ausreichend gewährleistet.

Für den Fall, dass die BVB (widerrechtlich) keinen Antrag an das Gericht stellt, sollte in § 20 Abs 2 ein **Antragsrecht des Betroffenen** verankert werden,

Neuerlich sei darauf hingewiesen, dass § 21 Abs 3 TbG (alte Fassung) – im Gegensatz zum neuen § 20 Abs 2 Z 2 – bei der Soforteinweisung eine dreiwöchige Entscheidungsfrist für das Gericht vorsieht, die dem Art 6 Abs 1 PersFrG noch weniger gerecht wird (siehe oben 2.5.).

3.3. Die Zuständigkeit des Gerichts zur Entscheidung über die „Zulässigkeit der Anhaltung“ wirft die aus dem UbG bekannte Streitfrage auf, ob das Gericht die Anhaltung nur „pro futuro“ zu prüfen hat, oder ob die gerichtliche Kontrolle den **ganzen Zeitraum der Anhaltung** ab ihrem Beginn abdecken muss. Nur die zweite Variante ist verfassungskonform (mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 337 ff). Diese umfängliche gerichtliche Kognitionsbefugnis ist im Entwurf nicht klar sichergestellt. Denn das im Vorfeld gem § 14 entscheidende Gericht kann zwangsläufig nur über die Zulässigkeit der künftigen Anhaltung entscheiden. Und bei der gem § 17 ex post eintretenden gerichtlichen Kontrolle spricht der Gesetzestext regelmäßig von der gerichtlichen Entscheidung über die „Beendigung der Anhaltung“ (zB § 17 Abs 3 und 4). Die Entscheidung über die – von der betroffenen Person zu beantragende – „Beendigung der Anhaltung“ gem § 17 Abs 4 impliziert aber gerade keine rückblickende Entscheidung über die bisherige Zulässigkeit der Anhaltung, sondern lediglich über die Zulässigkeit der Fortsetzung (oder eben „Beendigung“) der Anhaltung. Diese Einschränkung wäre verfassungswidrig.

IV. Sonderfall Konkurrenz TbG/UbG

4.1. § 15 Abs 2 sieht Sonderbestimmungen für den Fall vor, dass bei einer Person „zugleich die Voraussetzungen für eine Anhaltung“ nach TbG und UbG vorliegen. Diesfalls soll über die Anhaltung nach den Regeln des TbG entschieden werden. Zusätzlich wird allerdings auf das gesamte Vollzugsrecht des UbG (§§ 33 bis 39b) verwiesen sowie eine Betrauung der Patienten-anwaltschaft vorgesehen.

4.2. Fraglich ist zunächst, **welches Organ in welchem Verfahren die Feststellung trifft**, dass tatsächlich die Anhaltungs Voraussetzungen nach **beiden** Gesetzen vorliegen. Dafür kommt nach dem Konzept der vorgeschlagenen Regelung wohl nur das Gericht in Frage, das in einem Anlassfall – sei es nach einer Einweisung nach TbG oder in Folge eine Unterbringung nach UbG – damit befasst wird. Denn abgesehen vom örtlich zuständigen Gericht ist sonst kein Organ ersichtlich, das für beide Bereiche zuständig wäre. Nimmt man diese Voraussetzung beim Wort, dann müsste das Gericht sowohl die Kriterien nach UbG als auch jene nach TbG prüfen (einschließlich der Bestellung entsprechend qualifizierter Sachverständiger aus beiden Sachbereichen).

Dieses Szenario ist gewiss vorstellbar, führt aber zur weiteren Frage, ob das gleichzeitige Vorliegen der Voraussetzungen nach UbG und TbG **periodisch bzw fortlaufend geprüft werden** muss. Dafür spricht, dass die Sonderregel des § 15 Abs 2 TbG ja auch nur solange zum Tragen kommen kann, als tatsächlich beide Anhaltungs Voraussetzungen gegeben sind,

also einerseits die TbC-Gefährdung Dritter gem TbG, andererseits kumulativ eine psychische Krankheit und Selbst- bzw Fremdgefährdung nach dem UbG. Da das UbG ganz andere Anhaltungsfristen vorsieht, würde das zu einem chronischen „doppelten“ Verfahrensaufwand führen. Die Erläuterungen sind in diesem Punkt besonders unklar, weil sie den Eindruck erwecken, als wären die Anhaltungsvoraussetzungen nach dem UbG bei allen „nicht einsichts- und urteilsfähigen Tuberkulosekranken“ erfüllt (EB 6). Richtigerweise spielt das Kriterium der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ als Unterbringungs Voraussetzung iSd UbG aber gar keine Rolle: maßgeblich sind die psychische Krankheit und die Gefährdung.

