

# Pflege in Zeiten von Corona. Die Entwertung (grund)rechtlicher Garantien durch allgemeine Sicherheitsnarrative

*Karin Reinmüller*

„Fast 30 Jahre danach, [...] fühle ich mich beträchtlich weniger optimistisch denn damals, als ich *Schöne Neue Welt* schrieb. Die Prophezeiungen von 1931 werden viel früher wahr, als ich dachte. [...] Der Alptraum totaler Organisierung ist aus der ungefährlich fernen Zukunft aufgetaucht und erwartet uns gleich um die nächste Ecke.“

(Aldous L. Huxley)

## 1. *Spannungsfeld Pflege*

Menschen mit Pflege- und Betreuungsbedarf sind, vor allem wenn sie in Institutionen leben, eine vulnerable, auf Achtsamkeit und Empathie besonders angewiesene Personengruppe. Multiple Erkrankungen, Schmerzen, eine altersbedingte Abnahme physischer wie psychischer Kräfte, die oft plötzlich erfolgte Änderung der vertrauten Wohnumgebung in die stete Öffentlichkeit einer Institution erfordern die Anspannung aller Kräfte der betroffenen Person. Dabei bleiben kaum Ressourcen, die eigenen Bedürfnisse geltend zu machen bzw. im Fall der Missachtung, die zustehenden Rechte einzufordern.

Pflegeheime sind entweder der Kommunalverwaltung unterstehende oder im Besitz von Sozial- und Gesundheitskonzernen stehende Unternehmen, die betriebswirtschaftlich geführt werden, über standardisierte innere Abläufe verfügen und dem Personal ein straffes Zeitmanagement mit umfangreichen Dokumentationsverpflichtungen abverlangen. Herausforderungen für die Bewohner/Bewohnerinnen sind vor allem die notwendige Anpassung an die vorgegebenen Abläufe und die Zwangsbeziehungen untereinander durch Mangel an Privatsphäre und Rückzugsmöglichkeiten (bspw. Zweisbettzimmer, ständige Lärmkulisse durch laufende TV- oder Radiogeräte).

Eine der Hauptursachen für die Inanspruchnahme stationärer Pflege stellen demenzielle Erkrankungen dar. Pflegeheime werden so immer

mehr zu Einrichtungen mit gerontopsychiatrischer Ausprägung ohne dabei über entsprechend fachspezifisch geschultes, mit den notwendigen Zeitressourcen ausgestattetes Personal zu verfügen. Besonders sichtbar wird dies an den personalreduzierten Wochenenden und Feiertagen, an denen die Einweisungsrate von Heimbewohnern/Heimbewohnerinnen in die Psychiatrie überdurchschnittlich hoch ist.

Diese faktischen Gegebenheiten in der stationären Pflege tragen ein hohes Potenzial struktureller Gewalt in sich. In Österreich wurden diese Faktoren erstmals in den Jahren 1983 bis 1989 anlässlich der sogenannten Morde von Lainz eingehend erforscht. Daran waren weniger die damals die Öffentlichkeit erschütternden, strafrechtlich relevanten Tatbestände und die einzelnen Täterprofile interessant, sondern eben die bisher unbeachtet gebliebenen Auslöser struktureller Gewalt. Pflege unter hohem Zeitdruck erfordert intime Begegnungen bei gleichzeitiger emotionaler Distanz und erzeugt sowohl beim Pflegepersonal als auch bei den zu Pflegenden Unzufriedenheit und Widerstand. Der Beruf der Pflege erfährt generell wenig gesellschaftliche Wertschätzung und keine adäquate Entlohnung (als Beispiele seien hier etwa der Vorschlag aus der Politik angeführt, Migranten/Migrantinnen aus anderen Kulturreihen in der stationären Pflege einzusetzen oder das für die Pfleger/Pflegerinnen folgenlos gebliebene Beklatschen am Beginn der Corona-Pandemie). Oft finden sich in stationären Pflegeeinrichtungen hierarchische Führungsstrukturen mit für das Personal wenig Durchlässigkeit *nach oben*, ständiger Personalmangel und eine hohe Personalflokluation, die allesamt einem guten Arbeitsklima, einem angenehmen *Milieu Heim* nicht förderlich sind. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich beim Pflegepersonal aufgestaute Frustrationen *nach unten*, also gegen die abhängigen Bewohner/Bewohnerinnen, entladen, ist als sehr hoch zu bewerten. Dies geschieht mehrheitlich wohl durch Übergriffe ohne direkte Aggressionsabsicht, aber auch durch bewusst eingesetzte Gewalt, durch verbalen Missbrauch, durch Vernachlässigung und durch freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Heimbewohner/Heimbewohnerinnen laufen damit Gefahr zu entpersönlichten Objekten einer Pflegeverwaltung und zu Zielobjekten von Übergriffen zu werden.

## 2. Die Coronakrise als Verstärker der Pflegekrise

Der durch das Sars-CoV-2-Virus hervorgerufene gesellschaftliche Ausnahmezustand der letzten zwei Jahre rückte überdeutlich die seit vielen Jahrzehnten schwelende, gelegentlich aufflackernde Pflegekrise in den Fokus

öffentlicher Wahrnehmung. Zu den in Kapitel 1 geschilderten strukturellen Faktoren der Pflegekrise gesellten sich mit Ausbruch der Corona-Pandemie nun auch die politisch aufgeladenen Narrative der allgemeinen Lebensbedrohlichkeit dieser Erkrankung und des bedingungslosen Schutzes vulnerable Bevölkerungsgruppen hinzu, wobei damit wohl in erster Linie Bewohner/Bewohnerinnen von Institutionen gemeint waren.

Um Handlungsspielraum gegen das damals unbekannte Virus zu gewinnen, musste die Politik rasch Maßnahmen gegen seine Ausbreitung setzen. „Ein Blick in die Medizinhistorie des 19. und 20.Jh. zeigt, dass in Epi- oder Pandemien jede Zeit auf die vorherigen Muster der Gesundheitssicherung zurückgreift, ehe sie diese anpasst, weiterdenkt und -entwickelt“ (Fangerau/Labisch 2020, 27). So kamen auch in der Covid-19-Pandemie sofort die altbekannten Maßnahmen wie die Beschränkung sozialer Kontakte, die Isolierung Erkrankter, Hygienemaßnahmen wie Händewaschen, Desinfektion und das Tragen von Masken zum Einsatz.

Die bakterielle Infektionskrankheit *Cholera* trat in Europa erstmals 1830 auf und löste mehrere Infektionswellen aus. In der Bekämpfung standen sich dabei 2 Schulen gegenüber, diejenigen, die *horizontale* (Max von Pettenkofer, 1818–1901) bzw. *vertikale* (Robert Koch, 1843–1910) Interventionen forderten. Pettenkofer verfolgte eine ganzheitlich-systemische Ursachenerforschung der Cholera (er erforschte bspw. Ernährung, Heizung, Lüftung, Licht- und Bodenverhältnisse, Wasserversorgung, allgemeine hygienische Zustände in Schulen, Krankenhäusern und Massenunterkünften, eben die allgemein vorherrschenden Lebensverhältnisse in den rasch wachsenden Städten der Industrieregionen), wohingegen Koch sich allein für den im Labor festgestellten bakteriellen Keim interessierte, den es zu isolieren und zu bekämpfen galt.

Die beiden Schulen standen sich als Gutachter erneut während eines Prozesses zur *Gelsenkirchener Typhusepidemie* von 1901 gegenüber. Das lokale Wasserwerk hatte zur Vermeidung von Trinkwasserknappheit ungereinigtes Wasser aus der Ruhr verwendet, wonach rund 3300 Menschen erkrankten und ca. 500 von ihnen verstarben. Koch war überzeugt, dass die im Trinkwasser nachgewiesenen Typhusbakterien die Epidemie ausgelöst hätten, während die andere Seite die mangelnde Hygiene im generell verschmutzten und verwahrlosten Ruhrgebiet als zumindest gleichbedeutend krankheitskausal betrachtete. Als sich im Laufe des Prozesses herausstellte, dass die Wasserwerksbetreiber bereits seit mehr als einem Jahr die Ruhr zur Trinkwassergewinnung durchgehend angezapft hatten und somit lange Zeit mehr als ein Drit-

tel des eingespeisten Trinkwassers verseucht gewesen war, ohne dass es zum Ausbruch von Typhus kam, sahen sich die Richter außer Stande ein Urteil zu fällen (Fangerau/Labisch, 2020, 28–32).

Der medizingeschichtliche Rückblick auf Typhus und Cholera ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Bekämpfungsmaßnahmen – horizontal versus vertikal – interessant, sondern auch aufschlussreich hinsichtlich des damaligen öffentlichen Diskurses. Berichte vom Ausbruch der Cholera, wie etwa der des Schriftstellers Heinrich Heine aus Paris, zeichneten ein infernalisches Bild der damaligen Zustände ähnlich den TV-Bildern aus Wuhan und Bergamo zu Beginn des Jahres 2020. „Die Menschen brachen auf offener Straße zusammen, Entsetzen und Hilflosigkeit machten sich breit. Man mied die Infizierten und ließ Kranke und Sterbende allein. Ausgrenzung, Stigmatisierung, Verdächtigung und Denunziation waren immer wiederkehrende Begleiterscheinungen der Choleraepidemien“ (Fangerau/Labisch 2020, 30).

Den damaligen Kranken- und Todesstatistiken ist jedoch zu entnehmen, dass die „Cholera im 19.Jh erst an achter Stelle der häufigsten Todesursachen“ (31) zu finden war.

Die Wahrnehmung öffentlicher Gesundheitsgefahren ist nicht nur von tatsächlichen Risiken bestimmt. Vielmehr haben wir es im historischen Rückblick oft mit *skandalisierten Krankheiten* zu tun. Mit diesem Begriff bezeichnen wir – rein beschreibend, nicht wertend – Erkrankungen, deren tatsächliche epidemiologische Bedeutung in einem Missverhältnis zu ihrer öffentlichen Wahrnehmung und den daraus folgenden Reaktionen steht“ (Fangerau/Labisch, 2020, 31f).

Skandalisierte Krankheiten lösen nicht nur allgemeine Furcht vor dem unbekannten Erreger aus, sondern rücken auch bereits bestehende gesellschaftliche Krisen wie etwa heute die Bedrohung des Menschen und seiner natürlichen Umwelt durch eine globalisierte Wirtschaft, durch die rasant sich in alle Lebensbereiche einschleichende Informationstechnologie, die vielfältigen sozialen Krisen wie etwa in der Pflege, in der Gesundheitsversorgung, in der Bildung etc. in den Fokus der Allgemeinheit.

