

## Entwurf

### Erläuterungen

#### Allgemeiner Teil

##### 1. Einleitung

Die gerichtliche Fürsorge für Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrzunehmen, soll neu geordnet werden. Dabei soll die Autonomie dieser Menschen ausgebaut werden. Sie sollen – soweit das möglich, zweckmäßig und vertretbar ist – selbst über ihre rechtlichen Beziehungen bestimmen. Die Möglichkeiten zur autonomen Vorsorge und zur selbstbestimmten Entscheidung sollen in diesem Sinn ausgebaut werden, die betroffenen Menschen sollen in den oft nicht einfachen Entscheidungsprozessen stärker als bisher begleitet und unterstützt werden. Die gerichtliche Rechtsfürsorge soll auf ihren Kern, nämlich die Vertretung von Menschen in rechtlichen Belangen, zurückgeführt werden. Der Vertreter und das Gericht sollen also nicht mehr anstelle der hierfür zuständigen Träger Aufgaben der Sozial- oder Behindertenhilfe übernehmen.

Die Umsetzung dieser Ziele erfordert ein grundlegendes Umdenken. Die Fürsorge kann nicht mehr von oben herab, paternalistisch und allein nach den Vorstellungen und Anschauungen des Vertreters geleistet werden. Vielmehr muss sie sich an den Bedürfnissen, den Wünschen und dem feststellbaren Willen der betroffenen Menschen orientieren. Die betroffenen Personen müssen im Mittelpunkt der Tätigkeit der Vertreter und des Gerichts stehen, sie sind in die anstehenden Angelegenheiten einzubeziehen, es soll nicht über ihren Kopf hinweg entschieden werden. In diesem Wandel liegt keine radikale Abkehr vom bisherigen Sachwalterrecht und seinen Grundwertungen. Dieses soll vielmehr in denjenigen Ansätzen, die schon bisher die Autonomie der betroffenen Menschen anerkennen, fortentwickelt werden. Dabei gilt es aber auch, bei aller Wertschätzung ihrer Selbstbestimmung, sie vor Schaden und Übervorteilung zu schützen. Letztlich muss das Anliegen der Förderung der Autonomie von Menschen mit Behinderung auch in ein vernünftiges Verhältnis zu den Interessen des Geschäfts- und Rechtsverkehrs gesetzt werden.

Mit bloßen Anpassungen und Änderungen des bisherigen Rechts allein wird es bei all dem nicht mehr getan sein. Es bedarf einer umfassenden Neugestaltung dieses Rechtsbereichs, die die Stärken des bisherigen Rechts übernimmt, seine Schwächen aber überwindet. Das bietet nicht zuletzt die Gelegenheit, die Grundgedanken des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen in das österreichische Recht aufzunehmen.

Die vorliegende Reform soll auch zum Anlass genommen werden, um im Vertretungs- und Pflegschaftsrecht einige weitere Verbesserungen vorzusehen. Das betrifft etwa das Kuratorenrecht, das an die gegenwärtigen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse angepasst werden soll. Das betrifft aber auch einige in der Praxis aufgeworfene Fragen zur Veranlagung von Mündelgeld und Mündelvermögen. Weiters sollen erstmals die Handlungsfähigkeit, die Entscheidungsfähigkeit (früher: Einsichts- und Urteilsfähigkeit; siehe Pkt. 4.4) sowie die Geschäftsfähigkeit gesetzlich näher umschrieben werden.

Das Vorhaben bildet einen weiteren Baustein in den Bemühungen, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Teilschritten zu reformieren. Rechtspolitisch trägt es den Forderungen Rechnung, das Sachwalterrecht grundlegend zu überarbeiten. Eine solche Reform ist Bestandteil des Regierungsprogramms für die 25. Gesetzgebungsperiode. Sie wurde bereits mehrfach umfassend erörtert, etwa 2015 auf der Jahrestagung der Österreichischen Juristenkommission, auf dem Familienrichtertag sowie auf einer Enquete der Volksanwaltschaft zum Sachwalterrecht. Mittelbar war die Reform auch

Thema der parlamentarischen Enquetekommission zur „Würde am Ende des Lebens“. Die Kommission hat Vereinfachungen und Verbesserungen in diesen Rechtsbereichen angeregt.

Das Bundesministerium für Justiz hat die Grundlagen des nun vorgeschlagenen Entwurfs in einem umfassenden Reformprozess erarbeitet. Diesen Arbeiten sind alle interessierten und betroffenen Kreise beigezogen worden. Die Probleme des geltenden Rechts und die Möglichkeiten zu ihrer Behebung wurden – auf Basis der Empfehlungen einer vom Bundesministerium für Justiz im Dezember 2013 in Salzburg veranstalteten Fachtagung – in zahlreichen Arbeitsgruppen und Tagungen österreichweit erörtert. Das nunmehr vorgeschlagene Konzept der Erwachsenenvertretung ist das Ergebnis dieser Bemühungen. Zu diesem haben unter anderem die Sachwaltervereine, die Vertreter der Rechtsberufe (Notare, Rechtsanwälte und Richter), Vertreter der rechtswissenschaftlichen Fakultäten, die Volksanwaltschaft, die Sozialpartner und auch die Länder substantielle Beiträge geleistet. Vor allem ist es aber gelungen, in die Vorbereitungsarbeiten die vom Sachwalterrecht betroffenen Menschen einzubinden. Das betrifft deren Interessenvertretungen sowie Einrichtungen zur Betreuung und Pflege psychisch kranker oder geistig behinderter Menschen, aber auch einzelne Betroffene, die als „Selbstvertreter“ in die Arbeiten ihre Erfahrungen eingebracht und darauf aufbauend Vorschläge zur Neugestaltung dieses Rechtsbereichs erstattet haben. Im Modellprojekt „Unterstützung zur Selbstbestimmung – Clearing plus“ wurden 2014/2015 an 18 Gerichtsstandorten die Möglichkeiten einer Ausweitung des so genannten „Clearings“ der Sachwaltervereine zur Vermeidung von Sachwalterschaften erprobt, und zwar mit Erfolg (siehe *Mayrhofer et al.* [Hrsg.], Vom vertretenen zum unterstützten Rechtssubjekt [2016] 71-84). Die Erkenntnisse aus dem Pilotversuch flossen ebenfalls in die Arbeiten ein.

Dieser Reformprozess wurde mit Blick auf seinen „partizipativen“ Ansatz wissenschaftlich begleitet. Die Ergebnisse dieser empirischen Begleitforschung stellen der Ausgestaltung des Prozesses ein sehr gutes Zeugnis aus (siehe *Lamplmayr*, Vom Sachwalterrecht zur Erwachsenenvertretung – Gesetzgebung unter Einbindung betroffener Menschen, iFamZ 2016, 158; *Lamplmayr/Nachtschatt* [Hrsg.], Observing Legislative Processes: Implementation of the CRPD [2016] 70-82).

## **2. Geltendes Recht und damit verbundene Probleme**

Zur besseren Verständlichkeit des Reformkonzepts seien zunächst ein kurzer Abriss des geltenden Rechts und eine ebenso kurze Analyse seiner Probleme vorangestellt: Ein Sachwalter ist vom zuständigen Pflęschaftsgericht zu bestellen, wenn eine Person psychisch krank oder geistig behindert und aufgrund dieses Zustandes nicht mehr in der Lage ist, ihre Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst zu besorgen. Das gerichtliche Bestellungsverfahren wird entweder auf Antrag der betroffenen Person oder von Amts wegen eingeleitet. Meist liegt der Einleitung des Verfahrens eine Anregung von dritter Seite zugrunde, seien dies Angehörige, seien dies „institutionelle Anreger“ wie etwa Krankenanstalten oder Behörden. Der Sachwalter kann für eine bestimmte Angelegenheit, für einen Kreis von Angelegenheiten oder für alle Angelegenheiten der – so die bisher maßgebliche Terminologie – „behinderten Person“ bestellt werden. Auch wenn dies das Gesetz anders intendiert hat, kommt eine solche umfassende Sachwalterschaft für alle Angelegenheiten praktisch am häufigsten vor. Im Umfang des Wirkungskreises des Sachwalters verliert die betroffene Person automatisch ihre Geschäftsfähigkeit. Sie kann nicht mehr wirksam für sich selbst rechtlich handeln. In aller Regel bleibt die Sachwalterschaft bis zum Lebensende der betroffenen Person bestehen.

Zum Sachwalter sollen vornehmlich geeignete nahe Angehörige bestellt werden. Wenn solche Personen nicht zur Verfügung stehen, ist subsidiär ein (vom Bundesministerium für Justiz finanzierter) Sachwalterverein heranzuziehen. Wenn auch das nicht in Betracht kommt, hat das Gericht einen Notar, einen Rechtsanwalt oder eine sonst geeignete Person (etwa einen Sozialarbeiter) zu bestellen. Die Heranziehung eines Notars oder eines Rechtsanwalts als Sachwalter ist primär zu erwägen, wenn rechtliche Angelegenheiten zu erledigen sind. Ganz allgemein sind auch Wünsche der behinderten Person zur Person des Sachwalters zu respektieren, soweit dies nicht ihr Wohl gefährdet.

Schon nach geltendem Recht darf ein Sachwalter nur dann bestellt werden, wenn die behinderte Person nicht auf andere Weise unterstützt werden kann. Die Sachwalterschaft ist insoweit also subsidiär, sie soll – jedenfalls von Gesetzes wegen – nur dann begründet werden, wenn keine Alternative zur Verfügung steht. Als derartige Alternativen nennt das Gesetz die Unterstützung in der Familie, in Pflege- oder Behinderteneinrichtungen und durch soziale oder psychosoziale Dienste, weiters eine Vorsorgevollmacht oder auch eine Patientenverfügung.

Bei objektiver, neutraler Betrachtung hinterlässt das geltende Sachwalterrecht einen gemischten Eindruck: Einerseits kann es vielen Menschen, die das in schwierigen Situationen auch wirklich benötigen, Halt und Stütze verschaffen. Sie werden vor Schäden und Übervorteilung geschützt und können im Rahmen der „Personensorge“ auch ein nicht vernachlässigbares Maß an sozialer Betreuung

genießen. Das gilt insbesondere auch für die so genannte „Vereinssachwalterschaft“, die in allen ihren Formen hochwertige soziale Arbeit und Rechtsfürsorge leistet. Das gilt aber auch für die Vertretung der betroffenen Menschen durch andere Sachwalter, auch durch Angehörige der Rechtsberufe, die vielfach komplexe Probleme lösen können. Das gilt aber ebenso für die Gerichte, denen es trotz widriger Umstände regelmäßig gelingt, den Interessen der behinderten Personen zum Durchbruch zu verhelfen. Auch die im Jahr 2006 eingeführten Alternativen zur Sachwalterschaft, nämlich die Vorsorgevollmacht und die so genannte Angehörigenvertretung, haben sich bisher weitgehend bewährt.

Andererseits ist das Sachwalterrecht doch auch ein Opfer seines eigenen Erfolges geworden: Die Anzahl an Sachwalterschaften ist trotz aller Bemühungen zur Förderung von alternativen Instrumenten gestiegen, sie stagniert mittlerweile auf hohem Niveau. Verantwortlich dafür sind vor allem die gestiegene Lebenserwartung, die erhöhten Anforderungen an die Beteiligten des Geschäfts- und Rechtsverkehrs sowie das Bedürfnis vor allem in der Sozialverwaltung und in der Medizin, durch die Bestellung eines Sachwalters für den Leistungsempfänger oder Patienten „Sicherheit“ zu erlangen. Dass die Anregung zur Bestellung eines Sachwalters mit einer gewissen „Entrechtung“ der betroffenen Person verbunden ist, wird dabei in Kauf genommen. Vielfach drängt sich weiters der Eindruck auf, dass die Sachwalterschaft die Funktion einer „Lückenbüsserin“ eingenommen hat. Sachwalter und Gerichte sehen sich vielfach gezwungen, Aufgaben zu übernehmen, die nicht unmittelbar zur Rechtsfürsorge gehören. Allzu oft sind sie nämlich in Konstellationen gefordert, in denen es weniger um rechtliche Belange, sondern primär um die soziale Versorgung und Betreuung geht. Da die Sachwalterschaft sehr vielfältige Anwendungsbereiche hat, ist es weiters schwierig, „maßgeschneiderte“ Lösungen vorzusehen. Mehr als 50 % der Bestellungen betreffen in diesem Sinn alle Angelegenheiten der behinderten Person.

Die hohe Anzahl an Sachwalterbestellungen schlägt sich auch in großen Schwierigkeiten bei der Suche nach Sachwaltern nieder. Nahe Angehörige stehen – vor allem im städtischen Bereich – nicht ausreichend zur Verfügung, auch stößt die Vereinssachwalterschaft an finanzielle Grenzen. Gerade im städtischen Bereich hat dies dazu geführt, dass einzelnen Notaren und vor allem Rechtsanwälten eine Vielzahl an Sachwalterschaften übertragen werden muss. Das hat wieder zur Folge, dass manche gesetzliche Vorgaben – insbesondere die Verpflichtung des Sachwalters zur Wahrnehmung der so genannten „Personensorge“ – nur eingeschränkt geleistet werden können.

Letztlich dürfte der allgemeine Informationsstand über das Sachwalterrecht begrenzt sein. Im Besonderen trifft dies auch für die Kenntnisse über die Alternativen zur Sachwalterschaft zu. Nur verhältnismäßig wenige Menschen sorgen für den Fall, dass sie künftig einmal nicht in der Lage sein könnten, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, ausreichend vor.

### **3. Internationaler Rechtsvergleich**

Österreich ist nach Art. 12 des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im Folgenden UN-Behindertenrechtskonvention) dazu verpflichtet, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, behinderten Menschen die Unterstützung zukommen zu lassen, die nötig ist, damit sie ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ausüben können. An sich geht das Bundesministerium für Justiz davon aus, dass schon das geltende Sachwalterrecht den Anforderungen dieser Konvention weitestgehend entspricht. In Teilen wird aber auch vertreten, dass das österreichische Recht angepasst werden muss. Vor allem gilt das für die Frage, ob die Bestellung eines Sachwalters kraft Gesetzes zur Einschränkung der Geschäftsfähigkeit führt.

Das österreichische Sachwalterrecht liegt im internationalen Vergleich dennoch im Mainstream entsprechender Regelungen. Zum Teil ist es aber auch vorbildhaft, gerade was die Vereinssachwalterschaft angeht.

In Deutschland wird die gesetzliche Vertretung von volljährigen Personen durch das Betreuungsrecht geregelt, das sich am österreichischen Sachwalterrecht orientiert. Wenn eine volljährige Person auf Grund ihres geistigen Zustandes ihre Angelegenheiten nicht vollständig besorgen kann, wird ihr gerichtlich ein Betreuer zur Seite gestellt. Eine solche Maßnahme ist unzulässig, wenn die betreffenden Angelegenheiten durch einen bestellten Vertreter oder anderweitig besorgt werden können. Das deutsche Recht kennt die Vorsorgevollmacht und die Betreuungsverfügung, wobei diese Institute aber – anders als nach österreichischem Recht – grundsätzlich keinen besonderen Formvorschriften unterliegen. Auch nach deutschem Recht ist eine geeignete natürliche Person zu bestellen. Wenn das nicht möglich ist, ist ein Betreuungsverein und subsidiär eine Betreuungsbehörde heranzuziehen. Das Gericht kann auch mehrere Betreuer bestellen.

Durch die Bestellung eines Betreuers wird die Geschäftsfähigkeit der betroffenen Person grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die betreute Person oder ihr Vermögen erforderlich ist, hat das Betreuungsgericht einen so genannten „Einwilligungsvorbehalt“

anzuordnen. In einem solchen Fall bedarf die betreute Person zu einer Willenserklärung, die den Aufgabenkreis des Betreuers betrifft, grundsätzlich dessen Einwilligung.

In der Schweiz sind für die gesetzliche Vertretung von schutzbedürftigen volljährigen Menschen die Erwachsenenschutzbehörden zuständig. Dabei handelt es sich um spezielle Fachbehörden, die im Wesentlichen die Aufgaben des österreichischen PflEGschaftsgerichts erfüllen. Das Recht der gesetzlichen Vertretung von Volljährigen wurde im Jahr 2013 durch das neue Erwachsenenschutzrecht reformiert. Ziel der Reform war es, die Selbstbestimmung der betroffenen Menschen zu fördern. Dafür stellt das neue Schweizer Recht grundsätzlich zwei Instrumente zur Verfügung: Mit einem Vorsorgeauftrag kann jemand die Betreuung und die rechtliche Vertretung im Fall seiner Urteilsunfähigkeit regeln. Dieser Auftrag unterliegt bestimmten Formerfordernissen und muss für die Feststellung seiner Wirksamkeit von der Erwachsenenschutzbehörde geprüft werden. Zudem kann die betroffene Person mit einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Maßnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt, oder eine Person bestimmen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit entscheidungsbefugt ist. Wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine Patientenverfügung vorliegt, hat der Ehegatte oder eingetragene Partner ein Vertretungsrecht, ähnlich wie es in Österreich nahen Angehörigen zukommt. Diese Befugnis umfasst insbesondere Handlungen, die zur Deckung des Unterhalts notwendig sind oder die die für den Alltag notwendige Verwaltung von Einkommen und Vermögen betreffen. Bei außerordentlichen Vertretungshandlungen muss die Erwachsenenschutzbehörde beigezogen werden. Wenn keine private Vorsorge getroffen worden ist und auch die gesetzliche Vertretungsbefugnis nicht ausreicht, ist ein Beistand zu bestellen. Das Schweizer Recht kennt dabei verschiedene Stufen der gesetzlichen „Beistandschaft“, die sich in ihrem Umfang und ihrer Eingriffsintensität unterscheiden.

Das Liechtensteinische Sachwalterrecht wurde 2011 reformiert. Es entspricht nunmehr weitgehend dem bisher geltenden österreichischen Sachwalterrecht. Die Geschäftsfähigkeit der betroffenen Person wird im Umfang des Wirkungskreises des Sachwalters automatisch beschränkt. Seit der Reform werden in Liechtenstein auch Sachwaltervereine zugelassen, die insbesondere durch Beratung zur Entlastung der Gerichte beitragen sollten. Auch das liechtensteinische Recht kennt eine Sachwalterverfügung sowie eine Vorsorgevollmacht. Das Institut der Angehörigenvertretung hat der Gesetzgeber allerdings nicht eingeführt. Im Gegensatz zum österreichischen System lässt das liechtensteinische Sachwalterrecht auch das besondere Institut der „Doppelsachwalterschaft“ zu: Ausnahmsweise können zwei Personen als Sachwalter bestellt werden.

#### **4. Wesentliche Inhalte des Entwurfs**

##### **4.1 Terminologie**

Die Begriffe „Sachwalter“ und „behinderte Person“ sollen nicht übernommen werden. Auch wenn der Ausdruck „Sachwalter“ aus der österreichischen Rechtssprache stammt, wird er vielfach kritisiert. Den Begriff der „behinderten Person“ empfinden nicht nur betroffene Menschen als diskriminierend. Die Suche nach neuen und zeitgemäßen Begriffen bereitet freilich Schwierigkeiten: Der vor allem von Seiten der Länder vorgeschlagene Begriff des Beistands passt nicht, zumal er verschleiert, dass es mit der gerichtlichen Rechtsfürsorge im Kern um eine Vertretung der betroffenen Menschen und nicht um deren soziale Betreuung oder Unterstützung geht. Am ehesten taugt noch der Begriff des Erwachsenenvertreters; das entspricht der internationalen Terminologie, die vom Erwachsenenschutz spricht. Der Begriff „behinderte Person“ soll aufgegeben werden, stattdessen spricht der Entwurf von der volljährigen, der vertretenen oder auch der betroffenen Person.

##### **4.2 Arten der Vertretung**

In Zukunft soll es vier mögliche Arten der Vertretung einer vertretungsbedürftigen volljährigen Person geben:

Der gerichtliche Erwachsenenvertreter soll den Sachwalter ersetzen. Seine Befugnisse sollen aber deutlicher als nach geltendem Recht auf bestimmte Vertretungshandlungen beschränkt sein, eine Erwachsenenvertretung pauschal für „alle Angelegenheiten“ soll es nicht geben. Die Wirkungskdauer einer solchen Vertretung soll mit Erledigung der Aufgabe bzw. spätestens drei Jahre nach Bestellung enden. Die gerichtliche Bestellung eines Erwachsenenvertreters soll so wie nach bisherigem Recht nur die ultima ratio sein, die Alternativen dazu werden weiter ausgebaut.

Unter einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung versteht der Entwurf die – schon bisher mögliche – Vertretung durch nächste Angehörige. Diese Vertretungsbefugnis der Angehörigen soll jedoch nicht unmittelbar kraft Gesetzes eintreten, sondern nur dann bestehen, wenn sie im Österreichischen Zentralen Verzeichnis (ÖZVV) eingetragen wird. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung verschafft dem nahen Angehörigen aber weitergehende Befugnisse als bisher. Dafür soll sie, anders als nach geltendem

Recht, auch einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Sie muss spätestens nach drei Jahren erneuert werden.

Neu hinzu kommt die gewählte Erwachsenenvertretung: Damit soll einer volljährigen Person die Möglichkeit gegeben werden, im Bedarfsfall selbst einen Vertreter zu bestimmen, der sofort für sie tätig werden soll. Voraussetzung ist, dass sie die Tragweite einer Bevollmächtigung zumindest in Grundzügen verstehen und sich entsprechend verhalten kann. Auch diese Vertretungsbefugnis soll eine Eintragung in das ÖZVV voraussetzen und einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Da sie auf der – wenn auch schon etwas eingeschränkten – persönlichen Willensbildung des Vertretenen beruht, ist sie auf unbestimmte Zeit eingerichtet.

Die Vorsorgevollmacht soll aus dem geltenden Recht übernommen werden, sie hat sich weitgehend bewährt. Der Wirkungsbereich des Bevollmächtigten wird gesetzlich nicht beschränkt; Voraussetzung der Wirksamkeit einer solchen Vollmacht ist aber, dass der so genannte „Vorsorgefall“ (Vollmachtgeber ist nicht mehr entscheidungsfähig, zur neuen Terminologie Pkt. 4.4) eingetreten und im ÖZVV eingetragen ist. Die gerichtliche Kontrolle ist hier im Wesentlichen auf die Genehmigung von Entscheidungen bei medizinischen Behandlungen, soweit zwischen Vertreter und Vertretenem ein Dissens erkennbar wird, und bei dauerhaften Wohnortänderungen ins Ausland beschränkt. Da die Vorsorgevollmacht auf der persönlichen Willensbildung der vertretenen Person beruht, ist sie auf unbestimmte Zeit eingerichtet.

#### **4.3 Genehmigungsvorbehalt und Handlungsfähigkeit**

Keine dieser Vertretungsarten soll zu einem automatischen Verlust der Handlungsfähigkeit der vertretenen Person führen. Dem Pflegschaftsgericht soll jedoch im Fall der gerichtlichen Erwachsenenvertretung die Möglichkeit eingeräumt werden, ausnahmsweise anzuordnen, dass die Wirksamkeit von bestimmten rechtsgeschäftlichen Handlungen der betroffenen Person die Genehmigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters voraussetzt (Genehmigungsvorbehalt). Darüber hinaus soll es bei der gewählten Erwachsenenvertretung möglich sein, dass die vertretene Person ihr eigenes rechtsgeschäftliches Verhalten von der Genehmigung des Erwachsenenvertreters abhängig macht. Ansonsten kommt es bei volljährigen Personen ausschließlich darauf an, ob sie im Rechtsverkehr die erforderliche Geschäftsfähigkeit aufweisen oder nicht.

#### **4.4 Entscheidungsfähigkeit – Handlungsfähigkeit – Geschäftsfähigkeit**

Nach geltendem Recht wird der Begriff „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ zur Kennzeichnung der insbesondere in persönlichen und familiären Angelegenheiten erforderlichen Handlungsfähigkeit verwendet. Dabei soll es nicht auf die starren Grenzen der Geschäftsfähigkeit ankommen, sondern es ist eine Betrachtung im Einzelfall verlangt. Der Begriff beschreibt jedoch nicht völlig zutreffend das erforderliche Handlungsvermögen: Es geht nicht bloß um die nötige „Einsicht“ des Handelnden oder – wohl Ähnliches meinent – um sein „Urteilsvermögen“. Auch wird der Begriff in der Lehre und Rechtsprechung uneinheitlich verwendet (teils als „Unterform“ der Geschäftsfähigkeit, teils als allgemeine Handlungsfähigkeit). Der Entwurf schlägt daher den neuen Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“ vor, der im Wesentlichen dieselbe Funktion erfüllen soll wie die bisherige „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“; relevant sind nämlich weiterhin die individuellen Fähigkeiten einer Person, die diese braucht, um ein im jeweiligen Bereich rechtserhebliches Handeln zu setzen (§ 24 Abs. 2 ABGB des Entwurfs). Da die Person in solchen Fällen stets eine Entscheidung zu treffen hat (in der Regel über die Vornahme bzw. Unterlassung einer Rechtshandlung), soll von der „Entscheidungsfähigkeit“ die Rede sein. Sie ist von der „Deliktsfähigkeit“ zu unterscheiden, die beschreibt, wann eine Person wegen einer Schadenszufügung aus eigenem Verhalten ersatzpflichtig werden kann (vgl. § 176 ABGB).

Der Begriff der „Handlungsfähigkeit“ wird im geltenden Recht oft negierend gebraucht, um zu umschreiben, dass eine Person alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht selbst gehörig zu besorgen vermag (Überschrift vor § 21, § 205 Abs. 2, § 271, § 272 Abs. 1 ABGB in der geltenden Fassung). Andererseits werden auch besondere Bestimmungen, die die Mitwirkung gesetzlicher Vertreter (Erziehungsberechtigter) bei Willenserklärungen des Kindes vorsehen, mit „Handlungsfähigkeit“ überschrieben (§ 141, § 170 ABGB). Im Begutachtungsverfahren wurden Zweifel vorgebracht, wie der neue Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“ von der „Handlungsfähigkeit“ abzugrenzen ist. Daher wird nun vorgeschlagen, auch die „Handlungsfähigkeit“ zu definieren (§ 24 Abs. 1 ABGB des Entwurfs), und zwar als Sammelbegriff für jene Voraussetzungen, die das Gesetz vorsieht, damit ein Verhalten als rechtserheblich qualifiziert werden kann. In der Regel setzt die Handlungsfähigkeit die Entscheidungsfähigkeit als individuelles faktisches Können der Person voraus, manchmal müssen jedoch zum besonderen Schutz der Person zusätzliche Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit des Handelns erfüllt sein, wie etwa bei Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Damit kann eine minderjährige Person zwar im konkreten Bereich entscheidungsfähig, aber nicht

handlungsfähig sein; umgekehrt muss eine Person in der Regel entscheidungsfähig sein, um handlungsfähig zu sein.

Bisweilen erhält die „Handlungsfähigkeit“ eine spezielle Bezeichnung, abhängig vom jeweiligen Entscheidungsgegenstand, zB die „Testierfähigkeit“, die „Ehefähigkeit“ oder die „Geschäftsfähigkeit“. Um testierfähig zu sein, bedarf es neben der allgemeinen Entscheidungsfähigkeit (siehe § 566 in der Fassung des ErbRÄG 2015) auch der Mündigkeit (wobei § 569 in der Fassung des ErbRÄG 2015 für Minderjährige zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen vorsieht). Ehefähig (siehe § 1 EheG des Entwurfs) ist, wer volljährig und entscheidungsfähig ist. Die Geschäftsfähigkeit knüpft ebenfalls an die Entscheidungsfähigkeit als Grundvoraussetzung an (siehe § 865 Abs. 1 des Entwurfs), sieht aber pauschale an das Alter oder die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts anknüpfende Beschränkungen vor (siehe §§ 242 Abs. 2 und 865 Abs. 4 ABGB des Entwurfs).

#### **4.5 Persönliche und familiäre Angelegenheiten**

Auch in diesen Bereichen soll die Autonomie der betroffenen volljährigen Menschen gestärkt werden. Grundsätzlich soll eine volljährige Person in solchen Belangen – vor allem wenn sie eine medizinische Behandlung oder eine Veränderung des Wohnorts betreffen – selbst entscheiden, ein Vertreter kann hier nur dann tätig werden, wenn die von ihm vertretene Person nicht entscheidungsfähig (zur neuen Terminologie Pkt. 4.4) ist. Bestimmte Entscheidungen sind überhaupt „vertretungsfeindlich“: So kann jemand etwa bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung, einer Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht, bei einer Eheschließung, bei der Annahme an Kindesstatt oder bei Anerkennung der Vaterschaft nicht „fremdbestimmt“ werden.

#### **4.6 Personensorge – medizinische Behandlung**

Auch nach neuem Recht soll die Sorge um die persönliche Lebenssituation einer entscheidungsunfähigen Person nicht allein dem Träger der Sozial- oder Behindertenhilfe überantwortet werden. Dessen Verantwortung soll aber durch den Erwachsenenvertreter nicht verdrängt werden. Der Erwachsenenvertreter hat demnach nicht die Betreuung einer von ihm vertretenen Person zu übernehmen. Wenn sie nicht ohnehin schon umfassend betreut ist, soll er sich aber um die erforderliche ärztliche und soziale Betreuung bemühen.

Neu geregelt werden die Voraussetzungen einer medizinischen Behandlung bei psychisch kranken oder vergleichbar beeinträchtigten Menschen. Nicht entscheidungsfähige Patienten (zur neuen Terminologie Pkt. 4.4) dürfen – außer bei Gefahr im Verzug – nur mit Zustimmung ihres Vertreters behandelt werden. Dessen ungeachtet müssen sie von der behandelnden Person über die Behandlung informiert und um ihre Meinung befragt werden. Bei „Meinungsverschiedenheiten“ zwischen dem Patienten und seinem Vertreter muss eine gerichtliche Entscheidung eingeholt werden.

#### **4.7 Erwachsenenschutzvereine**

Das Reformkonzept beruht auf einem weiteren Ausbau der durch die öffentliche Hand geförderten Sachwalter- bzw. Erwachsenenschutzvereine. Ihre Beratungsfunktionen werden ausgeweitet, auch kann vor ihnen eine Vorsorgevollmacht errichtet bzw. ein Erwachsenenvertreter eingetragen werden. Darüber hinaus wird das so genannte „Clearing“ (in der Gesetzessprache: „Abklärung“) durch den örtlich zuständigen Verein im gerichtlichen Verfahren zur Bestellung eines Erwachsenenvertreters verpflichtend. Ausnahmsweise kann diese Abklärung in Richtung der Vermittlung einer Unterstützung der volljährigen Person erweitert werden. Mit diesen und weiteren Maßnahmen werden die Erwachsenenschutzvereine zur Drehscheibe der Rechtsfürsorge ausgebaut.

Das „Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz“, das im Wesentlichen die Anforderungen an die so genannten Sachwaltervereine und ihr Verhältnis zum Bundesminister für Justiz regelt, muss an die Neuerungen angepasst werden. Das bietet die Gelegenheit, einige Klarstellungen zur Eignung dieser Vereine und zur Anerkennung dieser Eignung durch den Bundesminister für Justiz vorzunehmen.

#### **4.8 Entschädigung von Erwachsenenvertretern**

Die geltenden Regelungen über die Entschädigung von Sachwaltern sollen den Bedürfnissen der Praxis angepasst und in einigen Bereichen klarer gefasst werden. Diese Bestimmungen sollen sicherstellen, dass die Tätigkeit eines Erwachsenenvertreters einigermaßen adäquat honoriert wird. Damit sollen auch Anreize zur qualifizierten Vertretung geschaffen werden. Zugleich sollen aber Vorkehrungen eingebaut werden, die überzogene Honorare und damit eine „Bereicherung“ des Vertreters an der volljährigen Person hintanhaltend.

#### **4.9 Kuratorenrecht**

Das Kuratorenrecht soll aus Anlass der Reform des Sachwalterrechts modernisiert werden. Dabei sollen die bislang verstreut und verschieden geregelten Kuratorentypen vereinheitlicht und übersichtlich geregelt werden. Inhaltlich sind mit diesen Vorschlägen keine allzu großen Änderungen verbunden, die sachlich nicht angebrachte Abhängigkeit des Kuratorenrechts vom Sachwalterrecht wird damit aber beseitigt.

#### **4.10 Verfahrensrecht**

Die verfahrensrechtlichen Regelungen für die Bestellung eines Sachwalters werden übernommen und weiter verfeinert. Vor allem gilt das für das schon erwähnte Clearing, das künftig allgemein verpflichtend sein soll. Darüber hinaus werden erstmals Angehörige der vertretenen Person in das Bestellungsverfahren eingebunden.

Im Zivilprozess werden Regelungen vorgeschlagen, die eine praktikable Verfahrensführung sicherstellen sollen: Wenn eine Partei einen Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten hat und dessen Aufgabenbereich auch die Vertretung vor Gericht umfasst, soll sie nur durch diesen Vertreter handeln können.

#### **4.11 Berufsrecht der Notare und Rechtsanwälte**

Letztlich sollen im Berufsrecht der Notare und Rechtsanwälte Kautelen eingebaut werden, die eine qualitätsvolle Wahrnehmung der Aufgaben eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters sicherstellen. Dafür soll es von den Kammern überwachte Listen besonders geeigneter Notare oder Rechtsanwälte geben.

#### **5. Kompetenz**

Die Kompetenz des Bundes zur Erlassung des vorgeschlagenen Bundesgesetzes gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen, Angelegenheiten der Notarinnen und Notare, der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte) und Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen).

#### **6. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort**

Das Vorhaben wird sich auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort nicht negativ auswirken. Für die Träger von Einrichtungen, die psychisch kranke oder sonst in ihrer Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie Pkt. 4.4) vergleichbar beeinträchtigte Menschen betreuen, bedeuten die neuen, klaren Regelungen eine Entlastung.

#### **7. Aspekte der Deregulierung**

Das Vorhaben ist sozial-, gesundheits- und rechtspolitisch wichtig, weil es dazu beiträgt, dass psychisch kranke oder sonst in ihrer Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie Pkt. 4.4) vergleichbar beeinträchtigte Menschen besser mit gesetzlichen Vertretern versorgt sind. Aspekte der Deregulierung, wie sie Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001 anspricht, stehen ihm nicht entgegen.

#### **8. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens**

Der Entwurf unterliegt keinen besonderen Beschlusserfordernissen im Nationalrat und im Bundesrat. Er muss auch nicht nach dem Notifikationsgesetz 1999 notifiziert werden.

#### **9. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union**

Das Erwachsenenvertretungsrecht betrifft Bereiche, die im Unionsrecht nicht geregelt sind.