4.3. De lege ferenda könnte überlegt werden, ob sich das angestrebte Regelungsziel – nämlich Vorrang der Anhaltung in einer „Lungenfachabteilung“ auch bei (im Sinne des UbG) untergebrachten Patienten – nicht legislativ einfacher realisieren lässt: Gäbe es eine – auch für andere Krankheitsfälle dringend nötige – klare gesetzliche Regel, dass jene UbG-Patienten, **die vorübergehend einer stationären Behandlung in einer anderen Fachabteilung** oder Krankenanstalt benötigen, in diese andere Einrichtung überstellt werden können, ohne ihren Status als „Untergebrachte“ zu verlieren, dann könnte auf diesem Weg auch die Anhaltung in einer Lungenheilanstalt vollzogen werden. Zugleich wäre damit klargestellt, dass das Vollzugsrecht des UbG (wie von § 15 Abs 2 intendiert) sowie die Zuständigkeit der Patientenanwaltschaft auch in der anderen Anstalt aufrecht bleibt. Man müsste lediglich sicherstellen, dass eine Anhaltung in der Lungenheilanstalt nur dann zulässig ist, wenn auch die Kriterien des TbG vorliegen. Diese Regelung hätte den Vorteil, dass sie auch bei anderen als infektiösen Krankheiten angewendet werden könnte (ähnlich wie bei § 71 StVG).

V. Vollzugsrecht des TbG

5.1. § 18 TbG betreffend Beschränkungen während der Anhaltung regelt (unter der irreführenden, weil zu engen Überschrift „Beschränkungen der Bewegungsfreiheit“) **ausschließlich Beschränkungen der „Freiheit der Bewegung“ und des „Verkehrs mit der Außenwelt“**. Es kann aber mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass sich bei längerdauernden Anhaltungen noch zahlreiche sonstige – mehr oder weniger plausible – Notwendigkeiten für Rechtseingriffe ergeben werden; man denke etwa an die Durchsuchung auf gefährliche Gegenstände, die Kontrolle von Paketen, den Gebrauch von Mobiltelefonen uam. Dass die Determinierungsdichte des § 18 hier sogar hinter jener des bisherigen § 19 TbG zurückbleibt, wäre nur dann hinnehmbar, wenn für sonstige Eingriffe und Beschränkungen tatsächlich keinerlei Bedarf besteht. Andernfalls nimmt man sehenden Auges in Kauf, dass solche Maßnahmen dann dennoch – illegal – stattfinden; die Anstaltsordnung könnte die fehlende gesetzliche Grundlage schon deshalb nicht ersetzen, weil sie im Stufenbau der Rechtsordnung unterhalb der Gesetze steht und daher ihrerseits keine Grundlage für die Einräumung weitergehender Zwangsbefugnisse hätte (ganz abgesehen von der „Sperrwirkung“ des § 13 Abs 2 des Entwurfes, der ohnehin alle Beschränkungen verbietet, die nicht „ausdrücklich“ gesetzlich vorgesehen sind).