Ende Februar 2020 wurden in Österreich die ersten Infektionsfälle mit Sars-CoV-2 bekannt. Die bald in allen Bundesländern rasch ansteigenden Infektionszahlen in Kombination mit den in allen Medien präsenten Bildern aus Wuhan und Bergamo veranlassten den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) mittels Verordnung vom 15.3.2020 nach dem Covid-19-Maßnahmengesetz ein Betretungsverbot für öffentliche Orte zu erlassen. Für privat lebende Men-

schen waren dennoch Einkäufe des täglichen Bedarfes, Spaziergänge im Freien zur physischen und psychischen Erholung und Treffen mit wenigen haushaltsfremden Angehörigen unter Einhaltung von Mindestabständen und sonstigen hygienischen Maßnahmen weiterhin erlaubt. Pflegeheimleitungen hingegen verhängten über ihre Bewohner/Bewohnerinnen zur präventiven Risikominimierung weit striktere Ausgangsverbote und legten ihnen nötigenfalls unter Androhung von Sanktionen nahe, nicht ins Freie zu gehen.

„Sowohl das BMSGPK als oberste Gesundheitsbehörde als auch die Heimaufsichtsbehörden der Länder billigten, dass Heimbewohner/Heimbewohnerinnen ohne behördliche Anordnung und gegen ihren Willen damit von der Außenwelt isoliert und in ihren Freiheitsrechten massiv beschränkt wurden. Die von den Kommissionen [Anm.: der Volksanwaltsschaft im Rahmen Präventiver Menschenrechtskontrolle] geführten Telefoninterviews ergaben, dass 48 Prozent der befragten Pflegedienstleitungen das kurze Verlassen des Einrichtungsgeländes auch noch Mitte Mai 2020 als zu gefährlich ansahen“ (Volksanwaltsschaft, 2021, 36), während sich in der übrigen Bevölkerung schon längst Widerstand gegen die Beschränkungen bemerkbar gemacht hatte und viele Maßnahmen bereits Anfang Mai 2020 durch die Covid-19-Lockerungs-Verordnung wieder aufgehoben worden waren.

Im öffentlichen Diskurs schien hingegen die Fortsetzung von sozialer Isolation und Freiheitsbeschränkung für Bewohner/Bewohnerinnen von Institutionen kein Problem darzustellen, solange dies eben nur die *Anderen*, die sogenannten vulnerablen Personen betraf, wer auch immer damit gemeint sein möchte. Gesundheitspolitik und offizielle Medizin waren weder in der Lage oder willens allgemeine Risikofaktoren für einen schweren Verlauf der Erkrankung an Sars-CoV-2 zu benennen noch wurde ein Konzept vorgelegt, Personen möglichst im Frühstadium der Erkrankung zu behandeln um Krankenhauseinweisungen vorzubeugen. Im Gegenteil wurde niedergelassenen Ärzten der unmittelbare Kontakt zu ihren infizierten Patienten/Patientinnen sogar untersagt, da sie sich hernach sanitätsrechtlich in Quarantäne hätten begeben müssen. Stattdessen wurden Infizierte zu Hause mit ihrer Furcht vor den Folgen einer Corona-Erkrankung alleine gelassen und darüber hinaus das Narrativ des bedingungslosen Schutzes vulnerabler Personen bedient.

Hätte man sich im damaligen Diskurs einer bekannten Aussage der französischen Philosophin und Schriftstellerin Simone de Beauvoir (1908–1986) besonnen („Durch die Art, wie sich eine Gesellschaft gegenüber ihren Alten verhält, enthüllt sie unmissverständlich – oft sorgsam verdeckt – die Wahrheit über ihre Grundsätze und Ziele“), so wäre wohl ins Be-

wusstsein gerückt, dass Beschränkungen der Grundrechte von auch nur einem Teil der Bevölkerung gesamtgesellschaftlich wiederkehren würden. Ist erstmals partiell die Durchsetzung einer prekären Maßnahme erreicht, sinken die Hemmschwellen schnell, sie immer weiter auszuweiten und schließlich als die *Neue Normalität* (der Begriff wurde vom damaligen österr. Bundeskanzler Kurz in einer Pressekonferenz am 21.4.2020 gebraucht) zu etablieren.

Laut Bericht 2020 der Volksanwaltschaft (VA) in ihrer Rolle als Nationale Präventive Menschenrechtskontrolle beklagten Heim- und Pflegedienstleitungen während der ersten beiden Pandemiewellen 2020 im Wesentlichen „das Fehlen von Unterstützung durch staatliche Stellen sowie ausbleibende Hilfe bei der Beschaffung von Schutzausrüstung“ (VA, 2020, 30), „mangelnde Personalaufstockungen trotz erhöhten Arbeitsaufwandes durch die Verordnungen des BMSGPK zur Infektionsprävention“ (35), die „restriktiven Maßnahmen der Krankenanstalten zur Behandlung von Heimbewohnern mit kardiovaskulären, onkologischen oder chronischen Erkrankungen“ (31) bei gleichzeitig „eingeschränkter Präsenz von Vertrauensärzten und -ärztinnen in den Heimen, das weiter bestehende Verbot eigenverantwortlicher Durchführung von Covid-19- Antigentests durch diplomierte Gesundheits- und Krankenpflegepersonal, die mehrtägigen Wartezeiten auf die Auswertung von PCR-Tests und die unterschiedlichen Vorgangsweisen der Gesundheitsbehörden bei Absonderungsanordnungen“ (32).

Durch bloße *Empfehlungen*, veröffentlicht ab 21. April 2020 auf der Website des BMSGPK, wurden Pflegeeinrichtungen angewiesen, „Bewohner von Heimen bei Verdacht auf eine Infizierung mit Covid-19 in deren Zimmer oder in anderen geeigneten Räumlichkeiten [...] zu isolieren. Das hat Heimleitungen zur Annahme verleitet, sie wären für die Vollziehung des Epidemiegesetzes mitverantwortlich und hätten auch die Befugnis Zwangsmittel einzusetzen“ (36). So fanden die einzelnen Kommissionen der Volksanwaltschaft bei ihren Besuchen „Ausgangssperren in mehreren Heimen, nicht durch Gesundheitsbehörden angeordnete, ‚präventive‘ Isolierungen“ von Heimbewohnern/Heimbewohnerinnen, „häufig erfolgte Isolierungen nach der Rücküberstellung aus Spitätern bzw. bei Neuaufnahmen, selbst wenn ein negativer PCR-Test vorgelegt wurde“, was etwa „für Dialysepatienten und -patientinnen dramatische Folgen hatte, da sie ihre Zimmer wochenlang nicht verlassen durften und keinen persönlichen Kontakt mit Angehörigen oder Mitbewohnern hatten“ (Volksanwaltschaft, 2020, 37).

Zwischen Ausbruch der Pandemie Ende Februar 2020 und der ersten Covid-19- Lockerungsverordnung im Mai 2020 waren Besuche in Pflege-

einrichtungen meist durchgehend verboten. Die Verhängung von Besuchsverboten ging überwiegend von den jeweiligen Landesregierungen aus, welche sich wiederum auf die *Empfehlungen* des BMSGPK beriefen, welches sich wiederum auf sog. *Expertenkommissionen* und *Expertenmeinungen* stützte und damit politische Verantwortung delegierte. „In den ersten Wochen der Pandemie wurde Angehörigen nur die persönliche Verabschiedung von Sterbenden gestattet“ (40). Bald zeigte sich, „dass Isolation und Freiheitsbeschränkungen im Namen des Infektionsschutzes zu Schädigungen ihrer physischen und psychischen Gesundheit und vor allem zu deutlichen Verschlechterungen von Demenzerkrankungen“ (37) führten, während gleichzeitig „weder Infektionsausbrüche noch Todesfälle in den Einrichtungen durch Covid-19 verhindert werden konnten“ (41).

Zusammenfassend sieht die Volksanwaltschaft in den über das Epidemiegesetz hinausgehenden Freiheitsbeschränkungen von Heimbewohnern/Heimbewohnerinnen zur Einhaltung von Hygienemaßnahmen oder zur Vermeidung von Infektionen „massive Eingriffe in deren Menschenwürde“ (38).

Reinhard Klaushofer, Leiter des Österreichischen Institutes für Menschenrechte, schlägt in dieselbe Kerbe, wenn er bei in Institutionen lebenden Menschen eine „Zurückdrängung der Selbstbestimmung zugunsten einer Übermacht an Sicherheit“ feststellt (Klaushofer, 2021, 15) und auf das „Spannungsverhältnis von Epidemiegesetz [Sicherheit] und Heimaufenthaltsgegesetz“ [Freiheit] hinweist.

Für Erich Wahl, Leiter der Bewohnervertretung Salzburg, zeigten während der Pandemie „Institutionen sich in 2 Bereichen als besonders problematisch. Erstens leben Menschen, die durch die Folgen einer Covid-Infektion besonders gefährdet sind, auf engem Raum zusammen. Zum Zweiten greifen Einrichtungen verstärkt auf Maßnahmen der klassischen Institution zurück, was sich in den teils rechtlich nicht gedeckten, aber auch in den durch Verordnung geregelten Sondermaßnahmen zeigte. Dieses Dilemma zwischen Schutz und Selbstbestimmung, zwischen totaler Institution und persönlicher Freiheit“ (Wahl, 2021, 14), findet sich in den rigiden Regelungen und in einer forschenden Kommunikationsweise den Bewohnern/Bewohnerinnen und ihren Angehörigen gegenüber und „in einer Tendenz zur Isolierung samt schwerwiegender gesundheitlicher Folgen“ (14) wieder.

### 3. Spannungsfeld von Sicherheit und Freiheit

Der in diesem Spannungsfeld üblicherweise vorangestellte Begriff der Freiheit wird in Kapitel 4 (Freiheit und Sicherheit als Rechtsbegriffe) näher erörtert. Im logischen Zusammenhang mit dem Narrativ des bedingungslosen Schutzes von in Institutionen lebenden Menschen, bietet es sich an zunächst auf das Verständnis des Begriffes *Sicherheit* näher einzugehen.

Sicherheit ist ein abstrakter Begriff und bleibt, wenn er ohne Bezug auf ein Objekt, ein Ziel, eine Funktion oder einen Zeitrahmen verwendet wird, sinnentleert. Die englische Sprache unterscheidet diesbezüglich differenzierter zwischen *Security* und *Safety*. Während *Security* die Sicherheit vor Angriffen, den Schutz eines Objektes vor einer bedrohlichen Umgebung meint, zielt *Safety* mehr in Richtung Gefahrenlosigkeit, welche von einem vermeintlich bedrohlichen Objekt für die Allgemeinheit ausgeht. Hier ist vor allem an die technische Sicherheit eines Gegenstandes zu denken. Diese mehrfache Bedeutung des Begriffes findet sich auch im Lateinischen in *Securitas*, *Immunitas* (Sicherheit, Gefahrenlosigkeit, Sorgenfreiheit) auf der einen und *Tutela* (Schutz, Obhut, aber auch Vormundschaft) auf der anderen Seite wieder.