## Besonderer Teil

### Zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB):

#### Zu § 21 ABGB:

1. Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht selbst besorgen können, stehen nach § 21 Abs. 1 ABGB „unter dem besonderen Schutz der Gesetze“. Die Stamfassung aus dem Jahr 1811 enthielt eine Aufzählung der Adressaten – dort hieß es wörtlich: „Dahin gehören: Kinder, die das siebente; Unmündige, die das vierzehnte; Minderjährige, die das vier und zwanzigste Jahr ihres Lebens noch nicht zurückgelegt haben; dann: Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauchs ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt, oder wenigstens unvernünftig sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, ferner: diejenigen, welchen der Richter als erklärten Verschwendern die fernere Verwaltung ihres Vermögens untersagt hat; endlich Abwesende und Gemeinden“.

Die Schutzverheißung wurde durch die seither vorgenommenen Novellierungen des § 21 nicht substantiell verändert. „Verschwender“ zählen allerdings nicht mehr zum geschützten Personenkreis, weil das Gesetz vernünftiges wirtschaftliches Handeln nicht mehr vorgeben will (vgl. *Benke/Barth in Klang*<sup>3</sup> § 21 Rz 48). „Gemeinden“ sind – wie alle juristischen Personen – zwar nicht selbst handlungsfähig, doch sind die Handlungszuständigkeiten ihrer Organe in den Gemeindeordnungen festgelegt. Auch sie bedürfen daher keines besonderen Schutzes (*Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 21 Rz 2). Der Schutz des § 21 Abs. 1 ABGB umfasst aber weiter die vormals genannten „Abwesenden“. § 22 ABGB stellt auch „ungeborne Kinder“ unter den Schutz der Gesetze.

2. § 21 bildet seit der Stamfassung des ABGB den Grundstein der Handlungsfähigkeit im österreichischen Privatrecht. Wer minderjährig ist oder aus anderen Gründen seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, ist nämlich nicht handlungsfähig (*Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 21 Rz 4; *Benke/Barth in Klang*<sup>3</sup> § 21 Rz 5). Worauf es hierbei ankommt, soll in § 24 des Entwurfs klargestellt werden, nämlich grundsätzlich auf die Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie siehe die Erläuterungen im Allgemeinen Teil zu Punkt 4.4), also die Fähigkeit, die Bedeutung und die Folgen des eigenen Handelns im jeweiligen Zusammenhang zu verstehen, den Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten. Um einer handlungsunfähigen Person die Teilhabe am Rechtsverkehr und den nötigen Schutz zur Wahrung ihrer Rechte zu gewährleisten, stellt die Rechtsordnung institutionalisierte Vertretungsmodelle zur Verfügung. Im Ministerialentwurf war noch ein Abs. 3 enthalten, der die Brücke zum neuen § 1034 schlagen sollte und anordnete, dass das Gesetz für Personen, die nicht eigenständig handlungsfähig sind, einen gesetzlichen Vertreter im Sinn des § 1034 vorzusehen hat. Darauf wird nun verzichtet, da im Begutachtungsverfahren vorgebracht wurde, es sei entbehrlich, dass sich der Gesetzgeber selbst eine Handlungsanleitung vorgebe.

3. Im Verbund mit § 1034 des Entwurfs zeigt § 21, dass unter dem besonderen Schutz der Gesetze Minderjährige stehen, die im Rahmen der Obsorge gesetzlich vertreten werden. Weiters sind Personen geschützt, die im Sinn des neuen Erwachsenenschutzrechts psychisch krank oder aufgrund einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind. Vertreten werden diese entweder vom Vorsorgebevollmächtigten oder vom Erwachsenenvertreter. Abwesende, Ungeborne und – in Zusammenschau mit § 277 des Entwurfs – auch noch nicht gezeugte Personen und Personen unbekannter Identität sind in einer vergleichbaren Position wie Handlungsunfähige, ihnen kommt Schutz durch einen Kurator zu.

All diesen Vertretungsformen ist gemeinsam, dass sie einer gewissen gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind. Dies gilt auch – wenngleich aufgrund seiner privatautonomen Einsetzung am reduziertesten – für den Vorsorgebevollmächtigten nach Eintritt des Vorsorgefalls. Da also bei all diesen Vertretungsformen eine gesetzlich geregelte und staatliche beaufsichtigte Fürsorge vorgesehen ist, sollen sie als „gesetzliche“ Vertreter bezeichnet werden.

4. Personen, denen ein gesetzlicher Vertreter zur Verfügung steht, sind nach geltendem Recht „Pflegebefohlene“ (*Knell*, Die Kuratoren im österreichischen Recht [1974] 20); dieser Begriff ist nicht mehr zeitgemäß. Stattdessen soll – ganz im Sinn des § 21 ABGB – von den „schutzberechtigten Personen“ die Rede sein. Um im Sinn des § 21 Abs. 1 vom Schutz der Gesetze zu profitieren, genügt das Unvermögen, eine einzige Angelegenheit selbst zu besorgen.

#### Zu § 24 ABGB:

1. Der Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ fand mit dem KindRÄG 2001 (im Zusammenhang mit der Regelung der medizinischen Behandlung Minderjähriger – jetzt § 173 ABGB) Eingang in das ABGB. Grund für die Übernahme dieses Begriffs aus anderen Rechtsmaterien (etwa § 36 UbG) war die Überlegung, dass es für rechtserhebliche Willenserklärungen im Bereich der höchstpersönlichen Rechte



nicht auf die starren Grenzen der Geschäftsfähigkeit ankommen soll. Rechtserhebliches Verhalten setzt – so schon *Schwimann*, Die Institution der Geschäftsfähigkeit (1965) 14 – ganz allgemein gewisse Fähigkeiten voraus. Als Normadressaten könnten nämlich nur solche Menschen gelten, die „dank ihrer geistigen Konstitution in der Lage sind, die Bedeutung ihres Verhaltens im wesentlichen zu erkennen und dieser Einsicht gemäß zu handeln“. Die individuelle Einsichts- und Urteilsfähigkeit stellt demgemäß eine ganz grundlegende Voraussetzung der Rechtserheblichkeit menschlichen Verhaltens dar.

Bisher wurde allerdings im ABGB nirgends definiert, an welchen Kriterien die Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu messen ist. Umgekehrt gibt es verschiedene Begriffe, mit denen festgelegt wird, wann die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht vorliegt (zB § 566 in der Fassung vor dem ErbRÄG 2015: „Mangel der Besonnenheit“; § 567: „Gebrauch des Verstandes verloren“; § 1297: „Verstandesgebrauch“; § 865 und § 1494: „Gebrauch der Vernunft nicht haben“). Um zu verdeutlichen, welche Fähigkeit im Tatsächlichen für rechtserhebliches Verhalten mindestens erforderlich ist, soll diese Fähigkeit nunmehr – an vorderer Stelle im ABGB – umschrieben werden und zukünftig „Entscheidungsfähigkeit“ heißen. Der neue Begriff ist kürzer und prägnanter und verdeutlicht, dass es sich um eine neue, umfassende Regelung handelt. Das erlaubt, in den einzelnen Bestimmungen nur noch auf diesen Begriff zu verweisen.

§ 24 Abs. 2 beschreibt drei wesentliche Fähigkeiten:

Es ist erstens die kognitive Fähigkeit erforderlich, Grund und Bedeutung der vorzunehmenden Rechtshandlung einzusehen. Im Fall einer medizinischen Behandlung bedeutet dies etwa, dass ein Patient versteht, was eine Lunge ist, worin der medizinische Eingriff an dieser besteht und was die Folgen seiner Vornahme bzw. Unterlassung sind.

Zweitens spielen auch voluntative Elemente eine Rolle, und zwar in Gestalt der Fähigkeit, den Willen nach dieser Einsicht bestimmen zu können; dieser Aspekt soll nun – im Hinblick auf die Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens – explizit im Text verankert sein. Die Willensbestimmung orientiert sich zwar am zuvor gewonnenen Verständnis als Entscheidungsgrundlage („danach“), kann aber durchaus höchst subjektiv und muss nicht objektiv nachvollziehbar, insbesondere nicht zwingend „vernünftig“ sein.

Drittens muss die Fähigkeit vorhanden sein, sich „entsprechend“ zu verhalten. Diese Fähigkeit fehlt etwa, wenn übermächtige Ängste daran hindern, seiner Einsicht und Willensbestimmung gemäß zu handeln (vgl. *Amelung*, ZStW 1992, 528; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 818 ff.; siehe auch schon ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 21).

**2.** Ob jemand entscheidungsfähig ist oder nicht, ist oftmals auch eine Frage der Unterstützung, die er zur Überwindung „externer“ Barrieren (zB schwierige Sprache, wenig Zeit für Aufklärung) erhält. Daher hat in die Beurteilung der Entscheidungsfähigkeit auch einzufließen, ob eine Person in ihren Fähigkeiten durch entsprechende Unterstützungsmaßnahmen „mobilisiert“ werden kann (vgl. §§ 239 f. des Entwurfs).

Darüber hinaus ist einer Person die Entscheidungsfähigkeit nicht bereits dann abzusprechen, wenn sie nicht jeden Aspekt der Bedeutung und Folgen ihres Handelns versteht. Es geht vielmehr darum, dass die Person im Kern erfasst, dass sie ein rechtserhebliches Verhalten setzen oder es unterlassen kann, und welche Auswirkungen im Wesentlichen dieses Handeln für sie hat. Es führt deshalb in aller Regel nicht etwa Unerfahrenheit oder ein geringer Intelligenzgrad oder Ähnliches bereits zu einem Mangel der Entscheidungsfähigkeit, sondern nur eine psychische Krankheit oder eine vergleichbare Beeinträchtigung (geistige Behinderung in der Terminologie des geltenden Rechts, Koma, Bewusstlosigkeit).

**3.** Im Begutachtungsverfahren wurden Zweifel an der Abgrenzung des Begriffs der Handlungsfähigkeit vom neuen Begriff der Entscheidungsfähigkeit geäußert. Es wird daher vorgeschlagen, in einem neuen § 24 Abs. 1 auch den Begriff der Handlungsfähigkeit zu definieren. Die Handlungsfähigkeit soll ganz allgemein als die Fähigkeit einer Person verstanden werden, sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten. Sie ist ein abstrakter Begriff, der für verschiedene Bereiche des Handelns vom Gesetzgeber verschieden ausgestaltet werden kann. In aller Regel setzt sie mindestens die Entscheidungsfähigkeit voraus, die – anders als die Handlungsfähigkeit – ein konkretes faktisches Können der Person beschreibt, das situativ im Einzelfall vorliegen muss. Dazu können aber zusätzliche Anforderungen, wie etwa die Volljährigkeit, treten.

Die Geschäftsfähigkeit ist damit eine besondere Form der Handlungsfähigkeit, zugeschnitten auf den Bereich der Rechtsgeschäfte. Sie soll als Fähigkeit einer Person, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten, weiterhin Bestand haben (siehe § 865 des Entwurfs und Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen). Hier spielen nämlich zum Schutz der betroffenen Person bzw. des Rechtsverkehrs pauschale Einschränkungen, einerseits aufgrund des Alters (vgl. §§ 170 f. ABGB), andererseits aufgrund der Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts (siehe § 242 Abs. 2 des Entwurfs) eine Rolle.

4. Wie die Geschäftsfähigkeit sind auch die Testierfähigkeit und die Ehefähigkeit besondere Formen der Handlungsfähigkeit für einen bestimmten Bereich (für den Abschluss letztwilliger Verfügungen, für die Eheschließung). Wenn § 242 Abs. 1 des Entwurfs anordnet, dass die Handlungsfähigkeit einer volljährigen Person durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt wird, so sind damit alle diese Erscheinungsformen der Handlungsfähigkeit umfasst. Da die Handlungsfähigkeit in aller Regel auch die Entscheidungsfähigkeit voraussetzt, letztere aber auch durch entsprechende Unterstützungsmaßnahmen „mobilisiert“ werden kann (siehe oben Punkt 2.), ist es nicht gerechtfertigt, aus dem Bestehen einer gesetzlichen Vertretung für Volljährige allein auf den Verlust der (immer für den Einzelfall zu prüfenden) Entscheidungsfähigkeit (und damit der Handlungsfähigkeit) zu schließen. Als „eigenberechtigt“ (zur kontroversen Auslegung vgl. etwa *Zierl*, Zur Auslegung der Begriffe „Eigenberechtigung“, „Handlungsfähigkeit“ und „Geschäftsfähigkeit“, *Zak* 2014/37; *Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner* [Hrsg.], Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup> [2010] 161) müsste nach dem vorgeschlagenen Konzept der Erwachsenenvertretung mangels automatischen Verlusts der Handlungsfähigkeit infolge Bestellung eines Erwachsenenvertreters (siehe § 242 Abs. 1 des Entwurfs) wohl jede volljährige Person gelten. Will das Gesetz sicherstellen, dass eine Person uneingeschränkt handlungsfähig ist, so ist auf deren Entscheidungsfähigkeit abzustellen.

#### **Zu § 141 ABGB:**

Die Überschrift soll in zeitgemäßer Sprache und entsprechend dem schon bestehenden Text (vgl. in Abs. 1 und 2: „Angelegenheiten der Abstammung“) gestaltet werden. In Abstammungsangelegenheiten soll nach **Abs. 1** nicht mehr auf die Eigenberechtigung einer Person abgestellt werden. Vielmehr soll es für die Rechtswirksamkeit einer Handlung einer Person darauf ankommen, dass sie entscheidungsfähig ist (da eine rechtsgeschäftliche Handlung nicht in Frage kommt, ist deren Geschäftsfähigkeit nicht auch erforderlich). Unverändert bleibt die Vermutungsregelung, dass Personen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr in Abstammungsangelegenheiten entscheidungsfähig sind.

Der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf es aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Naheverhältnisses grundsätzlich nicht mehr. Nur bei Minderjährigen ist sie nach **Abs. 2** – auch bei Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit – weiterhin einzuholen. Da diese grundsätzlich über weniger Lebenserfahrung verfügen als Volljährige, sollen sie hierdurch – ähnlich wie nach § 173 Abs. 2 ABGB – in ihrer Entscheidung (und wohl auch in Bezug auf die Folgen der Entscheidung) Unterstützung durch den gesetzlichen Vertreter finden. Vor diesem Hintergrund soll der gesetzliche Vertreter auch selbst – freilich nur mit Zustimmung des entscheidungsfähigen Minderjährigen – tätig werden können.

Ist eine Person in Abstammungsangelegenheiten nicht (mehr) entscheidungsfähig, so soll für sie nach **Abs. 3** ihr gesetzlicher Vertreter handeln. Ist die vertretene Person volljährig, so gilt § 250 Abs. 2 sinngemäß. Gibt also die vertretene Person zu erkennen, dass sie die vom Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter geplante Vertretungshandlung ablehnt, so hat diese zu unterbleiben, es sei denn, das Wohl der vertretenen Person wäre sonst erheblich gefährdet.

Die Vater- oder Elternschaft kann eine Person jedoch nur selbst anerkennen, eine Vertretung in dieser – höchstpersönlichen – Angelegenheit ist ausgeschlossen. Insofern kann von einer „absolut vertretungsfeindlichen Angelegenheit“ gesprochen werden (siehe näher die Erläuterungen zu § 250 des Entwurfs).

**Abs. 4** entspricht weitgehend dem bisherigen Abs. 2.

#### **Zu § 142 ABGB:**

Die Änderung der Überschrift folgt der Terminologie des § 141 des Entwurfs.

#### **Zu § 146 ABGB:**

In **Abs. 1** wird lediglich der Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ durch jenen der „Entscheidungsfähigkeit“ ersetzt. Mit den Änderungen in **Abs. 2** soll berücksichtigt werden, dass in Abstammungsangelegenheiten (und auch sonst) nicht mehr auf die Eigenberechtigung einer Person abgestellt wird. Bei Minderjährigkeit oder Fehlen der Entscheidungsfähigkeit soll der Fristenlauf bis zum Erreichen der Volljährigkeit oder der Entscheidungsfähigkeit gehemmt sein.

#### **Zu §§ 147, 149, 181, 185, 188, 196, 207 bis 212 und 225 ABGB:**

In diesen Bestimmungen soll – der neuen Terminologie des B-KJGH 2013 folgend – der Begriff „Jugendwohlfahrtsträger“ durch den Begriff „Kinder- und Jugendhilfeträger“ ersetzt werden.

#### **Zu § 147 ABGB:**

In **Abs. 2** soll nun zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern unterschieden werden:

Bei einem minderjährigen Kind hat die entscheidungsfähige Mutter das Recht, den Anerkennenden als Vater zu bezeichnen. Das Anerkenntnis wird rechtswirksam, wenn das entscheidungsunfähige minderjährige Kind, vertreten durch den Kinder- und Jugendhilfeträger, dem zustimmt. Ist das Kind entscheidungsfähig, so erteilt es selbst die Zustimmung, der Kinder- und Jugendhilfeträger hat dem aber zuzustimmen.

Ist das anerkennende Kind volljährig, so hat die Mutter kein Bezeichnungsrecht (aber nach Abs. 3 das Recht, bei Gericht Widerspruch gegen das Anerkenntnis zu erheben). Ist das volljährige Kind entscheidungsfähig, so kann es nur selbst zustimmen, und zwar ohne Mitwirkung eines allfälligen gesetzlichen Vertreters (§ 141 Abs. 1). Ist hingegen das volljährige Kind entscheidungsunfähig, so kann der gesetzliche Vertreter zustimmen (§ 141 Abs. 3).

**Abs. 3** wird terminologisch angepasst.

#### **Zu § 153 ABGB:**

Die Änderungen in **Abs. 2** entsprechen jenen in § 146 (siehe dazu Erläuterungen dort).

#### **Zu § 154 ABGB:**

Die Änderungen ergeben sich aus der Umgestaltung des § 141 des Entwurfs. Der Anerkennende kann bloß selbst anerkennen (§ 141 Abs. 3), die Mutter (weiterhin) nur selbst den Vater bezeichnen (§ 147 Abs. 2). Im Fall des minderjährigen Kindes kann auch die fehlende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Zustimmung des entscheidungsfähigen Kindes den „Mangel der gesetzlichen Vertretung“ begründen.

#### **Zu § 156 ABGB:**

**Abs. 2** wird terminologisch angepasst.

#### **Zu § 158 ABGB:**

Ist ein Elternteil nicht voll geschäftsfähig, so ist er nach geltender Rechtslage kraft Gesetzes zur Gänze von der Vermögensverwaltung und der gesetzlichen Vertretung für sein Kind ausgeschlossen, und zwar – nach herrschender Meinung (*Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup> § 158 ABGB Rz 4) – unabhängig davon, für welchen Bereich ein Sachwalter bestellt wurde, somit auch, wenn die Sachwalterschaft bloß eine einzelne Angelegenheit betrifft. Diese weitgehende und pauschale Einschränkung widerspricht Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention (siehe etwa *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB-Taschenkommentar<sup>3</sup> § 158 Rz 10).

Die gesetzliche Beschränkung der Obsorge in **Abs. 2** soll nur noch für minderjährige Eltern gelten. Ein volljähriger Elternteil muss dagegen jene Entscheidungsfähigkeit aufweisen, die er für ein Handeln in eigenen Angelegenheiten benötigen würde. Fehlt einem Elternteil etwa die Entscheidungsfähigkeit für Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten, so kann er in diesem Bereich auch nicht sein Kind vertreten. Fehlt ihm dagegen lediglich in Vermögensangelegenheiten die Geschäftsfähigkeit, so kann er in medizinischen Angelegenheiten wirksam für das Kind auftreten. Diese Vorschrift des Abs. 2 zweiter Satz führt jedoch nicht „ex lege“ zur Beschränkung der Obsorge des betroffenen Elternteils, es bedarf vielmehr der gerichtlichen Entscheidung nach § 181 ABGB. Festzuhalten ist, dass der Umstand allein, dass eine Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung wirksam ist, bei dieser Entscheidung keine Rolle spielen kann.

Im Fall eines minderjährigen Elternteils (und des Fehlens eines anderen volljährigen Elternteils) kommt somit weiterhin die (automatische) Vertretung des Kinder- und Jugendhilfeträger nach § 207 zweiter Satz ABGB zum Tragen. Fehlt einem volljährigen Elternteil in bestimmten Angelegenheiten die Entscheidungsfähigkeit, soll – der UN-Behindertenrechtskonvention Rechnung tragend – an die Stelle eines automatischen Ausschlusses von der Obsorge eine Einzelfallentscheidung treten: Ist durch dessen mangelnde Vertretungs- und Vermögensverwaltungsbefugnis das Kindeswohl gefährdet, so hat ihm das Pflegschaftsgericht – von wem immer es angerufen wird – insoweit die Obsorge zu entziehen und diese entweder nach § 178 Abs. 1 ABGB dem anderen Elternteil, einem Großelternteil oder einem Pflegeelternteil oder nach § 209 dem Kinder- und Jugendhilfeträger zu übertragen.

Der Verweis in § 177 Abs. 4 auf § 158 Abs. 2 ABGB kann bestehen bleiben; weiterhin soll jener Elternteil, bei dem das Kind hauptsächlich betreut wird, bloß die durch § 158 Abs. 2 ABGB „reduzierte“ Obsorge zustehen dürfen. In anderen Worten: Die Gründe, die nach § 158 Abs. 2 ABGB (auch in der Fassung des Entwurfs) zur beschränkten Obsorge führen (sei es auch über den „Umweg“ des § 181 ABGB), soll diesen nicht als „Domizilelternteil“ disqualifizieren.

**Zu § 164 ABGB:**

§ 164 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfs entspricht dem bisherigen § 164 zweiter Satz erster Halbsatz. Der Verweis auf die Vermögensverwaltung im dritten Satz soll ausdrücklich nur die §§ 215 bis 223 umfassen. Damit soll die in Rechtsprechung und Lehre intensiv erörterte Frage, ob § 224 ABGB auf Eltern (sowie Großeltern und Pflegeeltern) Anwendung findet (und diese daher 10 000 Euro übersteigende Zahlungen an das Kind nur mit gerichtlicher Ermächtigung entgegennehmen können), geklärt werden (zum Meinungsstand der Diskussion siehe etwa 2 Ob 3/12y und *Cohen/Tschugguel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 224 ABGB Rz 2). Diese Lösung ist sachgerecht, weil Eltern (auch Großeltern und Pflegeeltern) in aller Regel das Vertrauen entgegengebracht werden kann, dass sie entgegengenommene Zahlungen im Interesse des Kindes verwenden oder mündelsicher anlegen. Ein von Gesetzes wegen unbedingt vorgesehener Eingriff in das Familienleben in Gestalt der gerichtlichen Ermächtigung wäre demgegenüber unverhältnismäßig. Im Einzelfall kann das Gericht aber sehr wohl eingreifen (siehe § 133 Abs. 3 und 4 AußStrG).

**Zu § 172 ABGB:**

In § 172 des Entwurfs werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 173 ABGB:**

In § 173 Abs. 1 bis Abs. 3 des Entwurfs werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 175 ABGB:**

§ 175 wurde mit dem KindRÄG 2001 (in Gestalt des § 154b ABGB alter Fassung) als Ausgleich dafür eingeführt, dass es nicht mehr möglich sein sollte, für Minderjährige einen Sachwalter zu bestellen (ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 60). Einen vergleichbaren konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit und – zusätzlich – auch der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sollte § 154b bewerkstelligen. Nunmehr soll aber die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters keinen automatischen Verlust der Handlungsfähigkeit mehr nach sich ziehen (siehe § 242 Abs. 1 des Entwurfs). Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob das Gegenüber entscheidungsfähig ist. Bei den Minderjährigen gibt es ohnedies an das Alter anknüpfende weitreichende pauschale Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit (siehe §§ 170 f ABGB). Auch ein Genehmigungsvorbehalt im Sinn des § 242 Abs. 2 des Entwurfs ist bei Minderjährigen nicht von Nöten, weil diese – soweit überhaupt geschäftsfähig – einen ähnlichen Schutz durch § 170 Abs. 2 ABGB erfahren; sie können nur insoweit über Sachen, die ihnen zur freien Verfügung überlassen wurden und über Einkommen aus eigenem Erwerb frei verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wird. § 175 – der überdies kaum praktische Relevanz hat – soll daher entfallen.

**Zu § 176 ABGB:**

Im Sinn einer einheitlichen Terminologie soll nicht mehr auch von „Verschuldensfähigkeit“, sondern nur noch von „Deliktsfähigkeit“ die Rede sein.

**Zu § 191 ABGB:**

**Abs. 1** sieht als persönliche Voraussetzung einer an Kindesstatt annehmenden Person vor, dass diese entscheidungsfähig sein muss. Auf Einschränkungen in der Geschäftsfähigkeit soll es, ebenso wie in Angelegenheiten der Abstammung, nicht mehr ankommen. Darüber hinaus ist die Adoption auf Seiten der annehmenden Person vertretungsfeindlich, und zwar absolut vertretungsfeindlich in dem Sinn, dass auch eine Vertretung der annehmenden Person nach dem Verlust ihrer Entscheidungsfähigkeit ausgeschlossen ist.

Dass nur eine volljährige Person an Kindesstatt annehmen kann, ergibt sich bereits aus § 193 Abs. 1 ABGB (danach müssen die Wahl Eltern das 25. Lebensjahr vollendet haben).

In **Abs. 2** wird – der neuen Terminologie folgend – der Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“ verwendet.

**Zu § 192 ABGB:**

In **Abs. 2** soll nun nicht mehr auf die Eigenberechtigung, sondern auf die Entscheidungsfähigkeit des Wahlkindes abgestellt werden. Wenngleich es sich beim Adoptionsvertrag um eine rechtsgeschäftliche Handlung im Sinn des § 865 des Entwurfs handelt, soll es angesichts der besonderen persönlichen Auswirkungen eines Annahmevertrags nicht auf die mit der Geschäftsfähigkeit verbundenen Einschränkungen aufgrund des Alters oder eines Genehmigungsvorbehalts (vgl. die Erläuterungen zu § 242 Abs. 2 des Entwurfs) ankommen. Vgl. § 141 Abs. 1 des Entwurfs.

Auch das minderjährige entscheidungsfähige Wahlkind kann also den Vertrag bloß selbst abschließen, braucht allerdings die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (siehe § 195 Abs. 1 Z 5 des Entwurfs). In

Entsprechung zu § 141 Abs. 1 des Entwurfs soll auch hier die Vermutungsregel gelten, dass Wahlkinder ab dem vollendeten 14. Lebensjahr entscheidungsfähig sind.

Ist eine Person nicht entscheidungsfähig, so kann nach **Abs. 3** – wie auch in Abstammungsangelegenheiten (vgl. § 141 Abs. 3 des Entwurfs) – ihr gesetzlicher Vertreter für sie Rechtshandlungen vornehmen, hier also den Vertrag abschließen. **Abs. 3** zweiter Satz entspricht dem bisherigen § 192 Abs. 2 zweiter Satz ABGB.

In **Abs. 4** wird – in Entsprechung zu § 141 Abs. 4 des Entwurfs – ausdrücklich festgelegt, dass sich der Vertreter vom Wohl des Vertretenen leiten zu lassen hat und seine Vertretungshandlungen nicht der Genehmigung des Gerichts bedürfen.

#### **Zu § 194 ABGB:**

In **Abs. 1** soll nunmehr zwischen der Adoption einer minderjährigen Person (Satz 1) und einer volljährigen Person (Satz 2) unterschieden werden. Auf die Eigenberechtigung des Wahlkindes ist nicht mehr abzustellen.

#### **Zu § 195 ABGB:**

Nach **Abs. 1** Z 4 soll das nicht entscheidungsfähige volljährige Wahlkind – für das gemäß § 192 Abs. 3 des Entwurfs der gesetzliche Vertreter den Vertrag abschließt – ein Zustimmungsrecht haben. Das bedeutet im Ergebnis, dass dem volljährigen Wahlkind ein „Vetorecht“ zukommt.

Dieses Zustimmungsrecht entfällt nur dann, wenn es dem Wahlkind an der Äußerungsfähigkeit fehlt (siehe **Abs. 2**). Darauf, dass es zur „verständigen“ Äußerung fähig ist, soll es dagegen nicht mehr ankommen, erscheint dieser Begriff doch als Einfallstor für eigene Wertungen des Beurteilenden geeignet. Eine Gefährdung dürfte für das volljährige potentielle Wahlkind mit der Unterlassung der Adoption nur selten verbunden sein. Die Adoption betrifft es aber besonders unmittelbar in seinen Lebenszusammenhängen. Daher soll auf die „Durchbrechung“ seines Vetos im Sinn des § 250 Abs. 2 des Entwurfs verzichtet werden.

Der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Wahlkindes soll nach Abs. 1 Z 5 des Entwurfs ein Zustimmungsrecht haben. Da dieses nach Abs. 2 entfällt, wenn die zustimmungsberechtigte Person als gesetzlicher Vertreter des Wahlkindes den Annahmevertrag geschlossen hat, wird das Zustimmungsrecht dann relevant sein, wenn das entscheidungsfähige minderjährige Wahlkind den Adoptionsvertrag nach § 192 Abs. 2 des Entwurfs selbst geschlossen hat (zu den Gründen für eine zusätzliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters siehe die Erläuterungen zu § 141 des Entwurfs).

Verweigert der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung, so hat das Gericht diese nach Abs. 3 zu ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen (vgl. ebenso § 192 Abs. 2 des Entwurfs).

#### **Zu § 196 ABGB:**

Das nicht entscheidungsfähige minderjährige Wahlkind hat zwar kein Zustimmungsrecht, soll aber nach **Abs. 1** Z 1 angehört werden. Das Anhörungsrecht entfällt nach **Abs. 2**, wenn das Wahlkind (zB wegen des geringen Alters) zu einer Äußerung nicht nur vorübergehend unfähig ist (darauf, dass die Äußerung „verständlich“ ist, kommt es nicht mehr an; siehe die Erläuterungen zu § 195) oder durch die Anhörung dessen Wohl gefährdet wäre. Eine fixe Altersgrenze von fünf Jahren und der Entfall des Anhörungsrechts, wenn das Wahlkind seit diesem Zeitpunkt beim Annehmenden gelebt hat, erscheinen demgegenüber zu starr.

#### **Zu § 200 ABGB:**

Die Änderungen berücksichtigen die Neuerungen in § 191 Abs. 1 und in § 192 des Entwurfs, dass es also nun nicht mehr auf die Eigenberechtigung, sondern auf die Entscheidungsfähigkeit der Vertragsteile ankommt.

#### **Zu § 201 ABGB:**

Die Änderungen berücksichtigen die Neuerungen in § 191 Abs. 1 und in § 192 des Entwurfs. In Z 2 soll die Wahlkindschaft wie beim minderjährigen Wahlkind auch beim volljährigen entscheidungsunfähigen Wahlkind vom Gericht aufgehoben werden, weil dieses genauso schutzbedürftig ist. Auf die Bestellung eines Erwachsenenvertreters kommt es dagegen nicht an.

Durch die Aufhebung des Wortes „eigenberechtigte“ in Z 4 erfolgt eine Anpassung an Z 3. In dieser ist schon bisher das Antragsrecht des Wahlkindes nicht von dessen Eigenberechtigung abhängig.

**Zu § 202 ABGB:**

In Abs. 3 sind die namensrechtlichen Folgen der Aufhebung der Adoption geregelt. Diese Bestimmung ist im Verhältnis zu der mit dem KindNamRÄG 2013 eingeführten allgemeinen namensrechtlichen Regelung (§ 157 Abs. 2 ABGB) systemwidrig. Auch die Aufhebung der Adoption soll vielmehr zu keiner automatischen Änderung des Familiennamens des Kindes führen, sondern nur eine neuerliche Bestimmung des Familiennamens ermöglichen. Aus diesem Grund soll Abs. 3 entfallen.

**Zu § 205 ABGB:**

Die Person, die mit der Obsorge betraut werden soll, darf nicht selbst von der Schutzverheißung des § 21 ABGB profitieren. Da hier die Obsorge an eine Person übertragen werden soll, die – auch grundrechtlich betrachtet – keinen „Anspruch“ auf eine Teilhabe an der Erziehung des Kindes hat, kann ein strenger (allein vom Kindeswohl getragener) Standpunkt eingenommen werden: Wer nicht in der Lage ist, alle seine Angelegenheiten für sich selbst zu besorgen, soll von der Obsorge ausgeschlossen sein (anders § 158, wonach für Eltern und Groß- sowie Pflegeeltern nur ein Entziehungsgrund gegeben ist, soweit das Unvermögen reicht und damit eine Kindeswohlgefährdung verbunden ist).

**Zu § 207 ABGB:**

In § 207 werden einerseits terminologische Anpassungen vorgenommen. Andererseits soll die automatische Vertretungs- und Vermögensverwaltungsbefugnis des Kinder- und Jugendhilfeträgers – dem geänderten § 158 Rechnung tragend – nur noch bei minderjährigen Elternteilen vorgesehen sein. Siehe dazu näher die Erläuterungen zu § 158.

**Zu § 213 ABGB:**

In § 213 des Entwurfs werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu §§ 214 bis 224 ABGB:**

Um eine bessere Übersichtlichkeit und klarere Struktur der Bestimmungen über die Vermögensverwaltung durch „andere mit der Obsorge betraute Personen“ zu erzielen, sollen Paragrafenüberschriften eingefügt werden. Außerdem soll – wie auch sonst im dritten und vierten Hauptstück – bloß vom „Kind“ die Rede sein, wenn eine minderjährige Person gemeint ist.

Die – bereits dem geltenden Recht immanente – Ausrichtung des § 214 auf „die mit der gesetzlichen Vertretung in Angelegenheiten der Vermögensverwaltung betraute Person“ gilt für alle die Vermögensverwaltung betreffenden Vorschriften der §§ 214 bis 224.

**Zu § 214 ABGB:**

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

**Zu § 215 ABGB:**

Neben der Einführung einer Paragrafenüberschrift soll der teils mit Auslegungsschwierigkeiten verbundene Begriff „Geld“ (vgl. *Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung [2015] § 215 Rz 1) durch die Wortfolge „Bargeld und Geld auf Zahlungskonten“ ersetzt werden. Die Wendung „Geld auf Zahlungskonten“ entspricht der gängigen einschlägigen Gesetzessprache (vgl. § 3 Z 13 ZaDiG). Damit soll klargestellt werden, dass nicht das sonstige Vermögen, also auch nicht veranlagtes Geld, gemeint ist (*Trentinaglia*, iFamZ 2013, 141).