5.2. Dazu kommt, dass auch die **Befugnisse nach § 18 TbG nicht sehr klar** geregelt sind: Zunächst werden Beschränkungen des „Verkehrs mit der Außenwelt“ grundsätzlich zugelassen; der nächste Satz nimmt davon aber die „Kommunikation mit der Außenwelt“ wieder aus, sofern es sich nicht um den „persönlichen Verkehr“ handelt. Darunter sind wohl Besuche zu verstehen. Wenn man die Wendungen „Kommunikation mit der Außenwelt“ und „Verkehr mit der Außenwelt“ gleichsetzt (was freilich auch nicht eindeutig ist), dann wären – abgesehen von Bewegungsbeschränkungen – ausschließlich Beschränkungen des Besuchsverkehrs zulässig. Paketkontrollen (auch bei potenziell infektiösem Inhalt), Personendurchsuchungen (zB auf gefährliche Objekte), Einschränkungen des Telefonverkehrs (Handy!), der vorübergehende Entzug der Privatkleidung oder anderer persönlicher Gegenstände (zB bei Infektiosität) uam wären hingegen schlechthin unzulässig.

5.3. Selbst jene Bewegungsbeschränkungen und Besuchsbeschränkungen, die von § 18 grundsätzlich zugelassen werden, unterliegen den eng formulierten Voraussetzungen des § 18 Abs 1: Sie müssen **„zur Sicherung des Zwecks der Anhaltung“** (das ist gem § 14 ausschließlich der Gesundheitsschutz Dritter) oder zur **„Hintanhaltung einer Gesundheitsgefährdung anderer Personen in der Krankenanstalt“** notwendig sein. Das ist an sich klar formuliert; man muss sich aber dessen bewusst sein, dass so alltägliche – und zum UbG mehrfach vom OGH entschiedene (vgl zB 7 Ob 229/09s) – Konflikte wie die Störung der Nachtruhe durch ständiges Telefonieren oder das Versenden intimer Fotos von Mitpatienten mittels Mobiltelefonen nach außen mit dieser Regelung nicht bewältigt werden können.

5.4. Gravierend fällt weiters ins Gewicht, dass auch die **Rechtsschutzmöglichkeiten** des TbG auf diese beiden Arten von Beschränkungen (Bewegungsfreiheit, Besuch) limitiert sind. Werden dennoch (rechtswidrig) andere rechtseingreifende Maßnahmen gesetzt, dann sind diese zwar illegal, eröffnen aber dennoch keinen Rechtsweg zum Gericht. Das widerspricht dem Art 13 EMRK. In diesem Zusammenhang darf daran erinnert werden, dass der Gesetzgeber im UbG das gleichgelagerte Rechtsschutzdefizit in der Unterbringung durch die Schaffung des § 34a UbG gelöst hat, indem er in der UbG-Nov 2010 eine Generalklausel für die Kontrollzuständigkeit des Gerichts für sonstige Eingriffe in Rechte vorsah. Allerdings sollte man diese Generalklausel – anders als in § 34a UbG – nur auf die Gerichtszuständigkeit beziehen, nicht hingegen mit einer Generalklausel hinsichtlich sonstiger Rechtseingriffe verknüpfen, weil dies den rechtsstaatlichen Determinierungsgeboten nicht entspricht. Typische und vorhersehbare Problemlagen während der Anhaltung erfordern auch eine entsprechende Typisierung und Ausformulierung der dagegen möglichen Zwangsmaßnahmen (vgl zum § 34a UbG auch *Kopetzki*, Die UbG-Novelle 2010, RdM 2011, 68, insb 72 ff).

5.5. Dass der Entwurf keine Sonderbestimmungen für die **Heilbehandlung** in der Anhaltung vorsieht, scheint zunächst konsequent, da insoweit auch keine – in subjektive Rechte eingreifende – Zwangsbehandlung vorgesehen ist (so explizit auch EB 8). Den Kranken treffen zwar weiterhin die Duldungspflichten gem § 2 TbG. Die Folge der Verweigerung dieser Pflicht ist aber eben nicht die zwangsweise Durchführung der Behandlung, sondern die Anhaltung. Da diese Anhaltung für sich genommen ausreicht, um den Schutz Dritter zu gewähr-

leisten, bedarf es auch keiner weitergehenden Zwangsermächtigung. Das rechtfertigt es aber nicht, auch im Hinblick auf die Heilbehandlung auf einen gerichtlichen Rechtsschutz zu verzichten, weil es ja nicht ausgeschlossen ist, dass eine zwangsweise Behandlung dennoch widerrechtlich stattfindet. Umso nötiger wäre ein entsprechender Rechtsweg.