Auch die Aussage, ein Gegenstand oder eine Methode sei völlig sicher, bleibt ebenso sinnentleert, wenn nicht näher spezifiziert wird, für wen, für welchen Zweck, für wie lange etc. Sicherheit besteht.

Sicherheit ist ebenso wie Freiheit auch ein relativer Begriff, da es weder faktisch noch rechtlich absolute Sicherheit oder absolute Freiheit geben kann. Das Ziel von Sicherheitsmaßnahmen liegt in der Natur der Sache in der Abwehr von Gefahren und damit im Gewinn von Freiheit als ein Freisein von Ängsten und Sorgen. Aber auch hier muss die Frage gestellt werden, für wen eine Sicherheitsmaßnahme einen faktischen oder rechtlichen Zugewinn an Freiheit bedeutet, etwa im Sinne von Freiheit vor Schadenersatzansprüchen. So schützt bspw. die vorgeschriebene Helmtragepflicht auf Baustellen nicht nur den einzelnen Arbeiter oder Besucher derselben, sondern vor allem das Bauunternehmen selbst vor allfälligen Schadenersatzansprüchen verletzter Personen.

Viele einschränkende politische Maßnahmen werden meist mit Sicherheitsargumenten begründet. Handelt es sich dabei gar um Einschränkungen der Grundrechte, so verlangt die Verfassung von der Regierung dafür eine deutlich erhöhte Argumentationspflicht. Die Beschränkung der persönlichen Freiheit ist nach dem Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit und nach der Europäischen Menschenrechtskonvention nur aus den im Gesetz genannten Gründen zulässig. (siehe dazu näher Kapitel 4.4.) Der Zweck der Freiheitsbeschränkung muss darüber

hinaus klar bestimmt sein, ebenso wie die getroffene Maßnahme zur Erreichung des Zweckes geeignet und verhältnismäßig sein muss. Es dürfen demnach keine gelinderen Mittel als eine Beschränkung der Freiheit zur Verfügung stehen um den angestrebten Zweck der Gefahrenabwehr gleichermaßen zu erreichen.

Wie lassen sich in diesem Zusammenhang die Bewegungseinschränkungen von Menschen in Institutionen zu Beginn der Corona-Pandemie einordnen? Aus guten Gründen hat die Regierung im April 2020 bloße *Empfehlungen* ausgesprochen, „Bewohner/Bewohnerinnen von Heimen bei Verdacht auf eine Infizierung mit Covid-19 in deren Zimmer oder in anderen geeigneten Räumlichkeiten [...] zu isolieren“ (Volksanwaltschaft, 2020, 36), weil dies – in rechtlich verbindlicher Form (Gesetz, Verordnung) angeordnet – einer verfassungsrechtlichen Prüfung niemals standgehalten hätte. Diese Empfehlungen stützten sich vielfach auf die die Regierung beratenden Expertengremien, wodurch zwar deren fachwissenschaftliche Expertise, aber weniger die Gewährleistung grundrechtlicher Garantien, in den Fokus der Gesundheitspolitik gerieten. Die Politik entledigte sich schließlich zunehmend ihrer politischen Verantwortung unter Berufung auf derartige, sogenannte alternativlose Expertisen, wobei objektive Grundrechtsgarantien für Bewohner von Institutionen sowie auch deren subjektive Befindlichkeiten keine Rolle mehr zu spielen schienen.

Wie dem Bericht 2020 der Volksanwaltschaft zu entnehmen ist, stellten die Isolationsmaßnahmen und Ausgangssperren für die Bewohner/Bewohnerinnen „massive Eingriffe in deren Würde“ (38) dar. Der Zweck der Maßnahmen, völliger Schutz vor Infektion, konnte damit aber nicht erreicht werden. Auch ein sonstiger Zugewinn an Sicherheit bestand für die zu Pflegenden nicht, eher im Gegenteil verschlechterte sich ihr physischer wie psychischer Zustand durch die zahlreichen Isolationsmaßnahmen, so dass vermutet werden kann, dass ein nicht geringer Prozentsatz der 2020 in den Heimen verzeichneten Todesfälle auf derartige Beschränkungsmaßnahmen zurück geführt werden muss. Auch wurden die die Grundrechte der Heimbewohner/Heimbewohnerinnen einschränkenden Maßnahmen nicht durch Gesetz angeordnet; stattdessen wurde – nicht zum ersten Mal – die in Institutionen ohnehin bestehende Grauzone zwischen objektivem Recht (Rechtsordnung) und dem subjektiven Recht einer Einrichtung zum Erlass einer Hausordnung mit möglichen strengerem Maßstäben bemüht. Damit wurde die Last der Entscheidung und Verantwortung auf die einzelnen Heim- und vor allem Pflegedienstleitungen abgewälzt. Denkt man in diesem Zusammenhang die in Kapitel 1 erörterte Pflegekrise (Personalmangel etc.) mit, so muss man annehmen, dass die von der Volksanwaltschaft festgestellten Freiheitsbeschränkungen an den Bewohnern/Be-

wohnerinnen wohl weniger ihnen selbst nützten als vielmehr dem Schutz der Einrichtung vor befürchteten Schadenersatzansprüchen dienten.

Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat in einer Entscheidung vom 23.6.2021 festgestellt (7 Ob 59/21h), dass Freiheitsbeschränkungen nicht nur durch äußerliche Zwangsmaßnahmen, sondern auch durch psychische Mechanismen erfolgen können. Die betroffene, u.a. an Demenz leidende Frau wurde nach ihrer Aufnahme im Pflegeheim aufgrund interner Richtlinien und trotz dreier negativer Sars-CoV-2-Testbefunde für zehn Tage in ihrem Zimmer isoliert. Während der Isolation zeigten sich bei ihr Angst, nächtliches Schreien, eine Verschlechterung gesundheitlicher Parameter. Obwohl sich ihr psychischer Zustand nachweislich (Pflegedokumentation) durch die Anwesenheit einer Person (Pfleger, Ärztin) verbesserte, durfte sie ihr Zimmer dennoch nicht verlassen um mit anderen Mitbewohnern Gemeinschaft zu haben. Dazu aus dem Urteil des OGH:

Bei der Bewohnerin wurde durch das unmissverständliche Vermitteln, dass sie ‚jedenfalls‘ im Zimmer bleiben muss, der Eindruck erweckt, dass sie sich dieser Vorgabe nicht entziehen kann und bei Zuwidderhandeln mit physischem Zwang rechnen muss. Sie konnte daher nicht ungehindert von äußerem Zwang ihren Aufenthaltsort nach freiem Willen verlassen. Ob die Bewohnerin das Zimmer verlassen wollte und daran auch tatsächlich durch physischen Zwang gehindert wurde, spielt dann nach der dargestellten Judikatur keine Rolle.

Auch psychologische Einschränkungen der Bewegungsfreiheit können den Tatbestand der Freiheitsbeschränkung erfüllen. Eine Freiheitsbeschränkung setzt auch nicht notwendigerweise die Anwendung physischen Zwangs voraus. Es genügt dessen Androhung. Der Begriff der Androhung ist im spezifischen Konnex der Pflege oder Betreuung der betroffenen Person zu verstehen. Es ist nicht erforderlich, dass ihr von der anordnungsbefugten Person oder anderen Bediensteten konkret mit freiheitsentziehenden Maßnahmen ‚gedroht‘ wird. Vielmehr reicht es aus, wenn sie aus dem Gesamtbild des Geschehens den Eindruck gewinnen muss, dass sie den Aufenthaltsort nicht mehr verlassen kann (Rechtsinformationssystem, Judikatur, OGH, Entscheidungstext, [28, 27]).

Alte Menschen haben wie alle anderen auch nicht nur ein Bedürfnis nach Sicherheit, sondern auch nach Selbstbestimmung und Freiheit und der Verwirklichung ihrer sozialen Vorstellungen. Die Argumentation eines bedingungslosen Vorranges von Sicherheit in deren Vorstellungen ist weniger evidenzbasiert als vielmehr ein gern gepflegtes Narrativ. Dies lässt sich bspw. aus einer Studie der Tiroler Privatuniversität für Gesundheits-

und Pflegewissenschaften (UMIT) zu präventiven Seniorenberatungen aus dem Jahr 2013 entnehmen.

Im Auftrag des Landes Tirol wurden im Rahmen präventiver Hausbesuche privat lebende, pflegebedürftige und nicht pflegebedürftige Personen im Alter von 70 Jahren aufwärts zu ihren Ressourcen und Defiziten ihre funktionale Gesundheit betreffend und zu ihren Bedürfnissen nach Unterstützung befragt.

Zunächst mussten sich die Studienleiter allerdings mit Rekrutierungsproblemen von Probanden/Probandinnen trotz intensiver Bewerbung der Teilnahme an diesen Befragungen über lokale Medien, Bürgermeister und teils auch mittels persönlich adressierter Schreiben auseinandersetzen. Sie schreiben dazu, dass auch

andere Untersuchungen bestätigen, dass ältere zu Hause lebende Menschen Beratungen und unterstützende Angebote vielfach deshalb nicht in Anspruch nehmen, da einerseits ein Informationsmangel über deren Sinn und Zweck gegeben ist, andererseits Befürchtungen bei den Betroffenen vorherrschen, dass eine mögliche Pflegebedürftigkeit – mit der Folge des Angewiesenseins auf Dritte und dem Verlust der Autonomie – konstatiert wird (Them, Schulc, 2013, 91).

Mit anderen Worten, vor allem ältere Menschen bagatellisieren ihren Unterstützungsbedarf oder geben ihn erst gar nicht erst zu erkennen, weil sie mit einer offiziellen Hilfe auch Einflussnahme und Übergriffe in ihre persönliche Lebensgestaltung sowie den Verlust ihrer Selbstbestimmung fürchten. Diese Einschätzung spiegelte sich dann auch in den einzelnen Befragungsergebnissen wieder. Mehr als ein Viertel aller Befragten gab an unter Ängsten zu leiden, wobei die Angst vor dem Alleinsein, vor Unfällen, davor, den Angehörigen zur Last zu fallen und davor, im Pflegeheim leben zu müssen, als häufigste Auslöser genannt wurden (46). Gleichzeitig lehnten aber ein Drittel der Befragten den Besuch von Tagesbetreuungsstätten und ca. ein Viertel die Vermittlung von Hauskrankenpflege, einer 24-Stunden-Betreuung und die Vermittlung eines Pflegeheimplatzes ab (Them, Schulc, 2013, 89). Ersetzt man die Begriffe Angst durch Wunsch nach Sicherheit und Ablehnung durch Wunsch nach Autonomie (Freiheit), so zeigt sich, dass auch ältere Menschen trotz erhöhtem Sicherheitsbedürfnis keinesfalls auf ihre Autonomie und Selbstwirksamkeit verzichten möchten.