**Zu § 216 ABGB:**

Die Bestimmung soll eine klarere Struktur erhalten. Das Wort „Mündel“ wird durch das Wort „Kind“ ersetzt. Auch ausländische Kreditinstitute sollen – wenn sie die in § 216 angeführten Voraussetzungen erfüllen – die Möglichkeit erhalten, mündelsichere Spareinlagen anzubieten.

**Zu § 217 ABGB:**

Zur besseren Übersichtlichkeit soll eine Paragrafenüberschrift eingefügt werden.

**Zu § 218 ABGB:**

Zur besseren Übersichtlichkeit soll eine Paragrafenüberschrift eingefügt werden; zudem soll der zeitgemäße Begriff „Kredit“ verwendet werden, um auch die Entgeltlichkeit hervorzuheben („fruchtbringend“ im Sinne des § 215 ABGB).

**Zu § 219 ABGB:**

Zur besseren Übersichtlichkeit soll eine Paragrafenüberschrift eingefügt werden.

**Zu § 220 ABGB:**

Neben der Einfügung einer Paragrafenüberschrift soll in § 220 des Entwurfs deutlich gemacht werden, dass die Bestimmung denselben Regelungsgegenstand hat wie die §§ 215 bis 219, nämlich Bargeld und Geld auf Zahlungskonten eines Kindes, also Mündelgeld (siehe die Erläuterungen zu § 215 des Entwurfs). In Abs. 3 soll zudem der Begriff „klar“ durch den in § 223 verwendeten Begriff „offenbar“ ersetzt werden. Der Erwerb einer nicht durch § 219 privilegierten – in erster Linie ausländischen – Liegenschaft soll dem Kind ebenso wie generell die Veräußerung von Liegenschaften eindeutig zum Vorteil gereichen; der wirtschaftliche Nutzen des Erwerbs muss also eindeutig überwiegen.

**Zu § 221 ABGB:**

Im geltenden § 221 ABGB findet sich die Feststellung, dass der gesetzliche Vertreter bei Anlegungen des Vermögens im Bereich des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung benötigt. Dieser Regelungsinhalt ist teils ohnedies in § 167 Abs. 3 ABGB enthalten, teils sogar überschießend (vgl. die in §§ 216 und 217 ABGB enthaltenen Privilegierungen von bestimmten Anlageformen) und daher entbehrlich.

Nach Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 war fraglich, unter welchen Voraussetzungen im Sinn der §§ 216 bis 220 ABGB veranlagtes Vermögen umgeschichtet werden muss (vgl. etwa *Trentinaglia*, Vermögensverwaltung [2015] 153).

Im Grundsatz gilt, dass der gesetzliche Vertreter jederzeit das Vermögen umschichten kann, wenn es dem Wohl des Kindes entspricht (zB weil anderswo größere Gewinnchancen bestehen). Er muss eine Umschichtung vornehmen, wenn das Vermögen des Kindes gefährdet ist.

Der Entwurf geht zunächst davon aus, dass eine solche Gefährdung bei mündelsicheren Veranlagungen im Sinn der §§ 216 bis 219 ABGB nicht anzunehmen ist. Erfahren solche Veranlagungen eine krisenhafte Entwicklung, sollten die mit ihrer besonderen Auszeichnung als mündelsicher einhergehenden Absicherungen (zB Deckungsstock) ausreichen, das Vermögen des Kindes zu erhalten. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, so darf dies nicht dem gesetzlichen Vertreter bzw. dem Pflegschaftsgericht angelastet werden.

Etwas anderes gilt für „nicht mündelsichere“ Veranlagungen im Sinn des § 220 des Entwurfs. Hier soll nach § 221 des Entwurfs eine andere Anlegung jedenfalls dann vorgenommen werden, wenn ansonsten „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ (also mehr als 50%-iger Wahrscheinlichkeit) mit einem „nicht unbeträchtlichen Vermögensnachteil“ zu rechnen ist. Ob ein Nachteil „nicht unbeträchtlich“ ist, ist an den Lebensverhältnissen des Kindes zu messen. Nicht auf eine objektive Betrachtung kommt es an, es muss sich vielmehr für den konkreten Minderjährigen um ein großes Vermögen handeln. Ist bei einer Streuung der Veranlagungsformen lediglich eine von mehreren Veranlagungen – wenn auch sehr – verlustreich, kann insgesamt betrachtet aber deutlich mehr Vermögen ungefährdet und die Umschichtung daher nicht angezeigt sein. Allgemein kann gesagt werden, dass ein Zinsverlust in der Regel wohl nicht ausreicht. Die Schmälerung des Vermögens muss „dauerhaft“ sein; bei längerfristigem Anlagehorizont kann eine Krise auch „übertaucht“ werden, wenn danach Vermögenseinbußen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wieder wettgemacht werden. Die dauerhafte Schmälerung muss zudem vorhersehbar sein.

Die Umschichtung muss bei einer gesamthaften Betrachtung dem Wohl des Minderjährigen entsprechen: Unter Umständen will dieser aus emotionalen Gründen an der Veranlagungsform festhalten (zB Geschäftsanteile eines Familienunternehmens, insbesondere wenn mit diesen Stimmrechte verbunden sind). Solche Gründe können aber wieder hinfällig werden, wenn Geld (resultierend aus der Veräußerung) etwa zur Finanzierung der Ausbildung des Minderjährigen nötig ist.

§ 167 Abs. 3 ABGB gilt auch bei der Umschichtung in mündelsichere Veranlagungen. Ein gesetzlicher Vertreter kann solche Maßnahmen daher nur mit gerichtlicher Genehmigung setzen, es sei denn sie entsprechen (wohl ausnahmsweise) dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb des Kindes.

Ein verfahrensrechtlicher Änderungsbedarf besteht aufgrund der Änderungen in den §§ 216 bis 221 des Entwurfs nicht. Durch § 133 Abs. 1 AußStrG ist sichergestellt, dass das Gericht nennenswertes Vermögen mit dem Ziel überwacht, die Gefährdung des Wohles des Minderjährigen hintanzuhalten. Festzuhalten ist freilich, dass es weiterhin nicht die Aufgabe des Gerichts sein soll, durch Aufträge an die mit der Vermögensverwaltung betraute Person eine in jeder Hinsicht (ertrags-)optimale Veranlagung des Vermögens sicherzustellen, also im Ergebnis die Verwaltung selbst vorzunehmen (so bereits ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 33 ff. und 74 f.). Vielmehr ist dies Aufgabe des gesetzlichen Vertreters.

Auch die Gefahrenabwehr obliegt in erster Linie diesem. Unterstützung erfährt er durch die – auf Sicherheit bedachten – Bestimmungen der §§ 216 bis 220 ABGB: Sie legen ihm – auch aus den oben genannten Gründen – „mündelsichere“ Veranlagungen im Sinn der §§ 216 bis 219 ABGB nahe. Im Fall einer Veranlagung in Wertpapieren und Forderungen, die nicht in den §§ 216 bis 218 ABGB genannt

sind, muss dafür vorgesorgt sein, dass sie auf ihre Sicherheit und Wirtschaftlichkeit sachkundig verwaltet werden und ein Verkauf, falls er „durch die Marktentwicklung geboten sein sollte“, unverzüglich vorgenommen wird. Dies gilt auch dann, wenn ein gesetzlicher Vertreter an Veranlagungen der vertretenen Person oder eines anderen Vertreters in nicht mündelsichere Wertpapiere und Forderungen festhalten möchte. Auf diese Weise sollte in aller Regel auch ohne gerichtliche Intervention ausreichend sichergestellt sein, dass das Vermögen des Minderjährigen nicht gefährdet ist.

#### **Zu § 222 ABGB:**

Die Bestimmung soll klarer gefasst werden. Einer Anregung aus dem Begutachtungsverfahren folgend soll klargestellt werden, dass bewegliches Vermögen, das nicht zur Befriedigung der gegenwärtigen oder zukünftigen Bedürfnisse des Kindes nötig ist, immer dann verwertet werden darf, wenn dies bei gesamthafter Betrachtung dem Kindeswohl entspricht. Allein weil mit der Beibehaltung des bisherigen Zustandes Lasten oder Kosten verbunden sind, muss die Verwertung nicht dem Kindeswohl entsprechen. Diese Kosten können nämlich durch – zB ideelle – Vorteile für das Kind (die diese auch erst mit zunehmendem Alter entdecken mag, man denke zB an Kunstgegenstände, die schon seit Generationen im Familienbesitz stehen) aufgewogen werden.

Zudem soll der zweite Satz entfallen, weil er ohnehin im Hinblick auf § 167 Abs. 3 ABGB entbehrlich ist und ansonsten regelmäßig valorisiert werden müsste.

#### **Zu § 223 ABGB:**

Der Hinweis auf die gerichtliche Genehmigung soll entfallen, weil sich dies ohnehin aus § 214 Abs. 2 ergibt und ansonsten zu falschen Rückschlüssen führen könnte. Gehört die Veräußerung nämlich zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb des Minderjährigen, so bedarf sie keiner Genehmigung (*Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung § 223 Rz 5). Unter den Begriff „unbewegliches Gut“ fallen nicht nur Liegenschaften, sondern etwa auch Baurechte, daher soll an dieser Terminologie festgehalten werden. Dass auch Anteile an Liegenschaften erfasst sind, soll ausdrücklich klargestellt werden.

#### **Zu § 224 ABGB:**

Personen, denen nach dem dritten Hauptstück die Obsorge zukommt, sollen von § 224 nicht erfasst sein; dies soll nun in § 164 klargestellt werden (siehe die Erläuterungen zu § 164).

In § 224 selbst soll klargestellt werden, dass es einer gerichtlichen Ermächtigung zur Entgegennahme von 10 000 Euro übersteigenden Geldbeträgen nicht bedarf, wenn eine gerichtliche Genehmigung des Wechsels der Anlageform vorliegt. Einer „doppelten“ Absicherung durch das Gericht bei Wiederveranlagungen bedarf es nicht.

Im Hinblick auf die beträchtliche Ausweitung der Vertretungsbefugnisse im Erwachsenenschutzbereich soll davon abgesehen werden, den „Freibetrag“, den ein Vertreter ohne gerichtliche Genehmigung entgegen nehmen kann, anzuheben (vgl. dagegen § 229).

#### **Zu § 228 ABGB:**

Auch hier soll es – wie sonst im dritten und vierten Hauptstück – genügen, das „Kind“ zu erwähnen, wenn eine minderjährige Person gemeint ist.

#### **Zu § 229 ABGB:**

Einerseits soll auch hier bloß vom „Kind“ die Rede sein. Andererseits soll der Betrag von 10 000 Euro auf 15 000 Euro angehoben werden; damit soll die Geldentwertung seit Einführung dieser Betragsgrenze im Jahr 2000 (BGBl. I 2000/135) ausgeglichen werden..

#### **Zum sechsten Hauptstück:**

Das gesamte sechste Hauptstück soll neu gefasst und strukturiert werden; es handelt nun von der Vorsorgevollmacht und der Erwachsenenvertretung. Dem Kuratorenrecht soll ein eigenes siebentes Hauptstück gewidmet sein (zu den Gründen siehe die Erläuterungen zu den §§ 277 bis 283 des Entwurfs). Das sechste Hauptstück enthält Vorschriften für „volljährige Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind“ (vgl. § 239 des Entwurfs), das siebente Hauptstück Vorschriften für Personen, die „noch nicht gezeugt, ungeboren, abwesend oder unbekannt“ sind sowie für andere schutzberechtigte Personen, deren Vertreter sich in Kollision befinden.

Die Schutzverheißung des § 21 ABGB gilt nicht nur diesen Personen, es gibt auch andere, die – in den Worten des § 21 ABGB gesprochen – „alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten nicht selbst gehörig zu besorgen vermögen“. Die Gründe hierfür sind mannigfaltig: Zu denken ist an körperliche Behinderungen wie Blindheit, Gehörlosigkeit und Stummheit sowie das Nichtbeherrschen von „Sozialtechniken“, etwa Analphabetismus, mangelnde Sprachkenntnis oder geschäftliche Unerfahrenheit. Diese Umstände können



ein Rechtsgeschäft unter besonderen Umständen nichtig oder anfechtbar machen, weil diese Personen leichter einem Irrtum unterliegen und sie ein größeres Risiko trifft, Opfer von List, Zwang oder Wucher zu werden (*Benke/Barth in Klang*<sup>3</sup> § 21 Rz 12 f und 116 bis 132). Einen „gesetzlichen Vertreter“ (§ 1034 des Entwurfs) gesteht ihnen die Rechtsordnung freilich nicht zu, weil ihr Schutzbedürfnis nicht jenem der vom sechsten und oder siebtem Hauptstück (und auch vom dritten und vierten Hauptstück) erfassten Personen entspricht.

Der besseren Übersichtlichkeit wegen wird das sechste Hauptstück wie folgt gegliedert:

Im ersten Abschnitt, dem Allgemeinen Teil, sind die Bestimmungen angeführt, die (mit gewissen Einschränkungen) die Vorsorgevollmacht sowie die verschiedenen Formen der Erwachsenenvertretung gemeinsam betreffen. Die daran anschließenden Abschnitte enthalten – sozusagen als Besonderer Teil – Spezialvorschriften zu den vier Säulen des neuen Erwachsenenschutzrechts, nämlich der Vorsorgevollmacht sowie der gewählten, der gesetzlichen und der gerichtlichen Erwachsenenvertretung.

#### **Zum ersten Abschnitt (Allgemeine Bestimmungen):**

Der erste Abschnitt regelt die für die verschiedenen Vertretungsarten allgemeinen Bestimmungen und untergliedert sich wiederum in folgende Unterabschnitte:

- I. Teilnahme am Rechtsverkehr
- II. Auswahl und Dauer der Vertretung
- III. Besondere Rechte und Pflichten des Vertreters
- IV. Personensorge
- V. Vermögenssorge
- VI. Gerichtliche Kontrolle

#### **Zum 1. Unterabschnitt:**

Der erste Unterabschnitt beinhaltet die Bestimmungen über die Teilnahme am rechtlichen Verkehr.

#### **Zu § 239 ABGB:**

In Abs. 1 soll mit einer allgemeinen Grundsatzbestimmung vor den Bestimmungen zur Vertretung festgehalten werden, dass die Erhaltung der Autonomie vorrangiges Ziel der Regelungen über die Teilnahme am Rechtsverkehr ist. Zudem wird der Geltungsbereich des sechsten Hauptstücks definiert. Schon im Vorfeld zum SWRÄG 2006 wurden Überlegungen angestellt, den vielfach als diskriminierend erlebten Begriff der geistigen Behinderung zu beseitigen, letztlich blieb es aber bei der überkommenen Terminologie (*Barth/Ganner, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts*, in *Barth/Ganner* [Hrsg.], Handbuch des Sachwalterrechts [2010]<sup>2</sup> 41). Mit Entschließung des Nationalrats (1511 BlgNR 22. GP) wurde die Bundesministerin für Justiz aber ersucht, „dem Nationalrat unter Einbeziehung der Behindertenverbände Vorschläge für eine zeitgemäße gesetzliche Bezeichnung der Menschen, denen ein Sachwalter bestellt ist, vorzulegen und in den entsprechenden Gesetzesvorhaben umzusetzen“. Auch in diesem Reformprozess stellte es ein schwieriges Unterfangen dar, einen allgemein akzeptierten Begriff zu finden: Manche, darunter etwa die Lebenshilfe (<http://www.lebenshilfe.at/index.php?/de/Ueberuns/Menschen-in-den-Lebenshilfen>), haben die Begriffe „intellektuelle Behinderung“ oder „intellektuell-kognitive Beeinträchtigung“ eingeführt. Aktuell wird aber gerade im Kreis der so genannten „Selbstvertreter“ (also den betroffenen Personen selbst) von „Menschen mit Lernschwierigkeiten“ gesprochen (siehe etwa <http://www.jaw.at/home/begleitung/selbstvertretung>). Andere bemängeln zudem, dass der Begriff „geistig“ vielfältig sei, weil er nicht in erster Linie kognitiv-intellektuelle, sondern emotionale Aspekte beschreibe, so auch Freude, Wut und Trauer. Gegen einen Ersatz des Begriffs „geistige Behinderung“ wurde schließlich vorgebracht, dass dieser nicht an sich abwerte, sondern dessen negative Konnotation, was ohne verändertes gesellschaftliches Denken auch mit jedem neuen Begriff geschehen werde.

Eine allgemein zufriedenstellende Alternative zum Begriff der geistigen Behinderung konnte nicht gefunden werden. Im Entwurf ist daher allgemein von volljährigen Personen, „die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind“ die Rede.

In § 239 des Entwurfs soll – durchaus programmatisch – festgehalten werden, dass volljährige Personen trotz eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit möglichst selbstständig, erforderlichenfalls mit der nötigen Unterstützung (zu den Unterstützungsmöglichkeiten siehe Abs. 2), am Rechtsverkehr teilnehmen können.

In **Abs. 2** ist demonstrativ aufgezählt, welche Arten an Unterstützung eine Vertretung entbehrlich machen können: Dazu gehören – wie nach geltendem Recht (vgl. § 268 Abs. 2 zweiter Satz ABGB) – die

Unterstützung durch die Familie, durch Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen der Behindertenhilfe und soziale und psychosoziale Dienste sowie weiters durch andere nahe stehende Personen, durch Gruppen von Gleichgestellten oder Beratungsstellen.

Das Gesetz nennt auch das so genannte „betreute Konto“, welches in der Praxis zB von Sozialeinrichtungen angeboten wird. Dieses Instrument soll Menschen, die in einem Betreuungsverhältnis stehen und die Schwierigkeiten haben, Zahlungsprioritäten zu erkennen und einzuhalten, und dadurch von Wohnungslosigkeit bedroht sind, helfen, ihre existenznotwendigen Zahlungen zu bewältigen. Es werden bei einer Partnerbank zwei Konten auf den Namen des Kunden eröffnet: ein Eingangskonto und ein Auszahlungskonto. Auf dem Eingangskonto ist der Betreuer zeichnungsberechtigt, über das Auszahlungskonto verfügt nur der Kunde. Vom Eingangskonto werden die wichtigen Zahlungen (zB für Miete, Energie ...) getätigt, der Rest geht an das Auszahlungskonto und steht dem Kunden zur freien Verfügung.

Erwähnung findet auch der so genannte „Vorsorgedialog“. Der Vorsorgedialog für Alten- und Pflegeheime stellt den betreuenden Personen (Pflegepersonal und Ärzte) einen strukturierten Kommunikationsprozess für die Durchführung von Gesprächen mit den Bewohnern zur letzten Lebenszeit zur Verfügung. Dieses Kommunikationsinstrument nimmt die Selbstbestimmung der Bewohner ernst und stärkt sie. Gleichzeitig unterstützt der Vorsorgedialog Pflege und Ärzte bei ethisch schwierigen Entscheidungen am Lebensende, zB in aktuellen Krisensituationen oder wenn das Sterben absehbar ist.

Selbstverständlich zählen auch die derzeit in Österreich entstehenden „Unterstützerkreise“ im Zusammenhang mit „Maßnahmen persönlicher Zukunftsplanung“ zu diesen vorrangigen Alternativen zur Stellvertretung. Bei einer persönlichen Zukunftsplanung denken mehrere Menschen gemeinsam über das Leben einer Person nach: die Person selbst, ihre Familie, Freunde und Fachleute (die „Unterstützer“). Dabei geht es darum, der betroffenen Person dabei zu helfen herauszufinden, was ihr im Leben besonders wichtig ist, damit es ihr gut geht, welche Unterstützung sie dabei benötigt und wer dabei wie helfen kann.

Es gibt weitere – im Gesetz nicht genannte – Unterstützungsformen, die Stellvertretung entbehrlich machen können. Allen voran ist hier die so genannte „Persönliche Assistenz“ zu nennen. Persönliche Assistenz umfasst alle Bereiche des täglichen Lebens, in denen Unterstützungsbedarf bzw. Hilfebedarf besteht, wie Körperpflege, die alltägliche Lebensführung, Unterstützung im Haushalt und Mobilitätshilfe, aber auch Behördengänge, Kommunikationshilfe und vieles mehr. Die betroffenen Personen wählen ihre Assistenten selbstständig aus. Sie äußern Wünsche und Ziele und bestimmen Dauer, Ort, Art und Umfang der Assistenzleistungen.

#### **Zu § 240 ABGB:**

Während in § 239 des Entwurfs die Bedeutung der Selbstbestimmung ausdrücklich und an erster Stelle hervorgehoben wird, soll in § 240 – mit § 239 völlig im Einklang – der Nachrang der Stellvertretung betont werden.

Eine Stellvertretung ist nach **Abs. 1** dann notwendig, wenn die volljährige Person dies selbst vorgesehen hat oder eine Vertretung zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen unvermeidlich ist. Dafür kommen eine Vorsorgevollmacht oder eine gewählte, gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung in Frage.

Der Entwurf geht davon aus, dass eine derartige – wenn auch nachrangige – Stellvertretung dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention) nicht widerspricht. Die UN-Behindertenrechtskonvention ist in Österreich am 26.10.2008 in Kraft getreten. Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 UN-Behindertenrechtskonvention sieht die gleichberechtigte Rechts- und Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen in allen Bereichen des Lebens vor. Art. 12 Abs. 3 der Konvention verpflichtet die Mitgliedsstaaten dazu, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, behinderten Menschen die Unterstützung zukommen zu lassen, die nötig ist, damit sie ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ausüben können. Art. 12 Abs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet die Vertragsstaaten zur Bereitstellung von Sicherungen, die Schutz vor Missbräuchen bei allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen bieten.

Der General Comment No. 1 zu dieser Bestimmung fordert insbesondere in seinem Punkt 28, dass jegliche Form der Vertretung in Zukunft ausgeschlossen und durch unterstützte Entscheidungsfindung ersetzt werden solle. Ein Nebeneinander von Vertretungsformen und Unterstützungsmöglichkeiten widerspreche Art. 12 der Konvention (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>). Beim General Comment handelt es sich um Bemerkungen, die den Staaten eine Orientierungshilfe bei der Umsetzung der Behindertenrechtskonvention bieten sollen (*Brosey*, BtPrax 5/2014, 211).

Dieser Kommentierung kann – wie auch Österreich und viele andere Staaten dazu ausführten – nicht vollinhaltlich gefolgt werden. Selbstverständlich muss alles daran gesetzt werden, dass Eingriffe in die persönliche Autonomie möglichst hintangehalten werden und jeder Mensch so lange wie möglich ein selbstbestimmtes Leben führen kann. Tatsächlich muss man aber Fälle zugestehen, in denen die betroffene Person – trotz aller Unterstützungsangebote – nicht mehr in Lage ist, selbst zu entscheiden. Eine Vertretungsregelung ist hier unverzichtbar. Man denke etwa an Personen, die trotz Unterstützung nicht mehr äußerungsfähig sind. Selbstverständlich muss auch jedem Menschen das Recht zugestanden werden, Fehler zu machen oder unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Zu betonen ist, dass es an relevantem Handlungsvermögen nicht allein deshalb mangelt, weil die Entscheidung des Betroffenen von den Wertmaßstäben eines vernünftigen Dritten abweicht. Zur persönlichen Autonomie gehört nämlich auch die Befugnis des Handelnden, Entscheidungen nach seinem eigenen von allgemeinen Vorstellungen abweichenden Wertesystem zu treffen. Ein Abweichen von den Wertvorstellungen der Allgemeinheit kann aber dann nicht mehr Ausfluss der Autonomie sein, wenn dieses etwa in einer psychischen Krankheit der betroffenen Person begründet ist. Hier steht die Persönlichkeit des Entscheidenden unter Einflüssen, die dessen Wertsystem verzerren und ihn deshalb zu „unvernünftigen“ Entschlüssen veranlassen (vgl. *Amelung*, ZStW 1992, 526). Auch in einem solchen Fall muss vorerst versucht werden, mit Unterstützung die Beweggründe der betroffenen Person zu verstehen, ihre Bedürfnisse zu ermitteln und damit Selbstschädigungen abzuwenden. Schwierig wird es allerdings, wenn die Person trotz aller Bemühungen die Unterstützung ablehnt und an ihrem selbstschädigenden Verhalten festhält. In der Kommentierung des Art. 12 wird freilich nicht darauf eingegangen, wie sich die Mitgliedsstaaten verhalten sollen, wenn die betroffene Person die ihr angebotene Unterstützung nicht annimmt oder nicht mehr annehmen kann. Auch im Lichte der Konvention, die ja auch die Bereitstellung von Sicherungen und den Schutz vor Missbräuchen bei allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen fordert, muss daher in solchen Fällen und innerhalb enger Grenzen weiterhin die Möglichkeit bestehen, dass Stellvertreter Entscheidungen treffen, um die betroffene Person vor einer Selbstschädigung zu schützen (so auch *Lipp* in *Aichele*, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht [2013] 348).

In **Abs. 2** soll aber vor dem geschilderten völkerrechtlichen Hintergrund eigens festgehalten werden, dass die Bestellung eines Erwachsenenvertreters dann ausgeschlossen ist, wenn mit Unterstützung das Auslangen gefunden werden kann oder die Person selbst ausreichend vorgesorgt hat. Im Gesetz wird die Vorsorgevollmacht besonders hervorgehoben. In der Praxis hat im Verkehr mit Banken auch die so genannte Zeichnungs- oder Verfügungsberechtigung große Bedeutung. Der Kontoinhaber bevollmächtigt auf diese Weise jemanden zur Disposition über (alle) Werte auf seinem Konto sowie zur Auskunft über den jeweils aktuellen Kontostand.

Ein Erwachsenenvertreter ist freilich auch dann vom Gericht zu bestellen, wenn die volljährige Person durch eine Vollmacht vorgesorgt hat, der Vertreter seine Aufgaben jedoch nicht wahrnimmt (arg.: „im erforderlichen Ausmaß vorgesorgt“).

Wie der Begriff „geistige Behinderung“ wurde auch der Begriff „Sachwalter“ vielfach beanstandet. Zwar wurde dieser im Jahr 1984 eingeführt, um den als diskriminierend empfundenen Begriff „Entmündigung“ abzulösen (siehe *Stabentheiner*, AnwBl 1985, 287). Am Terminus „Sachwalter“ wird aber kritisiert, dass eben „keine Sache verwaltet“ werde, sondern der Mensch im Zentrum stehe (oder stehen sollte). Auch hier gestaltete sich die Suche nach einem neuen Begriff schwierig. Mehrfach wurde der Wunsch nach „Beistand“ oder „Unterstützer“ geäußert. Eine solche Begrifflichkeit führte aber in die Irre, würde damit doch der Eindruck erweckt, dass ein Sachwalter die betroffene Person in allen Lebenslagen unterstützt und ihr nicht nur in rechtlicher, sondern auch persönlicher Hinsicht jederzeit beisteht. Hier muss jedoch betont werden, dass es ist nicht Aufgabe der Rechtsfürsorge ist, soziale Arbeit zu leisten. Soziale Arbeit muss bereits vor allfälligen Stellvertretungsbedürfnissen Platz greifen, eben etwa um die erforderlichen Unterstützungsleistungen vorzusehen. Das liegt aber nicht in der Zuständigkeit der Justiz. Ein gesetzlicher Vertreter hat die Person zu vertreten und ihr damit die Teilhabe am Rechtsverkehr zu ermöglichen. Damit gilt es, einen Begriff zu finden, der dies klar zum Ausdruck bringt, ohne eine falsche Erwartungshaltung zu wecken. Mit dem Begriff „Erwachsenenvertreter“ soll deutlich werden, dass es um die staatlich überwachte bzw. eingesetzte, sohin „gesetzliche“ (vgl. § 1034 des Entwurfs) Vertretung volljähriger Personen geht. Um nicht mit einer zu großen Anzahl von Begriffen Verwirrung zu stiften, aber auch um zu vermeiden, dass den einzelnen Vertretungsformen „Qualitätsunterschiede“ zugemessen werden, soll überall der Begriff „Erwachsenenvertreter“ Verwendung finden, jeweils mit einem Zusatz versehen, um so die Art der Errichtung bzw. Entstehung zu kennzeichnen. Der „gewählte“ Erwachsenenvertreter wird von der volljährigen Person selbst gewählt (näheres siehe §§ 264 f. des Entwurfs). Die bisherige Vertretung nächster Angehöriger wird – weil direkt auf dem Gesetz beruhend –

„gesetzliche“ Erwachsenenvertretung genannt. Der Sachwalter schließlich wird zum „gerichtlichen“ Erwachsenenvertreter, weil seine Vertretungsbefugnis durch gerichtlichen Beststellungsakt begründet wird.

#### **Zu § 241 ABGB:**

**Abs. 1** entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 281 Abs. 1 ABGB (zum Vorsorgebevollmächtigten siehe bisher auch § 284h Abs. 1 ABGB). Für den Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter sollte zudem die „Selbstbefähigung“ der vertretenen Person in aller Regel das Ziel sein.

Die Informations- und Wunschermittlungspflicht des **Abs. 2** erster Satz des Entwurfs entspricht weitgehend dem geltenden § 281 Abs. 2 erster Satzteil ABGB. Wie bisher gilt die Bestimmung im Innenverhältnis zwischen Vertreter Person und Vertreter. Die Verständigungspflicht betrifft jedoch – abweichend zur geltenden Rechtslage – nicht bloß wichtige Maßnahmen, sondern alle für die vertretene Person zu treffenden Entscheidungen. Schon nach dem geltenden Recht geht man davon aus, dass der Vertreter auch bei geringfügigeren Angelegenheiten die betroffene Person verständigen muss, um einerseits der Wunschermittlungspflicht nachzukommen und andererseits der betroffenen Person das – nicht auf die Wichtigkeit der Maßnahme beschränkte – Recht auf Äußerung einzuräumen (*Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung [2015] § 281 Rz 6). Eine Einschränkung würde dieser Zielsetzung entgegenstehen und soll daher entfallen.

Die Äußerung der vertretenen Person ist jedenfalls zu berücksichtigen, „es sei denn, ihr Wohl wäre hierdurch erheblich gefährdet“. Der Entwurf ordnet dem Willen der vertretenen Person damit (noch) größere Bedeutung als der geltende § 281 Abs. 2 ABGB zu, wo darauf abgestellt wird, dass „der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl der behinderten Person nicht weniger entspricht“. Bestehen also Zweifel, ob der geäußerte Wunsch das Wohl der vertretenen Person gefährdet, so wird – vor dem Hintergrund der in § 239 des Entwurfs enthaltenen Grundwertung des Gesetzes – ihren Wünschen und Vorstellungen entsprochen werden müssen. Zum Kriterium der „erheblichen Gefährdung“ siehe auch die Erläuterungen zu § 250.

#### **Zu § 242 ABGB:**

§ 242 soll den geltenden § 280 ABGB ersetzen und stellt die zentrale Bestimmung zur neuen Handlungsfähigkeit einer durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter vertretenen Person dar. Darüber hinaus soll auch die Handlungsfähigkeit jeder volljährigen, nicht entscheidungsfähigen Person (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs) in Alltagsgeschäften geregelt werden. Die Überschrift lehnt sich an den geltenden § 170 ABGB „Handlungsfähigkeit des Kindes“ an.

**Abs. 1** enthält eines der Hauptanliegen der Reform im Sinn der Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention: die Abschaffung des konstitutiven Verlusts der Geschäftsfähigkeit einer durch einen Sachwalter (nunmehr gerichtlichen Erwachsenenvertreter) vertretenen Person, der allgemein als konventionswidrig bezeichnet wird (siehe etwa *Lipp*, BtPrax 2010/3, 266; *Schauer*, iFamZ 2011, 260 f.).

Nach geltendem Recht (§ 280 Abs. 1 ABGB) kann eine betroffene Person innerhalb des Wirkungskreises ihres Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten. Dies gilt selbst dann, wenn die vertretene Person in einem „lichten Moment“ (*lucidum intervallum*) tatsächlich sehr wohl in der Lage wäre, die Bedeutung und die Folgen ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang zu verstehen und sich entsprechend zu verhalten. Der konstitutive Verlust der Geschäftsfähigkeit tritt nach geltendem Recht auch dann ein, wenn der Sachwalter für einen zu weiten Wirkungskreis bestellt wurde, etwa für alle Angelegenheiten, obwohl die betroffene Person noch einige Angelegenheiten selbst besorgen könnte. Nach dem Entwurf wird die Handlungsfähigkeit der vertretenen Person nun weder durch das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht noch durch eine gewählte, gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung konstitutiv eingeschränkt. Die Bestimmung spricht ganz allgemein von Handlungsfähigkeit und nicht nur von Geschäftsfähigkeit, weil ausdrücklich gesetzlich klargestellt werden soll, dass die Handlungsfähigkeit ganz allgemein durch die Vertretung unberührt bleibt.

Die gesetzliche Anordnung bedeutet freilich nicht, dass die vertretene Person tatsächlich im Einzelfall handlungsfähig ist. § 242 Abs. 1 des Entwurfs entzieht der vertretenen Person die Handlungsfähigkeit nicht konstitutiv, sie räumt ihr aber auch keine Handlungsfähigkeit ein, die *de facto* nicht besteht. Ob die vertretene Person im Einzelfall selbst handeln kann, ist grundsätzlich danach zu beurteilen, ob sie die für die konkrete Rechtshandlung erforderliche Entscheidungsfähigkeit im Sinn des § 24 des Entwurfs aufweist (vgl. aber Abs. 2 und 3). Nach dem neuen Regelungskonzept gilt daher das, was bisher vor der Bestellung oder außerhalb des Wirkungsbereichs eines Sachwalters galt und dort auch weiter gilt: Es muss im Einzelfall überprüft werden, ob die vertretene Person die in Frage stehende Rechtshandlung

rechtswirksam vornehmen kann. Insofern kann auch auf bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Dies gilt umso mehr für den Bereich, für den es schon bislang nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit (nunmehr Entscheidungsfähigkeit) im Einzelfall (zB Einwilligung in medizinische Behandlungen) ankam und die Sachwalterbestellung keine Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit hatte.

**Abs. 2** regelt das neue Institut des Genehmigungsvorbehalts. Dieser ist an den „Einwilligungsvorbehalt“ in § 1903 des deutschen BGB angelehnt, welches schon seit Inkrafttreten des Betreuungsrechts 1992 keine konstitutive Einschränkung der Geschäftsfähigkeit (sowie der Ehe- und Testierfähigkeit) kennt. Für den Genehmigungsvorbehalt sollen ebenso strenge materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Vorgaben bestehen wie für den Einwilligungsvorbehalt. Ihm wird daher – wie auch dem Einwilligungsvorbehalt (siehe etwa *Schmahl*, Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz, in *Coester-Waltjen et al.* [Hrsg.], Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes [2013] 27) – kein Verstoß gegen die UN-Behindertenrechtskonvention anzulasten sein.