Nur angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass die Erläuterungen auf S 8 offenbar davon ausgehen, dass – anders als im TbG – bei Anwendung des UbG (einschließlich der „kumulativen“ Fälle des § 15 Abs 2 TbG) bei psychisch Kranken sehr wohl eine „Zwangsbehandlung“ gegen den Willen des einsichtsfähigen Patienten zulässig sei (arg „bei einem psychisch kranken Tuberkulosekranken kann hingegen ...“). Das trifft aber nicht zu, weil auch der einschlägige § 36 Abs 1 UbG eine Heilbehandlung untergebrachter und einsichtsfähiger psychisch Kranker nur mit deren Zustimmung erlaubt (vgl zu dieser Auslegung des § 36 Abs 1 UbG nun OGH 7 Ob 168/15d, dort auch zur Notwendigkeit einer gerichtlichen Überprüfungszuständigkeit bei – rechtswidrigen – Heilbehandlungen bei einsichtsfähigen Patienten).

5.6. Wenn es sich um einen **Fall des § 15 Abs 2 TbG** handelt, gilt für den Angehaltenen hingegen das „normale“ Vollzugsrecht des UbG, also auch der Rechtsschutz gem § 34a UbG sowie jener bei Heilbehandlungen gem § 36 UbG. Auch unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes ist es aber nicht zu rechtfertigen, weshalb jene angehaltenen Tbc-Kranken, die als psychisch Kranke auch noch die Unterbringungsvoraussetzungen erfüllen, einen stärkeren Rechtsschutz genießen als jene, die „nur“ nach TbG angehalten sind.

5.7. Theoretisch käme für alle jene Zwangsakte während der Anhaltung, für die das TbG (und auch das EpG) keinen gerichtlichen Rechtsschutzweg vorsieht, die (Maßnahme-)Beschwerde an das **Landesverwaltungsgericht** gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG in Betracht. Aus den Erfahrungen mit dem UbG ist freilich bekannt, dass der VwGH die Zuständigkeit der (seinerzeitigen) UVS in Unterbringungssachen generell verneint hat, und zwar auch dann, wenn ein gerichtlicher Rechtsschutz nach dem UbG fehlte (vgl nur VwGH 5. 8. 1997, 97/11/0105 RdM 1998/9). Ein derartiger negativer Kompetenzkonflikt droht auch hier.

5.8. Klärungsbedürftig ist das Verhältnis des TbG zum **HeimAufG**, das unter den Voraussetzungen des § 2 Abs 1 HeimAufG auch in (nicht-psychiatrischen) Krankenanstalten gilt, also auch in Abteilungen für Pulmologie udgl. Während im Normalfall einer Anhaltung nach TbG die kumulative Anwendung des HeimAufG grundsätzlich möglich (und eine parallele Anwendung des UbG in nicht-psychiatrischen Einrichtungen ausgeschlossen) ist, entsteht bei den Fallgruppen des § 15 Abs 2 – also bei psychisch Kranken, die die Unterbringungsvoraussetzungen erfüllen – eine **Konkurrenzsituation zwischen UbG und HeimAufG**. Denn für diese Personen gilt gem § 15 Abs 2 das reguläre Vollzugsrecht der §§ 33 ff UbG, einschließlich der Regelungen über Bewegungsbeschränkungen psychisch Kranker wegen Selbst- oder Fremdgefährdung. Das HeimAufG enthält aber im Wesentlichen verwandte Regelungen mit identischer Zielsetzung, allerdings mit teilweise abweichenden gesetzlichen Rahmenbedingungen (zB Zuständigkeit der Bewohnervertretung). Hier sollte klargestellt werden, dass das UbG die Anwendung des HeimAufG verdrängt.

5.9. Die Bedeutung der „**sinngemäßen**“ **Verweisung** in § 18 Abs 1 TbG auf **§ 39a UbG** ist eher verwirrend und erschließt sich nicht von selbst, weil es in § 39a UbG primär um das Sonderproblem der ehemaligen „Evidenzen“ von psychisch Kranken geht. Was genau soll mit der „sinngemäßen“ Anwendung bei TbC-Patienten hier erzielt werden? Ist das auf Krankheiten, für die – anders als für psychische Krankheiten nach dem UbG – eine Meldepflicht an die Behörde besteht, überhaupt „sinngemäß“ zu übertragen? Der Schutz der Vertraulichkeit ist ohnehin durch Schweigepflichten, Datenschutzrecht und Amtsverschwiegenheit gegeben.