#### *4. Freiheit und Sicherheit als Rechtsbegriffe*

Freiheit und Sicherheit sind in ihrer begrifflichen Verortung genau genommen keine Rechte, sondern Wertvorstellungen, die in Rechtsnormen gegossen sind.

Hier soll nicht näher auf die Entstehung des Wertebegriffs und seiner philosophischen Einordnung eingegangen werden, sondern nur festgehalten werden, dass Werte subjektive freie Entscheidungen sind, die bestimmten Dingen, Verhaltensweisen oder anzustrebenden Zielen eine positive Bewertung beimessen und denen Vorrang vor anderen eingeräumt wird. Werte entstehen demnach aufgrund individueller Beurteilungen, die sich zwar auf rationale Begründungen stützen können, aber in ihrer Entstehung selbst immer ein Akt der subjektiven Bewertung bleiben. Begrifflich sind Werte allgemein und abstrakt und in ihrer Abstraktheit auf totale Verwirklichung angelegt. Aufgrund der Vielzahl an Werten, die nebeneinander bestehen, sich aber auch gegenseitig ausschließen können, bedarf es einer Wertehierarchie, einer Zuweisung des Stellenwertes. Auch die Festlegung des Ranges eines Wertes ist ein subjektiver Akt. Demzufolge ist etwa Freiheit als abstrakter Begriff keine Freiheit mehr, wenn sie durch Rücksichten irgendwelcher Art eingeschränkt wird. Sicherheit wäre demzufolge durch Handlungen freier Betätigung (etwa Sport oder das Lenken eines KFZ) beeinträchtigt und im abstrakten Sinn keine (totale) Sicherheit mehr. Erst in einer lebensweltlich orientierten Abwägung in Bezug zu anderen Werten werden Freiheit und Sicherheit für den Einzelnen konkret und erlangen damit ihren Stellenwert in der jeweiligen subjektiven Weltanschauung.

In einer pluralistischen Gesellschaft lassen sich keine objektiven, allgemein gültigen Werteordnungen finden, sodass bspw. geistige Ziele Vorrang vor materiellen hätten oder umfassende Bildung als ein höheres Gut als ein unmittelbarer ökonomischer Nutzen bewertet werden würde. Die Abwägung der Werte gegeneinander ist in einer demokratischen Gesellschaft jeweils neu auszuhandeln. Da eine Bewertung letztlich kein rational vermittelbarer Prozess ist, ist auf redliche diskursive Praktiken (wie etwa der Respekt anderer Meinungen oder das notwendige Vorbringen von Argumenten anstelle bloßer Behauptungen) und auf das Gehör aller Betroffenen besondere Sorgfalt zu verwenden. So wird auch eine wesentliche Aufgabe der Grundrechte, die ja Grundwerte wie Leben, Freiheit, Sicherheit, Selbstbestimmung etc. für alle garantieren sollen, im Schutz von Minderheiten gegen Entscheidungen der Mehrheit gesehen. Sie markieren eine Linie, die keinesfalls unterschritten werden darf.

Der Diskurs um eine Impfpflicht gegen Sars-CoV-2 zeigte in Österreich, dass ein gesellschaftlicher Konsens hierbei nicht gelungen ist, vielmehr der Weg von Ausgrenzung und Diskreditierung Andersdenkender gewählt wurde, was uns auf die in Kapitel 2 beschriebenen Erfahrungen während der Cholera-Epidemie im 19.Jh. zurückführt. Die besorgniserregendste Rolle kam dabei neben der Politik der offiziellen Medizin zu, die sich nicht scheute gegen Angehörige ihres Berufsstandes, die sich als nicht systemkonform zu erkennen gaben, Disziplinarmaßnahmen bis hin zu Berufsverboten zu verhängen. In der österreichischen Politik wurde insbesondere den sogenannten vulnerablen Gruppen gegenüber fast ausschließlich auf vertikale Interventionen (zunächst Isolation, danach Impfstrategie) gegen Sars-CoV-2 gesetzt. Von der einmal ausgegebenen Parole der absoluten Sicherheit einer *Null-Covid-Politik* – abstrakte Werte streben nach Totalität – konnten sich die politischen Verantwortungsträger nicht mehr lösen. Gegenüber einer vermeintlich hundertprozentigen Sicherheit, die epidemiologisch gegen sich leicht verbreitende Erreger respiratorischer Erkrankungen unmöglich ist, hatte die persönliche Freiheit einen geringen Stellenwert.

Die Unterschiede zwischen einer Rechtsnorm und einem gesellschaftlich allgemein anerkannten Wert liegen in ihrer Art der Befolgung und in den Sanktionen bei Zuwiderhandeln. Eine Rechtsnorm zielt auf bloße äußere Befolgung, wohingegen der Wert auf die innere Überzeugung des Einzelnen abstellt. Der Nichtbefolgung einer Rechtsnorm folgen gesetzlich vorgesehene Strafmaßnahmen, die Ablehnung eines Wertes zieht soziale Sanktionen wie Ausgrenzung und Verachtung nach sich. Problematisch und undemokratisch wird es überall dort, wo auf nicht geteilte Werthaltungen und/oder auf unterschiedliche Wertehierarchien rechtliche Sanktionen folgen.

Wie bereits festgestellt, stellen Grundrechte in Rechtsnormen gegossene Werthaltungen dar, deren Stellenwert innerhalb der Rechtsordnung ein höchster ist und die vor dem Zugriff politischer Instrumentalisierung besonders geschützt sind.

Im österreichischen Recht bilden die Begriffe der Freiheit und der Sicherheit, verschränkt in einer Norm, ein in der Lebenswirklichkeit auszubalancierendes Kräftepaar, *den Rechtsbegriff der persönlichen Freiheit*. Artikel 1 des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der Persönlichen Freiheit (PersFrG) und Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) normieren gleichlautend, dass *jedermann das Recht auf Freiheit und Sicherheit hat*.

Der Sicherheitsaspekt garantiert in diesem Zusammenhang, dass Freiheit nicht bloß als eine faktisch-natürliche Gegebenheit wahrgenommen

wird, denn dann würde das Recht des Stärkeren gelten, sondern verpflichtet vielmehr den Staat Möglichkeiten für alle zu schaffen, damit sie von ihren Freiheitsrechten auch tatsächlich Gebrauch machen können. Dabei spannt sich der Bogen an zu treffenden Sicherungsmaßnahmen weit, er reicht vom Gewaltmonopol des Staates zur Aufrechterhaltung des innerstaatlichen Friedens über die Schaffung politischer Teilhaberechte und sozialer Absicherungen bis hin zur Notwendigkeit eines gewissen Ausgleichs sozialer Ungleichheit, und zwar dort, wo sie sich zur sozialen Unfreiheit gesteigert hat (bspw. poor Jobs). „Solcher Entwicklung darf, um der Freiheit willen, kein freier Lauf gelassen werden“ (Böckenförde, 2016, 50).

#### 4.1. Verständnis von Freiheit

In Zusammenhang mit den liberalen Grundrechten wird Freiheit primär negativ, als Abwesenheit von physischem wie psychischem Zwang und als Willens- und Entscheidungsfreiheit, begriffen. Das historische Vorbild dieser Auffassung findet sich in Article 4 der *Déclaration des Droits*, der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, die die französische Nationalversammlung im Geist der Aufklärung im August 1789 verabschiedete: Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. Historisch nachvollziehbar wurde Freiheit primär als ein Abwehrrecht gegen Staat und Obrigkeit vor deren willkürlichen Übergriffen begriffen.

Man kann Freiheit aber auch im Sinne von freien geistigen Fähigkeiten und freier Wesensentfaltung verstehen, als die spezifisch menschliche Qualität, sich im Gegensatz zu anderen Lebewesen von natürlichen Neigungen und Trieben emanzipieren und erst damit ein selbstbestimmtes Leben entfalten zu können. In sozialer Hinsicht bedeutet dieses Freiheitsverständnis dann nicht nur die Abwesenheit von Sklaverei und sozialer Ausgrenzung, sondern viel mehr die Anwesenheit all jener Bedingungen, unter denen die freie Entfaltung des Menschen entsprechend seiner kreativen und produktiven Anlagen möglich ist. Damit stellt sich die Frage: Freiheit nicht *wovon* sondern *wozu*. Diese Frage ist ohne Orientierung an einem dem Recht vorgelagerten moralisch, ethisch oder religiösen Guten, einem obersten Wert, nicht zu beantworten. Jedoch war gerade die Abschaffung dieser *Ideologie der Tugenden und Werte* oberstes Ziel des aufklärerischen bzw. ist heute weiterhin die Maxime des liberalen Staates. Objektive Wertordnungen, d.h. eine für alle Menschen verbindliche Wertehierarchie, wurde und wird als Quelle von Totalitarismus und Bürgerkrieg betrachtet. Die Legitimität subjektiver Freiheit kann in Systemen objektiver Werte-

ordnungen nur in der bloßen Zustimmung zur vorgegebenen Ordnung bestehen und ist in Wirklichkeit damit abgeschafft.

Die Aufgabe des Staates zur Sicherung von Freiheit besteht im Fall rein subjektiv verstandener Freiheit in ihrer rechtlichen Positivierung, die den Einzelnen vor willkürlichen Übergriffen staatlicher Institutionen zu schützen und ansonsten die privatrechtliche Autonomie zu garantieren hat. Beispiele dafür sind weitgehend deregulierte liberale Staaten mit liberalen Grundrechten und einem ausgestalteten Vertragsrecht. Ein derartiges Rechtssystem bietet der Politik, den jeweils herrschenden Mehrheitsverhältnissen, einen weiten Gestaltungsraum, „wird somit ausgeprägt politisches Recht, vermag wenig vor manipulativer Handhabe und vor eigennütziger Instrumentalisierung zu schützen und verliert damit wesentlich an seiner sozialordnenden Kraft“ (Böckenförde, 2016, 38).

Im zweiten Fall einer rein objektiv verstandenen Freiheit muss der Staat auch inhaltliche Konzepte von Freiheit in seine Rechtsordnung aufnehmen und entsprechende Institutionen zu deren Umsetzung und Garantie schaffen. Ein derartiges Rechtssystem wäre dem Zugriff der jeweils herrschenden Ideologie mit ihrem daraus abgeleiteten Menschenbild ausgesetzt, welches nur eine für alle gleich geltende Vorstellung von der Bestimmung des Menschen zuließe. Historische und gegenwärtige Beispiele finden sich im deklariert christlichen, islamischen, liberalen, kommunistischen oder auch im totalitären Überwachungsstaat.