Der Genehmigungsvorbehalt kann vom Gericht nur bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung angeordnet werden, nicht dagegen bei der gewählten und der gesetzlichen Erwachsenenvertretung. Mit den auf dem Willen des Betroffenen beruhenden bzw. von ihm immerhin mitgetragenen Vertretungsformen (ein Widerruf bzw. Widerspruch ist hier ja jederzeit möglich) erscheint ein gerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nicht vereinbar, weil dieser meist bei Meinungsverschiedenheiten zwischen vertretener Person und Vertreter zum Tragen kommen wird. In solchen Fällen wird aber in aller Regel ein Widerruf der oder ein Widerspruch zur Vertretung im Raum stehen; ein Genehmigungsvorbehalt liefe dann ins Leere.

Bei der gewählten Erwachsenenvertretung ist freilich eine Vereinbarung möglich, wonach die vertretene Person nur mit dem Erwachsenenvertreter gemeinsam handeln kann (siehe dazu § 265 des Entwurfs).

Ein Genehmigungsvorbehalt ist vom Gericht ausnahmsweise bei einer bestehenden Gefährdungssituation anzuordnen. Die Gefahr muss ernstlich und erheblich sein. Insoweit verwendet der Entwurf die bekannte Terminologie der § 4 Z 1 HeimAufG und § 3 Z 1 UbG, um klarzustellen, dass nicht schon jede Gefahr der Selbstschädigung die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts rechtfertigen kann: Einerseits darf nicht bloß die vage Vermutung im Raum stehen, die vertretene Person könne sich durch ihr Handeln gefährden; es muss vielmehr eindeutige Anhaltspunkte hierfür geben (zB anhängige Prozesse, bereits abgeschlossene nachteilige Geschäfte). Andererseits muss der drohende Schaden für die vertretene Person erheblich sein, wobei hier – anders als nach dem HeimAufG und UbG – nicht bloß ein schwerer körperlicher, sondern auch ein bedeutender Vermögensschaden eine Rolle spielt. Der Genehmigungsvorbehalt soll ausschließlich die vertretene Person selbst schützen.

Der Vorbehalt soll nur in Ausnahmefällen angeordnet werden. In Frage kommen insbesondere Situationen, in denen die vertretene Person laufend nachteilige Geschäfte abschließt, deren Gültigkeit anschließend in gerichtlichen Verfahren geklärt werden muss, weil die Vertragspartner die außergerichtliche Berufung auf die Geschäftsunfähigkeit nicht akzeptieren. Die Gefahr besteht in diesen Fällen einerseits darin, dass die vertretene Person Vermögenswerte faktisch aus der Hand gibt bzw. sich verschuldet, und andererseits in dem mit den gerichtlichen Verfahren zur Rückabwicklung verbundenen Prozessrisiko, muss doch in Zukunft in jedem Einzelfall die Geschäftsfähigkeit für das konkrete Geschäft beurteilt werden.

Wie nach deutschem Recht der Einwilligungsvorbehalt (vgl. *Lipp*, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson [2000] 173) setzt auch die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts nicht die fehlende Geschäftsfähigkeit der vertretenen Person voraus. Es kommt allein auf das Bestehen der oben beschriebenen Gefährdungssituation für die vertretene Person an.

Der Genehmigungsvorbehalt kann sich zum einen nur auf die Wirksamkeit „bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen“ beziehen. Damit soll an den Regelungsgegenstand des § 865 des Entwurfs angeknüpft und klargestellt werden, dass mit dem Genehmigungsvorbehalt nur die Geschäftsfähigkeit der vertretenen Person eingeschränkt werden kann. Eine Einschränkung der Geschäftsfähigkeit (sofern diese wegen fehlender Entscheidungsfähigkeit gegeben ist) hinsichtlich der außerhalb der Anordnung liegenden Geschäfte ist damit nicht verbunden.

Gibt es einen Genehmigungsvorbehalt, so ist – wie bei Minderjährigen unmittelbar aufgrund des Gesetzes – die Handlung schwebend unwirksam und kann nachträglich vom gesetzlichen Vertreter (und bei Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs im Sinn des § 258 Abs. 4 zusätzlich vom Gericht) genehmigt werden. Insofern besteht ein enger Zusammenhang des § 242 Abs. 2 des Entwurfs mit § 865 Abs. 3 und 5 des Entwurfs.

Für den Bereich, in dem die starren Regeln der Geschäftsfähigkeit nicht zur Anwendung kommen, sondern nur auf die Entscheidungsfähigkeit der vertretenen Person abgestellt wird, ergibt sich durch den Entwurf keine Änderung. Die Entscheidungsfähigkeit kann – wie schon bisher die Einsichts- und Urteilsfähigkeit – niemals eingeschränkt werden. Dies gilt beispielsweise für die Einwilligungen in medizinische Behandlungen oder in Abstammungsangelegenheiten.

Der Genehmigungsvorbehalt kann sich zum anderen auch auf Verfahrenshandlungen bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten beziehen. Die Verfahrensfähigkeit richtet sich in den überwiegenden Fällen gemäß § 9 AVG nach den Regelungen des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsfähigkeit. In Zukunft sind daher Parteien eines Verwaltungsverfahrens trotz Bestellung eines Erwachsenenvertreters verfahrensfähig. Um in Fällen, in denen diese für sich nachteilig im Verwaltungsverfahren agieren, Abhilfe zu schaffen, soll auch hier ein Genehmigungsvorbehalt angeordnet werden können. Die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens müsste von den Behörden angeregt werden, wenn dies erforderlich ist. Für den Zivilprozess und das Außerstreitverfahren gelten besondere Regelungen (siehe § 1 ZPO des Entwurfs).

In der Frage, ob eine Rechtshandlung der vertretenen Person zu genehmigen ist, hat sich der gerichtliche Erwachsenenvertreter von § 241 des Entwurfs leiten zu lassen; das bedeutet, dass er die Genehmigung zu erteilen hat, wenn das Wohl der vertretenen Person hierdurch nicht gefährdet ist.

Der Genehmigungsvorbehalt kann bereits im Beschluss über die Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters angeordnet werden (siehe § 123 AußStrG des Entwurfs).

Ist die Erwachsenenvertretung an eine andere Person zu übertragen (zB weil der bisherige Erwachsenenvertreter verstorben ist), so bleibt der Genehmigungsvorbehalt bestehen. Rechtsgeschäftliche Handlungen der vertretenen Person bleiben dann bis zur Genehmigung durch den neuen Vertreter schwebend unwirksam.

Der Genehmigungsvorbehalt ist vom Gericht aufzuheben, sobald er nicht mehr erforderlich ist.

Die entsprechende Verfahrensvorschrift für die Anordnung oder Aufhebung eines Genehmigungsvorbehalts außerhalb eines Verfahrens über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters findet sich in § 129 AußStrG des Entwurfs.

**Abs. 3** regelt die Handlungsfähigkeit in Alltagsgeschäften und soll den geltenden § 280 Abs. 2 ABGB ersetzen. Nach geltendem Recht sind nur Rechtsgeschäfte erfasst, die geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens im Wirkungskreis des Sachwalters betreffen. Irrelevant ist, ob die betroffene Person noch den „Gebrauch der Vernunft“ hat, also tatsächlich geschäftsfähig (weil in concreto entscheidungsfähig) ist (siehe nur *Barth/Ganner*, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in *Barth/Ganner* [Hrsg.], Handbuch des Sachwalterrechts [2010]<sup>2</sup> 109).

Vorgeschlagen wird, den Anwendungsbereich der Bestimmung auszudehnen. Zunächst sollen alle volljährigen Personen, die nicht entscheidungsfähig sind, erfasst sein. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Person einen Erwachsenenvertreter hat. Darüber hinaus sollen nunmehr alle Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens erfasst sein, die die Lebensverhältnisse der volljährigen Person nicht übersteigen, nicht bloß – wie nach dem geltenden § 280 Abs. 2 ABGB – Rechtsgeschäfte, die eine „geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens“ betreffen. Damit wird auf den bisherigen Umfang der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger im geltenden § 284b ABGB abgestellt, der wiederum an die Schlüsselgewalt von Ehegatten gemäß § 96 ABGB angelehnt war. Daher kann der Meinungsstand und die Rechtsprechung zu den genannten Bestimmungen für § 242 Abs. 3 des Entwurfs nutzbar gemacht werden. Auch hier sollen Rechtsgeschäfte umfasst sein, die der Alltag gewöhnlich mit sich bringt, daher zB die Anschaffung persönlicher Kleidungsstücke, Kinobesuche, die Reparatur von Haushaltsgeräten wie etwa einer Waschmaschine, der Kauf kleinere Einrichtungsgegenstände oder die Buchung eines Urlaubs. Da die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts davon abhängt, dass die volljährige Person ihre eigenen Pflichten vollständig erfüllt, kommen nur solche Rechtsgeschäfte in Betracht, bei denen die Leistung der volljährigen Person feststeht und vollständig erbracht werden kann. Dies kann insbesondere beim Abschluss von Dauerschuldverhältnissen eine Rolle spielen. Bei einem unbefristeten Mietvertrag steht die Leistung der volljährigen Person im Vorhinein noch nicht abschließend fest. Sie kann ihren Teil der Leistung daher nicht vollständig erfüllen. Wird hingegen ein befristeter Handyvertrag abgeschlossen und steht die Leistung der volljährigen Person fest (zB Pauschale), so wird der Vertrag in den Zeitpunkt wirksam, in dem die volljährige Person vollständig erfüllt hat. Dies trifft auch auf Ratenvereinbarungen zu. Hat die volljährige Person die letzte Rate gezahlt und damit ihre Pflichten vollständig erfüllt, so wird der Vertrag rückwirkend wirksam.

Im Einklang mit dem geltenden § 280 ABGB, wonach geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens unabhängig von den Lebensverhältnissen der betroffenen Person mit Erfüllung der Pflichten

rückwirkend rechtswirksam werden, wird man davon ausgehen können, dass solche Angelegenheiten die Lebensverhältnisse der volljährigen Person nicht übersteigen. Weiterhin soll es nicht auf das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit ankommen. Und auch an der rückwirkenden Gültigkeit des Geschäftes mit Erfüllung der Pflichten soll sich durch die vorgeschlagene Änderung nichts ändern.

Die Bestimmung über die Handlungsfähigkeit in Alltagsgeschäften steht in engem Zusammenhang mit der, nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens eingeführten, Pflicht des Vertreters nach § 258 Abs. 2 des Entwurfs, der volljährigen Person die notwendigen Mittel (Bargeld oder Zugriff auf Konten) für die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens zur Verfügung zu stellen. Dies soll einerseits die Selbstbestimmung der volljährigen Person stärken. Andererseits legt die Bestimmung die Verantwortung des Vertreters fest, der vertretenen Person Zugriff auf ihr Vermögen nur nach Maßgabe ihrer finanziellen Situation und den konkreten Umständen zu ermöglichen.

Aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens soll das Gericht nach § 242 Abs. 3 des Entwurfs auch die Möglichkeit haben, einen Genehmigungsvorbehalt anzuordnen, der die Alltagsgeschäfte umfasst. Ist ein Genehmigungsvorbehalt auch für diesen Bereich angeordnet, so bedarf es zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts – unabhängig von der Erfüllung durch die vertretene Person – jedenfalls der Genehmigung des Vertreters.

## **Zum 2. Unterabschnitt:**

Der zweite Unterabschnitt befasst sich mit der Auswahl und der Dauer der Vertretung. Zur besseren Übersichtlichkeit und aufgrund der vielen Gemeinsamkeiten, sollen die Bestimmungen gesammelt und nicht bei jeder einzelnen Vertretungsart gesondert dargestellt werden.

### **Zu § 243 ABGB:**

**Abs. 1** entspricht im Wesentlichen den geltenden §§ 273 Abs. 2, 279 Abs. 1 erster Satz und 284f Abs. 1 dritter Satz ABGB. In Z 1 entfällt der Begriff der Eigenberechtigung (siehe hierzu die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs). Deutlich soll dagegen zum Ausdruck gebracht werden, dass nur Personen, die ihre Angelegenheiten für sich selbst besorgen können, als Vorsorgebevollmächtigte oder Erwachsenenvertreter in Frage kommen. Personen dagegen, die von der Schutzverheißung des § 21 ABGB profitieren, scheiden von vornherein aus (zu den Gründen hierfür siehe näher die Erläuterungen zu § 205 des Entwurfs). An dieser Regelung soll trotz Kritik im Begutachtungsverfahren festgehalten werden. Dem Argument, auch im Bereich der Obsorge werde auf diese weitgehende Beschränkung verzichtet (vgl. § 158 des Entwurfs) ist entgegen zu halten, dass dem § 158 das spezielle Eltern-Kind-Verhältnis zugrunde liegt und hier höchstpersönliche und grundrechtlich geschützte Interessen des Elternteils und des Kindes dafür sprechen, die Obsorge nur im unbedingt notwendigen Ausmaß einzuschränken. Dies ist bei der Übernahme einer Vertretung im Erwachsenenschutzbereich nicht der Fall.

Z 2 entspricht im Wesentlichen § 273 Abs. 2 Z 2 ABGB. Nicht eingesetzt werden kann, wer eine dem Wohl der volljährigen Person förderliche Ausübung der Vertretung nicht erwarten lässt. Diese Eignungsvoraussetzung soll auch für die Vorsorgevollmacht gelten. Dies ist zwar ein gewisser Eingriff in die Privatautonomie, der Vollmachtgeber ist ja im Zeitpunkt der Vollmachtserrichtung voll handlungsfähig. Gerechtfertigt ist dies aber, weil die Vorsorgevollmacht gelten soll, wenn der Vorsorgefall eingetreten ist, und die vertretene Person dann kaum mehr in der Lage ist, den Bevollmächtigten zu kontrollieren. Hervorgehoben wird die mangelnde Eignung aufgrund einer strafgerichtlichen Verurteilung. Es kann aber auch andere Fälle geben, in denen die Eignung nicht gegeben ist, wenn die volljährige Person – etwa bei Errichtung der Vorsorgevollmacht – unter Druck gesetzt oder Zwang ausgeübt wird oder eine Beeinflussung sonst ganz offensichtlich ist.

Auch Z 3 entspricht im Wesentlichen geltendem Recht (§§ 279 Abs. 1 erster Satz und 284 f Abs. 1 dritter Satz ABGB). Allerdings soll klargestellt werden, dass nicht jede enge Beziehung des (potenziellen) Vertreters zur Einrichtung, die die (potenziell) vertretene Person betreut, schadet. Vielmehr muss es sich um eine „enge Beziehung“ handeln, die einem Abhängigkeitsverhältnis gleichkommt (kritisch zur geltenden Rechtslage *Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 279 ABGB Rz 2).

**Abs. 2** ist an § 279 Abs. 5 ABGB angelehnt. Einzelpersonen können grundsätzlich einheitlich nicht mehr als 15 Erwachsenenvertretungen und Vorsorgevollmachten übernehmen. Damit soll der Kritik im Begutachtungsverfahren begegnet werden, die Grenze für Rechtsanwälte und Notare von 25 Vertretungen sei zu hoch, die Beschränkung auf fünf Vertretungen für sonstige geeignete Personen sei wiederum zu niedrig. Notare (Notariatskandidaten) und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsanwärter) können jedoch diese Grenze überschreiten, wenn sie in eine der von den Rechtsanwalts- bzw. Notariatskammern zu führenden Listen von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten bzw. Notaren eingetragen sind (zu den Voraussetzungen für die

Aufnahme in eine solche Liste siehe die Erläuterungen zu § 134a NO und § 10b RAO). Damit soll den Vorbehalten gegen die Übernahme von Sachwalterschaften durch Rechtsanwälte und Notare (vgl. etwa <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/sachwalterschaft-was-nun>) begegnet werden.

Die zahlenmäßige Beschränkung soll auch für die Übernahme von Vorsorgevollmachten gelten, eine gewerbsmäßige Ausübung dieser Vollmachten soll dadurch verhindert werden.

In **Abs. 3** findet sich die wichtige Grundregel, dass mehrere Erwachsenenvertreter für eine Person nicht denselben Wirkungsbereich haben können. Im Umkehrschluss können Vorsorgebevollmächtigte denselben Wirkungsbereich haben (hier kann der Vollmachtgeber etwa eine Gesamtvertretung vorsehen; siehe § 262 Abs. 2 Z 2 des Entwurfs). Ein Erwachsenenvertreter kann auch nicht denselben Wirkungsbereich wie ein Vorsorgebevollmächtigter haben; dies ergibt sich aus den §§ 264, 268 Abs. 1 Z 2 und 271 Z 2 des Entwurfs.

Lediglich der einstweilige Erwachsenenvertreter kann vom Gericht – zu Kontrollzwecken – einen mit einem bereits eingesetzten Vertreter identischen Wirkungsbereich übertragen bekommen (siehe § 120 Abs. 3 AußStrG des Entwurfs).

#### **Zu § 244 ABGB:**

Anders noch als in der Fassung des Ministerialentwurfs soll die „Erwachsenenvertreter-Verfügung“ nun eine eigene Bestimmung erhalten. Dies soll auch der Bedeutung dieser Form der Selbstbestimmung einen besonderen Ausdruck verleihen und ihre Anwendung in der Praxis fördern. Darüber hinaus soll die Erwachsenenvertreter-Verfügung auch Minderjährigen offen stehen, wenn sie über die geforderte geminderte Entscheidungsfähigkeit verfügen. Daher wird nicht mehr auf die Volljährigkeit der verfügenden Person abgestellt.

Eine Person kann nach **Abs. 1** eine andere Person bezeichnen, die für sie als Erwachsenenvertreter tätig werden soll. Dies entspricht der derzeitigen „Sachwalterverfügung“. Zukünftig soll sie auch eine Person bezeichnen können, die für sie nicht als Erwachsenenvertreter tätig werden soll. Eine solche „negative Erwachsenenvertreter-Verfügung“ entspricht den Bedürfnissen der Praxis, war bislang jedoch noch nicht ausdrücklich gesetzlich verankert. Für beide Arten der Verfügung muss bei der verfügenden Person wenigstens eine geminderte Entscheidungsfähigkeit vorliegen (vgl. die Anforderungen in § 264 des Entwurfs), sie muss sich also im Klaren darüber sein, was eine Erwachsenenvertretung bedeutet und was die Folgen der Bezeichnung sind. Dies erscheint notwendig, weil der Entwurf der Verfügung beträchtliche Bedeutung zuerkennt: Die in der Erwachsenenvertreter-Verfügung namhaft gemachte Person zählt nach § 268 Abs. 2 des Entwurfs zum Kreis der „nächsten Angehörigen“, die als gesetzliche Erwachsenenvertreter in Frage kommen, und muss vom Gericht nach § 274 Abs. 1 des Entwurfs bei der Auswahl eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters vorrangig ins Kalkül gezogen werden. Außerdem ist sie von der Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters zu verständigen und steht ihr ein Rekursrecht gegen den Bestellungsbeschluss zu (§ 127 AußStrG des Entwurfs). Eine negative Erwachsenenvertreter-Verfügung ist nach § 273 Abs. 1 des Entwurfs vom Gericht ebenso bei der Auswahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters zu berücksichtigen. Eine gerichtliche Bestellung der bezeichneten Person entgegen dem ausdrücklichen Willen der verfügenden Person ist zwar grundsätzlich möglich, wird jedoch praktisch auf ganz seltene Ausnahmesituationen beschränkt sein.

**Abs. 2** bestimmt, dass die Erwachsenenvertreter-Verfügung – wie auch eine Vorsorgevollmacht oder gewählte Erwachsenenvertretung – vor einem Notar, Rechtsanwalt oder Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereins errichtet und im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eingetragen werden muss. Da der Vertretungsfall aber noch nicht eingetreten ist (und damit auch noch keine gerichtliche Kontrolle des Handelns des Vertreters Platz greifen muss), genügt die Eintragung im ÖZVV. Eine Verständigung des Gerichts ist hier (anders nach § 140h Abs. 3 NO des Entwurfs bei der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretung) nicht nötig. In einem späteren Verfahren über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters oder die Eintragung der gesetzlichen Erwachsenenvertretung ist die Erwachsenenvertreter-Verfügung durch Abfrage im ÖZVV ersichtlich.

Hegt die eintragende Person Bedenken gegen das Vorliegen der (geminderten) Entscheidungsfähigkeit der verfügenden Person, so hat sie die Eintragung abzulehnen. Bei begründeten Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Wohles der verfügenden Person hat sie das Pflegschaftsgericht zu verständigen.

**Abs. 3** regelt den Widerruf einer Erwachsenenvertreter-Verfügung. Für diesen genügt es, dass die verfügende Person zu erkennen gibt, dass die Verfügung nicht mehr gelten soll. Er muss nicht schriftlich errichtet werden. Allerdings beseitigt nicht schon der Widerruf allein die Erwachsenenvertreter-Verfügung. Auch der Widerruf muss von einem Notar, Rechtsanwalt oder Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereins im ÖZVV eingetragen werden. Dies hat auf Verlangen der verfügenden



Person zu geschehen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich die verfügende Person dazu eines Dritten bedient); der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein wird dann aber das Gespräch mit der verfügenden Person suchen müssen, um abzuklären, ob sie tatsächlich – wie behauptet – die Verfügung widerrufen will. Auf das Recht auf Widerruf kann die verfügende Person nicht verzichten.

#### **Zu § 245 ABGB:**

In den **Abs. 1 bis 3** wird der Beginn der jeweiligen Vertretungsformen geregelt. Neu ist (abgesehen von der neuen Vertretungsform der gewählten Erwachsenenvertretung), dass die Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls bei einer Vorsorgevollmacht und der Eintragung der gesetzlichen Erwachsenenvertretung nun konstitutiv für ihre Wirksamkeit bzw. Entstehung ist. Damit soll eine höhere Rechtssicherheit und zudem ein gewisser Gleichklang bei der Entstehung der verschiedenen Vertretungsformen erzielt werden (kritisch zur Frage der Rechtssicherheit bei Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht nach geltendem Recht *Jud*, AnwBl 2007, 11). Festzuhalten ist, dass die Vorsorgevollmacht wie bisher auch bloß zum Teil wirksam werden kann, wenn der Eintritt des Vorsorgefalls nur für Teilbereiche eingetragen wird. Das soll mit der Formulierung „und soweit“ deutlich gemacht werden. Darüber hinaus wird durch die Formulierung „ist“ zum Ausdruck gebracht, dass die Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht auch wieder aufgehoben werden kann. Erlangt die vertretene Person ihre Entscheidungsfähigkeit wieder, so ist dies im ÖZVV als Wegfall des Vorsorgefalls einzutragen (vgl. § 246 Abs. 1 Z 3 des Entwurfs). Die Eintragung der Vorsorgevollmacht selbst bleibt davon jedoch unberührt. Verliert die vertretene Person erneut ihre Entscheidungsfähigkeit, so ist auch der Eintritt des Vorsorgefalls erneut einzutragen.

Aufgrund der konstitutiven Wirkung der Eintragung im ÖZVV geht die Vertretungsbefugnis nicht allein deshalb verloren, weil die vertretene Person im Wirkungsbereich des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters ihre Handlungsfähigkeit erlangt. Dies soll in **Abs. 4** deutlich gemacht werden. Soll die Vertretungsmacht enden, so muss die vertretene Person (im Fall einer Vorsorgevollmacht oder gewählten Erwachsenenvertretung) die Bevollmächtigung widerrufen bzw. (im Fall der gesetzlichen Erwachsenenvertretung) der Vertretung widersprechen oder (im Fall der gerichtlichen Erwachsenenvertretung) bei Gericht die Beendigung beantragen. *Mutatis mutandis* trifft dies sinngemäß auch auf den Vertreter zu.

#### **Zu § 246 ABGB:**

**Abs. 1** bestimmt, wann die Vertretungsbefugnis des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters bei einer Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung endet.

In Z 1 wird für die Vorsorgevollmacht und die gewählte Erwachsenenvertretung § 1022 erster Satz ABGB zur ausnahmslos gültigen Regel gemacht, weil es auf persönliche Leistungserbringung ankommt (vgl. *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1022 ABGB Rz 25).

Die Auflösung der Vorsorgevollmacht nach Z 3 erfasst auch die Vollmacht, aus der sich die Vorsorgevollmacht entwickelt hat (siehe § 260), weil nicht anzunehmen ist, dass jemand, der zu erkennen gibt, dass er von seinem Vorsorgebevollmächtigten nicht mehr vertreten werden will, es wünscht, dass dieser auf Basis der „gewöhnlichen“ Vollmacht weiter tätig ist.

Nach Z 5 endet eine gesetzliche Erwachsenenvertretung jedenfalls nach drei Jahren, sofern sie nicht vor Ablauf dieser Frist neu im ÖZVV eingetragen wird. Dafür müssen die Voraussetzungen des § 268 des Entwurfs (weiterhin) vorliegen, der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein hat daher die betroffene Person abermals persönlich zu belehren und abzuklären, ob sie der Erwachsenenvertretung nun widerspricht.

Auch die gerichtliche Erwachsenenvertretung endet nach Z 6 nach drei Jahren, sofern sie nicht vor Ablauf dieser Frist erneuert wird (§ 128 AußStrG). Die Frist beginnt mit Beschlussfassung erster Instanz. Auf die Rechtskraft des Bestellungsbeschlusses kommt es nicht an. Somit soll einerseits im Bestellungsbeschluss sogleich der Endzeitpunkt angegeben werden können (vgl. § 123 Abs. 1 Z 4 AußStrG), andererseits soll erreicht werden, dass eine Erwachsenenvertretung – auch wenn Rechtsmittel erhoben werden – nach drei Jahren endet. Ebenso wenig hat die Änderung oder Übertragung der Vertretung einen Einfluss auf den Fristenlauf. Die gerichtliche Erwachsenenvertretung kann erneuert werden, wenn die Voraussetzungen des § 271 des Entwurfs weiterhin vorliegen (zum Verfahren siehe § 128 AußStrG).

Im letzten Satz des Abs. 1 wird klargestellt, dass die vertretene Person für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht oder gewählten Erwachsenenvertretung bzw. für den Widerspruch gegen eine gesetzliche Erwachsenenvertretung lediglich zu erkennen geben muss, dass sie nicht mehr vertreten sein will. Das entspricht dem derzeit geltenden § 284g ABGB; das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit oder die Einhaltung einer Form sind somit nicht notwendig (vgl. auch § 10 Abs. 2 PatVG). Auf dieses Recht kann – anders als sonst im Vollmachtsrecht (vgl. *Rubin in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1020 ABGB Rz 37) – auch bei besonderer Rechtfertigung nicht verzichtet werden. Freilich führt dieses

„Zuerkennengeben“ nicht schon automatisch zur Beendigung der Vertretungsmacht; es bedarf hierfür vielmehr – so § 246 Abs. 1 Z 3, 4 und 5 ausdrücklich – der Eintragung im ÖZVV. Dazu kann sich die vertretene Person einer (auch vom Vertreter verschiedenen) dritten Person bedienen; der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein wird dann aber das Gespräch mit der vertretenen Person suchen müssen, um abzuklären, ob sie tatsächlich – wie behauptet – die Vertretung beenden will. Auch auf Verlangen des Vertreters ist die Eintragung vorzunehmen.

**Abs. 2** stellt lediglich klar, dass auch für Änderungen der Vertretungsmacht, also insbesondere Erweiterungen und Einschränkungen (etwa auch durch das Einführen einer „Co-Decision“ bei der gewählten Erwachsenenvertretung), die Grundsätze des § 245 gelten. Die Änderungen entstehen daher mit Eintragung ins ÖZVV bzw. durch gerichtliche Entscheidung.

In **Abs. 3** werden drei Fälle zusammengefasst, in denen das Gericht die Beendigung oder Änderung der Vertretungsverhältnisse anordnen kann:

Nach Z 1 hat das Pflegschaftsgericht die Beendigung der Vorsorgevollmacht oder der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretung anzuordnen, wenn der Vertreter nicht oder pflichtwidrig handelt oder sonst das Wohl der vertretenen Person eine derartige gerichtliche Maßnahme erfordert. So wird auch eine schon ursprünglich „missbräuchlich“ entstandene Erwachsenenvertretung (etwa weil bei einer gewählten Erwachsenenvertretung die geminderte Entscheidungsfähigkeit nicht mehr vorlag und die nahestehende Person zur Wahl gedrängt wurde) dem Wohl der vertretenen Person regelmäßig nicht entsprechen. Darunter sind aber auch Fälle zu verstehen, in denen die vertretene Person einen Widerspruch oder Widerruf zu erkennen gibt, dieser aber nicht im ÖZVV eingetragen ist. Der Anordnung kommt rechtsgestaltende Wirkung zu. Sollten dringende Handlungen erforderlich sein, so hat das Gericht nach § 120 Abs. 3 AußStrG des Entwurfs einen einstweiligen Erwachsenenvertreter zu bestellen (dies auch wenn derselbe Wirkungsbereich betroffen ist). Das Gericht hat die Eintragung der Beendigung selbst vorzunehmen (vgl. § 140h Abs. 3 NO des Entwurfs).

Die Z 2 und 3 entsprechen weitgehend dem geltenden § 278 Abs. 2 und 3 ABGB. In Z 3 soll aber eigens angeführt sein, dass die gerichtliche Erwachsenenvertretung beendet werden muss, wenn die übertragene Angelegenheit erledigt ist. Diese Bestimmung steht in Verbindung mit § 272 Abs. 2 des Entwurfs, wonach die gerichtliche Erwachsenenvertretung nach Erledigung der übertragenen Angelegenheit einzuschränken bzw. zu beenden ist. Sinn dieser Regelungen ist, die – vom Willen der vertretenen Person – unabhängige Stellvertretung nur solange und so weitgehend wie unbedingt nötig aufrecht zu erhalten. Damit soll nicht nur den Ansprüchen der UN-Behindertenrechtskonvention Genüge getan werden (siehe die Erläuterungen zu § 240 des Entwurfs), sondern auch erreicht werden, dass die betroffene Person „aus dem Schatten“ ihres Vertreters hervortritt, also im Rechtsverkehr wieder als grundsätzlich „vollwertiger“ Partner wahrgenommen wird.

In **Abs. 4** wird aus Gründen der Rechtsklarheit die sinngemäße Geltung wichtiger Bestimmungen angeordnet: Kommt es zu einem Vertreterwechsel, so sind dem neuen Vertreter Vermögen und Urkunden der vertretenen Person auszuhändigen (§ 178 Abs. 3 ABGB). Nach Ende der Vertretung müssen Vermögen und Urkunden der vertretenen Person selbst übermittelt werden (§ 183 Abs. 2 ABGB). Tätigkeiten, die keinen Aufschub dulden, müssen auch nach Beendigung der Vertretung fortgesetzt werden (§ 1025 ABGB).

### **Zum 3. Unterabschnitt:**

Im dritten Unterabschnitt werden die besonderen Rechte und Pflichten eines Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters geregelt.

#### **Zu § 247 ABGB:**

§ 247 erster Satz des Entwurfs entspricht dem geltenden § 282 erster Satz ABGB, soweit dort die Kontaktverpflichtung geregelt ist. Von dieser entkoppelt wird die Verpflichtung zur Bemühung um ärztliche und soziale Versorgung, sie findet sich in § 251 des Entwurfs.

Für die Tätigkeit als Vorsorgebevollmächtigter und Erwachsenenvertreter ist es unerlässlich, dass sich der Vertreter regelmäßig über die Lebensverhältnisse und die Bedürfnisse der vertretenen Person informiert. Zu diesem Zweck hat der Vertreter mit ihr persönlichen Kontakt zu halten (vgl. *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 282 Rz 5). Ein guter Kontakt zwischen Vertreter und vertretener Person ist ein zentrales Merkmal für ein gelingendes Vertretungsverhältnis (so *Kohlfürst*, Für oder über jemanden entscheiden, in *Gumpinger* [Hrsg.], Sozialarbeitsforschung – Schwerpunkt Sachwalterrecht [2015] 86 f). Die Kontakte müssen so regelmäßig sein, dass sich der Vertreter einen – bezogen auf die ihm übertragenen Aufgaben – laufenden Eindruck verschaffen kann. Die Verpflichtung wird im Regelfall durch persönliche Kontakte (Besuche) wahrgenommen werden müssen; im Einzelfall können – soweit dies auch den Wünschen der vertretenen Person entspricht – Kontakte von geeigneten,

sozialarbeiterisch geschulten Mitarbeitern des Vertreters durchgeführt werden (vgl. 10 Ob 72/14g). Keinesfalls kann jedoch die Kontaktverpflichtung gänzlich delegiert werden (*Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 282 Rz 3).

Grundsätzlich soll dieser Kontakt weiterhin mindestens einmal monatlich stattfinden. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn ein – wohl in aller Regel gerichtlicher – Erwachsenenvertreter ausschließlich Angelegenheiten übertragen erhalten hat, deren Besorgung vorwiegend Kenntnisse des Rechts oder der Vermögensverwaltung erfordern (zB das Führen eines Prozesses, die Prüfung einer Vertragsurkunde, die Geltendmachung rechtlicher Ansprüche, die steuerliche Veranlagung, die Verwaltung eines Hauses oder eines anderen Vermögens). Auch hier muss der Erwachsenenvertreter mit der vertretenen Person – etwa bei Vorbereitung der Vertretungshandlung – Kontakt halten. Ein monatlicher Mindestkontakt erscheint in solchen Fällen aber überschüssig. Demgegenüber ist die dem geltenden Recht immanente Ausnahme bei Bestellung eines Sachwalters für einzelne Angelegenheiten angesichts der grundsätzlich restriktiver zu handhabenden Wirkungsbereiche von Erwachsenenvertretern überholt. Ist die einzelne Angelegenheit erledigt, so soll die Erwachsenenvertretung beendet werden (§ 246 Abs. 3 Z 3 des Entwurfs); damit fällt selbstredend auch die Verpflichtung zum persönlichen Kontakt weg.

Jedenfalls muss der Vertreter für die vertretene Person in einem angemessenen Ausmaß erreichbar sein (etwa durch regelmäßige Sprechzeiten).

#### **Zu § 248 ABGB:**

Die Verschwiegenheitspflicht des **Abs. 1** entspricht im Wesentlichen dem derzeitigen § 6 Abs. 1 VSPBG und soll nun allgemein für Vorsorgebevollmächtigte und Erwachsenenvertreter gelten.