5.10. Ebenso wie im UbG fehlen auch im TbG (und im EpG) Regelungen über die Vorgangsweise bei **Entweichungen** aus der Anhaltung. Die zum UbG entwickelte Rechtsprechung des VwGH zur „Wiedereinbringung“ (zB VwSlg 13.994/A) passt hier nicht, weil die Anhaltung – anders als nach UbG – nicht der Krankenanstalt zuzurechnen ist und daher insofern auch Amtshilfe ausscheidet. Wenn die Anhaltung durch Bescheid der BVB angeordnet worden ist, kann die „Wiedereinbringung“ möglicherweise auf § 7 VVG gestützt werden. Bei den Soforteinweisungen des § 20 könnte gegebenenfalls eine „neuerliche“ Einweisung durch einen Akt unmittelbarer Zwangsgewalt erfolgen. Wenn man hingegen – was nach den Ausführungen in den Erläuterungen zu § 16 (EB 7) nicht auszuschließen ist – die Einweisung als Vollstreckung einer gerichtlichen Anordnung der Anhaltung deutet (siehe oben 2.2), dann entsteht auch hinsichtlich der Wiedereinlieferung eine Begründungslücke, da die gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung nicht exekutierbar ist.

5.11. Das schon vom UbG, vom HeimAufG und vom Maßnahmenvollzug bekannte **Defizit an Steuerungsmöglichkeiten des Bundes** in Bezug auf die Durchführung von Anhaltungen in Krankenanstalten im funktionellen Vollzugsbereich des Bundes (Weisungsbefugnis nach Art 20 Abs 1 B-VG uam) stellt sich auch bei den freiheitsentziehenden Maßnahmen des TbG und des EpG. Der Bund würde demnach nach dem Amtshaftungsgesetz für Schäden im Vollzugsbereich von TbG und EpG haften; er hätte aber keine – über die gerichtlichen Kontrollbefugnisse hinausgehenden – Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten der Krankenanstalten bzw deren Organe, weil diese – meist von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern betriebenen – Einrichtungen nicht an Weisungen der obersten Bundesorgane gebunden sind.

VI. Patientenanwaltschaft

6.1. Die **Eignungsfeststellung** der Patientenanwaltsvereine erfolgt gem § 1 Abs 2 VSPBG durch eine **Verordnung** des BMJ, die der Zustimmung des Vereins bedarf. In dieser VO ist auch der sachliche und räumliche Tätigkeitsbereich des Vereins anzuführen (§ 1 Abs 3 VSPBG). Bei alldem ist auf die Statuten des Vereins Bedacht zu nehmen (näher § 2 VSPBG).

6.2. § 15 Abs 2 TbG, der die (richterliche) Betrauung der Vereine nun auch für Anhaltungen in nicht-psychiatrischen Krankenanstalten vorsieht, steht mit den skizzierten Regelungen des VSPBG zumindest in einem Spannungsverhältnis, da damit eine **Ausweitung des Zuständigkeitsbereichs** der Vereine auf ein doch recht anders gelagertes Feld der stationären Versorgung von Tuberkulosekranken einhergeht, ohne dass zugleich das in § 1 Abs 2 VSPBG

verankerte **Zustimmungsrecht** der Vereine gewahrt wird. Das könnte gleichheitsrechtliche Bedenken aufwerfen.

VII. EpidemieG

7.1. Dass im EpG eine gerichtliche Überprüfung der Anhaltung vorgesehen werden soll, ist ebenfalls zu begrüßen. Die kritischen Anmerkungen zum 2. Abschnitt des TbG gelten allerdings sinngemäß auch für die Verweisung im § 7 Abs 1a EpG.