Der heutige säkulare und liberale Staat europäischer Prägung anerkennt keine objektiv vorgegebene Werteordnung, kein oberstes Bonum mehr, sondern ist gerade durch Äquidistanz (*Gleichgültigkeit*) zu den in ihm vertretenen, pluralen Wertvorstellungen und partikularen Interessenslagen gekennzeichnet. Da ein bloßes Nebeneinander zwar emanzipierter, aber nur ihre Eigeninteressen verfolgenden Individuen noch kein Gemeinwesen ausmacht und für Zusammenhalt im Staat sorgt, stellt sich die Frage nach der einigenden Kraft im modernen Staat. Diese Funktion wurde in früheren Epochen der einheitlichen Religion, tradierten kulturellen Praktiken und Werten, später dem Nationenbegriff usw. zugeschrieben. Im liberalen Staat heutiger Prägung vermögen derartige Werte die Gesellschaft nicht mehr zu tragen. Überzeugte Anhänger eines reinen Liberalismus begrüßen vielmehr den Umbau des Staates in ein Großunternehmen, dessen Repräsentanten weniger Politiker als vielmehr Manager sind, und sind „überzeugt davon, dass die ausgleichenden Mechanismen des Marktes und des modernen Rechts aus eigener Kraft die für die gemeinschaftliche Integration der Individuen nötigen kulturellen Bedingungen zu schaffen vermögen“, wie der französische Philosoph Jean-Claude Michéa in seiner Analyse des Liberalismus formuliert (Michéa, 2017, 122). Mit Blick auf den

heute oft beklagten Verlust des Menschlichen in allen Belangen und auf die vielfältigen gesellschaftlichen Krisen muss das kreative und einigende Potential der Kräfte des Marktes wohl stark bezweifelt werden.

#### *4.2. Welche Kräfte vermögen im liberalen Staat zu tragen?*

##### *Das Recht*

Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930–2019), Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie sowie Richter am dt. Bundesverfassungsgericht, führte überzeugend aus, dass das Recht nicht in der Lage ist, ein in der Gesellschaft fehlendes Wertesystem aus sich heraus zu setzen oder zerfallende sittliche Lebensordnungen aufrecht zu erhalten. „Die rechtlichen Normen müssen bei ihren Adressaten – also in der Gesellschaft selbst – auf einen Fundus treffen, der sie trägt, sie dürfen nicht allein aus ihrer Erzwingbarkeit leben wollen“ (Böckenförde, 2016, 38f.). Ist dies nicht der Fall sei „die Auflösung der politischen Ordnung oder der Weg zum Totalitarismus unvermeidlich“ (39).

##### *Eine dem Menschen innenwohnende Moral*

Michéa greift in der Frage nach der einigenden Kraft in der Gesellschaft auf George Orwell (1903–1950) und dessen Begriff der *common Decency*, übersetzt meist mit allgemeinem Anstand, zurück. Gemeint ist damit nicht das gute Benehmen im Sinne Knigges, sondern eine in das Individuum quasi eingeschriebene und teils unbewusste Moral in Form einer ihm innenwohnenden dreifachen „Gabe zum Geben, Nehmen und Zurückgeben“ (Michéa, 2017, 124f), die den Primat der Reziprozität vor dem Individuum begründe. Orwell selbst beschreibt die *common Decency* als die moralische Kraft der einfachen Menschen, als das Prinzip Gerechtigkeit von unten, das über einigende Kraft verfügt und das totalitäre Kräfte, wie in seiner Dystopie „1984“ beschrieben, letztlich doch zu überwinden vermag. Sein Zeitgenosse, der Schriftsteller Aldous L. Huxley (1894–1963) sieht hingegen in seinem Entwurf einer dystopischen Zukunft in „Schöne Neue Welt“ die Freiheit der Menschen weniger durch zentrale Kontrolle und direkte Gewalt als vielmehr durch Biotechnologie, Manipulation und eine hedonistische Konsumwelt bedroht. Hinsichtlich der Resilienz der Menschen gegen ein vermeintlich alle Bedürfnisse erfüllendes System ist Huxley wenig optimistisch, da ihnen der Preis dafür, die Aufgabe individueller Freiheit, nicht einmal bewusst ist.

### *Redlicher Diskurs und demokratischer Konsens*

Böckenförde hat in der Frage nach den inneren bindenden Kräften im Staat die als Böckenförde-Diktum berühmt gewordene Aussage getroffen, dass

der freiheitliche Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückzufallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat (Böckenförde, 2016, 112f).

Damit hat Böckenförde deutlich ausformuliert, dass dem Recht zwar eine wesentliche Sicherungsrolle der Freiheit zukommt, es aber nicht von sich aus in der Lage ist Wertvorstellungen zu generieren, die eine Gesellschaft mehrheitlich nicht teilt. Das Recht „ist abhängig von Kräften, die dem Recht vorausliegen. Von Bedeutung sind hier Religion als eine auch die Sitten prägende Kraft, Bildung und Erziehung und die Repräsentation einer im Volk lebendigen Kultur- und Vernunfttradition gerade auch in und durch öffentliche Institutionen“ (48).

Rückgreifend auf die zu Beginn dieses Kapitels erörterte Wertethematik im liberalen Staat kann die einigende Kraft in einer pluralistischen Gesellschaft demnach nur im offenen Diskurs, im Respekt vor der Meinung des Anderen und politisch in der Fähigkeit zum *demokratischen Konsens* liegen. Dieser Konsens ist im jeweiligen Kontext immer wieder neu zu finden, wo er fehlt oder unter Berufung auf Mehrheitsverhältnisse erst gar nicht gesucht wird, steht die Demokratie, der freiheitliche Staat, selbst auf dem Spiel.

Was für das Gemeinwesen als Ganzes gilt, hat seine Gültigkeit auch im Partiellen. Pflege hat ihre Wurzeln in der christlichen Nächstenliebe und bezog auch von dort ihre tragenden Werte, die im Sinne Böckenfördes das Recht nicht verordnen kann. Wenn Pflege nicht von den dem Recht vorausliegenden Werten und Haltungen der pflegenden Personen und Institutionen geprägt ist, fehlt die entscheidende tragende Basis zur Orientierung abseits eingespielter Ablaufregelungen und die Gefahr steigt, dass zu Pflegende zu Objekten vorgegebener Pflegestandards und Verwal-

tungsabläufe werden. Wie das in Kapitel 2 erörterte Beispiel von Heimbewohnern/Heimbewohnerinnen während der Corona-Pandemie 2020 zeigt, muss die Frage nach der *allein* tragenden Funktion grundrechtlicher Garantien in der Pflege demnach verneint werden. Dem politisch ausgegebenen Wert der bedingungslosen Sicherheit und dessen Vorrang vor der individuellen Freiheit fehlte ein transparenter Diskurs und mit Fortdauer der Pandemie auch der demokratische Konsens. So verständlich eine erste panikhafte Reaktion auf das unbekannte Virus Sars-CoV-2 auch ist, so unverständlich bleiben mit dessen Fortdauer die in intransparenten Expertengremien getroffenen politischen Entscheidungen und deren Kommunikation nach außen.

Die Einschränkung der persönlichen Freiheit von in Institutionen lebenden Menschen stieß aber auch in weiten Teilen der Bevölkerung auf wenig Widerstand bzw. wurde unter dem kommunizierten Narrativ des bedingungslosen Schutzes sogar weitgehend befürwortet. Die Ausgestaltung dieses Schutzes blieb den jeweiligen Institutionen teils ohne rechtliche Grundlage überlassen. In Krisensituationen und in gesellschaftlichen Grauzonen, wozu die institutionelle Pflege jedenfalls zu rechnen ist, ist die alleinige Berufung auf grundrechtliche Garantien nicht ausreichend, um auch deren faktische Geltung für den einzelnen Heimbewohner/die einzelne Heimbewohnerin sicherzustellen. Es bedarf neben politischer und gesellschaftlicher Verantwortungsübernahme vielmehr auch einfacher Gesetze, die auf die konkreten Realitäten Bezug nehmen, die die Intention der Grundrechte für den jeweiligen Kontext näher ausgestalten und dafür auch unmittelbare und geeignete Kontrollinstanzen vorsehen. Die in der stationären Pflege diesbezüglich relevanten Gesetze, vor allem das Heimaufenthaltsgesetz, werden dann in Kapitel 5 näher erläutert.

#### *4.3. Rechtsgeschichtliche Entwicklung des Rechtes auf Freiheit*

Die Wurzeln der Entwicklung der Freiheitsrechte liegen im Begreifen des Menschen als eine eigenständige Persönlichkeit und nicht nur als ein Glied einer Gemeinschaft sowie darin, dass ihm eine natürliche Freiheit als Person anhaftet, die ihm nicht durch Herrscher oder Staat gewährt und damit auch wieder genommen werden kann.

Die Grund- und Freiheitsrechte nach heutigem Verständnis waren erst mit dem Gedanken einer legitimen Opposition gegen Herrscher bzw. Staat möglich, wonach dem Einzelnen Anspruch auf Schutz vor deren Übergriffen zusteht. Vorläufer finden sich auf religiösem Gebiet in der Glaubens- und Gewissensfreiheit gegenüber einem Mehrheitssystem und

auf politischem Gebiet in den Rechten des Parlaments gegenüber dem Monarchen.

Im ersten Grundrechtskatalog der Habsburgermonarchie, der Pillersdorffschen Verfassung von 1848, findet sich in deren § 17 *die Gewährung der persönlichen Freyheit* an alle Staatsbürger. 1862 wurde ein Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit erlassen, im Verfassungsrang in Österreich bis 1988. Die wichtigste Kodifizierung der Grundrechte im österreichischen Verfassungsrang ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 4. November 1950, deren Artikel 5 Abs 1 bestimmt, dass jeder Mann ein Recht auf Freiheit und Sicherheit hat und dass der Entzug der Freiheit nur in bestimmten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise erfolgen darf.

Im Gegensatz zur deutschen Verfassung, dem Grundgesetz, an dessen Spitze ein Grundrechtskatalog steht, der nicht nur als Garantie subjektiver Rechte sondern auch als objektive, die Staatsgewalten bindende Werteordnung verstanden werden muss, enthält das österreichische Verfassungsrecht keinen in sich geschlossenen Grundrechtskatalog. „Der geltende Rechtszustand ist durch starke textliche Zersplitterung, inhaltliche Systemschwächen und kontroversielle juristische und rechtspolitische Vorstellungen gekennzeichnet“ (Adamovich et.al, 2003, 13). Alle bisherigen Anstrengungen zu einer Gesamtreform der Grundrechte scheiterten an gegensätzlichen politischen Vorstellungen.

1964 setzte die damalige österreichische Regierung eine Expertenkommission ein, die von ihrem ursprünglichen Auftrag einer Gesamtreform der Grundrechte abwich und stattdessen Reformen in Teilbereichen erarbeitete. „Erstes Reformanliegen [...] war es, das Recht auf Schutz der persönlichen Freiheit neu zu regeln. Die Umsetzung dieses Anliegens gelang im Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit“ (Adamovich et al., 2003, 13). Weitere Reformschritte der Kommission wurden dann nicht mehr umgesetzt, ihre Tätigkeit 1993 beendet. Dadurch kommt der weiteren Grundrechtsauslegung und -fortbildung durch den Verfassungsgerichtshof in Österreich besondere Bedeutung zu.