In der (auch jüngeren) Vergangenheit häuften sich die Beschwerden von Angehörigen, die sich vom (familienfremden) Sachwalter nicht angemessen über die Lebenssituation der vertretenen Person informiert fühlten (siehe etwa <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/sachwalterschaft-was-nun>). Dieser Kritik möchte nun **Abs. 2** begegnen, indem eingeschränkte Informationsrechte für bestimmte nahe Angehörige formuliert werden. Unter geistigem und körperlichem Befinden ist ein allgemeiner Überblick zu verstehen, detaillierte medizinische Daten sind nicht gemeint. Dieses Informationsrecht besteht freilich nicht, soweit die vertretene Person (im Zustand der Entscheidungsfähigkeit) anderes verfügt hat, etwa in der Vorsorgevollmacht, oder aktuell zu erkennen gibt, dass sie die Auskunftserteilung ablehnt (Entscheidungsfähigkeit ist nicht erforderlich), oder die Auskunftserteilung ihrem Wohl widerspricht (etwa bei Auskunftserteilung an einen gewalttätigen Partner).

**Abs. 3** entbindet den Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter zusätzlich von seiner Verschwiegenheitsverpflichtung (den in Abs. 2 genannten, aber auch anderen Personen und Stellen gegenüber):

Der Vertreter ist erstens nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn ihn die insoweit entscheidungsfähige vertretene Person davon entbunden hat (Z 1). Dies wird freilich einer Erörterung mit der vertretenen Person bedürfen. Die vertretene Person muss die Funktion der Verschwiegenheit und die Folgen der konkreten Entbindung beurteilen können. Die Entbindung ist nicht formgebunden, die Erklärung muss aber hinsichtlich der Tatsachen, auf die sie sich bezieht, bestimmt sein. Selbstverständlich kann die Entbindung von der vertretenen Person auch widerrufen werden.

Zweitens trifft den Vertreter keine Verschwiegenheitspflicht, soweit die vertretene Person zur Offenlegung gesetzlich – etwa der Abgabebehörde gegenüber, was ihr Einkommen betrifft – oder vertraglich verpflichtet ist, zB um Gewährleistungspflichten aus einem Vertrag zu vermeiden oder Nebenpflichten aus einem Vertrag zu erfüllen (Z 2).

Drittens besteht die Verschwiegenheitsverpflichtung dann nicht, wenn die Offenlegung zur Wahrung des Wohles der vertretenen Person erforderlich ist (Z 3), etwa um soziale Leistungen für sie zu erlangen oder um in ihrem Sinn bestmöglich mit deren pflegenden oder betreuenden Angehörigen zusammen zu arbeiten.

#### **Zu § 249 ABGB:**

**Abs. 1** entspricht vollinhaltlich dem geltenden § 277 ABGB.

**Abs. 2** übernimmt den geltenden § 276 Abs. 3 ABGB und ergänzt ihn um § 276 Abs. 4 ABGB. Der Anspruch auf Aufwandsersatz soll jedem Erwachsenenvertreter, also auch einem gewählten oder gesetzlichen, zustehen. Damit wird die aufgrund der familiären Beistandspflicht bislang umstrittene Frage, ob nächste Angehörige einen Anspruch auf Aufwandsersatz haben (vgl. dazu *Barth/Kellner*, Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger, in *Barth/Ganner* [Hrsg.], Handbuch des Sachwalterrechts [2010]<sup>2</sup> 505 ff), für die neuen Institute der gesetzlichen und gewählten Erwachsenenvertretung im Sinne einer Kompromisslösung ausdrücklich geregelt. Die Ansprüche stehen zu, sofern dadurch nicht die

Befriedigung der Lebensbedürfnisse der vertretenen Person gefährdet wäre. Für den gerichtlichen Erwachsenenvertreter gilt die Sonderbestimmung des § 276 Abs. 4 des Entwurfs, auf welche an dieser Stelle verwiesen wird. Der Vorsorgebevollmächtigte ist hier nicht erwähnt, für ihn gelten § 1013 ABGB (ohne Vereinbarung keine Entlohnung) und § 1014 ABGB (notwendiger und nützlicher Aufwand ist zu ersetzen).

#### **Zum IV. Unterabschnitt:**

Der vierte Unterabschnitt regelt die Personensorge. Damit sind – so die neue, an § 15 ABGB (über die „Personenrechte“) orientierte (vgl. *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 15 ABGB Rz 1) Legaldefinition in § 250 des Entwurfs – alle Angelegenheiten gemeint, die in der Persönlichkeit der vertretenen Person oder deren familiären Verhältnissen gründen.

Zu den Persönlichkeitsrechten können etwa das Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, Freiheit, geschlechtliche Selbstbestimmung, Achtung des Ansehens, Wahrung der Privatsphäre, Geheimhaltung personenbezogener Informationen, Wahrung der persönlichen Identität, einschließlich des Rechts zur Führung seines Namens und des Rechts am eigenen Bild gezählt werden. Familiäre Angelegenheiten (die teils auch mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen zu tun haben) sind etwa das Verlöbnis, die Eheschließung und die Begründung einer eingetragenen Partnerschaft sowie deren Auflösung, das Kontaktrecht, die Errichtung einer letztwilligen Verfügung, die Anerkennung der Vaterschaft und die Adoption.

#### **Zu § 250 ABGB:**

In **Abs. 1** soll eine allgemeine Grundsatzbestimmung für die Vertretung in personenrechtlichen Angelegenheiten geschaffen werden. Soweit besondere Vorschriften im ABGB (siehe die §§ 252 bis 257 des Entwurfs) oder anderswo (zB im EheG oder Namensänderungsgesetz) nichts Abweichendes vorsehen, soll für alle personenrechtlichen Angelegenheiten – auch solche, die nicht im ABGB geregelt sind – normiert werden, unter welchen Voraussetzungen eine Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter zulässig ist. Für andere Formen der gesetzlichen Vertretung (siehe § 1034 des Entwurfs) ist diese Bestimmung nicht ohne weiteres anzuwenden: Bei Kindern kommen allenfalls – grundrechtlich bewehrte – Elternrechte ins Spiel, die Kuratel hat in aller Regel keine Angelegenheiten der Personensorge zum Inhalt.

Der Vertreter kann nach den **Z 1** und **Z 2** nur dann tätig werden, wenn die Angelegenheit von seinem Wirkungsbereich umfasst ist und die vertretene Person insoweit nicht entscheidungsfähig ist.

Nach **Z 3** darf sich zudem aus dem Gesetz nicht ergeben, dass die Angelegenheit absolut vertretungsfeindlich ist. Höchstpersönliche Rechte gelten durchwegs als vertretungsfeindlich, was etwa zur Folge haben kann, dass eine Vollmachtserteilung unwirksam ist (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1006 ABGB Rz 2). Unter gewissen Umständen kann hier ausnahmsweise ein (in der Regel gesetzlicher) Vertreter handeln, um – wie etwa bei der medizinischen Behandlung – drohenden Schaden von der betroffenen Person abzuwenden (vgl. etwa *Meissel in Klang*<sup>3</sup> § 16 Rz 53; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 268 Rz 10). Innerhalb der Gruppe der höchstpersönlichen Rechte gibt es eine Teilmenge „absolut vertretungsfeindlicher“ Rechte. Für ihre Ausübung ist – wie auch sonst in diesem Bereich – Entscheidungsfähigkeit erforderlich; bei deren Fehlen kann das höchstpersönliche Recht aber weder durch den Sachwalter noch durch das Gericht ersetzt werden (*Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung § 268 Rz 17). So ist etwa bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 564 ABGB), einer Patientenverfügung (§ 3 PatVG) oder einer Vorsorgevollmacht (§ 262 Abs. 1 des Entwurfs), beim Verlöbnis, bei der Eheschließung (§ 17 EheG) oder der Erklärung der Anerkennung der Vaterschaft (§ 141 Abs. 3 des Entwurfs) sowie der Adoption (§ 191 Abs. 1 des Entwurfs) jede Vertretung ausgeschlossen. An solche Regelungen knüpft Abs. 1 Z 3 an.

Nach **Z 4** darf eine Vertretungshandlung nur dann gesetzt werden, wenn sie zur Wahrung des Wohles der vertretenen Person erforderlich ist.

Widerspricht allerdings die vertretene Person (ein bloßes „Zuerkennengeben“ genügt auch hier; vgl. § 246 Abs. 1 des Entwurfs) der Vertretungshandlung, von der sie nach § 241 Abs. 2 des Entwurfs vorab zu informieren ist, so genügt die Erforderlichkeit nicht. Nach **Abs. 2** hat in solchen Fällen die Vertretungshandlung vielmehr grundsätzlich zu unterbleiben. Etwas anderes gilt nur, wenn sonst das Wohl der vertretenen Person erheblich gefährdet wird (ebenso § 241 Abs. 2 des Entwurfs). Eine erhebliche Gefährdung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Existenzgrundlage der vertretenen Person gefährdet oder sie sonstigen schwerwiegenden Nachteilen ausgesetzt wäre. Dabei ist auch zu berücksichtigen, wie sich eine Vertretungshandlung auf die psychische Befindlichkeit der vertretenen Person auswirkt. Vertretungshandlungen, die trotz des „Vetos“ der vertretenen Person und ohne entsprechende Gefährdung vorgenommen werden, sind rechtsunwirksam (wie etwa bei mangelnder

Zustimmung des zweiten Elternteils in Angelegenheiten des geltenden § 167 Abs. 2 ABGB). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass nach **Abs. 3**, der dem geltenden § 275 Abs. 2 erster Satz ABGB entspricht, ein Erwachsenenvertreter (nicht aber der Vorsorgebevollmächtigte) in wichtigen Angelegenheiten die Genehmigung des Gerichts einzuholen hat. Dies gilt nur nicht bei Gefahr in Verzug, wenn also das Wohl erheblich gefährdet wäre. In so einem Fall ist die Vertretungshandlung bis zur gerichtlichen Genehmigung schwebend unwirksam (vgl. den geltenden § 275 Abs. 2 zweiter Satz ABGB). Wichtige Angelegenheiten der Personensorge können insbesondere einige der in § 167 Abs. 2 ABGB genannten Angelegenheiten sein.

In **Abs. 4** wird – sozusagen als gesetzliche Ausnahme im Sinn des Abs. 1 Z 3 und in Konkretisierung des Abs. 2 – festgelegt, dass grundsätzlich nur die vertretene Person selbst über ihren persönlichen Verkehr und Briefverkehr entscheiden kann. Ist sie entscheidungsfähig, so kann nur sie darüber bestimmen, mit wem sie verkehrt, und zwar auch dann, wenn der Vertreter insoweit vertretungsbefugt wäre. Fehlt es ihr an der nötigen Entscheidungsfähigkeit, um einzuschätzen, ob ihr der Kontakt mit bestimmten – zB gewalttätigen – Personen oder das Öffnen von Briefen solcher Personen gut tut, so hat der Vertreter begrenzende Vertretungshandlungen nur insoweit zu setzen, als dadurch eine erhebliche Gefährdung des Wohls der vertretenen Person verhindert werden kann. Beschränkungen im Rahmen allgemeiner Rechtsschutzinstrumente – vgl. etwa §§ 382b, 382e und 382g EO – bleiben unberührt und können vom Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter erwirkt werden.

#### **Zu § 251 ABGB:**

Wie bisher schon in Lehre und Rechtsprechung vertreten soll nun auch ausdrücklich kargestellt werden, dass ein Erwachsenenvertreter die Betreuung nicht selbst zu übernehmen hat (*Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung § 268 Rz 16; *Schweighofer*, ÖZPR 2016, 23). Unter Anlehnung an § 1 der Einstufungsverordnung zum Bundespflegegeldgesetz können unter „Betreuung“ Verrichtungen verstanden werden, die vornehmlich den persönlichen Lebensbereich betreffen und ohne die ein pflegebedürftiger Mensch der Verwahrlosung ausgesetzt wäre. Beispielhaft können Hilfen beim An- und Auskleiden, bei der Körperpflege, der Zubereitung und Einnahme von Mahlzeiten, der Einnahme von Medikamenten sowie bei der Erlangung einer ausreichenden Mobilität angeführt werden.

Eine Pflicht des Erwachsenenvertreters zur Bemühung um die Gewährung medizinischer und sozialer Versorgung, wie sie der geltende § 282 ABGB vorsieht, soll es nur dann geben, wenn die vertretene Person nicht umfassend betreut ist. „Umfassend betreut“ ist im Sinn des § 27b KSchG zu verstehen, also wenn sowohl für die Unterkunft der vertretenen Person als auch deren Betreuung und Pflege gesorgt ist. Nicht darunter fällt deshalb etwa die Tagesstätte oder die Betreuung durch eine Heimhilfe.

Mangels umfassender Betreuung trifft den Erwachsenenvertreter die Bemühungspflicht auch dann, wenn er bloß zur Besorgung einer einzigen Angelegenheit eingesetzt ist (insoweit geht die in § 251 des Entwurfs vorgesehene Verpflichtung über jene des geltenden § 282 ABGB hinaus; vgl. *Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 282 Rz 1). Für den Vorsorgebevollmächtigten gilt diese Bestimmung nicht, die persönliche Betreuung durch den Vorsorgebevollmächtigten kann vereinbart werden.

#### **Zu den §§ 252 bis 254 ABGB:**

Das System der medizinischen Behandlung nach dem geltenden § 283 ABGB wird vielfach als zu kompliziert, aufwändig und praxisfern kritisiert. Die behandelnden Personen sind mit dem Inhalt dieser Bestimmung häufig nicht vertraut, was große Unsicherheit für alle betroffenen Personen mit sich bringt. Zudem gehen Juristen und Mediziner von einem unterschiedlichen Begriffsverständnis aus: Für Mediziner muss bei „Gefahr im Verzug“ unmittelbar gehandelt werden, für Juristen kann auch eine Dauer von bis zu zwei Wochen noch bedeuten, dass „Gefahr im Verzug“ vorliegt.

Daher soll die Zustimmung zur medizinischen Behandlung praxisnäher geregelt werden. Durch eine klarere Gliederung und einfachere Gestaltung sollen die Bestimmungen für die Anwender zudem leichter verständlich sein.

Außerdem soll vor allem mit § 252 Abs. 2 und § 253 Abs. 2 des Entwurfs den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen werden (vgl. etwa Art. 12 Abs. 3, wonach die Vertragsstaaten Maßnahmen zu setzen haben, damit „die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden“).

Schließlich soll – einigen Anregungen im Begutachtungsverfahren folgend – der Anwendungsbereich der §§ 252 bis 254 des Entwurfs erweitert werden. Als medizinische Behandlung soll zwar weiterhin nur die von ärztlicher Seite oder nach ärztlicher Anordnung aufgrund einer anerkannten medizinischen Indikation vorgenommene Maßnahme verstanden werden (siehe ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 19). Da aber die Grundwertungen der §§ 252 ff. auf die Ausübung der Medizin insgesamt – sei dies durch Ärzte, sei dies durch Angehörige anderer gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe – anwendbar sind, sollen die

Bestimmungen sinngemäß auch auf die diagnostische, therapeutische, rehabilitative, krankheitsvorbeugende, pflegerische oder geburtshilfliche Tätigkeit letzterer anzuwenden sein.

Unter einem Gesundheitsberuf ist ein auf Grundlage des Kompetenztatbestandes „Gesundheitswesen“ (Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG) gesetzlich geregelter Beruf zu verstehen, dessen Berufsbild die Umsetzung von Maßnahmen zur Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung umfasst. Darunter sind Tätigkeiten im Rahmen der Gesundheitsversorgung zu verstehen, die unmittelbar am bzw. unmittelbar oder mittelbar für den Menschen zum Zwecke der Förderung, Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Gesundheit im ganzheitlichen Sinn und in allen Phasen des Lebens erbracht werden. Dazu zählen derzeit etwa Ärzte, Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, Biomedizinische Analytiker, Diätologen, Ergotherapeuten, Gesundheits- und Krankenschwester/-pfleger, Gesundheitspsychologen, Hebammen, Heilmasseure, Kardiotechniker, Klinische Psychologen, Logopäden, Medizinische Masseure, Angehörige der medizinischen Assistenzberufe (zB Gipsassistent, Operationsassistent, Ordinationsassistent, Röntgenassistent, zahnärztlichen Assistenz), Musiktherapeuten, Notfallsanitäter, Orthoptisten, Pflegehelfer, Physiotherapeuten, Psychotherapeuten, Radiologietechnologen, Rettungssanitäter und Zahnärzte.

Angehörige von Gesundheitsberufen, die nicht in einem eigenen Berufsgesetz geregelt sind, zB Medizinphysiker, Strahlenschutzbeauftragte Medizinprodukteberater oder Pharmareferenten, sind von den §§ 252 ff. ebenso wenig erfasst wie Angehörige von gesundheitsbezogenen Gewerben wie Augenoptiker, Bandagisten, Orthopädietechniker, Miederwarenerzeuger, Fußpfleger, Hörgeräteakustiker, Kontaktlinsenoptiker, Kosmetiker (hierzu zählt auch Piercen und Tätowieren), Lebens- und Sozialberater, Orthopädieschuhmacher, Zahntechniker oder Humanenergetiker.

#### **Zu § 252 ABGB:**

In § 252 wird die medizinische Behandlung (zur neuen Terminologie siehe oben) entscheidungsfähiger Personen geregelt. **Abs. 1** ist – als Grundregel – zu entnehmen, dass eine entscheidungsfähige Person nur selbst in die Behandlung einwilligen kann (so auch der geltende § 283 Abs. 1 ABGB). Eine Vertretung durch einen Bevollmächtigten ist daher rechtlich nicht möglich.

Wenn ein Patient nach Ansicht der behandelnden Person (und entgegen der Vermutungsregel des § 24 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfs) nicht über die erforderliche Entscheidungsfähigkeit für die konkrete Behandlungsentscheidung verfügt, hat sie nach **Abs. 2** Angehörige, andere diesem nahe stehende Personen, Vertrauenspersonen und im Umgang mit Menschen in solchen schwierigen Lebenslagen besonders geübte Fachleute beizuziehen, die den Patienten dabei unterstützen können, seine Entscheidungsfähigkeit zu erlangen. Schon jetzt ziehen etwa Ärzte, wenn sie an der Entscheidungsfähigkeit ihres Patienten zweifeln, Angehörige oder andere dem Patienten nahe stehende Personen bzw. Kollegen zurate. An diese Praxis will der Entwurf anknüpfen, aber den Fokus darauf richten, den Patienten mit Hilfe dieser Personen, die ihn gut kennen bzw. mit Menschen, die mit solchen Situationen vertraut sind, in seiner Willensbildung zu mobilisieren. Es geht hier also nicht darum, die Behandlungsentscheidung des Patienten zu ersetzen, sondern diese zu ermöglichen.

Als „Angehörige“ des Patienten kommen nicht bloß die nächsten Angehörigen im Sinn des § 268 Abs. 2 des Entwurfs, sondern alle in einem direkten oder indirekten verwandtschaftlichen Verhältnis Stehenden in Betracht.

Andere „nahe stehende Personen“ können etwa Mitbewohner eines Heims, Nachbarn oder Arbeitskollegen sein.

„Vertrauenspersonen“ des Patienten können etwa in einer Vorsorgevollmacht, Erwachsenenvertreter-Verfügung oder Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung Bezeichnete, aber auch „persönliche Assistenten“ (siehe die Erläuterungen zu § 239 des Entwurfs) oder Vertrauenspersonen im Sinn des § 27e KSchG sein.

„Besonders geübte Fachleute“ im Sinn des Entwurfs verfügen etwa über Wissen und Erfahrung in der Begleitung von Menschen in schwierigen Lebenssituationen, wie etwa (auch ehrenamtliche) Hospizbegleiter, Krankenhausseelsorger oder Mitarbeiter von Besuchsdiensten.

Auf diese Art und Weise können Personen gefunden bzw. im Idealfall ganze „Unterstützerkreise“ gebildet werden, die den Patienten in die Lage versetzen sollen, sich eine Meinung über die Behandlung zu bilden. Insofern können sie die behandelnde Person entlasten, nicht aber, was die Aufklärung des Patienten anbelangt, die weiterhin Aufgabe der behandelnden Person und Grundlage der Unterstützungsversuche ist.

Von der beabsichtigten Einbeziehung bestimmter Personen und der Weitergabe von medizinischen Informationen an diese hat die behandelnde Person den Patienten zu informieren. Soweit dieser zu erkennen gibt, dass er damit nicht einverstanden ist, hat die behandelnde Person dies zu respektieren.

§ 252 Abs. 2 setzt damit die Anforderungen an die Entscheidungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Entbindung von allfälligen Verschwiegenheitspflichten herab (vgl. *Stolzlechner*, RdM 2000, 69); bloße „Äußerungsfähigkeit“ genügt (ebenso wie für das „Veto“ gegen die Vornahme einer medizinischen Behandlung gemäß § 254 Abs. 1 des Entwurfs). Dass die behandelnde Person Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit des Patienten, was die Entscheidung über die medizinische Behandlung betrifft, hat, schließt also nicht aus, dass die in diesem Sinn erforderliche „Entbindungsfähigkeit“ gegeben ist und Unterstützer bei der „Mobilisierung der Willenskräfte“ des Patienten einbezogen werden können.

Zweitens ist damit aber auch klar, dass für im Behandlungszeitpunkt äusserungsunfähige Patienten kein Unterstützer gefunden werden muss bzw. – soweit damit eine Informationsweitergabe verbunden ist präziser – darf. Hier ist nach § 253 des Entwurfs vorzugehen.

Die behandelnde Person sollte dokumentieren, welche Maßnahmen sie gesetzt hat, um die Entscheidungsfähigkeit des Patienten zu befördern (arg.: „nachweislich“). Festzuhalten ist jedoch, dass der behandelnden Person bloß eine „Bemühungsverpflichtung“ auferlegt wird: Kann ein „Unterstützer“ für den Patienten trotz dieses Bemühens nicht gefunden werden, zeigt sich der Patient mit keiner der vorgeschlagenen Personen einverstanden oder sind die beigezogenen Personen nicht in der Lage, den Patienten zu unterstützen, so wird die Behandlung entweder mit Einwilligung des Patienten (weil mehr für das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit spricht) oder mit Zustimmung eines Vertreters vorgenommen werden (wenn die Zweifel am Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit überwiegen). Im ersten Fall ist § 252 Abs. 1 (oder bei Gefahr im Verzug Abs. 3) des Entwurfs anzuwenden, im zweiten Fall § 253 des Entwurfs.

**Abs. 4** regelt Situationen echter „Gefahr im Verzug“ (zB die Gefahr, dass eine verletzte Person gerade verblutet). Nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens dürfte es in der Praxis in solch zugespitzten Situationen an der Zeit fehlen, die nötige Aufklärung zu leisten bzw. – dies wäre aufgrund der zusätzlichen Vorgaben des Entwurfs zu ergänzen – den Patienten in seinem Verständnis über die Behandlung und in seiner Willensbildung zu unterstützen. Seine, wenn auch uninformierte oder von fraglicher Entscheidungsfähigkeit getragene Einwilligung kann aber auch da eingeholt werden. Aus Sicht der Patientenautonomie und auch der „Patienten-Compliance“ erscheint dies richtiger, als auf seine Einwilligung gänzlich zu verzichten. Fehlt freilich die Entscheidungsfähigkeit zweifelsfrei (zB in Fällen der Bewusstlosigkeit oder völligen Desorientiertheit des Patienten), so ist § 253 Abs. 3 anzuwenden. Zu fragen ist dann danach, ob ausreichend Zeit ist, die Zustimmung des Vertreters einzuholen.

#### **Zu § 253 ABGB:**

§ 253 regelt die medizinische Behandlung entscheidungsunfähiger Personen.

Nach **Abs. 1** wird für die medizinische Behandlung einer volljährigen Person, die nicht entscheidungsfähig ist, die Zustimmung eines Vertreters mit dem entsprechenden Wirkungsbereich benötigt (dem im Rahmen der so genannten „Selbstbestimmungsaufklärung“ die für die Entscheidung nötigen Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen; siehe *Engljähringer*, Ärztliche Aufklärungspflicht [1996] 7 f.). Die Zustimmung des Vertreters genügt, und zwar – anders als nach geltendem Recht (siehe § 283 Abs. 2 ABGB) – auch dann, wenn die Behandlung gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist. Damit soll hier von der in der Praxis schwer zu handhabenden Unterscheidung zwischen einfachen und schwerwiegenden Behandlungen Abstand genommen und die gerichtliche Kontrolle auf jene Fälle konzentriert werden, in denen ein Dissens über die Erforderlichkeit einer Behandlung zwischen vertretener Person und Vertreter oder diesen und der behandelnden Person besteht (siehe § 254 des Entwurfs).

Der Vertreter hat sich dabei vom Willen der vertretenen Person leiten zu lassen (insofern wird § 241 des Entwurfs wiederholt). Damit soll ein sprachlicher Anknüpfungspunkt für eine Zweifelsregel geschaffen werden: Im Zweifel ist nämlich davon auszugehen, dass der Patient eine medizinisch indizierte Behandlung wünscht. Eine Patientenverfügung kann aber Gegenteiliges ergeben.

**Abs. 2** bestimmt, dass auch eine entscheidungsunfähige Person aufzuklären ist und zwar – ganz im Einklang mit dem geltenden § 35 Abs. 2 UbG – „über den Grund und die Bedeutung der Behandlung“. Abs. 2 realisiert damit die Grundidee der so genannten „therapeutischen Aufklärung“ (der Patient erhält in einer seinen kommunikativen Möglichkeiten angepassten Weise Informationen zur Behandlung und kann sie dadurch besser mittragen). Damit soll außerdem erreicht werden, dass die Kommunikation über die Behandlung nicht an der Person, die behandelt werden soll, vorbei geht. Die Aufklärungsverpflichtung gilt aber nur, „soweit dies möglich und ihrem Wohl nicht abträglich ist“ (vgl. die gleichlautenden Ausnahmetatbestände des § 35 Abs. 2 UbG). Das ist insbesondere nicht der Fall, wenn der Patient im Koma liegt oder sonst völlig unansprechbar ist.

Von einer „Willenserforschungspflicht“ der behandelnden Person soll aber Abstand genommen werden; zu Recht wurde im Begutachtungsverfahren darauf hin gewiesen, dass diese Pflicht allein den gesetzlichen Vertreter treffen und sich die behandelnde Person auf das Behandlungsgeschehen konzentrieren sollte. Die Vermittlung der medizinischen Inhalte kann freilich – auch wenn es sich nur um Grundzüge handelt – nur durch das medizinische Fachpersonal erfolgen.

**Abs. 3** erster Satz entspricht dem geltenden § 283 Abs. 3 zweite Variante ABGB. Kann mit einer Behandlung nicht so lange zugewartet werden, bis ein – wenn auch nur einstweiliger – Erwachsenenvertreter zur Verfügung gestellt werden kann, so ist den behandelnden Personen (hier wohl meist Ärzten oder Rettungs- bzw. Notfallsanitätern) das Recht eingeräumt, über die Durchführung der Behandlung allein nach medizinischen Kriterien und ohne Einholung der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters zu entscheiden.

Von der im Ministerialentwurf noch enthaltenen Zweifelsregel („Im Zweifel ist die Zustimmung nicht erforderlich, wenn die volljährige Person noch keinen zustimmungsberechtigten Vertreter hat und die Behandlung aufgrund dieser Gefahrenmomente tunlichst binnen zwei Wochen durchgeführt werden sollte.“) soll aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens abgesehen werden. Zu weit liegen die Vorstellungen von der gewöhnlichen Dauer eines Verfahrens über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters auseinander (von einer Woche bis zu einem Monat), zu überzeugend ist die Warnung, bei einer zu großzügigen Frist könne die Patientenautonomie völlig ausgehöhlt werden. Dazu kommt, dass nicht bloß die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters die „Vertretungsnot“ beheben kann, sondern auch die Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht oder die Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung; beides dürfte innerhalb kürzerer Zeit möglich sein.

Wenn die medizinische Behandlung längere Zeit andauern wird (wie zB bei Verordnung regelmäßiger Medikamenteneinnahme), dann kann mit ihr nach Abs. 3 zweiter Satz begonnen und gleichzeitig das Gericht angerufen werden.

In **Abs. 4** soll klargestellt werden, dass die Behandlung ohne Befassung eines Vertreters zu unterbleiben hat, wenn die im Behandlungszeitpunkt entscheidungsunfähige Person die konkret vorzunehmende medizinische Behandlung in einer verbindlichen Patientenverfügung (§ 4 PatVG) abgelehnt und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass diese Verfügung unwirksam (geworden) ist (§ 10 PatVG). Mit dieser Bestimmung wird keine Aussage dazu getroffen, ob bei Vorliegen einer beachtlichen Patientenverfügung in jedem Fall ein Vertreter eingebunden (bestellt) werden muss. Dies wird zwar regelmäßig der Fall sein, weil zur Auslegung der Patientenverfügung weitere Schritte erforderlich sind; es sind aber auch Fälle denkbar, wo die Einbindung eines Vertreters entbehrlich ist, weil der Wille des Patienten (§ 2 PatVG) in Bezug auf die Behandlung eindeutig ist (*Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung, § 8 PatVG Rz 6 f.).

#### **Zu § 254 ABGB:**

Wie bisher (siehe § 283 Abs. 2 zweiter Satz ABGB) bedarf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach **Abs. 1** der gerichtlichen Genehmigung, wenn die entscheidungsunfähige Person zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung ablehnt (*Tschugguel/Parapatits* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 283 ABGB Rz 9). Da hier eine Zwangsbehandlung im weiteren Sinn vorliegt (id est: Behandlung gegen den Willen des Patienten), ist die gerichtliche Kontrolle grundrechtlich erforderlich. Das gerichtliche Verfahren ist auf Antrag der betroffenen Person und ihres gesetzlichen Vertreters oder auf Anregung der behandelnden Person einzuleiten (siehe § 131 Abs. 4 AußStrG).

**Abs. 2** sieht auch im umgekehrten Fall, also wenn der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zu der Behandlung oder ihrer Weiterführung verweigert und hierdurch dem Willen des Patienten nicht entspricht, (weitgehend dem geltenden § 283 Abs. 2 letzter Satz ABGB folgend) die gerichtliche Kontrolle vor. Wieder (siehe § 253 Abs. 2 des Entwurfs) ist aber nicht auf das objektive Wohl abzustellen, sondern auf den Patientenwillen, wobei auch hier im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Patient eine medizinisch indizierte – also objektiv betrachtet: sinnvolle – Behandlung wünscht. Im Fall eines Behandlungsabbruchs ist zu unterscheiden: In bestimmten Fällen kann dieser schon medizinisch angezeigt sein, sodass es einer Entscheidung des Patienten oder – hier – seines Vertreters gar nicht bedarf (zB wenn die weitere Behandlung unnötiges Leid verursacht; vgl. *Kopetzki*, iFamZ 2007, 201). In anderen Fällen – etwa bei ungünstiger Prognose – kann die Behandlung abubrechen sein, weil der Vertreter dies so entscheidet und damit dem – zB in einer beachtlichen Patientenverfügung dokumentierten – Patientenwillen entspricht. Einer gerichtlichen Genehmigung bedarf die Entscheidung hier nicht. Wenn der Vertreter aber mit seiner Entscheidung dem Willen des Patienten widerspricht oder dieser – zB mangels einer Patientenverfügung – zweifelhaft ist, kommt die gerichtliche Kontrolle zum Tragen.



Grundsätzlich unterliegt die Vorsorgevollmacht keiner gerichtlichen Kontrolle. Bei einem derart massiven Eingriff wie einer Behandlungsentscheidung des Vertreters gegen den Willen der vertretenen Person soll jedoch auch bei der Vorsorgevollmacht die gerichtliche Genehmigung bzw. Entscheidung vorgesehen werden. Damit soll auch Art. 12 Abs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen werden, der vorsieht, dass die die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen zugunsten der behinderten Person einer regelmäßigen Überprüfung durch eine unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen müssen (*Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 284b ABGB Rz 3/1).

Auch in **Abs. 3** wird von der im Ministerialentwurf vorgeschlagenen Zweifelsregel Abstand genommen (zu den Gründen siehe die Erläuterungen zu § 253). Da § 254 des Entwurfs das Ziel verfolgt, „eigenmächtige“ medizinische Behandlungen im Vorhinein zu verhindern, kommt der hier vorgesehene Rechtsschutz für bereits beendete Behandlungen nicht zum Tragen. Allerdings ist das Genehmigungsverfahren nach § 131 Abs. 1 letzter Satz AußStrG fortzusetzen, wenn die Behandlung nach Einleitung des Verfahrens beendet wurde; auf diese Weise soll vermieden werden, dass Behandlungen beendet werden, um der gerichtlichen Entscheidung die Grundlage zu entziehen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen zu § 253 Abs. 3 des Entwurfs verwiesen.

#### **Zu § 255 ABGB:**

§ 255 entspricht inhaltlich dem geltenden § 284 erster Satz und letzter Satz ABGB. Adressat dieser Bestimmung soll nach diesem Entwurf aber – angesichts des massiven Eingriffs, der mit Vertreterentscheidungen hier verbunden ist – auch der Vorsorgebevollmächtigte sein.

#### **Zu § 256 ABGB:**

§ 256 knüpft an den geltenden § 284 zweiter Satz und letzter Satz ABGB an; Regelungsgegenstand sind also „invasive“ (weil mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit der vertretenen Person verbundene) Maßnahmen im Bereich der medizinischen Forschung (für eine über die medizinische Forschung hinausgehenden Anwendungsbereich noch JAB 922 BlgNR 22. GP 1).

Die Forschungsmethode (zB der „Heilversuch“ oder das „Pflegeforschungsprojekt“) muss für die Gesundheit oder das Wohlbefinden der vertretenen Person von unmittelbarem Nutzen sein können.

In Krankenanstalten sind Ethikkommissionen zur Beurteilung neuer medizinischer Methoden eingerichtet (siehe § 8c KAKuG und § 30 Universitätsgesetz 2002). Befürwortet diese die konkret geplante Forschung, so ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters grundsätzlich ausreichend. Liegt eine solche Stellungnahme nicht vor (zB weil es um Forschung außerhalb einer Krankenanstalt und des Anwendungsbereichs des AMG oder MPG geht), so bedarf die Zustimmung der gerichtlichen Genehmigung. Einer gerichtlichen Genehmigung bedarf es darüber hinaus stets dann, wenn die vertretene Person – ganz im Sinn des § 254 Abs. 1 des Entwurfs – zu erkennen gibt, dass sie die Forschung ablehnt. Im Einklang mit § 250 Abs. 2 des Entwurfs hat eine von der vertretenen Person abgelehnte Forschung freilich in aller Regel zu unterbleiben (etwas anderes gilt nur, wenn sonst das Wohl der vertretenen Person erheblich gefährdet wäre).

Auch diese Bestimmung soll nunmehr für den Vorsorgebevollmächtigten gelten.