7.2. Nicht klar ist, **wie weit diese Verweisung auf das TbG reicht und für welche Maßnahmen sie gilt**. § 7 Abs 1a EpG sieht vor, dass die angehaltene Person bei Gericht die Überprüfung der Zulässigkeit und Aufhebung der Freiheitsbeschränkung „nach Maßgabe des 2. Abschnitts“ des TbG beantragen kann. Dabei hat das Gericht in „sinngemäßer Anwendung des § 17“ TbG vorzugehen.

Betrifft diese Verweisung lediglich das Verfahrensrecht des § 17 TbG, oder etwa auch die Konkurrenzfälle zum UbG (§ 15 Abs 2 TbG) inklusive der Vertretungsmöglichkeit durch die Patientenanwaltschaft? Sind auch die Bestimmungen über vollzugsinterne Beschränkungen und deren Überprüfung (§ 18 TbG) von der Verweisung auf das TbG erfasst, was schon wegen Art 13 EMRK verfassungsrechtlich geboten wäre? Bezieht sich der Verweis auf die gerichtliche Zulässigkeitsprüfung „nach Maßgabe des 2. Abschnittes“ des TbG auch auf die vielfältigen sonstigen Möglichkeiten der Freiheitsbeschränkung, die das EpG über die „Anhaltung“ hinaus vorsieht (zB Verkehrsbeschränkungen gem § 24 EpG)? Immerhin ermächtigt § 7 Abs 1a EpG in seinem ersten Satz nicht nur zur „Anhaltung“, sondern auch zu anderen Beschränkungen „im Verkehr mit der Außenwelt“. In weiterer Folge ist im Kontext der Verweisung auf das gerichtliche Kontrollsystem des TbG jedoch nur mehr von der „Anhaltung“ die Rede, hingegen nicht mehr von den anderen Beschränkungen. Möglicherweise umfasst demnach die Verweisung des § 7 Abs 1a EpG auf den 2. Abschnitt des TbG – wofür der Wortlaut sprechen könnte (arg § 7 Abs 1a EpG zweiter Satz: „Die *angehaltene* Person kann bei dem Bezirksgericht ...“) – gar nicht die sonstigen Beschränkungen und freiheitsentziehenden Maßnahmen des EpG, zB eine „Absonderung“ in der Wohnung gem § 7 EpG (bejahend EB 15) oder andere Beschränkungen „im Verkehr mit der Außenwelt“?

7.3. Sofern man die Verweisung nicht zugleich auch auf § 18 TbG bezieht, gäbe es im EpG für den Vollzug der freiheitsentziehenden Maßnahmen dann überhaupt kein – auch nur ansatzweises – gesetzliches **Vollzugsrecht** für die epidemierechtlichen Freiheitsentziehungen, auch keinen gerichtlichen Rechtsschutz. Das wäre weder mit Art 18 B-VG noch mit Art 13 EMRK in Einklang zu bringen. Die untergesetzliche Norm der AbsonderungsV (RGBl 1915/39) kompensiert diesen Mangel an gesetzlicher Determinierung nicht.

7.4. Wenn man die Verweisung hingegen auch auf § 18 TbG bezieht: Wie verhält sich dann § 7 Abs 1a EpG iVm § 18 TbG zur nach wie vor geltenden **AbsonderungsV 1915** und den dort geregelten anstaltsinternen Beschränkungen (zB betreffend den Zutritt zu den Kranken, vgl § 6 der VO)?

7.5. Diese Unklarheiten lassen Zweifel an der hinreichenden rechtsstaatlichen Determinierung iSd Art 18 B-VG und der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte aufkommen. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Anwendung der vollzugsrechtlichen Regeln des EpG – soweit sie die Durchführung der Anhaltung in Einrichtungen des Gesundheitswesens betreffen – über weite Strecken in der Hand von nicht rechtskundigen Personen liegt. Das erhöht die Anforderungen an die Rechtsklarheit und Transparenz der Gesetze. Eine Regelung, bei der nur „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“ verstanden werden kann, welche Anordnungen hier getroffen werden sollen, widerspricht grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien (vgl VfSlg 12.420/1990).

Mit vorzüglicher Hochachtung

Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki eh