#### 4.4. Rechtsquellen im Verfassungsrang

Die im Verfassungsrang stehenden Rechtsquellen des Grundrechtes auf persönliche Freiheit sind somit die gleichlautenden Bestimmungen des Artikel 1 Abs 1 Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Frei-

heit (PersFrG) und Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), wonach jedermann das Recht auf Freiheit und Sicherheit hat.

Die Garantie von Freiheit stellt in diesen Regelungen auf die physische Bewegungsfreiheit ab und ist ein klassisches Abwehrrecht gegen staatliche Übergriffe. Die gleichzeitige Normierung der Sicherheit soll dem Einzelnen auch ein aktives Handeln des Staates zur Schaffung von Sicherheit garantieren, damit Freiheit in der Lebenswirklichkeit auch gelebt werden kann.

Durch die weiteren Bestimmungen des PersFrG wird dann klar gelegt, dass nicht jede Einschränkung der Bewegungsfreiheit von der Verfassung geschützt wird, sondern nur dann, wenn diese willkürlich oder auf rechtswidrige Weise erfolgt ist.

Der Entzug der Freiheit ist verfassungsrechtlich ausschließlich in den sieben, in Artikel 2 PersFrG aufgezählten Fällen zulässig und darüber hinaus verfassungswidrig.

Die ersten 4 Tatbestände zulässigen Freiheitsentzuges stehen in Zusammenhang mit dem Strafrecht. Weiter ist ein Freiheitsentzug bei ansteckenden Krankheiten möglich, wenn Grund zur Annahme besteht, dass jemand eine Gefahrenquelle für andere darstellt oder wenn jemand wegen einer psychischen Erkrankung sich oder andere gefährdet. Freiheitsentzug ist weiter zulässig bei einem Minderjährigen zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen. Ebenso kann jemandem die Freiheit entzogen werden, um seine beabsichtigte Ausweisung oder Auslieferung zu sichern (Schubhaft).

Neben der verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers an diese sieben Tatbestände zulässigen Freiheitsentzuges, ist er darüber hinaus auch an das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* gebunden. Er darf die Beschränkung persönlicher Freiheit nur als *ultima ratio*, wenn mit keinem anderen gelinderen Mittel der beabsichtigte Zweck der Maßnahme erreicht werden kann, anordnen.

Die den Freiheitsentzug vollziehende Exekutive hat bei ihren Eingriffen stets auch die *Erforderlichkeit* und *Verhältnismäßigkeit* ihres Handelns zu verantworten.

#### 4.5. Drittirkung der Grundrechte

Grundrechte sind vom Volk erkämpfte Rechte, sich gegen Willkürakte des Staates zur Wehr zu setzen (siehe Kapitel 4.3.). Handelte es sich beim Souverän um einen konstitutionell regierenden Monarchen, dem alle Institutionen der Verwaltung nachgeordnet und weisungsgebunden waren, ver-

körpern Grundrechte eine von allen hoheitlichen Tätigkeiten zu respektierende Schutzlinie gegenüber Privatpersonen. Als klassische Abwehrrechte beinhalten sie keinen Auftrag an den Staat aktiv für die Sicherung der geschützten Rechtsgüter tätig zu werden. So gewährte bspw. der Schutz des Privat- und Familienlebens eine legitime Abwehr willkürlicher Eingriffe der Staatsgewalt in diesen Intimitätsbereich, verpflichtete den Souverän jedoch nicht, Institutionen für eine freie Entfaltung der Persönlichkeit bzw. soziale Bedingungen zu schaffen, die die Entfaltung eines freien Familienlebens erst ermöglichen. Eine *horizontale* Wirkung der Grundrechte, deren Anwendung auf Beziehungen von Privatpersonen untereinander, besteht im System liberaler Grundrechte nicht; hier gelten Vertragsfreiheit, Privatautonomie und Schadenersatz. Die Position des Staates als eines bloßen Rechtsschutzstaates lässt sich im modernen Leistungsstaat, in dessen Verwaltung die Trennungslinie zwischen öffentlich und privat nicht mehr scharf verläuft, längst nicht mehr aufrecht erhalten. Der Staat selbst wird im Rahmen seiner Leistungs- und Gewährleistungsverwaltung privatwirtschaftlich tätig und setzt andererseits zur Besorgung seiner Verwaltungsaufgaben private Unternehmen bzw. Privatpersonen ein. So können bspw. Privatpersonen im Auftrag von der im Staatsbesitz stehenden Gesellschaft für den Bau und Erhalt von Autobahnen (Asfinag) Lenker- und Fahrzeugkontrollen durchführen und Straßenmaut einheben. Private Werkstattunternehmen sind berechtigt Zertifikate nach § 57a Kraftfahrgesetz auszustellen, nach denen Kraftfahrzeuge zum Verkehr zugelassen werden oder eben nicht. Rauchfangkehrer übernehmen öffentliche Sicherheitsaufgaben bei Kamin- und Heizkesselkontrollen, private Eisenbahnunternehmungen legen Tarife und Beförderungsbedingungen fest und unterliegen einem Kontrahierungszwang, im Privatbesitz stehende Unternehmen betreiben im öffentlichen Interesse Mülldeponien, errichten im Rahmen von Public Private Partnerships Schwimmbäder und Kindergärten oder betreiben den Behördenfunk für das Innenministerium usw. Für in der hoheitlichen Verwaltung tätige Private bedeutet dies, dass sie den Grundrechten verpflichtet sind, der Staat für deren Schäden im Rahmen der Amtshaftung aufkommen muss, dass sie der Amtsverschwiegenheit, der Kontrolle des Rechnungshofes und unter Umständen einer parlamentarischen Kontrolle hinsichtlich Geldmittelverwendung, Postenvergabe und Umsetzung der übertragenen Aufgaben unterworfen sind. Auf der anderen Seite kommen auch Träger von Staatsgewalt selbst, Gebietskörperschaften oder Kammern, aufgrund des ihnen verfassungsrechtlich zustehenden Selbstverwaltungsrechtes in den Genuss der Grundrechte.

Rechtlich ist die Betreibung eines Pflegeheimes nicht eindeutig dem öffentlichen oder privaten Bereich zuzuordnen. Ist das Unternehmen un-

mittelbar im Auftrag einer Gemeinde oder eines Sozialhilfeverbandes tätig, dann handelt es sich dabei um Verwaltungstätigkeit mit all ihren oben beschriebenen Konsequenzen. Jedoch werden auch Pflegeheime im Besitz von Privatpersonen oder Konzernen, sofern sie den von den jeweiligen Landesregierungen erlassenen Zulassungsstandards entsprechen, von der öffentlichen Hand durch eine sogenannte *Restkostenübernahme* mitfinanziert. Die nicht durch individuelle Pension und Pflegegeld gedeckten Pflegekosten sind im Rahmen der Sozialhilfe gegenüber dem Pflegeheimbetreiber garantiert. Dadurch entsteht eine rechtliche Dreiecksbeziehung zwischen Heimbewohner/Heimbewohnerin, Unternehmen und Behörde. Alle Betreiber von betreuenden und pflegenden Institutionen sind darüber hinaus als Ausfluss des Grundrechtes auf persönliche Freiheit dem Heimaufenthaltsgesetz von 2005 verpflichtet. Dieses regelt den in Artikel 2 des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit normierten Ausnahmegrund, dass jemandem, der sich oder andere aufgrund einer psychischen Erkrankung gefährdet, die persönliche Freiheit entzogen werden kann. Psychische Erkrankung als Rechtsbegriff umfasst dabei alle Störungen, die „mit einer Beeinträchtigung der Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidungsfindung verbunden sind“ (Barth/Ganner, 2019, 29), worunter dann auch alle demenziellen Erkrankungen zu subsumieren sind. Die Rechtmäßigkeit derartiger Freiheitsbeschränkungen wird durch die weisungsfreie und unabhängige Bewohnervertretung kontrolliert und wird über deren Antrag gerichtlich beurteilt. Der örtlich zuständige Verein für Bewohnervertretung wird im Gerichtsverfahren ex lege gesetzlicher Vertreter des betroffenen Heimbewohners/der betroffenen Heimbewohnerin, wenn dieser sich keinen anderen Vertreter wählt. Der Bewohner/die Bewohnerin steht zum Pflegeheimbetreiber durch den Heimvertrag in einem privatrechtlichen Verhältnis, gleichwohl unterliegt der Pflegeheimvertrag mittlerweile dem Standard des Konsumentenschutzrechtes, womit keine Vertragsfreiheit für den Unternehmer besteht. Dieser wiederum steht durch die Restkostenübernahme von Magistraten und Bezirksverwaltungsbehörden in Beziehung zur staatlichen Verwaltung und nimmt dadurch als privates Unternehmen öffentliche Aufgaben wahr. Darüber hinaus sind Mitarbeiter/Mitarbeiterinnen von Pflegeheimen aus dem gehobenen Gesundheits- und Krankenpflegedienst sowie im Heim tätige Ärzte/Ärztinnen berechtigt, Beschränkungen des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechtes auf persönliche Freiheit aufgrund des Ausnahmetatbestandes einer Selbst- oder Fremdgefährdung anzurufen, worin wohl der stärkste öffentlich-rechtliche Bezug dieser Institutionen besteht. An diesem Beispiel wird deutlich, dass man mittlerweile auch von einer mittelbaren Wirkung der Grundrechte sprechen muss. Dies würde

für eine zumindest teilweise bestehende horizontale Schutzwirkung der Grundrechte in der Pflege sprechen.

Der im Verfassungsrang stehende § 1 Datenschutzgesetz verpflichtet sowohl Privatpersonen und -unternehmen als auch staatliche Einrichtungen zur Geheimhaltung personenbezogener Daten als Ausfluss des Menschenrechtes auf Achtung von Privat- und Familienleben und stellt ein Beispiel unmittelbarer Horizontalwirkung der Grundrechte dar.

Auf die durch Auslegung zu ermittelnden Intentionen und Prinzipien der Grundrechte rekurrieren einfachgesetzliche Regelungen im Privatrecht etwa in den Gute-Sitten-Klauseln oder den Prinzipiennormen von Selbstbestimmung im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Darin kann ebenfalls eine mittelbare Wirkung der Grundrechte gesehen werden.