Sondervorschriften in Materiengesetzen (zB dem AMG oder dem MPG) bleiben von § 256 unberührt.

#### **Zu § 257 ABGB:**

§ 257 orientiert sich weitgehend am geltenden § 284a ABGB. Allerdings muss die gerichtliche Genehmigung der dauerhaften Wohnortänderung (dazu zählt etwa nicht der Kur- oder Krankenhausaufenthalt, der Ferienaufenthalt oder das „Heim auf Zeit“) vorab erfolgen. Damit soll gerade in diesem sensiblen Bereich, in dem Entscheidungen oft nur schwer oder gar nicht mehr rückgängig gemacht werden können, die Schaffung vollendeter Tatsachen vermieden werden.

Muss die vertretene Person sofort ihren Aufenthaltsort ändern, so darf dies – bis zur gerichtlichen Genehmigung – nicht ohne Rückkehrmöglichkeit geschehen. Darauf hinzuweisen ist, dass die Kündigung der Mietwohnung der vertretenen Person oder der Verkauf ihrer Eigentumswohnung eine Maßnahme im außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb darstellt, die zur ihrer Rechtswirksamkeit ebenso der gerichtlichen Genehmigung bedarf (§ 258 Abs. 4 des Entwurfs).

§ 257 soll auch für den Vorsorgebevollmächtigten gelten, wenn der Wohnort der vertretenen Person dauerhaft in das Ausland verlegt und diese damit – beabsichtigt oder nicht – der Kontrolle durch die österreichische Gerichtsbarkeit entzogen wird.

### **Zum 5. Unterabschnitt:**

Der fünfte Unterabschnitt ist der Vermögenssorge gewidmet. Unter „Vermögenssorge“ sind – das wird insbesondere in § 258 Abs. 1 und 3 des Entwurfs deutlich – die Verwaltung von Vermögen und Einkommen der vertretenen Person sowie die Vornahme von Vertretungshandlungen in diesem Bereich zu verstehen.

#### **Zu § 258 ABGB:**

**Abs. 1** entspricht weitgehend dem geltenden § 281 Abs. 3 ABGB. Allerdings sollen mit dem Vermögen oder Einkommen der vertretenen Person nicht mehr bloß „vorrangig“, sondern jedenfalls die ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse befriedigt und nicht Geld angespart werden. Die Lebensbedürfnisse werden von der vertretenen Person definiert und müssen nicht mit jenen des Vertreters übereinstimmen. Insofern hat er sich vom Willen der vertretenen Person leiten zu lassen (vgl. auch § 241 des Entwurfs).

In **Abs. 2** soll – Anregungen im Begutachtungsverfahren folgend – nun explizit vorgesehen werden, dass der Vertreter dafür zu sorgen hat, dass der vertretenen Person die notwendigen finanziellen Mittel für Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens zur Verfügung stehen. Dafür hat der Erwachsenenvertreter der vertretenen Person etwa das nötige Bargeld zu überlassen oder den notwendigen Zugriff auf Geld auf Zahlungskonten zu gewähren oder auf andere geeignete Weise dafür Sorge zu tragen. Dies ist im Zusammenhang mit der Verpflichtung nach Abs. 1 zu sehen, weil es in der Regel auch zu den Bedürfnissen der vertretenen Person gehört, ihre täglichen Rechtsgeschäfte selbständig abschließen zu können. Diese sind nach § 242 Abs. 3 des Entwurfs nach Maßgabe der finanziellen Situation sogar dann gültig, wenn es der vertretenen Person an der Entscheidungsfähigkeit für diese Geschäfte fehlt. Die Verpflichtung des Vertreters steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass das Wohl der vertretenen Person durch die Überlassung der Mittel nicht gefährdet ist. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn die vertretene Person die Mittel dauerhaft anderweitig, zB für Glücksspiele, ausgibt. Die Verpflichtung des Vertreters soll auch dem Rechtsverkehr mehr Rechtssicherheit bieten. Hat der Vertreter beispielsweise entsprechende Verfügungen getroffen, dass die vertretene Person in einem gewissen Ausmaß auf ein Zahlungskonto zugreifen kann, so kann sich das Kreditinstitut darauf verlassen, dass der Zugriff der vertretenen Person in diesem Ausmaß rechtswirksam erfolgt.

Die Vorschriften über die mündelsichere Veranlagung in den §§ 215 bis 221 des Entwurfs soll – so **Abs. 3** ausdrücklich – auch für die Veranlagung von Geld und den Wechsel der Anlageform bei einer von einem Erwachsenenvertreter vertretenen Person gelten. Für die Entgegennahme von Zahlungen an die vertretene Person durch den Erwachsenenvertreter ist § 224 des Entwurfs sinngemäß anzuwenden.

Anders als noch im Ministerialentwurf vorgesehen, sollen die §§ 222 und 223 auch auf Menschen mit einem Erwachsenenvertreter Anwendung finden. Dies bedeutet insbesondere, dass unbewegliches Vermögen nur „im Notfall“ und „zum offenbaren Vorteil“ der vertretenen Person veräußert werden darf. Wiewohl die Erfüllung von gegenwärtigen Interessen bei den vertretenen Personen im Vordergrund stehen soll, können Verwertungen von Liegenschaften nämlich – so eine Stellungnahme im Begutachtungsverfahren überzeugend – auch bei Erwachsenen zu Irritationen führen und sollen mit Zurückhaltung und Sensibilität seitens des Vertreters vorgenommen werden.

Nach **Abs. 4** bedürfen Vertretungshandlungen in Vermögensangelegenheiten, die nicht dem ordentlichen Wirtschaftsbetrieb zuzuordnen sind, wie bisher (§ 275 Abs. 3 in Verbindung mit § 214 Abs. 2 ABGB) – der Genehmigung des Gerichts. Auf § 168 soll – mangels entsprechenden Anwendungsbereichs – nicht verwiesen werden.

Die Vorschriften über die mündelsichere Veranlagung sollen nach **Abs. 5** nur dann für Vorsorgebevollmächtigte Richtschnur bei Veranlagungen für die von ihnen vertretene Person sein, wenn dies in der Vorsorgevollmacht vorgesehen ist. Nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens dürfte diese „opt-in-Lösung“ eher den Bedürfnissen von Vollmachtgebern entsprechen als die noch im Ministerialentwurf vorgesehene „opt-out-Variante“.

### **Zum 6. Unterabschnitt:**

Im sechsten Unterabschnitt ist die gerichtliche Kontrolle, insbesondere durch die Anordnung entsprechender Berichtspflichten, einerseits im Bereich der Personensorge, andererseits im Bereich der Vermögenssorge, geregelt.

#### **Zu § 259 ABGB:**

Der alle Formen der Erwachsenenvertretung erfassende **Abs. 1** entspricht im Wesentlichen § 130 AußStrG. Die Regelung soll aber in das ABGB aufgenommen werden, zumal sie eine materiell-rechtliche Verpflichtung vorsieht, mindestens jährlich einen „Lebenssituationsbericht“ an das Gericht zu erstatten.

Aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens soll der Inhalt des Berichts allerdings etwas „nachgeschärft“ werden, damit er als Kontrollinstrument des Gerichts taugt:

Zu berichten ist erstens über die Gestaltung und Häufigkeit der gemäß § 247 des Entwurfs geschuldeten persönlichen Kontakte mit der vertretenen Person. Dem Gericht soll mitgeteilt werden, wo und wie häufig die Kontakte normaler Weise stattfinden. Damit soll nicht in erster Linie ein „erzieherischer Effekt“ für den Erwachsenenvertreter verbunden sein; vielmehr soll deutlich werden, auf welcher Erfahrungsgrundlage die weiteren im Bericht getroffenen Einschätzungen beruhen.

Zweitens ist der Wohnort der vertretenen Person anzugeben. Damit soll sichergestellt werden, dass eine dauerhafte Wohnortänderung, die an sich der gerichtlichen Vorabgenehmigung bedürfte (siehe § 257 Abs. 3 des Entwurfs), dem Gericht wenigstens im Nachhinein zur Kenntnis kommt. Das Gericht wird dadurch in die Lage versetzt, entsprechende Berichtsaufträge zu erteilen und – wenn die Übersiedlung nicht nachvollziehbar erscheint – ein Verfahren über die Beendigung der Erwachsenenvertretung bzw. ein Verfahren über die Bestellung eines anderen, gerichtlichen Erwachsenenvertreters einzuleiten.

Drittens hat der Erwachsenenvertreter zu schildern, wie das geistige und körperliche Befinden der vertretenen Person aktuell ist. Er hat beispielsweise zu berichten, ob sich ihr psychischer Zustand (zB im Fall einer Demenzerkrankung ihre Vergesslichkeit und Antriebslosigkeit) stabilisiert oder verschlechtert hat, ob sie zusätzlich unter somatischen Krankheiten zu leiden hatte oder hat und welche gesundheitlichen Versorgungsmaßnahmen getroffen wurden. Zeigt sich hier für das Gericht das Bild eines überforderten Vertreters, so wäre ein Verfahren zur Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters einzuleiten (und zwar mit der Einholung einer Abklärung durch den Erwachsenenschutzverein).

Viertens ist im Bericht auszuführen, welche Angelegenheiten für die vertretene Person im vergangenen Berichtsjahr zu besorgen waren und welche im kommenden voraussichtlich zu besorgen sein werden.

Hat sich das geistige Befinden der vertretenen Person stark verbessert und/oder sind keine Angelegenheiten mehr für sie zu besorgen, so kommt allenfalls die Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung in Betracht (siehe § 246 Abs. 3 Z 3 des Entwurfs). Diese Frage ist im Verfahren über die Beendigung der Erwachsenenvertretung zu klären (§ 128 AußStrG). Dabei kann das Gericht wiederum eine Abklärung beauftragen und/oder sich einen persönlichen Eindruck von der vertretenen Person verschaffen.

Zu den Möglichkeiten des Gerichts, auch zwischendurch einen Lebenssituationsbericht einzuholen bzw. von der Verpflichtung zum Lebenssituationsbericht zu befreien, siehe § 130 AußStrG des Entwurfs. Dort ist auch das Verfahren dieser Berichtslegung geregelt.

In **Abs. 2** wird zum einen die Rechnungslegungspflicht der Erwachsenenvertreter geregelt. Den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens folgend soll im Grunde kein Unterschied zwischen den verschiedenen Formen der Vertretung gemacht werden. Freilich ergeben sich aus dem neuen § 135 AußStrG des Entwurfs Besonderheiten für Angehörige bzw. Erwachsenenschutzvereine. § 259 Abs. 2 erster Satz des Entwurfs entspricht beinahe wortwörtlich § 214 Abs. 1 erster Satz ABGB, der die Rechnungslegungspflicht „anderer mit der Obsorge betrauter Personen“ regelt, und leitet wie dieser nach Angabe des Vermögensstandes zur „in weiterer Folge“ zu erstattenden Rechnungslegung und damit zu § 134 AußStrG über. Rechtsprechung und Lehre zu dieser Bestimmung können daher für das Erwachsenenschutzrecht nutzbar gemacht werden.

Abs. 2 normiert zum anderen – wortgleich wie § 214 Abs. 1 zweiter Satz ABGB – die gerichtliche Überwachung der Vermögensverwaltung und überlässt die nähere Ausgestaltung ebenso § 133 AußStrG.

Nach **Abs. 3** ist ein Vorsorgebevollmächtigter oder gewählter Erwachsenenvertreter verpflichtet, die Vollmachtsurkunde und ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter die nach § 140h NO erforderlichen ärztlichen Zeugnisse (insbesondere zum Umstand, dass die volljährige Person nicht mehr in der Lage ist, die von der Vertretung umfassten Angelegenheiten selbst zu besorgen) bis zur Beendigung seiner Vertretung aufzubewahren und auf Verlangen des Gerichts diesem zu übermitteln. Damit soll sichergestellt werden, dass das Gericht in den Besitz dieser Urkunden gelangen kann, wenn die Richtigkeit der von ihnen beurkundeten Tatsachen bestritten wird. Im Bereich der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretung besteht daneben die Übermittlungsverpflichtung der eintragenden Stelle nach § 140h Abs. 7 NO. § 259 Abs. 3 des Entwurfs dient hier der Absicherung.

**Abs. 4** entspricht bis auf terminologische Anpassungen dem geltenden § 281 Abs. 4 ABGB. Abs. 4 ist etwa auch dann anzuwenden, wenn das Gericht im Rahmen der Berichte nach Abs. 1 und 2 feststellt, dass das Wohl der vertretenen Person gefährdet ist.

### **Zum zweiten Abschnitt:**

In den nächsten vier Abschnitten sind die jeweiligen Vertretungsformen angeführt, die sich insbesondere hinsichtlich ihrer Errichtung und ihres Wirkungsbereichs unterscheiden. Sie bilden die vier Säulen der Vertretung im neuen Erwachsenenschutzrecht, das auf dem ersten Abschnitt mit seinen allgemeinen Bestimmungen beruht. Durch die Reihenfolge der Nennung der Vertretungsform soll die Subsidiarität des jeweiligen Instituts abgebildet werden. Die im höchsten Maße von Selbstbestimmung getragene Vorsorgevollmacht steht zu Beginn.

### **Zu § 260 ABGB:**

§ 260 entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 284f Abs. 1 erster Satz ABGB. Der Vorsorgefall tritt ein, wenn der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit verliert. Altersgrenzen spielen für den Eintritt des Vorsorgefalls keine Rolle; damit genügt es, allein auf den Verlust der Entscheidungsfähigkeit abzustellen, weil das im Sinn des § 865 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfs die Geschäftsfähigkeit mitumfasst. Einschränkungen der Äußerungsfähigkeit sollen für sich genommen nicht den Eintritt des Vorsorgefalls bewirken. Der völlige Verlust der Äußerungsfähigkeit wird mit dem Verlust der Entscheidungsfähigkeit verknüpft sein. Ansonsten werden Willenserklärungen (etwa auch Bevollmächtigungen) durch „allgemein angenommene Zeichen“ im Sinn des § 863 Abs. 1 ABGB (zB Kopfnicken) und schriftliche Verträge mit den in § 886 ABGB vorgesehenen Hilfsmitteln zustande kommen können. Zudem gibt es derzeit schon viele Methoden, mit Menschen zu kommunizieren, denen die Äußerungsfähigkeit im klassischen Sinn fehlt (Messung der Augenbewegungen etc.). Das Bemühen um den Erhalt oder Wiederaufbau dieser Kommunikationsfähigkeiten soll nicht durch erweiterte Vertretungsregeln hintangehalten werden.

Ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist nunmehr die in der Praxis (vgl. 3 Ob 154/08f) schon übliche Kombination von Vollmacht und Vorsorgevollmacht: Die Vollmacht soll bereits gelten, wenn der Vollmachtgeber (noch) über die erforderliche Entscheidungsfähigkeit verfügt. Zunächst ist sie als so genannte „schlichte“ Vollmacht wirksam; die besonderen Vorschriften des sechsten Hauptstücks für Vorsorgevollmachten kommen noch nicht zur Anwendung. Tritt dann aber der Vorsorgefall ein und wird dieser registriert, so entsteht aus der Vollmacht eine Vorsorgevollmacht. Wesentlich ist, dass der Vollmachtgeber die Fortgeltung der Vollmacht bei Eintritt des Vorsorgefalls ausdrücklich anordnet (so schon ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 26; *Schauer*, ÖJZ 2007, 218). Fehlt eine solche Anordnung, so ist die Vollmacht dennoch weiter wirksam, aber als „schlichte“ Vollmacht; der Eintritt des Vorsorgefalls kann nicht registriert werden (vgl. *Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung § 284f Rz 4).

### **Zu § 261 ABGB:**

In einer eigenen Bestimmung soll der Wirkungsbereich der Vorsorgevollmacht festgelegt werden. Nach dem Wortlaut des geltenden § 284f Abs. 1 zweiter Satz ABGB ist strittig, ob in der Vollmacht jede einzelne Angelegenheit gesondert genannt werden muss oder ob die Anführung der Art der Angelegenheiten genügt (vgl. *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 284f Rz 8; *Hopf* in *KBB*<sup>4</sup> § 284f Rz 2; *Stabenheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 284f Rz 3). Es soll nun klargestellt werden, dass die Vollmacht – im Sinn einer Gattungsvollmacht – auch für „Arten von Angelegenheiten“ erteilt werden kann (wenn gewünscht auch für alle denkbaren Arten). Die Gattung der übertragenen Angelegenheiten ist freilich weiterhin klar zu bezeichnen; so wird es weiterhin nicht möglich sein, jemanden im Rahmen einer Vorsorgevollmacht etwa für „alle Persönlichkeitsrechte“ oder „in allen Angelegenheiten vermögensrechtlicher Natur“ (vgl. 7 Ob 98/12f) zu bevollmächtigen.

### **Zu § 262 ABGB:**

**Abs. 1** regelt die Form der Errichtung einer Vorsorgevollmacht und bestimmt, dass diese – höchstpersönlich und schriftlich – vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein errichtet werden muss. Damit soll einerseits der Kritik Rechnung getragen werden, dass die „eigen- oder fremdhändige“ Errichtung einer Vorsorgevollmacht, die tatsächlich all jene Angelegenheiten regeln soll, deren Erledigung im Vorsorgefall üblicherweise anstehen (also in aller Regel: Vermögens- und Einkommensverwaltung, Sicherstellung sozialrechtlicher Ansprüche, Wohnortänderung und medizinische Behandlungen) auch bei Verwendung von Formularen oder Mustern überfordert. Andererseits soll aber auch der Forderung entsprochen werden, die Möglichkeiten, Vorsorge zu treffen, attraktiver und niederschwelliger zu gestalten (siehe die am 3. März 2015 beschlossenen Empfehlungen der Parlamentarischen Enquete-Kommission „Würde am Ende des Lebens“). Vorsorgevollmachten sollen daher auch vor dem Erwachsenenschutzverein errichtet werden können. Die Kosten sollen hier gering (siehe § 4e ErwSchVG), die Beratung dennoch eingehend sein.

Der Beratung kommt im Zusammenhang mit der Einrichtung von Rechtsfürsorgeinstrumenten generell eine hohe Bedeutung zu, sind die „schutzberechtigten Personen“ (siehe § 21 Abs. 1 des Entwurfs) von

diesen in weiterer Folge doch (anders als etwa von letztwilligen Verfügungen) in besonderem Maß betroffen (vgl. *Wegscheider*, Zwischen Bevormundung und Erleichterung, in *Gumpinger* [Hrsg.], Sozialarbeitsforschung – Schwerpunkt Sachwalterrecht [2015] 30 und 39 f). Zudem soll damit die Schnittstellen- bzw. Drehscheibenfunktion der Erwachsenenschutzvereine zum Vorteil der betroffenen Personen weiter gestärkt werden: Stellt der Mitarbeiter fest, dass der Vollmachtgeber nicht mehr die für die Vorsorgevollmacht erforderliche Entscheidungsfähigkeit aufweist, so kann er ihm den Weg in Alternativen ebnen und zB eine gewählte Erwachsenenvertretung empfehlen oder aber – auf Basis seiner Erfahrungen im Rahmen der Abklärungen für die Gerichte (§ 4a ErwSchVG) – passende und vor Ort zur Verfügung stehende Formen der Unterstützung vorschlagen.

Wenn der Vollmachtgeber größeres Vermögen hat (etwa Unternehmen, ausländische Liegenschaften etc.), ist die Vorsorgevollmacht vor einem Notar oder Rechtsanwalt zu errichten (siehe § 4c Abs. 2 ErwSchVG).

Nach **Abs. 2** soll der Vollmachtgeber nicht nur über die Rechtsfolgen einer Vorsorgevollmacht und die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs (so für die „qualifizierte Form“ einer Vorsorgevollmacht schon § 284f Abs. 3 ABGB), sondern auch über die Möglichkeit belehrt werden, allgemein oder in bestimmten Angelegenheiten die Weitergabe der Vorsorgevollmacht zu untersagen oder eine gemeinsame Vertretung durch zwei oder mehrere Bevollmächtigte vorzusehen. Durch die Möglichkeit der Gesamtvertretung soll Art. 12 Abs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen werden, der auch im Fall der Vorsorgevollmacht (*Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 284f ABGB Rz 1) eine regelmäßige Überprüfung der die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen zugunsten der behinderten Person einfordert. Dazu kommt, dass der Vorsorgebevollmächtigte bei bestimmten Entscheidungen, die die vertretene Person besonders belasten können (medizinische Behandlung gegen seinen Willen, Sterilisation, Forschung, dauerhafte Wohnortverlegung ins Ausland) der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Außerdem kann dem Pflegschaftsgericht im Rahmen der so genannten „Popularanregung“ bekanntgegeben werden, dass ein Vorsorgebevollmächtigter zum Nachteil der vertretenen Person tätig wird, was – falls sich der Verdacht bestätigt – zur gerichtlichen Anordnung der Beendigung der Vorsorgevollmacht und in der Regel zur Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters führen wird (§ 259 Abs. 4 des Entwurfs). Insgesamt soll mit diesem Regelungskonzept sowohl dem Wunsch des Vollmachtgebers nach Autonomie als auch der – wie eben gezeigt auch völkerrechtlich geforderten – Kontrolle Rechnung getragen werden.

Der ausdrückliche Ausschluss einer Unterbevollmächtigung in bestimmten Angelegenheiten, wie er bisher in § 284f Abs. 3 ABGB vorgesehen ist, kann angesichts der besonderen Form der Errichtung und der damit einhergehenden Beratung entfallen.

Die Belehrung ist persönlich – etwa auch im Rahmen eines „Hausbesuchs“ – vorzunehmen und zu dokumentieren; freilich genügt es hier, wenn der Vereinsmitarbeiter die Adresse des jeweiligen Standorts des Erwachsenenschutzvereins angibt.

#### **Zu § 263 ABGB:**

Die Vorsorgevollmacht und der Eintritt des Vorsorgefalls sind nun zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErwSchVG) im ÖZVV einzutragen (**Abs. 1**). Die Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls ist im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage konstitutiv für ihr Entstehen (siehe die Erläuterungen zu § 245 des Entwurfs). Die Vorsorgevollmacht ist daher erst dann wirksam, wenn und soweit der Vorsorgefall im ÖZVV registriert sind. Der Vorsorgefall tritt wie bisher nur insoweit ein, als der Vollmachtgeber die zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs) verloren hat. Erlangt die volljährige Person ihre Entscheidungsfähigkeit wieder, so ist dies – etwa auf ihr Verlangen – im ÖZVV als Wegfall des Vorsorgefalls einzutragen. Der Eintritt des Vorsorgefalls kann in der Folge jedoch bei nochmaligem Verlust der Entscheidungsfähigkeit erneut eingetragen werden.

Nach § 140h Abs. 5 erster Satz NO des Entwurfs hat die volljährige Person oder die Person, die als Bevollmächtigter eingetragen werden will, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vorsorgevollmacht und den Eintritt des Vorsorgefalls zu bescheinigen. Im Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht ist nach § 140h Abs. 5 zweiter Satz NO ein entsprechendes ärztliches Zeugnis darüber vorzulegen, dass die volljährige Person aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit so eingeschränkt ist, dass sie die vom Wirkungsbereich des Vertreters umfassten Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann.

Stets hat der Notar, der Rechtsanwalt oder der Mitarbeiter des Erwachsenenschutzvereins nach § 262 Abs. 2 des Entwurfs die volljährige Person persönlich zu belehren. Entstehen ihm dabei – im Fall der

Errichtung einer Vorsorgevollmacht – Zweifel am Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers im Zeitpunkt der Errichtung der Vorsorgevollmacht, so kann er die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses darüber verlangen. Dies gilt auch für die Wiedererlangung der Entscheidungsfähigkeit. Wird ein solches nicht vorgelegt oder geht aus ihm nicht klar hervor, dass die volljährige Person entscheidungsfähig ist, so hat der Notar, der Rechtsanwalt oder der Erwachsenenschutzverein nach **Abs. 2** die Errichtung der Vorsorgevollmacht abzulehnen. Dasselbe gilt, wenn er am Eintritt des Vorsorgefalls oder am Vorliegen der Voraussetzungen des § 243 des Entwurfs zweifelt. Bei begründeten Anhaltspunkten für die Gefährdung des Wohles der volljährigen Person ist er verpflichtet, das Pflegschaftsgericht zu verständigen.

### **Zum dritten Abschnitt:**

Das Institut der gewählten Erwachsenenvertretung ist gänzlich neu. Es soll eine Lücke schließen: Offenbar fassen die Menschen die Errichtung einer Vorsorgevollmacht häufig zu spät ins Auge, nämlich erst dann, wenn erste Schwierigkeiten im Alltag auftreten und sich etwa die Frage der Wohnortverlegung in ein Heim stellt. Die Errichtung einer Vorsorgevollmacht scheitert dann aber am – jedenfalls teilweisen – Mangel der Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs). Das Bewusstsein darüber, welche Angelegenheiten etwa anstehen und welche nahestehende Person sich darum kümmern soll, ist freilich in solchen Phasen oft noch vorhanden. Um auch in diesen Fällen der Selbstbestimmung zum Durchbruch zu verhelfen und fremdbestimmte Maßnahmen zu vermeiden, soll das Institut der gewählten Erwachsenenvertretung geschaffen werden.

### **Zu § 264 ABGB:**

§ 264 des Entwurfs legt die Voraussetzungen einer gewählten Erwachsenenvertretung fest:

Erstens muss die volljährige Person aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung (siehe die Erläuterungen zu § 239 des Entwurfs) in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt sein. Dass ein gewisser Schweregrad der Beeinträchtigung gegeben sein muss, ergibt sich aus der nächsten Voraussetzung, nämlich zweitens, dass die Person deshalb Angelegenheiten nicht für sich selbst besorgen kann. Auf die Gefahr eines Nachteils kommt es – anders als bei der gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertretung – nicht an, weil der Vertreter hier frei gewählt ist.

Drittens kommt eine gewählte Erwachsenenvertretung nur dann in Betracht, wenn die volljährige Person für die in Frage kommenden Angelegenheiten keinen Vertreter hat und eine Vorsorgevollmacht nicht mehr errichten kann.

Viertens muss diese Person noch fähig sein, die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen zu verstehen, ihren Willen danach zu bestimmen und sich entsprechend zu verhalten. Die Formulierung spiegelt die allgemeine Definition der Entscheidungsfähigkeit in § 24 des Entwurfs wieder, die Person muss aber über die Fähigkeit nur in eingeschränktem Maße verfügen („in Grundzügen“). Es genügt also eine geminderte Entscheidungsfähigkeit. Das Ausmaß orientiert sich an den Fähigkeiten, die nach der Rechtsprechung notwendig sind, um in einem Sachwalterbestellungsverfahren einen selbstgewählten Vertreter zu bevollmächtigen (vgl. etwa 1 Ob 91/15m: „Einsicht in das Wesen einer anwaltlichen Vertretung und an der Kritik über die Zweckmäßigkeit einer solchen Vertretung in ihrer konkreten Lage“). Liegt diese Fähigkeit noch vor, so hat die Person die Möglichkeit, eine nahestehende Person (oder mehrere nahestehende Personen) zu ihrem Vertreter in diesen Angelegenheiten zu wählen. Aufgrund der konstitutiven Wirkung der Eintragung im ÖZVV (§ 245 Abs. 2 des Entwurfs) besteht die Vertretungsbefugnis auch dann, wenn – zB aufgrund einer Fehleinschätzung der registrierenden Person – die eingeschränkte Entscheidungsfähigkeit tatsächlich nicht gegeben war.

Die gewählte Erwachsenenvertretung ist ein Vertretungsmodell, das den in § 21 ABGB vorgesehenen „besonderen Schutz der Gesetze“ für diejenigen Personen einlösen soll, „die ihre Angelegenheiten selbst nicht gehörig zu besorgen vermögen“. Dieser Schutz besteht zum einen darin, dass die Errichtung an gewisse Modalitäten gebunden ist (Vermeidung ungewollter Vertretungsverhältnisse). Zum anderen ist eine gerichtliche Kontrolle der Ausübung der Tätigkeit des gewählten Erwachsenenvertreters gegeben, auch kann das Gericht die Beendigung dieser Form der gewillkürten Vertretung anordnen, wenn dies zur Wahrung des Wohles der vertretenen Person erforderlich ist. Personen, deren Handlungsfähigkeit nicht vermindert ist, benötigen diesen besonderen Schutz nicht und sollen daher auch nicht diese Vertretungsform wählen können. Wer im Vorhinein, also vor Verlust der Entscheidungsfähigkeit, Einfluss auf die Auswahl des Erwachsenenvertreters nehmen will, kann dies überdies in Gestalt der Erwachsenenvertreter-Verfügung tun (§ 244 Abs. 1 des Entwurfs): Die hier von der volljährigen Person bezeichnete Person zählt zum Kreis der nächsten Angehörigen im Sinn des § 268 Abs. 2 des Entwurfs und kann daher – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 268 Abs. 1 des Entwurfs – als gesetzlicher Erwachsenenvertreter tätig werden.

Der Umstand, dass die gewählte Erwachsenenvertretung auf dem aktiven Einverständnis der vertretenen Person beruht, sollte dazu beitragen, dass dieses Vertretungsmodell – trotz des damit verbundenen Eingeständnisses, nicht mehr alles alleine erledigen zu können – mit größerer Zufriedenheit und Zustimmung angenommen werden wird. Denn ungeachtet aller Fortschritte im Sachwalterrecht in den letzten drei Jahrzehnten wird von betroffenen Personen immer wieder geäußert, dass sie das Gefühl hätten, „entmündigt“ worden zu sein. Dies dürfte auch mit der Art der Entstehung der Sachwalterschaft zusammenhängen. Zur gewählten Person muss ein gewisses Vertrauensverhältnis bestehen, die Angehörigeneigenschaft ist jedoch nicht Voraussetzung; daher können auch Freunde oder Nachbarn gewählt werden. Eine professionelle Ausübung der gewählten Erwachsenenvertretung ist nicht vorgesehen.

#### **Zu § 265 ABGB:**

Nach **Abs. 1** haben die volljährige Person und die Person, die sie gewählt hat, eine Vereinbarung zu schließen. Selbstverständlich setzt dies die Zustimmung der gewählten Person voraus; sie muss damit einverstanden sein, die Vertretung zu übernehmen. Mit dem Verweis auf § 1002 ABGB wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um einen Bevollmächtigungsvertrag handelt, also um die Kombination von Vollmacht und Auftrag. Die Vereinbarung ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schriftlich zu fassen (vgl. § 266 Abs. 1 des Entwurfs), die Vertretungsbefugnisse sind darin bestimmt anzuführen.

Nach **Abs. 2** kann die volljährige Person die Vertretungsbefugnis des Erwachsenenvertreters einschränken, und zwar dergestalt, dass dieser seine Vertretungsbefugnis – generell oder in einzelnen der übertragenen Angelegenheiten – nur im Einvernehmen mit ihr ausüben darf („Co-Decision“). Anders als beim Mitspracherecht nach § 241 des Entwurfs, das bloß im Innenverhältnis zwischen Vertreter und vertretenen Person gilt, sind hier Rechtshandlungen des Erwachsenenvertreters nur dann wirksam, wenn die vertretene Person in diese eingewilligt hat. In welcher Weise der Vertreter und die vertretene Person dies bewerkstelligen, wird nicht vorgegeben. So wird etwa das gemeinsame Erledigen von Behördenwegen möglich und in manchen Fällen zur Selbstbefähigung der vertretenen Person auch wünschenswert sein. Denkbar ist aber auch, dass der Vertreter die Einwilligung der vertretenen Person schriftlich nachweist. Für das Erzielen des Einvernehmens genügt es, wenn die vertretene Person zu erkennen gibt, dass sie mit der Handlung des Vertreters einverstanden ist. Kann kein Einvernehmen erzielt werden (etwa weil die vertretene Person mit einer Handlung des Vertreters nicht einverstanden ist), so ist eine Vertretung nach dieser Bestimmung nicht möglich. Ist der Vertreter der Ansicht, dass das Wohl gefährdet ist, so hat er eine gerichtliche Erwachsenenvertretung anzuregen.

Darüber hinaus soll sich die vertretene Person auch in der Form selbst beschränken können, dass ihre eigene Erklärung nur mit Genehmigung des gewählten Erwachsenenvertreters rechtswirksam ist. Auf diese Art kann die vertretene Person sozusagen freiwillig einen „Genehmigungsvorbehalt“ (siehe § 242 Abs. 2 des Entwurfs) vereinbaren. Zwar ist eine solche Art der Selbstbeschränkung im allgemeinen Stellvertretungsrecht umstritten und wird von der herrschenden Ansicht abgelehnt (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1006 ABGB Rz 3; *Schauer*, wobl 1999, 384 [390] jeweils mit weiteren Nachweisen). Im Fall der gewählten Erwachsenenvertretung soll diese Selbstbeschränkung jedoch aufgrund der besonderen Interessenlage ausdrücklich gesetzlich zugelassen werden. Dies ist auch dadurch gerechtfertigt, dass die vertretene Person jederzeit die Möglichkeit des Widerrufs hat.

Ausgeschlossen ist die gemeinsame Entscheidungsbefugnis bei der Vertretung vor Gericht: Hier gilt, dass die vertretene Person nicht verfahrensfähig ist, wenn der Erwachsenenvertreter zuständig ist zur Vertretung im Verfahren (siehe dazu § 1 ZPO in der Fassung des Entwurfs).

Gemäß **Abs. 3** kann die Vertretungsbefugnis für einzelne Angelegenheiten eingeräumt werden. Es können aber auch Arten von Angelegenheiten bestimmt werden. Siehe hierzu § 261 des Entwurfs.

Entgegen der Regelung im Ministerialentwurf sollen – aufgrund von Anregungen im Begutachtungsverfahren – die Bereiche nicht mehr exemplarisch dargestellt werden, um den Beteiligten der Vereinbarung einen größeren Gestaltungsspielraum zu ermöglichen und die Vertretungsbefugnis nicht von vornherein auf bestimmte Angelegenheiten zu beschränken. Außerdem soll die Vertretung nicht mehr auf den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb beschränkt sein. Sollte eine Angelegenheit den außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb umfassen, so wäre die Genehmigung des Gerichtes einzuholen. Hier zuvor noch ein Bestellungsverfahren für einen gerichtlichen Erwachsenenvertreter durchzuführen, in dem wohl meist ohnehin der bestehende Vertreter bestellt werden würde, wäre ein unnötiger bürokratischer Aufwand. Das unterstreicht wiederum die Wichtigkeit einer eingehenden Beratung beim Treffen der Vereinbarung und der damit einhergehenden Erörterung der Rechte und Pflichten des Vertreters.

