

## ENTSCHEIDUNGEN DES MONATS MÄRZ 2022

### § 3 HeimAufG

**Die bloße Aufforderung an eine im Raum anwesende Person, eine Türe zu öffnen, der jederzeit Folge geleistet wird, bedeutet noch keine ständige Abhängigkeit der freien Aufenthaltsveränderung vom Willen eines anderen und ist somit nicht als freiheitsbeschränkende Maßnahme im Sinn des § 3 HeimAufG zu qualifizieren.**

OGH 16. 2. 2022, 7 Ob 16/22m

Der Bewohner leidet an einer Verhaltensstörung infolge Alkoholabusus sowie einer organischen wahnhaften schizophrenen Störung und lebt im Pflegeheim. Das Verlassen des Pflegeheims erfolgt durch einen Wintergarten. Um in diesen zu gelangen, muss man zunächst durch eine selbstöffnende Glasschiebetüre gehen. Aus dem Wintergarten hinaus führt eine weitere Türe ins Freie, die verschlossen ist. Im Wintergarten sitzen zum Portierdienst eingeteilte Bewohner:innen des Heims, die diese Türe mittels eines Schalters öffnen können. Der jeweils eingeteilte Portier kontrolliert anhand einer Liste, ob eine Person das Heim verlassen darf. Der Name des Bewohners stand nie auf dieser Liste. Auf Nachfrage beim Portier konnte er das Heim jederzeit verlassen.

Der Verein beantragte die Unzulässigerklärung der Freiheitsbeschränkung durch die Barriere beim Ausgang (verschlossene Türe und Portierdienst).

Der OGH führte zunächst aus, dass eine Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit immer dann vorliege, wenn es einer Person unmöglich gemacht werde, ihren Aufenthalt nach ihrem freien Willen zu verändern. Die ständige Abhängigkeit der freien Aufenthaltsveränderung vom Willen eines anderen stelle somit bereits die Beschränkung der Bewegungsfreiheit her. Im konkreten Fall kam er zum Ergebnis, dass keine freiheitsbeschränkende Maßnahme im Sinn des § 3 HeimAufG vorliege, weil die bloße Aufforderung an eine im Raum anwesende Person, eine Türe zu öffnen, der jederzeit Folge geleistet wird, noch keine ständige Abhängigkeit der freien Aufenthaltsveränderung vom Willen eines anderen bedeute. Die Funktion des Portiers sei hier mit einem jederzeit handhabbaren Schlüssel vergleichbar, weil der Portier dem Bewohner gerade nicht nach seinem Willen den Ausgang erlaubte oder nicht.

Art 5 StGG; Art 1 1. ZPEMRK; § 16 WEG

## **Zur grundrechtlichen Interessenabwägung im Rahmen der Duldungspflicht des § 16 Abs 3 WEG 2002.**

OGH 15.11.2021, 5 Ob 178/21v

Nach Ansicht des OGH sind Grundrechte aufgrund ihrer mittelbaren Drittwirkung auch im Privatrecht zu beachten. Die Revisionsrekurswerberin setze hier ihrer Duldungspflicht allerdings nur ihre eigenen Grundrechte entgegen, bedenke aber nicht, dass die anderen Miteigentümer ebenso wie sie selbst ein Recht auf Schutz ihres Eigentums haben. Bei einem solchen Konflikt stelle sich aus Warte der Grundrechte betrachtet regelmäßig ein Grundrechtskonflikt mit Drittwirkungseffekten ein, der nach der Rechtsprechung im Weg einer umfassenden Interessensabwägung zu lösen sei. Im Rahmen der Duldungspflicht nach § 16 Abs 3 WEG sei daher im Einzelfall zu prüfen, ob der Eingriff in die Rechte des Wohnungseigentümers wirklich erforderlich sei. Bedenke man hier das Interesse sämtlicher Miteigentümer an der ordnungsgemäßen Erhaltung ihres Eigentums und dem Schutz vor ernststen Schäden des Hauses und stelle man dies dem (überschaubaren) Ausmaß des Eingriffs in das Eigentum und die Privatsphäre der Antragsgegnerin gegenüber, begegne die Duldungsverpflichtung auch keinen grundrechtlichen Bedenken.

Art 6 EMRK

## **Im Provisorialverfahren bildet die Verletzung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 EMRK keinen Nichtigkeitsgrund, sondern einen rügepflichtigen Verfahrensmangel.**

OGH 29.9.2021, 6 Ob 145/21y

Das Erstgericht erließ ohne Anhörung der Antragsgegnerin die einstweilige Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den zu sichernden Unterlassungsanspruch der Antragstellerin durch ein Schiedsgericht nach den ICC-Schiedsregeln.

Das Rekursgericht hob aus Anlass des Rekurses der Antragsgegnerin den erstinstanzlichen Beschluss als nichtig auf, trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu. Es vertrat die Ansicht, nur in Ausnahmefällen sei die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners zulässig. Ein solcher Ausnahmefall liege nicht vor, sodass der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO verwirklicht sei.

Der OGH führte zunächst aus, nach der Entscheidung des EGMR vom 15. 10. 2009, Bsw 17056/06, Micallef gegen Malta, gelten die Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK im Allgemeinen auch für das Provisorialverfahren. Dies bedeute aber nicht, dass das Sicherungsverfahren jedenfalls zweiseitig zu sein hat, sodass in Ausnahmefällen, etwa wenn die Effektivität der Maßnahme von einer raschen Entscheidung abhängt, auch weiterhin die einseitige Erlassung einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige Anhörung des Gegners zulässig sei, weil ja der nachfolgend mögliche Widerspruch das rechtliche Gehör sicherstelle. Was die die Rechtsfolgen einer Gehörverletzung im Sicherungsverfahren anbelangt, kam der OGH nach Darstellung von Rechtsprechung und Lehre zum Ergebnis, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Provisorialverfahren keinen Nichtigkeitsgrund, sondern einen rügepflichtigen Verfahrensmangel bilde.