##### *5. In der stationären Pflege zu beachtende grundrechtliche Prinzipien in nicht im Verfassungsrang stehenden Gesetzen*

###### *5.1. Das zweite Erwachsenenschutzgesetz (2.ErwSchG)*

Das 2.ErwSchG, seit Juli 2018 in Kraft, normiert in seinen beiden Prinzipiennormen der §§ 239, 240 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, dass alle volljährigen Personen sich in allen ihren Rechtsbelangen selbstbestimmt und selbstwirksam vertreten sollen und nur dann von anderen vertreten werden dürfen, wenn sie dies selbst vorsehen oder eine Vertretung zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen *unvermeidlich* ist. Dabei bleibt deren Geschäftsfähigkeit auch bei selbstgewählter oder gerichtlich angeordneter Erwachsenenvertretung grundsätzlich unbeschränkt erhalten. Diese Bestimmungen sind Ausfluss der von Österreich 2008 ratifizierten Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK). Die UN-BRK selbst steht nicht im Verfassungsrang, sondern vielmehr unter Gesetzesvorbehalt, womit ihren Bestimmungen innerstaatlich nur insoweit Verbindlichkeit zukommt, als dies die einfachen Gesetze vorsehen. Bei Ratifizierung der UN-BRK wähnte sich Österreich bereits auf der sicheren Seite, galt doch im Artikel 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes längst das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz und damit ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot von Menschen mit körperlichen und/oder psychischen Beeinträchtigungen. Zudem schien die gesetzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung des Willens psychisch beeinträchtigter Personen, sofern sie unter der damaligen Sachwalterschaft standen, zur Erfüllung des Artikel 12 Abs 2 UN-BRK, wonach Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen

Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen, als ausreichend.<sup>1</sup> Das 2.ErwSchG als Nachfolgemodell der Sachwalterschaft hat die Rechtslandschaft des Privatrechtes dann doch viel weitreichender verändert als dies zunächst notwendig erschien. So wurden durch das 2.ErwSchG bspw. der für alle gültige Rechtsbegriff der Handlungsfähigkeit neu definiert, der medizinische Behandlungsvertrag neu geregelt und ein modernerer Blick auf Fürsorge geworfen, womit einem ehemals möglichen „fürsorglichen Gewaltverhältnis“, einer Einschränkung der Grundrechte im Namen von Fürsorge, ein endgültiger Abschied erteilt wurde.

Das 2.ErwSchG ist einerseits Ausdruck eines transparenten demokratischen Prozesses, als in die jahrelange Gesetzesentstehung Betroffene und entsprechende Interessensverbände nachdrücklich eingebunden waren. „Dieser partizipative Ansatz wurde als vorbildhaft auch in anderen Ländern wahrgenommen und [...] atmet den Geist dieser Begegnungen, der erlebten gegenseitigen Wertschätzung und vor allem des Zutrauens in die Kompetenz jedes Menschen“ (Barth, 2017, III). Andererseits bestätigt eine offizielle de-facto Ausnahme vom elementaren de-iure Grundsatz des Erwachsenenschutzrechtes, wonach alle Menschen, auch wenn für sie ein Erwachsenenvertreter tätig ist, uneingeschränkte rechtliche Handlungsfähigkeit genießen, die Ansicht Böckenfördes, dass Gesetze in der Gesellschaft selbst auf einen vorbereiteten, fruchtbaren Boden treffen müssen und nicht allein aus ihrer Erzwingbarkeit leben können. Noch vor In-Kraft-Treten des 2.ErwSchG wurde zwischen der Wirtschaftskammer Österreich, Sparte Banken und Versicherungen, und dem Justizministerium ein sogenanntes Konsenspapier beschlossen, wonach aus Gründen der Praktikabilität, des Kostenaufwandes für neue IT-Lösungen und aus Haftungsgründen Personen mit Erwachsenenvertreter in Bankgeschäften entgegen der gesetzlichen Regelung nicht auch eigenständig Zugang zu ihren Konten haben können. Bis heute wird die als Übergang und schrittweise Anpassung an die gesetzliche Regelung gedachte Konsenslösung bequemerweise weiter praktiziert.

---

1 Siehe dazu ausführlich Reinmüller, Karin, Rechtssubjektivität, Handlungsfähigkeit und Selbstbestimmung, in: Stronegger/Attems: Mensch und Endlichkeit – Die Institutionalisierung des Lebensendes zwischen Wissenschaft und Lebenswelt, <sup>1</sup>2018, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, S 153 ff.

## 5.2. Das Heimaufenthaltsgesetz

„Das Heimaufenthaltsgesetz trat mit Juli 2005 in Kraft und regelt die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen an Menschen mit psychischer Erkrankung oder intellektueller Beeinträchtigung in Alten- und Pflegeheimen, Einrichtungen der Behindertenhilfe, Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, Krankenanstalten sowie vergleichbaren Einrichtungen“ (VertretungsNetz, 2019, 6). Derartige Beschränkungen sind nach Artikel 2 des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit dann erlaubt, wenn Grund zur Annahme besteht, dass jemand eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten (im Epidemiegesetz oder aktuell im Covid-19-Maßnahmengesetz mit seinen zahlreichen Verordnungen geregelt) oder aufgrund einer psychischen Erkrankung sich oder andere gefährdet. Liegt Letzteres bei an Demenz erkrankten Bewohnern/Bewohnerinnen von Einrichtungen vor, dass sie sich selbst etwa durch wiederkehrende Stürze, Unruhe oder Wandertrieb bei Desorientierung, und/oder Pflegepersonal/Mitbewohner durch Agitiertheit, Herumschreien oder Bedrohungen gefährden, so können Personen aus der diplomierten Gesundheits- und Krankenpflege und praktizierende Ärzte/Ärztinnen Freiheitsbeschränkungen anordnen. Auch im privaten Bereich kann in derartigen Fällen ein Entzug der Freiheit veranlasst werden, angeordnet durch Polizei- oder Gemeindeärzte in Form von Zwangseinweisungen in die Psychiatrie. Freiheitsbeschränkungen in Pflege- und Betreuungseinrichtungen sind im Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) geregelt, der Entzug der Freiheit von privat lebenden Personen durch Einweisung in die Psychiatrie findet sich in den Bestimmungen des Unterbringungsgesetzes. Letzteres soll hier außer Betracht bleiben.

Von einer Freiheitsbeschränkung nach dem Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) ist zu sprechen, wenn eine Ortsveränderung der betroffenen Person gegen ihren Willen verhindert wird. Dabei ist es unerheblich auf welche Weise dies geschieht. Die Bewegungsfreiheit einer Person kann *mechanisch* (versperrte Zimmer- und Eingangstüren, Entfernen von Gehhilfen, Fixierungen im Bett oder im Rollstuhl, Zurückhalten), *elektronisch* (Türcode, Überwachungssysteme), durch *Unterlassungen* (keine Mobilisation, Unterlassen von Physiotherapie zur Wiedererlangung der Gehfähigkeit, keine geeignete Rollstuhlversorgung) oder durch *Medikamente* (sedierende Psychopharmaka) eingeschränkt werden.

Freiheitsbeschränkungen in stationären Einrichtungen dürfen nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach dem HeimAufG angeordnet werden:

Nur die Abwehr einer mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden erheblichen Lebens- oder Gesundheitsgefährdung, die aus einer psychischen Erkrankung oder kognitiven Beeinträchtigung einer betreuten oder gepflegten Person resultiert, kann den Grundrechtseingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit [...] rechtfertigen (Jaquemar, 2021, 212).

Die freiheitsbeschränkende Maßnahme muss zur Erreichung des Selbst- und/oder Fremdschutzes unerlässlich, geeignet und angemessen sein. Die angeordnete Freiheitsbeschränkung darf nur eine Maßnahme ultima ratio darstellen, eine allerletzte Maßnahme, wenn keine gelinderen Mittel zur Erreichung des angestrebten Schutzes mehr möglich sind, da alle zuvor angewandten Mittel und Methoden sich als nicht zielführend erwiesen haben.

Die freiheitsbeschränkende Maßnahme ist konkret festzulegen, zu beschreiben und zu dokumentieren und dabei ist auch auf ihre Geeignetheit für die betroffene Person Bezug zu nehmen. Die Maßnahme muss letztlich der betroffenen Person mehr nutzen als schaden und *lege artis*, dem fachlichen Standard entsprechend, durchgeführt werden.

Freiheitsbeschränkungen müssen von den dazu ermächtigten Personen angeordnet, umfassend dokumentiert und an die zuständige Bewohnervertretung gemeldet werden. Die Notwendigkeit der Dokumentationspflicht einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme ergibt sich einerseits aus dem Ärztegesetz und ist andererseits durch Urteile des OGH aus Gründen der *Therapiesicherung, Beweissicherung und Rechenschaftslegung* gefordert worden.

Die betroffene Person ist in verständlicher und nachvollziehbarer Art über den Sinn und Zweck ihrer Freiheitsbeschränkung aufzuklären (Jaquemar, 2019, 21–23).

Interne Auswertungen des im Auftrag des Justizministeriums tätigen VertragsvertretungsNetz Bewohnervertretung, wonach gemeldete Freiheitsbeschränkungen nach ihrer Beschränkungsart kategorisiert und dabei die Jahre 2007 und 2018 miteinander verglichen wurden, ergaben „eine Zunahme der medikamentösen Freiheitsbeschränkungen von acht auf vierzig Prozent, während in derselben Zeit Beschränkungen im Bett [bspw. durch direkte Fixierungen, Seitengitter] um die Hälfte zurückgingen“ (Jaquemar, 2019, 25). Dabei mag der Umstand eine Rolle spielen, dass im Jahr 2007 kaum Bewusstsein über die freiheitsbeschränkende Wirkung von Psychopharmaka vorherrschte und man in den Angaben einen nicht unerheblichen Bias berücksichtigen muss, so weist das Bild aus dem Jahr 2018 dennoch einen realen, deutlichen Überhang an medikamentösen Freiheits-

beschränkungen im Vergleich zu den mechanischen aus. Interessant wäre in dem Zusammenhang auch die Entwicklung elektronischer Sicherheitssysteme inkl. KI-basierter Technologien, die jedoch nicht explizit erhoben wurde.