**Abs. 4** räumt dem Erwachsenenvertreter mangels abweichender Vereinbarung – sozusagen als „Adhäsionskompetenz“ – auch die Befugnis zur Vertretung vor Gericht ein. Dies umfasst gegebenenfalls

auch die Vertretung in den gerichtlichen Verfahren nach dem HeimAufG und UbG (nur neben den Bewohnervertretern und Patientenanwälten).

Die Vertretungsbefugnis kann aber von der vertretenen Person auch auf die Ausübung von Einsichts- und Auskunftsrechten beschränkt werden (um etwa bei Überforderung im Umgang mit Behörden und Einholung von Auskünften diesbezüglich Unterstützung zu erfahren, die Entscheidungsbefugnis aber nicht einer anderen Person einzuräumen).

#### **Zu § 266 ABGB:**

Wie die Vorsorgevollmacht (siehe § 262) muss nach **Abs. 1** auch die gewählte Erwachsenenvertretung höchstpersönlich und schriftlich vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein errichtet werden. Angesichts der Tatsache, dass bei der volljährigen Person bloß eine geminderte Handlungsfähigkeit vorliegt, erlangt die Beratung und Belehrung durch diese im Umgang mit solchen Personen geübten „Profis“ einen besonderen Stellenwert (**Abs. 2**).

#### **Zu § 267 ABGB:**

Auch die Vereinbarung über die gewählte Erwachsenenvertretung ist nach **Abs. 1** zur Rechtsklarheit und Rechtssicherheit von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErwSchVG) im ÖZVV einzutragen. Sie entsteht auch erst mit der Eintragung im ÖZVV (§ 245 Abs. 2 des Entwurfs).

Nach § 140h Abs. 5 NO des Entwurfs hat die volljährige Person oder die Person, die als Vertreter eingetragen werden will, das Vorliegen der Voraussetzungen für Erwachsenenvertretung zu bescheinigen. Es ist verpflichtend ein – wohl gesondert zu erstellendes – ärztliches Zeugnis darüber vorzulegen, dass die volljährige Person aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit so eingeschränkt ist, dass sie die vom Wirkungsbereich des Vertreters umfassten Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann. Der Eintragende wird ebenso wie bei der Vorsorgevollmacht bei der persönlichen Belehrung der betroffenen Person einen Eindruck darüber gewinnen, ob die übrigen Voraussetzungen für die Errichtung der Vereinbarung vorliegen. Hat er Zweifel am Vorliegen der (eingeschränkten) Entscheidungsfähigkeit der volljährigen Person, so hat er die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses darüber zu verlangen, ob die betroffene Person die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen verstehen, ihren Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Wird ein solches nicht vorgelegt oder geht aus ihm nicht klar hervor, dass die volljährige Person noch entsprechend entscheidungsfähig ist, so hat der Notar, der Rechtsanwalt oder der Erwachsenenschutzverein nach **Abs. 2** die Eintragung der Erwachsenenvertretung abzulehnen. Dasselbe gilt, wenn er am Vorliegen der anderen Voraussetzungen des § 264 des Entwurfs (Unmöglichkeit der selbständigen Besorgung der Angelegenheiten) oder des § 243 des Entwurfs (Eignung des Vertreters) zweifelt.

Stellt sich etwa im Laufe der Beratungstätigkeit heraus, dass der „gewünschte“ Vertreter die volljährige Person sehr beeinflusst und die Vereinbarung nicht ihrem eigentlichen Willen und Wohl entspricht, so hat die eintragungsbefugte Person die Registrierung abzulehnen. Auch hier zeigt sich, dass eine eingehende Beratungstätigkeit vor der Errichtung der Vereinbarung unumgänglich ist. Bei begründeten Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Wohles der volljährigen Person ist der Notar, Rechtsanwalt bzw. Mitarbeiter des Erwachsenenschutzvereins verpflichtet, das PflEGschaftsgericht zu verständigen.

Die gewählte Erwachsenenvertretung unterliegt einer regelmäßigen gerichtlichen Kontrolle (siehe § 259 Abs. 1 und 2 des Entwurfs). Daher hat der Notar, der Rechtsanwalt oder der Erwachsenenschutzverein das zuständige PflEGschaftsgericht (§ 109 JN) unverzüglich von der Eintragung der gewählten Erwachsenenvertretung zu verständigen (§ 140h Abs. 7 erster Satz NO des Entwurfs).

#### **Zum vierten Abschnitt:**

Der vierte Abschnitt befasst sich mit der gesetzlichen Erwachsenenvertretung (im bisherigen Sprachgebrauch als „Vertretung nächster Angehöriger“ bezeichnet). Sie beruht nicht auf einer Vereinbarung, ihre Voraussetzungen ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz.

#### **Zu § 268 ABGB:**

**Abs. 1** bestimmt die Voraussetzungen für das Entstehen der gesetzlichen Erwachsenenvertretung:

Ein Angehöriger (oder auch mehrere) kann eine volljährige Person in bestimmten Angelegenheiten vertreten, soweit sie erstens diese Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen kann (Z 1). Da die volljährige Person hier nicht selbst den Vertreter bestimmt, kommt es im Gegensatz zur gewählten Erwachsenenvertretung auf die Gefahr eines Nachteils an. Die Frage, ob die vertretene Person die in den einzelnen Wirkungsbereichen angesprochenen Angelegenheiten selbst ohne



Gefahr eines Nachteils besorgen kann, ist pauschal zu beurteilen. Dass die vertretene Person (möglicher Weise) in der Lage ist, einzelne (einfache) Angelegenheiten innerhalb der in § 269 erwähnten Wirkungsbereiche zu besorgen (zB Alltagsgeschäfte im Zusammenhang mit dem Wirkungsbereich nach Z 8), ändert nichts am Befund, dass die Gefahr eines Nachteils bestünde, würde ihr der Wirkungsbereich insgesamt überlassen bleiben. Die gerichtliche Erwachsenenvertretung soll dann zum Tragen kommen, wenn eine Person so eingeschränkt ist, dass sie nicht einmal mehr einen gewählten Erwachsenenvertreter wählen kann (siehe gleich zu Z 3), und wenn funktionierende Familienverhältnisse vorliegen (siehe auch gleich zu Abs. 2). Eine pauschalierende Betrachtungsweise erscheint vor diesem Hintergrund – im Sinn der Rechtsklarheit – angemessen.

Zweitens darf die volljährige Person keinen sonstigen Vertreter für die Besorgung der Angelegenheiten haben, etwa einen Bevollmächtigten, Vorsorgebevollmächtigten, gewählten Erwachsenenvertreter oder auch einen Kurator (Z 2).

Wesentlich ist drittens, dass die Person nicht mehr in der Lage ist, einen Vertreter zu wählen. Es darf daher bei der volljährigen Person nicht einmal mehr die geminderte Entscheidungsfähigkeit vorliegen, die für die Wahl eines Erwachsenenvertreters notwendig wäre (Z 3). Gleiches gilt, wenn die Person zwar wählen könnte, aber trotz Erörterung nicht wählen will.

Aber auch bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung soll ein gewisses Maß an Selbstbestimmung gewahrt bleiben: Vierte Voraussetzung ist daher, dass die volljährige Person der Vertretung nicht vorab widersprochen hat (Z 4; siehe schon bisher § 284d Abs. 2 ABGB). Auch dieser Vorab-Widerspruch ist im ÖZVV zu registrieren. Der Widerspruch gegen eine bestehende gesetzliche Erwachsenenvertretung ist in § 246 Abs. 1 Z 5 des Entwurfs geregelt. Anders als beim Widerspruch gegen eine konkrete bestehende gesetzliche Erwachsenenvertretung ist es bei einem Vorab-Widerspruch auch möglich, gegen eine ganze – eindeutig bestimmbare – Personengruppe (zB alle bekannten und unbekannten Nachkommen) oder ganz allgemein gegen die gesetzliche Erwachsenenvertretung zu widersprechen.

Selbstverständlich braucht es auch das Einverständnis des Angehörigen, der eingetragen werden soll.

Aus den Z 2 und 3 ergibt sich, dass die gesetzliche Erwachsenenvertretung nur einsetzen kann und darf, wenn die volljährige Person nicht einmal mehr in eingeschränkter Weise die Fähigkeit aufweist, ihren Vertreter selbst zu bestimmen. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung steht daher nur subsidiär zur gewählten Erwachsenenvertretung zur Verfügung.

In **Abs. 2** wird bestimmt, wer Angehöriger im Sinn des Abs. 1 sein kann. In Erweiterung des derzeit geltenden § 284c Abs. 1 ABGB und nach vielfacher Anregung sollen nun auch Geschwister sowie Nichten und Neffen der volljährigen Person zu diesem Kreis gehören. Zusätzlich werden, einer vielfachen Forderung nachkommend, den Angehörigen die Personen gleichgestellt, die von der volljährigen Person in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung als „Wunschkandidat“ bezeichnet wurden (siehe § 244 des Entwurfs).

Die Angehörigen stehen einander gleichrangig gegenüber. Der Vorrang einzelner Personengruppen vor den anderen würde einerseits zu praktischen Problemen führen (die einrichtende Stelle träfen etwa Nachforschungspflichten), andererseits würde eine gesetzlich antizipierte „Hierarchie“ unter Umständen nicht dem tatsächlich gelebten Familiensystem entsprechen. Selbstverständlich kann die fehlende Reihung unter den Angehörigen zu Streitigkeiten führen, wie auch im Begutachtungsverfahren angemerkt wurde. Der Grundgedanke dieser Regelung ist jedoch, dass die gesetzliche Erwachsenenvertretung ein Modell für funktionierende Familienverbände sein soll – was die weit überwiegende Mehrheit ist. Daher soll grundsätzlich die Familie selbst darin übereinkommen, wer als gesetzlicher Erwachsenenvertreter tätig werden soll und für welche Aufgabenbereiche er zuständig ist. Kann sich eine Familie in einer so grundsätzlichen Frage nicht einigen, so sind trotz einer „Hierarchie“ der Angehörigen Streitigkeiten vorprogrammiert und eine gerichtliche Erwachsenenvertretung angezeigt.

#### **Zu § 269 ABGB:**

**Abs. 1** definiert den Wirkungsbereich des gesetzlichen Erwachsenenvertreters. Der derzeit bloß eingeschränkte Wirkungsbereich des § 284b hat in der Praxis zu Problemen geführt. So zeigte sich etwa im Zusammenhang mit Bankgeschäften, dass die Grenzen der Angehörigenvertretung zu eng gezogen sind (vgl. *Schauer*, iFamZ 2008, 13; *Pesendorfer*, iFamZ 2013, 239). Der Wirkungsbereich soll daher erweitert werden und praktikabler gestaltet sein: Da der betroffenen Person die Entscheidungsfähigkeit und damit auch eine Vereinbarungsmöglichkeit fehlt, soll hier an einzeln angeführten Wirkungsbereichen festgehalten werden. Zudem können aus diesem Grund nicht Ausschnitte der in den Z 1 bis 8 angeführten Bereiche als zum Wirkungsbereich gehörig gebildet werden. Freilich kann der Eintragung einzelner dieser Bereiche widersprochen werden (siehe § 268 Abs. 1: „soweit“). Daher soll an einem differenzierteren Katalog von Bereichen festgehalten werden.

In Z 1 und Z 2 soll mit der bewusst weiten Formulierung zum Ausdruck gebracht werden, dass alle denkbaren Ansprüche in Verwaltungsverfahren oder gerichtlichen Verfahren davon umfasst sein sollen. Es sind nicht nur sozialrechtliche Ansprüche gemeint, sondern etwa auch die Beteiligung am Bauverfahren des Grundstücksnachbarn. Darunter fällt auch die Sicherstellung des Fortbestands von Ansprüchen. Auch die gerichtliche Geltendmachung des Pflegegeldanspruchs sowie die Vertretung in verwaltungsgerichtlichen Verfahren können vom Wirkungsbereich eines gesetzlichen Erwachsenenvertreters erfasst sein.

In den Z 3, 4 und 8 wird die im Ministerialentwurf noch enthaltene Beschränkung auf den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb aufgegeben (zur Begründung siehe die Erläuterungen zu § 265 des Entwurfs). Die Befugnis zur Einkommens- und Vermögensverwaltung umfasst selbstredend auch die Befugnis, etwa ein (weiteres) Konto für die vertretene Person zu eröffnen oder eine Verfügung über ein bestehendes Konto zu treffen.

Z 5 umfasst alle medizinischen Behandlungen und den Abschluss etwa von Behandlungsverträgen.

Z 6 umfasst auch die dauerhafte Wohnortentscheidung. Allerdings muss der Erwachsenenvertreter zuvor die Genehmigung des Pflegschaftsgerichts einholen (siehe § 257 des Entwurfs). Der Abschluss eines Heimvertrags ist von Z 5 mitumfasst. Soll etwa auch ein Mietvertrag gekündigt oder eine Eigentumswohnung verkauft werden können, so muss der Erwachsenenvertreter auch im Wirkungsbereich nach Z 8 vertretungsbefugt sein.

**Abs. 2** enthält als „Adhäsionskompetenz“, die hier – anders als bei der gewählten Erwachsenenvertretung – für sich genommen nicht entzogen werden kann, die Befugnis des Erwachsenenvertreters, die vertretene Person in den in Z 3 bis 8 geregelten Bereichen vor Gericht zu vertreten (siehe auch die Erläuterungen zu § 265 des Entwurfs). Die weitere „Adhäsionskompetenz“ in Abs. 2 entspricht dem geltenden § 284b Abs. 2 ABGB, allerdings kann der Erwachsenenvertreter nicht bloß über die laufenden Einkünfte, sondern auch das Vermögen der vertretenen Person verfügen, wenn dies zur Besorgung der ihm übertragenen Rechtsgeschäfte erforderlich ist.

#### **Zu § 270 ABGB:**

Nach **Abs. 1** ist die gesetzliche Erwachsenenvertretung im ÖZVV einzutragen. Die Eintragung soll im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage konstitutiv für die Entstehung der Vertretungsmacht sein (§ 245 Abs. 2 des Entwurfs). Rechtspolitischen Bedenken gegen die gesetzliche Erwachsenenvertretung wird durch die regelmäßige Berichtspflicht des Erwachsenenvertreters über die Lebenssituation (§ 259 Abs. 1 des Entwurfs), die Berichts- und Rechnungslegungspflicht hinsichtlich des Einkommens und des Vermögens (§ 259 Abs. 2 des Entwurfs) und seine Verpflichtung, in wichtigen Angelegenheiten der Personensorge sowie im Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs eine gerichtliche Genehmigung einzuholen, Rechnung getragen. Dazu bringt die Eintragung für den Rechtsverkehr ein größeres Maß an Klarheit und Sicherheit.

Nach **Abs. 2** hat sich der Notar, Rechtsanwalt oder Mitarbeiter des Erwachsenenschutzvereins vor der Eintragung vom Vorliegen der Voraussetzungen zu überzeugen. Im Rahmen der in **Abs. 3** vorgesehenen umfassenden persönlichen Belehrung der volljährigen Person wird er sich von ihr einen persönlichen Eindruck verschaffen können. Dies wäre im Rahmen einer schriftlichen Belehrung nicht möglich. Damit soll auch sichergestellt werden, dass tatsächlich die Errichtung einer gewählten Erwachsenenvertretung – wegen fehlender Entscheidungsfähigkeit – nicht mehr möglich ist. Außerdem hat der Notar, Rechtsanwalt oder Mitarbeiter des Erwachsenenschutzvereins die volljährige Person über das Recht auf Widerspruch zu informieren und ihr dabei selbstverständlich ausreichend Gelegenheit einzuräumen, einen solchen zu erkennen zu geben. Manchmal wird die Belehrung der volljährigen Person aufgrund ihres gesundheitlichen Zustands faktisch scheitern. Sie darf aber niemals von vornherein unterbleiben, sondern nur dann, wenn sie mit ihrem Gesundheitszustand gänzlich unvereinbar ist, etwa weil sie im Koma liegt. Näheres zur Eintragung ist – wie auch bei der Vorsorgevollmacht und gewählten Erwachsenenvertretung – in § 140h NO des Entwurfs geregelt.

Wie bei der gewählten Erwachsenenvertretung hat die eintragende Stelle oder Person das Gericht unverzüglich von der Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung zu verständigen und diesem eine Kopie des ärztlichen Zeugnisses vorzulegen (§ 140h Abs. 7 erster Satz NO des Entwurfs).

#### **Zum fünften Abschnitt:**

Der bisherige Sachwalter soll nun im Sinn des neuen Erwachsenenschutzmodells als gerichtlicher Erwachsenenvertreter bezeichnet werden. Die gerichtliche Erwachsenenvertretung ist die letzte der vier Säulen der Vertretung im Erwachsenenschutzbereich und soll nur dann zum Tragen kommen, wenn dies unumgänglich ist.

**Zu § 271 ABGB:**

Eingangs sollen die Voraussetzungen für die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters definiert werden. Das Gericht hat das Bestellungsverfahren – wie schon nach geltendem Recht vorgesehen (vgl. § 268 ABGB) – auf Antrag der volljährigen Person oder von Amts wegen einzuleiten.

Ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter darf erstens nur „insoweit“ (also lediglich in dem Umfang) bestellt werden, als die volljährige Person bestimmte Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen kann (Z 1).

Die volljährige Person darf zweitens in diesem Bereich („insoweit“) noch keinen Vertreter haben, also keinen Bevollmächtigten oder anderen gesetzlichen Vertreter im Sinn des § 1034 (Z 2).

Sie darf drittens „insoweit“ nicht mehr in der Lage sein, einen Vertreter zu wählen (Z 3). Das betrifft einerseits den Fall, dass betroffene Personen nicht mehr ausreichend entscheidungsfähig sind, andererseits aber auch Situationen, in denen solche Menschen zwar entscheidungsfähig sind, aber niemanden haben, der ihnen nahe steht, oder nahe stehende Personen die Vertretung nicht übernehmen wollen oder ungeeignet sind oder die volljährige Person selbst keinen Vertreter wählen will.

Viertens darf auch keine gesetzliche Erwachsenenvertretung in Betracht kommen, weil keine oder nur ungeeignete Angehörige vorhanden sind oder ein Widerspruch der volljährigen Person vorliegt (Z 4).

**Zu § 272 ABGB:**

**Abs. 1** regelt den Wirkungsbereich des gerichtlichen Erwachsenenvertreters. Er darf einerseits für einzelne Angelegenheiten bestellt werden. Daneben soll es – zahlreichen Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren folgend – andererseits auch möglich sein, einen gerichtlichen Erwachsenenvertreter für „Arten“ von Angelegenheiten zu bestellen. Eine pauschale Bestellung für alle Arten zukünftiger Angelegenheiten ist aber ausgeschlossen, denn sie müssen „gegenwärtig zu besorgen“ sein und „bestimmt bezeichnet“ werden. Damit soll verdeutlicht werden, dass konkrete Angelegenheiten zur Regelung anstehen müssen (vgl. 3 Ob 209/10x; 3 Ob 107/08v), die rein vorsorgliche Bestellung und die bloß abstrakte Möglichkeit, dass in Zukunft ein Vertreter benötigt werden wird, reicht nicht aus (siehe bereits zum geltenden Recht *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 268 Rz 13).

Die derzeit am häufigsten gewählte Variante (über 50% aller Sachwalterbestellungen), nämlich die Bestellung für alle Angelegenheiten, ist damit ausgeschlossen. Freilich wird dies zu mehr Erweiterungsverfahren führen. Aus diesem Grund wird das Verfahren zur Erweiterung auch wesentlich vereinfacht (siehe § 128 AußStrG des Entwurfs).

Nach **Abs. 2** ist die gerichtliche Erwachsenenvertretung einzuschränken oder zu beenden, wenn die übertragene Angelegenheit erledigt ist. Darauf hat der Erwachsenenvertreter unverzüglich bei Gericht durch Antrag auf Einleitung eines Verfahrens nach § 128 AußStrG des Entwurfs hinzuwirken. Siehe den korrespondierenden § 246 Abs. 3 Z 3 des Entwurfs.

**Zu § 273 ABGB:**

**Abs. 1** entspricht mit Anpassungen dem geltenden § 279 Abs. 1 ABGB. Die dort erwähnte „Sachwalterverfügung“ wird zur „Erwachsenenvertreter-Verfügung“ und ist nun im Stufenbau des § 274 des Entwurfs verankert; ihr ist auch eine im Vergleich zum alten Institut etwas ausführlichere Regelung gewidmet (siehe den vorgeschlagenen § 244). Allerdings soll hier ein auch ausdrücklicher Bezug auf die Eignung des (zukünftigen) Erwachsenenvertreters aufgenommen werden.

Im Rahmen der Eignungsprüfung ist etwa zu untersuchen, ob ein ins Auge gefasster Erwachsenenvertreter die Anzahl an übernommenen Erwachsenenvertretungen bereits überschritten hat. Dies ist nun durch die Eintragung aller Erwachsenenvertretungen in das ÖZVV gut möglich. Zudem wird darauf zu achten sein, ob eine „sonstige, geeignete Person“ (§ 274 Abs. 3 des Entwurfs), die bereits mehrere Erwachsenenvertretungen übernommen hat, über eine geeignete Haftpflichtversicherung verfügt.

**Abs. 2** entspricht dem geltenden § 274 Abs. 1 ABGB. Selbstverständlich hat der Vertreter auch Umstände, die nach der Bestellung eintreten, unverzüglich offen zu legen. Dies wird mit dem zweiten Satz klargestellt.

**Zu § 274 ABGB:**

In **Abs. 1** wird wiederum der Vorrang der eigenen Wahl festgelegt. Vorrangig soll nun ausdrücklich diejenige Person zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter bestellt werden, die aus einer Vorsorgevollmacht, einer Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung oder einer Erwachsenenvertreter-Verfügung hervorgeht. Dieser hat die volljährige Person schon das Vertrauen

ausgesprochen, sie soll daher privilegiert herangezogen werden. Selbstverständlich muss sie der Übernahme der Erwachsenenvertretung zustimmen.

**Abs. 2** entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 279 Abs. 2 erster Satz ABGB. Auch wenn Satz 2 entfällt, spricht weiterhin nichts dagegen, einen Elternteil zum Erwachsenenvertreter zu bestellen. Wie bei sonstigen Personen muss allerdings geprüft werden, ob der Elternteil geeignet ist, die Vertretung unter Wahrung der Wünsche und Bedürfnisse der vertretenen Person (auch etwa nach mehr Selbstbestimmung) auszuüben.

**Abs. 3** entspricht § 279 Abs. 3 erster Satz ABGB.

**Abs. 4** entspricht im Wesentlichen § 279 Abs. 3 zweiter Satz ABGB.

**Abs. 5** entspricht § 279 Abs. 4 ABGB.

#### **Zu § 275 ABGB:**

Nach § 275 kann ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter), der nicht aufrecht in der Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten oder Notaren eingetragen ist, die Übernahme einer Erwachsenenvertretung ablehnen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert (Z 1), er nachweist, dass ein besonders geeigneter Rechtsanwalt oder Notar mit der Übernahme einverstanden ist (Z 2; zu dieser besonderen Eignung siehe § 134a NO und § 10b RAO) oder nach Z 3 ihm diese unter Berücksichtigung seiner persönlichen, familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse nicht zugemutet werden kann, was bei mehr als 5 Vertretungen vermutet wird (entspricht dem geltenden § 274 Abs. 2 ABGB). Mit Z 1 wird einer langjährigen Forderung der Notare und Rechtsanwälte nachgekommen. Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht nicht, wenn nicht vorwiegend rechtliche Angelegenheiten betroffen sind. Damit soll auch dem Wohl der volljährigen Person entsprochen werden, die gerade in sonstigen Angelegenheiten, eine Vertretung und Unterstützung benötigt, die nicht „auf Zwang beruht“. Freilich kann der Notar und Rechtsanwalt, wenn er damit einverstanden ist, weiterhin bis zu 15 Vertretungen auch in anderen Angelegenheiten übernehmen.

Das bedeutet: Die Übernahme nicht ablehnen kann einerseits ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter), der aufrecht in der Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten oder Notaren eingetragen ist. Hier wird davon ausgegangen, dass er sich auf eine solche Tätigkeit spezialisiert hat und damit mit der Übernahme von Vertretungen grundsätzlich einverstanden ist. Nicht ablehnen kann ein Notar oder Rechtsanwalt andererseits dann, wenn die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert. Hier soll – wie bei der Verfahrenshilfe – weiterhin davon ausgegangen werden, dass der Notar oder Rechtsanwalt diese Angelegenheiten als „officium nobile“ übernimmt (freilich unter Heranziehung der Entschädigungsregeln). Aber auch in den in Z 1 genannten Fällen ist eine Ablehnung möglich, nämlich dann, wenn er nachweist, dass ein Notar oder Rechtsanwalt (bzw. auch ein entsprechender Anwärter), dem von der Rechtsanwaltskammer oder der Notariatskammer die besondere Eignung zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen zuerkannt worden ist, mit der Übernahme der Erwachsenenvertretung einverstanden wäre oder die in Z 3 aufgezählte Unzumutbarkeitsgründe vorliegen. Die Unzumutbarkeit wird bei der Übernahme von fünf gerichtlichen Erwachsenenvertretungen (Vorsorgevollmachten etwa zählen nicht) vermutet.

#### **Zu § 276 ABGB:**

Die neuen Regelungen zur Entschädigung, zum Entgelt und zum Aufwandersatz sollen das geltende Recht an die Anforderungen der Praxis anpassen und in einigen Fragen Klarstellungen bringen.

**Abs. 1** regelt den Anspruch des gerichtlichen Erwachsenenvertreters auf eine jährliche Entschädigung. Gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertreter haben nur einen Anspruch auf Aufwandersatz (§ 249 Abs. 2 des Entwurfs).

Der gerichtliche Erwachsenenvertreter hat – wie auch der Sachwalter nach geltendem Recht – einen Anspruch auf eine jährliche Entschädigung aus Einkünften und aus Vermögen. Zur Klarstellung soll nun ausdrücklich angeordnet werden, dass der Anspruch bei einer kürzer als ein Jahr andauernden Tätigkeit entsprechend der Dauer der Tätigkeit zu aliquotieren ist. Ist der gerichtliche Erwachsenenvertreter beispielsweise nur ein halbes Jahr tätig, so steht ihm auch nur die Hälfte der nach Abs. 1 berechneten Entschädigung zu. Die Bezugnahme im geltenden § 276 Abs. 1 erster Satz ABGB auf Art und Umfang der Tätigkeit und den damit gewöhnlich verbundenen Aufwand an Zeit und Mühe soll an dieser Stelle entfallen. Damit soll klargestellt werden, dass die Berechnung der Bemessungsgrundlage für die Entschädigung – anders als nach manchen Entscheidungen zur geltenden Rechtslage (zB LG Salzburg 21 R 394/09a = EFSlg 123.491; LG Krems an der Donau 2 R 13/09p = EFSlg 123.492) – nicht vom konkreten Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters abhängig ist. § 276 Abs. 1 des Entwurfs

umschreibt – wie die geltende Rechtslage – lediglich in vergrößernder Weise das der vertretenen Person Zumutbare (dazu VfGH in G 18/08 u.a.). So steht daher beispielsweise grundsätzlich auch dann eine Entschädigung aus den Einkünften zu, wenn der Erwachsenenvertreter nur für den Bereich der Vermögensverwaltung eingesetzt ist. Umgekehrt besteht ein Anspruch auf eine Entschädigung aus Vermögen, auch wenn der Erwachsenenvertreter nicht in der Vermögensverwaltung tätig ist. Andernfalls würde dies in manchen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen. So könnte ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter, der eine wichtige Entscheidung im Rahmen der Personensorge treffen muss, keinesfalls eine Entschädigung beanspruchen, weil dieser Bereich nicht zwangsläufig auch die Einkünfte oder das Vermögen betrifft. Daher sind stets in einem ersten Schritt die Einkünfte und das Vermögen als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Abs. 2 gibt danach in einem zweiten Schritt dem Gericht die Möglichkeit, eine unangemessen hohe oder niedrige Entschädigung nach den Umständen des Einzelfalls nach oben oder nach unten zu korrigieren.

Bislang verneint die Rechtsprechung einen Zuspruch der Umsatzsteuer bei der Entschädigung. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass die im geltenden § 276 Abs. 1 ABGB normierten Prozentsätze Obergrenzen im Sinn von Belastungshöchstgrenzen darstellen, die nicht durch die zusätzliche Verrechnung einer Umsatzsteuer überschritten werden dürfen (zB LGZ Wien 48 R 331/07t = EFSlg 117.134; LG Salzburg 21 R 5/09w = EFSlg 123.518; LG Innsbruck 51 R 81/10a = EFSlg 127.039; LG Wels 21 R 241/11g = EFSlg 130.878; LG St. Pölten 23 R 374/13t = EF-Z 2014/28). Künftig soll die Entschädigung ausdrücklich zuzüglich der allenfalls zu entrichtenden Umsatzsteuer gebühren. Freilich gilt dies nur dann, wenn im Einzelfall überhaupt Umsatzsteuer zu entrichten ist. Ob Umsatzsteuer zu entrichten ist, richtet sich nach den jeweiligen umsatzsteuerrechtlichen Bestimmungen. Die Frage der Belastungsgrenze für die vertretene Person ist in § 137 Abs. 2 AußStrG des Entwurfs geregelt.

Abgesehen von den bereits dargestellten Änderungen, bleibt die Entschädigung aus Einkünften nach dem Entwurf unverändert.

Bei der Entschädigung aus Vermögen wird der Freibetrag von 10 000 Euro auf 15 000 Euro angehoben und damit an die wirtschaftlichen Verhältnisse angepasst.

**Abs. 2** soll nun abschließend die Minderung und die Erhöhung der Entschädigung regeln. Nach geltendem Recht hat das Gericht unter bestimmten Umständen die Pflicht, die Entschädigung zu mindern, und die Möglichkeit, die Entschädigung aus Einkünften bis zu 10 % zu erhöhen. § 276 Abs. 2 des Entwurfs sieht weiterhin eine Pflicht vor, die Entschädigung zu mindern, wenn dies angemessen erscheint. Die Möglichkeit, die Entschädigung zu erhöhen, soll auf den Bereich der Entschädigung aus Vermögen erweitert werden.

Nach Abs. 2 hat das Gericht die Entschädigung zu mindern, wenn es dies aus besonderen Gründen für angemessen hält. Damit entspricht Abs. 2 dem geltenden § 276 Abs. 1 letzter Satz ABGB. Der VfGH hat in seinem Erkenntnis zu G 18/08 ua. ausgesprochen, dass gegen eine grundsätzlich pauschale Bezugnahme auf die Einkünfte und das Vermögen der vertretenen Person dann keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, wenn sichergestellt ist, dass eine nach Maßgabe der erbrachten Leistung unangemessen hohe Entschädigung durch das Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände auf eine angemessen hohe Entschädigung reduzieren werden kann. Nach dem VfGH ist es dabei gleichgültig, ob sich die Unangemessenheit der Entschädigung etwa daraus ergibt, dass das Vermögen besonders hoch ist, oder daraus, dass der Aufwand des Sachwalters wegen der Umstände des Falles oder wegen eines eingeschränkten Wirkungsbereichs ein entsprechend geringer gewesen ist. Diese Rechtslage wird durch den Entwurf fortgeschrieben. Abs. 2 dient dazu, eine unangemessen hohe Entschädigung nach Maßgabe der konkreten Umstände auf einen angemessenen Betrag zu mindern.

Der Entwurf nennt nun ausdrücklich zwei Gründe für eine Minderung:

Einerseits ist die Entschädigung zu mindern, wenn der Erwachsenenvertreter während der Zeit seiner Bestellung nach Art oder Umfang der Tätigkeit nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe hatte. Damit sind beispielsweise Fälle gemeint, in denen der Erwachsenenvertreter unterdurchschnittlich wenig zu tun hatte (weil zB nur sporadische Überwachungsmaßnahmen zu tätigen waren, weil das Vermögen mündelsicher veranlagt war und sonst keine Angelegenheiten zu besorgen waren). Ein geringer Aufwand kann sich auch daraus ergeben, dass der Erwachsenenvertreter für einen Teil der geleisteten Tätigkeit ein Entgelt nach § 276 Abs. 3 des Entwurfs verlangt. Diese Arbeitszeit soll nicht doppelt entgolten werden.

Andererseits kann ein besonders hohes Vermögen, das Bemessungsgrundlage für die Entschädigung ist, eine Minderung nahe legen. Von einem besonders hohen Vermögen wird man im Allgemeinen ab einem Wert von 500.000 Euro ausgehen können. Dem Gericht steht es frei, auch andere Gründe für eine Minderung heranzuziehen, etwa einen eingeschränkten Wirkungsbereich, aus dem sich ein geringerer Aufwand und ein geringeres Haftungsrisiko ergeben. Ausgangspunkt ist aber stets, dass die nach Abs. 1 berechnete Entschädigung angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls unangemessen hoch ist. Bei

dieser Betrachtung sind freilich alle Faktoren zu berücksichtigen. Auch bei einem geringen Aufwand an Zeit und Mühe kann etwa ein hohes Haftungsrisiko (zB bei einer einzelnen Entscheidung) die nach Abs. 1 berechnete Entschädigung rechtfertigen. Im Gegensatz zur Möglichkeit, die Entschädigung zu erhöhen, handelt es sich bei der Minderung – wie bisher – um eine zwingende Anordnung.

Nach Abs. 2 kann das Gericht die Entschädigung auch erhöhen. In diesem Fall kann die Entschädigung aus Einkünften – wie bisher – mit bis zu 10 % der Bemessungsgrundlage zugesprochen werden. Neu ist, dass auch die Entschädigung aus Vermögen erhöht werden kann. Das Gericht soll grundsätzlich noch flexibler in der Bemessung der Entschädigung sein, um auf die Besonderheiten des Einzelfalls einzugehen. Wie bisher soll auf die besonders umfangreichen und erfolgreichen Bemühungen des gerichtlichen Erwachsenenvertreters abgestellt werden. Der Entwurf nennt hier einerseits besondere Bemühungen im Bereich der Personensorge und andererseits die Tätigkeit im ersten Jahr der Vertretung. Im Allgemeinen sind insbesondere am Anfang der Vertretungstätigkeit umfangreiche Erhebungen und Bemühungen notwendig. Dies wurde schon bisher in der Rechtsprechung anerkannt, die regelmäßig im ersten Jahr eine höhere Entschädigung zuspricht (zB LG Eisenstadt 20 R 129/13i und LGZ Wien 44 R 475/14z = EFSI 142.252). Darüber hinaus kann eine Erhöhung nach dem Entwurf auch dann gewährt werden, wenn der Erwachsenenvertreter aufgrund der Art der Aufgabe (zB nur eine punktuelle Zustimmungserklärung) nur für eine besonders kurze Zeit tätig war und daher die aliquote jährliche Entschädigung nach Abs. 1 einen unangemessen niedrigen Betrag ergibt. Damit soll das Gericht die Möglichkeit haben, bei bloß punktuellen Aufgaben zu einer angemessenen Entschädigung zu kommen, die insbesondere auch dem übernommenen Haftungsrisiko des Erwachsenenvertreters in wichtigen Entscheidungen entspricht. Die kurze Dauer muss sich aber ausschließlich aus der Art der übernommenen Tätigkeit ergeben und darf nicht darauf zurückzuführen sein, dass mit der Tätigkeit aus anderen Gründen bloß ein geringer Aufwand verbunden ist. Dies könnte vielmehr ein Grund sein, die Entschädigung zu mindern.