Der deutliche Überhang medikamentöser Freiheitsbeschränkungen ist ohne den Aspekt der in den Pflegeheimen in vielerlei Hinsicht bestehenden problematischen allgemeinen medizinischen Behandlung nicht zu verstehen. Grundsätzlich steht jedem Heimbewohner/jeder Heimbewohnerin das Recht auf eine freie Arztwahl als Ausfluss seines/ihrer Patientenrechte zu. Praktisch ist dies bei Umzug in ein Pflegeheim jedoch kaum umsetzbar, da Ärzte/Ärztinnen, die die betroffene Person oft jahrzehntelang medizinisch begleiteten, keine Hausbesuche außerhalb ihres unmittelbaren Zuständigkeitsgebietes durchführen. Pflegeheime vereinbaren meist mit den in der Nähe niedergelassenen Medizinern grundsätzliche Zuständigkeiten für alle Bewohner und Bewohnerinnen. Nach einmal erfolgter allgemeiner Vorstellung der betroffenen Person findet dann nicht mehr in jeder Behandlungssituation zwangsläufig ein unmittelbarer Kontakt zwischen Arzt und Heimbewohner statt. In einigen Fällen wird auch eine mittelbare Kommunikation über die Pflege durch Symptomschilderung als ausreichend erachtet, was bei leichteren Beeinträchtigungen der Gesundheit wie Erkältungen noch als nachvollziehbar erscheint, in allen anderen Fällen jedoch gesetzeswidrig ist. Jeder diagnostischen, kurativen oder präventiven medizinischen Behandlung hat die Prüfung der aktuell vorliegenden Entscheidungsfähigkeit, die Festlegung von medizinischer Indikation und Therapieziel, eine ärztliche Aufklärung sowie die Einholung der Einwilligung zur Behandlung voran zu gehen. Im Gegensatz zu Akutsituationen in der Psychiatrie besteht in Pflegeheimen auch bei Verabreichung von Psychopharmaka, die in ihrer Wirkung einen Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Bewegungsfreiheit darstellen, die Notwendigkeit der Einwilligung der betroffenen Person in Form ihres informed Consent, dem wiederum eine Aufklärung durch den behandelnden Arzt und nicht durch die Pflege voranzugehen hat. Nach dem 2. Erwachsenenschutzgesetz hat eine Aufklärung auch einer nicht entscheidungsfähigen Person in entsprechender Form zu erfolgen bzw. ist diese darin miteinzubeziehen. Liegt bei der zu behandelnden Person keine Kommunikationsfähigkeit vor, dann ist ohnehin die aufgeklärte Einwilligung ihres Erwachsenenvertreters einzuholen. Ein medikamentös bewirkter Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit ist im Pflegekonnex demnach erstens nach den allgemeinen Regeln der medizinischen Behandlung der §§ 252–254 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch und zweitens nach den Regelungen des Heimaufenthaltsgesetzes zu beurteilen, wonach nur das Vorliegen

einer erheblichen und ernstlichen Gefahr für Leben oder Gesundheit die freiheitsbeschränkende Maßnahme rechtfertigt. „Liegte keine Gefährdungslage entsprechender Intensität oder Wahrscheinlichkeit vor, so darf ein behandelnder Arzt aus grundrechtlicher Perspektive das in Frage stehende Medikament nicht auswählen, sondern muss eine andere – nicht freiheitsbeschränkende – Behandlungsalternative finden“ (Jaquemar, 2021, 212). Nicht jede sedierende Wirkung eines Medikamentes stellt per se eine Freiheitsbeschränkung dar, sondern nur dann, wenn der Zweck ihrer Verabreichung in der Dämpfung von Verhaltensauffälligkeiten wie etwa Agitiertheit, Unruhe oder Umherwandern liegt. Eine im Zuge einer therapeutischen Behandlung von psychischen Symptomen wie Angst, Depression, Schlafstörungen oder Wahnvorstellungen verabreichte Medikation mit sedierender Nebenwirkung stellt keine Beschränkung der persönlichen Freiheit dar, sondern wird vom aufgeklärten Patienten als unerwünschte Nebenwirkung durch eben seine informierte Einwilligung in die Behandlung in Kauf genommen.

Nach den Beobachtungen der Bewohnervertretung treten bei medikamentösen Behandlungen von Heimbewohnern/Heimbewohnerinnen wiederkehrend typische Risiken wie *Polymedikation, fehlende Dokumentation von Symptomen, unklare therapeutische Zielsetzungen und Fehler bei der Verabreichung* auf. Speziell multimorbide Menschen erhalten, oft von verschiedenen Ärzten angeordnet, einen in ihrer Wechselwirkung unbekannten Medikamentenmix, der nicht nur die Risiken für Nebenwirkungen erhöht, sondern schwere gesundheitliche Schäden nach sich ziehen kann. „Im Vergleich mit einer dreißigjährigen Person nehmen bei einem achtzigjährigen Menschen die glomeruläre Filtration (wichtiger Parameter zur Beurteilung der Nierenfunktion) um zwanzig Prozent und die Nierendurchblutung um dreißig Prozent ab, wodurch grundsätzlich nicht mehr als 4 Medikamente gleichzeitig ohne weitere gesundheitliche Schadenszufügung abgebaut werden können“ (Wiesinger, 2015, 15).

Mangels Abzeichnung in der Medikamentenliste, durch Zeitdruck oder Nachlässigkeit verursacht, besteht die „Gefahr von Doppelvergaben bei Dauermedikation (siehe etwa BG Donaustadt, 18 HA 1/16a) oder von Übertragungsfehlern, wonach bspw. bei Haldol Milligramm mit Tropfen verwechselt wurden (siehe etwa BG Gmunden 4 HA 1/12a)“ (Jaquemar, 2019, 59).

Bei der Verabreichung von Psychopharmaka wurde von der Bewohnervertretung wahrgenommen, dass diese oft als „Bedarfsmedikation präventiv und auf Wunsch der Pflege hin eingesetzt“ (Jaquemar, 2019, 59) wurden, wobei dabei „die Beschreibung von entsprechenden Zustandsbildern der Bewohner/Bewohnerinnen fehlten oder deren ernstliche und erhebli-

che Gefährdung nicht erkennbar war“. In einigen Fällen wurden Psycho-pharmaka sogar „ohne entsprechende ärztliche Verordnung oder für einen Zustand verabreicht, für den dieses Medikament vom behandelnden Arzt nicht verordnet wurde“ (60), von der informierten Zustimmung der betroffenen Person ganz zu schweigen.

Unruhiges Verhalten, eine typische Begleiterscheinung bei Demenzerkrankungen, manchmal „auch bloße Anpassungsschwierigkeiten an den institutionellen Ablauf im Pflegeheim werden pathologisiert und entsprechend medikamentös behandelt“ (61). Aktivitäten nach 20 Uhr, nach Übergabe an den Nachdienst, werden vom Heimbetrieb nicht gerne gesehen und schnell mit der Diagnose Schlafstörung versehen, eine entsprechende Medikation im Rahmen der Nachdosierung – oft schon ab 19 Uhr – sorgt dann für die entsprechende Ruhe.

Oft berufen sich Heime in ihrer Vorgangsweise auf strukturelle Mängel wie Zeit- und Personalknappheit. Rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen verwerfen derartige Begründungen von Freiheitsbeschränkungen eindeutig, nämlich dass „der Träger der Einrichtung nicht bereit oder fähig ist, nach zeitgemäßen Pflegestandards mögliche Alternativmaßnahmen zu finanzieren, kann für die Beurteilung der Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung keine Rolle spielen“ (LG Salzburg 21 R 396/07t).

## 6. Fazit

Die Risiken von pflegebedürftigen, insbesondere in stationären Einrichtungen lebenden Personen, in ihrer persönlichen Freiheit zugunsten einer oft abstrakt und dubios bleibenden Sicherheit beschränkt zu werden, müssen nach den hier dargestellten Erfahrungen als sehr hoch bewertet werden. Der Bogen an Ursachen spannt sich dabei von den strukturellen Bedingungen in der institutionellen Pflege über allgemeine, die Pflegekrise noch verstärkende Krisensituationen, über die in der Praxis erheblichen Interpretationsspielraum bietenden verfassungsgesetzlichen Möglichkeiten von Freiheitsbeschränkungen bis hin zu den Wahrnehmungen der Bewohnervertretung bei der Verabreichung von Medikamenten in Pflegeheimen. Die Forderung nach einer deutlichen Risikominimierung, nach grundrechtlich gesicherter Freiheit auch für in Institutionen lebende Personen, darf sich freilich nicht nur an die Pflege selbst richten. Zu bedenken bleibt dabei, dass entsprechende Veränderungen nicht allein über gesetzliche Regelungen erfolgen können, sondern notwendig auch die entsprechenden Vorstellungen über den Wert der Freiheit in der Gesellschaft allgemein und in der Pflege im Speziellen verankert sein müssen. Eine

tragfähige Pflegereform, wie aktuell allseits gefordert, bedarf zuerst eines transparenten, allen Beteiligten Gehör verschaffenden, redlichen Diskurses und eines allgemeinen demokratischen Konsenses darüber, was uns eine an den Grundrechten orientierte Pflege wert ist. Es bleibt zu hoffen, dass die dringend notwendige Pflegereform auch eine Belebung demokratischer Prozesse mit sich bringen wird.

## Literatur

Adamovich et al.: Österreichisches Staatsrecht 3, Grundrechte, Wien/New York: Springer 2003.

Barth, Peter; Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2017, Linde Verlag, Wien: Linde Verlag 2017.

Barth, Peter/Ganner, Michael (Hrsg): Handbuch des Erwachsenenschutzrechtes, Wien: Linde Verlag <sup>3</sup>2019,

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main: Suhrkamp <sup>6</sup>2016.

Fangerau Heiner/Labisch, Alfons: Von Cholera bis Corona, in: Spektrum der Wissenschaft, Ausgabe November 2020, in: <https://www.spektrum.de/news/wie-wir-heute-von-vergangenen-pandemien-profitieren/1781292> [06.05.2022].

Huxley, Aldous Leonard: Schöne Neue Welt – Dreißig Jahre danach, München: Piper 1976.

Jaquemar, Susanne: Freiheiten für Menschen in Betreuung, Spieleräume und Grauzone. Vortrag gehalten am 20.8.2019 beim Europäischen Forum Alpbach zum Thema Freiheit und Sicherheit, Wien: VertretungsNetz Bewohnervertretung 2019.

Jaquemar, Susanne: Replik zu A. Joklik/T. Windisch, Medikamentöse Freiheitsbeschränkung, in RdM 2021/179, Zeitschrift Recht der Medizin, Ausgabe 05/2021, 211/212, Wien: Manz-Verlag 2021.

Jaquemar, Susanne: Wahrnehmung der Bewohnervertretung von typischen Risiken bei der Medikation, Wien: VertretungsNetz 2019.

Klaushofer, Reinhard: Vortrag vor dem Unabhängigen Monitoringausschuss, Sitzung vom 15.4.2021, Wien: Protokoll von Schriftdolmetschservice.

Rechtsinformationssystem (RIS), in <https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur>, OGH, 7 Ob 59/21 h [6.4.2022].

Them, Christa/Schulc, Eva: Präventive Seniorenberatung in Tirol im Rahmen von Präventiven Hausbesuchen, Endbericht April 2013, UMIT Innsbruck.

VertretungsNetz, Schlaffer, Peter (Hrsg): Broschüre Heimaufenthaltsgesetz, Wien: VertretungsNetz Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung 2019.

Volksanwaltschaft: Präventive Menschenrechtskontrolle, Bericht 2020, in: <https://volksanwaltschaft.gv.at/berichte> [16.9.2021].

Wahl, Erich: Vortrag vor dem Unabhängigen Monitoringausschuss, Sitzung vom 15.4.2021, Protokoll von Schriftdolmetschservice, Wien.

Wiesinger, Tatjana (Geriatrische Gesundheitszentren Graz): Vortrag an der KF-Universität Graz im Rahmen der interdisziplinären Ringvorlesung Alter(n), Graz: 2015.