Im Zuge des Begutachtungsverfahrens wurde die ursprünglich vorgeschlagene Regelung in Abs. 1, wonach Verbindlichkeiten bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage außer Acht zu lassen sind, kritisiert. Um zu verdeutlichen, dass diese Regelung nur für eine bestimmte, sachlich gerechtfertigte, Fallkonstellation gedacht ist, soll diese nunmehr Abs. 2 einverleibt und der Anwendungsbereich ausdrücklich im Gesetzestext verankert werden. Mit dem letzten Satz des Abs. 2 soll auf eine bestimmte Problematik bei vertretenen Personen eingegangen werden, die verschuldet sind. Bislang gab es Fälle, in denen der Sachwalter in diesem Zusammenhang einen besonders großen Aufwand hatte, weil er Ratenvereinbarungen mit den Gläubigern treffen oder andere außergerichtliche oder gerichtliche Maßnahmen zur Schuldenregulierung setzen musste. Selbst wenn er dadurch für die vertretene Person überdurchschnittlich verdienstlich tätig wurde, stand ihm keine Entschädigung zu, weil die Bemessungsgrundlage aufgrund der Verbindlichkeiten gleich Null war. Der Vertreter wurde dadurch gegenüber den anderen Gläubigern benachteiligt, obwohl er nicht zuletzt auch zu ihrem Vorteil tätig wurde. Dieser Situation soll mit der ausnahmsweisen Nichtberücksichtigung der Verbindlichkeiten bei der Bemessungsgrundlage begegnet werden.

**Abs. 3** entspricht dem geltenden § 276 Abs. 2 ABGB.

**Abs. 4** entspricht dem geltenden § 276 Abs. 3 ABGB. Allerdings sieht der Entwurf ausdrücklich die Möglichkeit vor, den Aufwandsatz pauschal geltend zu machen, wenn der Einzelnachweis nicht zumutbar ist. Das Wort „jedenfalls“ soll entfallen, weil es schon nach bisheriger Rechtslage keine eigenständige Bedeutung hat.

Der geltende § 276 Abs. 4 ABGB soll entfallen. Im Ministerialentwurf war in einem vorgeschlagenen Abs. 5 die Geltendmachung der vermögensrechtlichen Ansprüche des gerichtlichen Erwachsenenvertreters geregelt. Im Zuge des Begutachtungsverfahrens stellte sich jedoch heraus, dass das AußStrG der bessere Regelungsort für diese Bestimmung ist. Grundsätzlich wird an der im Begutachtungsverfahren vorgeschlagenen Konzeption festgehalten, wonach die Ansprüche des gerichtlichen Erwachsenenvertreters auf Entschädigung, Entgelt und Aufwandsatz nunmehr unabhängig von den Lebensbedürfnissen der vertretenen Person entstehen und lediglich die Entnahme bzw. Geltendmachung durch die Rücksichtnahme auf die finanzielle Situation der vertretenen Person eingeschränkt wird. Siehe dazu die Erläuterungen zu § 137 Abs. 2 AußStrG in der neuen Fassung.

### **Zum siebenten Hauptstück:**

Die Kuratel ist im ABGB derzeit gemeinsam mit den Bestimmungen zur Sachwalterschaft, Vorsorgevollmacht und gesetzlichen Angehörigenvertretung unter der Überschrift „Von der Sachwalterschaft, der sonstigen gesetzlichen Vertretung und der Vorsorgevollmacht“ im sechsten Hauptstück geregelt. Schon bisher wurde kritisiert, dass die allgemeinen Bestimmungen dieses Hauptstücks nahezu ausschließlich auf das Sachwalterrecht zugeschnitten sind und eine Anwendung auf

das Institut der Kuratel schwierig oder gar nicht möglich ist (dazu ausführlich *Mondel*, Die Kuratoren im österreichischen Recht<sup>2</sup> [2013]).

Durch die umfassende Reform des Sachwalterrechts (nunmehr Erwachsenenvertretungsrechts) wird dieser Befund noch verstärkt. Es empfiehlt sich daher, die Bestimmungen zur Kuratel aus dem sechsten Hauptstück herauszulösen und ein eigenes siebentes Hauptstück mit dem Titel „Von der Kuratel“ zu bilden. Dieses soll die bisherigen im sechsten Hauptstück geregelten Kuratorentypen (§§ 269 bis 272 ABGB) übersichtlicher und klarer regeln. Dabei wird größtenteils auf die bestehenden Regelungen zurückgegriffen, notwendige Anpassungen werden aber vorgenommen und an einigen Stellen werden neue Bestimmungen eingeführt.

#### **Zu § 277 ABGB:**

Nach der derzeitigen Rechtslage sind die verschiedenen Kuratorentypen des ABGB im sechsten Hauptstück in mehreren Bestimmungen geregelt. § 269 ABGB ist die Grundlage für die Kuratel für Ungeborene, § 270 ABGB für die Kuratel für Abwesende und unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft und § 271 ABGB für den Kollisionskurator. Ziel des § 277 des Entwurfs ist eine Zusammenfassung und übersichtlichere Regelung der bestehenden Kuratorentypen. Inhaltlich soll die neue Bestimmung keine wesentlichen Änderungen bringen. Auch die Frage der analogen Anwendung der Bestimmungen des ABGB auf andere Kuratorentypen, die nicht im sechsten Hauptstück (nunmehr siebenten Hauptstück) geregelt sind, wird von der Neuregelung unberührt gelassen.

**Abs. 1** soll die Bestellungs Voraussetzungen für die Kuratoren für ungezeugte, ungeborene, abwesende und unbekannte Personen gemeinsam regeln.

Der Entwurf sieht für diese Kuratorentypen drei gemeinsame Bestellungs Voraussetzungen vor:

Erstens kann die – natürliche oder juristische – Person ihre Angelegenheiten – aufgrund einer der in Z 1 bis 4 aufgezählten Situationen – nicht selbst besorgen. Zunächst muss es daher überhaupt Angelegenheiten geben, die für die schutzberechtigte Person zu besorgen sind. Der Begriff Angelegenheit ist dabei – wie im Erwachsenenvertretungsrecht – umfassend zu verstehen und betrifft alle Handlungen, die ein Kurator für die vertretene Person vornehmen kann.

Zweitens können die Angelegenheiten nicht durch einen anderen Vertreter besorgt werden. Damit wird eine allgemeine Subsidiarität der Kuratorenbestellung angeordnet. Die ausdrückliche Anordnung der Subsidiarität im bisherigen § 270 ABGB kann dadurch entfallen. Der Entwurf verwendet bewusst die weite Formulierung „Vertreter“. Unter einem anderen Vertreter ist daher ein Bevollmächtigter, ein gesetzlicher Vertreter nach § 1034 des Entwurfs oder aber ein Kurator, der nach einer speziellen Rechtsgrundlage (etwa nach den Bestimmungen der ZPO oder des AußStrG) bestellt wird, zu verstehen. Bei einer juristischen Person kommt zB auch die Vertretung durch einen Notgeschäftsführer in Betracht. Nicht bei jedem Kuratorentyp kann es einen anderen Vertreter geben. Bei der Bestellung eines Kurators für eine unbekannte Person schließt das Vorhandensein eines Vertreters bereits die Eigenschaft als unbekannter Teilnehmer an einem Geschäft aus (*Wentzel/Piegler* in *Klang*<sup>2</sup> I/2, 527; *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 5/5).

Drittens müssen die Interessen der vertretenen Person gefährdet sein. Dies entspricht der bestehenden Rechtslage. Im derzeit geltenden § 270 ABGB ist bereits bislang für den Abwesenheitskurator und den Kurator für unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft ausdrücklich normiert, dass die Kuratorenbestellung eine Gefährdung der Rechte durch Verzug voraussetzt. Ebenso hat der Posteritätskurator gemäß dem derzeit geltenden § 269 ABGB dafür zu sorgen, dass die Nachkommenschaft bei einem ihr bestimmten Nachlass nicht verkürzt wird. Auch zum Kurator für Ungeborene nach dem geltenden § 269 ABGB wird vertreten, dass die Bestellung eines Kurators nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass die Wahrung von Rechten gefährdet ist (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 3/42). Allen Kuratorentypen ist daher bereits nach geltendem Recht gemeinsam, dass eine Gefährdung der Interessen der vertretenen Person vorliegen muss. Dies soll nun als allgemeine Voraussetzung explizit normiert werden.

Z 1 soll den geltenden § 269 erster Fall ABGB (Posteritätskurator) ersetzen. Der geltende Begriff „Nachkommenschaft“ wurde schon bisher so verstanden, dass davon noch nicht gezeugte Personen umfasst sind (siehe nur *Wentzel/Piegler* in *Klang*<sup>2</sup> I/2, 517; *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 3/5; *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 269 Rz 1). Die Anordnung, dass der Kurator dafür zu sorgen hat, dass die Nachkommenschaft bei einem ihr bestimmten Nachlass nicht verkürzt wird, soll sich nach dem Entwurf nicht mehr explizit im Gesetz finden. Der Kuratorentyp soll daher grundsätzlich auf alle Fälle ausgeweitet werden, in denen Angelegenheiten für ungezeugte Personen zu besorgen und deren Interessen gefährdet sind. All diesen Fällen liegt dasselbe Schutzbedürfnis zu Grunde, sodass es sachgerecht ist, die Fälle gleich zu behandeln. Praktisch ist jedoch außerhalb der bislang erfassten Fälle (zu diesen zB *Weitzenböck*

in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 269 Rz 1; *Hopf* in KBB<sup>4</sup> § 269 Rz 1) kaum ein Fall denkbar, in dem die Voraussetzungen vorliegen werden. An den bislang für den Posteritätskurator nach § 269 ABGB von der Rechtsprechung verlangten Bestellungs Voraussetzungen soll sich durch die Neuformulierung nichts ändern.

Z 2 soll den geltenden § 269 zweiter Fall ABGB (Kurator für die Leibesfrucht) ersetzen. Die Anordnung, dass der Kurator die Rechte des ungeborenen Kindes zu erhalten hat, soll sich nach dem Entwurf nicht mehr explizit im Gesetz finden. Dies soll sich bereits aus den allgemeinen Voraussetzungen ergeben, wonach eine Gefährdung der Interessen der ungeborenen Person besteht und ihre Angelegenheiten besorgt werden müssen. An den bislang für den Kurator für die Leibesfrucht nach § 269 ABGB von der Rechtsprechung verlangten Bestellungs Voraussetzungen soll sich durch die Neuformulierung nichts ändern.

Z 3 soll den geltenden § 270 erster Fall ABGB (Abwesenheitskurator) ersetzen. In Z 3 soll nur die Kuratorenbestellung im Interesse des Abwesenden geregelt werden. § 277 Abs. 3 des Entwurfs beschäftigt sich abschließend mit der Bestellung im Interesse einer dritten Person. Die nach derzeitiger Rechtslage genannte Voraussetzung, dass kein ordentlicher Vertreter zurückgelassen wird, und die ausdrücklich angeordnete Subsidiarität gegenüber der Bestellung eines Kurators in einem bestimmten gerichtlichen Verfahren finden sich im Entwurf als allgemeine Voraussetzung für alle in Abs. 1 geregelten Kuratorentypen. Dies gilt auch für das Erfordernis, dass die Rechte der abwesenden Person durch Verzug gefährdet sein müssen. Der Entwurf ist daher zwar allgemeiner formuliert, soll aber an den bislang für den Abwesenheitskurator nach § 270 ABGB von der Rechtsprechung formulierten Bestellungs Voraussetzungen nichts ändern.

Z 4 soll den geltenden § 270 zweiter Fall ABGB (Kurator für einen unbekannten Teilnehmer an einem Geschäft) ersetzen. Inhaltlich soll es bei den Bestellungs Voraussetzungen zu keiner Änderung kommen. Der Entwurf spricht nunmehr statt von einem unbekannten Teilnehmer an einem Geschäft von einer unbekannten Person, für die Angelegenheiten zu besorgen sind. Schon bisher wurde hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „Geschäft“ auf den Begriff „Angelegenheiten“ im geltenden § 271 ABGB verwiesen, weil die Begriffe inhaltlich ident sind (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 5/9 mit weiteren Nachweisen).

Der letzte Satz des geltenden § 270 ABGB, wonach der Kurator den Kuranden bei bekanntem Aufenthaltsort von der Lage der Angelegenheiten zu unterrichten und diese Angelegenheiten, wenn keine andere Verfügung getroffen wird, wie jene eines Minderjährigen zu besorgen hat, soll ersatzlos entfallen. Damit wird der Kritik Rechnung getragen, dass § 270 letzter Satz ABGB inhaltlich bedeutungslos und damit faktisch totes Recht sei, weil bei Erreichbarkeit des Kuranden die Voraussetzungen der Kuratorenbestellung wegfallen und die Verpflichtung zur Vermögensverwaltung ohnehin bereits im derzeit geltenden § 275 ABGB (§ 281 des Entwurfs) geregelt ist (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 4/99 ff).

**Abs. 2** soll die geltenden §§ 271 und 272 ABGB (Kollisionskurator) ersetzen. In Hinblick auf die Voraussetzungen für die Kollision und die dadurch entstehende Gefährdung für eine minderjährige oder sonst nicht voll entscheidungs- bzw. handlungsfähige Person ergeben sich keine Änderungen. Hierbei handelt es sich nur um Umformulierungen. Ebenso wird § 272 Abs. 1 ABGB aus dem geltenden Recht übernommen.

Änderungen bzw. Klarstellungen werden in den folgenden zwei Bereichen vorgenommen:

Der geltende § 271 Abs. 2 Satz 1 ABGB normiert, dass es keiner Bestellung eines Kurators bedarf, wenn eine Gefährdung der Interessen der minderjährigen oder sonst im Sinn des § 21 Abs. 1 des Entwurfs schutzberechtigten Person nicht zu besorgen ist und die Interessen dieser Person vom Gericht ausreichend wahrgenommen werden können. An der Voraussetzung der Interessensgefährdung ändert der Entwurf nichts. Die zusätzliche Erwähnung der Interessenswahrnehmung durch das Gericht soll jedoch entfallen. Damit soll der Ansicht in der Lehre Rechnung getragen werden, dass es sich hierbei nicht um eine zusätzliche Voraussetzung handelt, die kumulativ vorliegen muss, sondern nur um eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der fehlenden Gefährdung (so zur bisherigen Rechtslage *Stabenheimer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 272 Rz 5, anderer Ansicht *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 6/88 f). Durch die Streichung soll zum Ausdruck kommen, dass diese Voraussetzung in der allgemeinen Gefährdungsvoraussetzung aufgeht. Eine Gefährdung liegt daher auch weiterhin dann nicht vor, wenn das Gericht die Interessen der vertretenen Person im Rahmen einer amtswegigen Prüfung ausreichend wahrnehmen kann.

Auf die Aufzählung im geltenden § 271 Abs. 2 Satz 2 ABGB soll ebenfalls verzichtet werden. Die Aufzählung wurde durch das KindRÄG 2001 aufgenommen, um eine Klarstellung zu erreichen. Sie ist jedoch einerseits nur demonstrativ; andererseits gilt auch bei den aufgezählten Beispielen nur eine Vermutung („im Allgemeinen“). In der Lehre wird daher kritisiert, dass die Aufzählung eher zur



Verwirrung beitrage (vgl. *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 6/98). Inhaltlich soll durch die Streichung aber ebenfalls keine Änderung der Rechtslage herbeigeführt werden.

**Abs. 3** soll die beiden im geltenden § 270 ABGB geregelten Fälle ersetzen, in denen ein Kurator zur Wahrung von Interessen dritter Personen bestellt wird (Bestellung eines Abwesenheitskurators oder eines Kurators für einen unbekannten Teilnehmer an einem Geschäft, wenn „andernfalls Rechte eines Andern in ihrem Gange gehemmet würden“). Die beiden Fälle sollen nun der Übersichtlichkeit halber in einem eigenen Absatz geregelt werden. Der Begriff „Hemmung der Rechte“ wurde schon bislang im Sinn von „Durchsetzung der Rechte“ (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 4/49; *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 270 Rz 4; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 270 Rz 8) und der Begriff „Geschäft“ im Sinn von „Rechtsverhältnis“ verstanden (siehe *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 270 Rz 3; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar<sup>4</sup> § 270 Rz 5). Neu ist, dass das Gesetz ausdrücklich auf ein „berechtigtes Interesse“ der dritten Person abstellt. Eine Kuratorenbestellung zur Wahrung von Interessen dritter Personen soll nämlich grundsätzlich nur dann möglich sein, wenn dadurch ein gerechtfertigtes Interesse, nämlich die Ermöglichung der Rechtsdurchsetzung, verfolgt wird. Die Bestellung soll nicht dazu führen, dass in gerichtlichen Verfahren Titel erwirkt werden, deren Durchsetzung von vornherein aussichtslos ist. Dies würde dem Interesse der dritten Person nicht zum Durchbruch verhelfen.

#### **Zu § 278 ABGB:**

§ 278 des Entwurfs regelt den Wirkungsbereich des Kurators. Bislang fehlte eine solche Bestimmung. Der Wirkungsbereich ergibt sich aus dem Bestellungsbeschluss des Gerichtes. Dies entspricht der geltenden Rechtslage (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 2/9), soll sich aber auch ausdrücklich im Gesetz finden. Die Angelegenheiten sind im Bestellungsbeschluss bestimmt zu bezeichnen, damit der Rechtsverkehr weiß, welche Handlungen der Kurator vornehmen darf.

#### **Zu § 279 ABGB:**

§ 279 des Entwurfs soll die Auswahl des Kurators regeln.

**Abs. 1** soll – soweit die Kuratel angesprochen ist – den geltenden § 273 Abs. 1 ABGB ersetzen. Diese Bestimmung ist nach geltender Rechtslage Grundlage für die Auswahl des Kurators (und des Sachwalters). Schon bislang wurde bei der Auswahl auf die Art der Angelegenheiten abgestellt (siehe nur *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 1/55). Nach dem Entwurf werden nun auch die Interessen der vertretenen Person ausdrücklich genannt. Dem Gericht soll weiterhin ein großer Ermessensspielraum für die Auswahl des Kurators im Einzelfall zukommen.

**Abs. 2** des Entwurfs soll nun auch für den Kurator ausdrücklich regeln, dass ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) vor allem dann zu bestellen ist, wenn die Kuratel vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert. Dies wurde schon zu geltenden Rechtslage vertreten (siehe zB *Stabentheiner* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 274 Rz 2). Der bislang geltende § 279 Abs. 4 ABGB war nach der Gesetzssystematik aber unmittelbar nur auf die Auswahl eines Sachwalters und nicht auch auf die Auswahl eines Kurators anwendbar (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 1/58).

**Abs. 3** entspricht inhaltlich dem geltenden § 273 Abs. 2 ABGB. Aufgrund der vorgesehenen Neuregelung der Entscheidungsfähigkeit (vgl. die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs) und der Geschäftsfähigkeit wird der Begriff „eigenberechtigt“ durch „schutzberechtigt im Sinn des § 21 Abs. 1“ ersetzt. Im Bereich der Kuratel soll nur eine Person, die für sich selbst voll handlungsfähig ist, zum Vertreter einer anderen Person bestellt werden können. Dies entspricht der Neuregelung für Vorsorgebevollmächtigte und Erwachsenenvertreter in § 243 Abs. 1 Z 1 des Entwurfs (siehe die Erläuterungen dort). Eine Person kann auch dann nicht zum Kurator bestellt werden, wenn eine förderliche Ausübung der Kuratel nicht erwartet werden kann (vgl. § 243 Abs. 1 Z 2 des Entwurfs). Das Gesetz nennt hier beispielhaft eine strafgerichtliche Verurteilung. In Frage kommt aber beispielsweise auch ein Insolvenzverfahren, insbesondere dann, wenn der Kurator mit der Vermögensverwaltung betraut werden soll. Das Gericht hat hier aber stets die Umstände des Einzelfalls zu prüfen.

**Abs. 4** soll die bislang unregelte Frage entscheiden, ob auch eine juristische Person zum Kurator bestellt werden kann (verneinend nach der derzeitigen Rechtslage *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 1/66 ff). Nach dem Entwurf soll dies möglich sein, weil ein Kurator – anders als ein Sachwalter (Erwachsenenvertreter) – keine Personensorge wahrzunehmen hat. Darüber hinaus sollen auch eingetragene Personengesellschaften zum Kurator bestellt werden können. Freilich ist die Bestimmung dahingehend einschränkend auszulegen, dass die juristische Person bzw. eingetragene Personengesellschaft für die Übernahme geeignet sein muss. In der Praxis wird wohl nur die Bestellung einer von Notaren oder Rechtsanwälten gegründeten Gesellschaft in Frage kommen. In Anlehnung an § 80 IO ist dem Gericht bekannt zu geben, welche natürliche Person bei der Ausübung der Kuratel vertritt. Die

Bekanntgabepflicht gegenüber dem Gericht zielt primär auf Notare und Rechtsanwälte ab, weil hier bei einer Gesellschaftsstruktur klar sein soll, welche natürliche Person die Aufgaben übernimmt und Ansprechperson für das Gericht ist. Wird aber beispielsweise der Kinder- und Jugendhilfeträger nach § 209 ABGB zum Kollisionskurator bestellt, so wird es ausreichen, wenn sich der jeweilige Mitarbeiter bei einem Einschreiten vor Gericht ausweist.

#### **Zu § 280 ABGB:**

§ 280 neu soll – soweit die Kuratel angesprochen ist – den geltenden § 274 ABGB ersetzen und die Frage der Verpflichtung zur Übernahme einer Kuratel, die Ablehnung der Übernahme und die Informationsverpflichtungen gegenüber dem Gericht regeln.

**Abs. 1** entspricht dem derzeit geltenden § 274 Abs. 1 ABGB. Neu ist nach dem Entwurf lediglich, dass nunmehr ausdrücklich geregelt ist, dass der Kurator auch nach seiner Bestellung unverzüglich Umstände offen zu legen hat, die ihn für die Übernahme der Kuratel ungeeignet erscheinen lassen. Dies wurde bereits zur geltenden Rechtslage vertreten (*Mondel, Kuratoren*<sup>2</sup> Rz 1/69).

**Abs. 2** bestimmt, dass eine Person nur so viele Kuratelen übernehmen darf, wie sie unter Bedachtnahme auf die damit verbundenen Pflichten ordnungsgemäß besorgen kann. Eine solche Bestimmung findet sich im geltenden Recht nicht ausdrücklich. Es gibt daher – wie schon nach geltendem Recht, das in § 274 ABGB nur eine Vermutung der Unzumutbarkeit kennt – keine zahlenmäßige Höchstbeschränkung für die Übernahme von Kuratelen. Nunmehr soll ausdrücklich darauf abgestellt werden, ob der Kurator trotz Übernahme mehrerer Kuratelen seine Pflichten ordnungsgemäß besorgen kann. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, ob der Kurator daneben auch als Erwachsenenvertreter tätig ist.

**Abs. 3** soll die Ablehnung der Übernahme einer Kuratel regeln und entspricht dem geltenden § 274 Abs. 2 ABGB. Aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens soll nun auch ausdrücklich gesetzlich verankert werden, dass nur dann eine Übernahmeverpflichtung für Kuratelen besteht, wenn diese gesetzlich angeordnet ist (zB in § 209 ABGB). Bei Notaren und Rechtsanwälten bleibt es bei der bestehenden Rechtslage. Diese können die Übernahme einer Kuratel nur bei Unzumutbarkeit ablehnen. Darüber hinaus soll insoweit an der bestehenden Rechtslage festgehalten werden, als weiterhin eine Vermutung der Unzumutbarkeit bei der Übernahme von mehr als fünf Kuratelen gilt und Berufsanwärter keine Übernahmeverpflichtung trifft.

#### **Zu § 281 ABGB:**

§ 281 neu soll den geltenden § 275 ABGB ersetzen und regelt den Umfang der Rechte des Kurators.

**Abs. 1** stimmt inhaltlich mit dem geltenden § 275 Abs. 1 ABGB überein. Es soll jedoch der Kritik in der Lehre Rechnung getragen werden, wonach das Abstellen auf das „Wohl des Pflegebefohlenen“ auf den Sachwalter und nicht auf den Kurator zugeschnitten ist (*Mondel, Kuratoren*<sup>2</sup> Rz 2/3). Anders als im Erwachsenenvertretungsrecht soll hier daher nicht auf das Wohl, sondern auf die Interessen der vertretenen Person abgestellt werden, weil der Kurator nur vermögensrechtliche Komponenten der Vertretung wahrnimmt.

**Abs. 2** soll ausdrücklich regeln, dass sich der Kurator bei seiner Tätigkeit vertreten lassen kann. Dies wurde bereits nach geltender Rechtslage mit dem Argument vertreten, dass der Kurator – anders als der Sachwalter – nicht mit der Personensorge betraut ist (*Mondel, Kuratoren*<sup>2</sup> Rz 2/15).

**Abs. 3** soll den bislang geltenden § 275 Abs. 3 ABGB ersetzen. Nach dem derzeitigen § 275 Abs. 3 ABGB gelten die §§ 214 bis 224 ABGB sinngemäß. Nach dem Entwurf sollen nunmehr die neuen §§ 258 Abs. 3 und 4 sowie § 259 Abs. 2 und 4 ABGB sinngemäß gelten, wobei § 258 Abs. 3 ABGB wiederum auf die sinngemäße Anwendung der – teilweise neuen – §§ 215 bis 224 ABGB verweist. Zu den Änderungen bei diesen Bestimmungen darf auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden.

Nach dem Entwurf entfällt der Verweis auf § 214 ABGB. Der bisher geltende § 214 Abs. 1 ABGB soll durch den Verweis auf § 259 Abs. 2 und 4 ABGB ersetzt werden. Dieser regelt die Pflicht zur Rechnungslegung sowie die Überwachung durch das Gericht. Siehe dazu die Erläuterungen zu § 259 des Entwurfs. Der bisher geltende § 214 Abs. 2 ABGB soll durch den Verweis auf § 258 Abs. 4 des Entwurfs ersetzt werden. Wie bisher gilt die Genehmigungspflicht durch das Gericht im außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb. Der im geltenden Recht in § 214 Abs. 2 enthaltene Verweis auf § 158 ABGB soll entfallen, weil diese Bestimmung bei den Kuratelen schon bislang keinen Anwendungsbereich hatte. Im Hinblick auf die Kuratel soll die bislang nach dem Gesetzeswortlaut auch für die Kuratel geltende § 275 Abs. 2 ABGB entfallen. § 275 Abs. 2 wurde in der Lehre übereinstimmend dahingehend verstanden, dass er bloß die personenrechtlichen Angelegenheiten des Pflegebefohlenen erfasst (*Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar*<sup>4</sup> § 275 Rz 4; *Tschugguel/Parapatits in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1.03</sup> § 275 ABGB Rz 2 f; *Mondel, Kuratoren*<sup>2</sup> Rz 2/4). Die Nichtübernahme dieser Bestimmung

trägt der Auffassung Rechnung, dass der Kurator nie zur Vertretung in personenrechtlichen Angelegenheiten befugt sein kann (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 2/4).

#### **Zu § 282 ABGB:**

**Abs. 1** soll die Verschwiegenheitspflicht des Kurators – so wie im Erwachsenenvertretungsrecht § 248 des Entwurfs – erstmals ausdrücklich regeln. Der Entwurf sieht vor, dass der Kurator grundsätzlich über alle ihm in der Ausübung seiner Funktion anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Dies ergibt sich aus dem besonderen Verhältnis zwischen dem Kurator und der vertretenen Person, deren Interessen er wahrzunehmen hat. Dies gilt selbstverständlich nicht im Verhältnis zum Gericht, das ihn bestellt hat. Andernfalls könnte das Gericht schon seine Aufsichtspflichten nicht wahrnehmen. Zu den Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht soll sinngemäß auf die Regelung im Erwachsenenvertretungsrecht verwiesen werden. Der Kurator ist demnach insbesondere nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit ihn die insoweit entscheidungsfähige vertretene Person davon entbunden hat (§ 248 Abs. 3 Z 1 des Entwurfs), eine Verpflichtung zur Offenlegung besteht (§ 248 Abs. 3 Z 2 des Entwurfs) oder die Offenlegung zur Wahrung ihres Wohles (ihrer Interessen) erforderlich ist (§ 248 Abs. 3 Z 3 des Entwurfs). Auch bei der Kuratel gilt daher, dass der Kurator stets eine Interessenabwägung vorzunehmen hat, weil er primär den Interessen der vertretenen Person verpflichtet ist. Darüber hinaus soll auch § 248 Abs. 2 des Entwurfs sinngemäß für die Kuratel gelten. Nach dieser Bestimmung sind grundsätzlich auch bestimmten nahen Angehörigen der vertretenen Person Auskünfte über das geistige und körperliche Befinden der vertretenen Person, deren Wohnort sowie über den Wirkungsbereich des Vertreters Auskunft zu erteilen. Dies gilt nicht, soweit die vertretene Person etwas anderes verfügt hat oder die Erteilung der Auskunft ihrem Wohl widerspricht. Diese Bestimmung wird bei Kuratoren freilich nur einen beschränkten Anwendungsbereich haben. Zu denken ist primär an die Auskunft über den Wirkungsbereich und den Wohnort einer abwesenden Person, sobald dieser bekannt ist.

**Abs. 2** soll die Haftung des Kurators regeln und entspricht dem geltenden § 277 ABGB.

#### **Zu § 283 ABGB:**

Nach geltendem Recht stellt § 276 ABGB die Grundlage für vermögensrechtliche Ansprüche der im sechsten Hauptstück geregelten Kuratorentypen und des Sachwalters dar. Die geltende Bestimmung ist allerdings strukturell auf die Sachwalterschaft zugeschnitten und wirft für die Ansprüche des Kurators viele Fragen auf (vgl. nur *Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 2/54 ff mit weiteren Nachweisen). Daher soll eine eigene Bestimmung für vermögensrechtliche Ansprüche geschaffen werden, die auf die Besonderheiten der Kuratel Rücksicht nimmt. Wie im geltenden Recht soll der Anspruch auf Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz geregelt werden. Da die Aufgaben der verschiedenen Kuratorentypen in der Praxis sehr unterschiedlich sind, muss die Bestimmung naturgemäß flexibel bleiben, um auf die Besonderheiten des Einzelfalls einzugehen. Dem Rechtsanwender sollen aber ausreichende Anhaltspunkte für die Bestimmung der Ansprüche gegeben werden.

**Abs. 1** soll den Anspruch auf Entschädigung regeln. Nach dem Entwurf gebührt dem Kurator weiterhin eine jährliche Entschädigung. Bei einer kürzeren Tätigkeit ist der Anspruch entsprechend zu aliquotieren. Wie im Entwurf auch für das Erwachsenenvertretungsrecht vorgesehen (§ 276 des Entwurfs), soll die Entschädigung zuzüglich der allenfalls zu entrichtenden Umsatzsteuer gebühren.

Die Bemessungsgrundlage für die jährliche Entschädigung bildet – anders als im Erwachsenenvertretungsrecht – nur das von der Kuratel umfasste Vermögen, nicht aber auch Einkünfte der vertretenen Person. Damit soll der Kritik in der Lehre Rechnung getragen werden, dass das Konzept der „Einkünfte“ des geltenden § 276 ABGB ausschließlich auf die Sachwalterschaft zugeschnitten und in seiner Anwendung für die Kuratel verfehlt sei, weil der Kurator keine physische Person mit laufenden Einkünften vertrete (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 2/68). Daher soll nur das von der Kuratel umfasste Vermögen als Bemessungsgrundlage herangezogen werden. Das setzt die Entschädigung des Kurators in Beziehung zu seinem Aufwand und auch zu seinem Haftungsrisiko. Muss der Kurator beispielsweise eine Liegenschaft verwalten, so soll der Wert der Liegenschaft herangezogen werden; geht es dagegen um die Durchsetzung eines Anspruchs, so soll der Wert des Anspruchs ausschlaggebend sein. Bei einer Zustimmungserklärung soll auf den Wert des Gegenstandes des Rechtsgeschäfts abgestellt werden. Anders als im Erwachsenenvertretungsrecht soll das gesamte von der Kuratel umfasste Vermögen berücksichtigt werden und nicht nur das 15 000 Euro übersteigende Vermögen. Dies ergibt sich daraus, dass im Erwachsenenvertretungsrecht unabhängig vom Vertretungsumfang stets das gesamte Vermögen der vertretenen Person als Bemessungsgrundlage herangezogen wird und deren Wohl in besonderem Ausmaß zu berücksichtigen ist. Daher ist es dort notwendig, einen Freibetrag zu bestimmen, der unangetastet bleiben soll. Auf das Kuratorenrecht treffen diese Erwägungen jedoch nicht zu.

Die Entschädigung soll 5 % bzw. in Ausnahmefällen bis zu 10 % der Bemessungsgrundlage betragen. Die im Vergleich zum Erwachsenenvertretungsrecht höhere Entschädigung (dort 2 % bzw. in Ausnahmefällen 5 % vom Vermögen, das 15 000 Euro übersteigt) rechtfertigt sich dadurch, dass keine Entschädigung aus Einkünften zusteht und nur das von der Kuratel umfasste, nicht jedoch das gesamte Vermögen herangezogen wird.

**Abs. 2** soll dem Gericht die Möglichkeit bieten, auf die Besonderheiten des Einzelfalls einzugehen, weil die verschiedenen Kuratelen in der Praxis sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls, dass die nach Abs. 1 berechnete Entschädigung unangemessen ist, so hat das Gericht die Pflicht, die Entschädigung zu mindern, und die Möglichkeit, die Entschädigung zu erhöhen.

Das Gericht hat die Entschädigung nach dem Entwurf zu mindern, wenn es dies aus besonderen Gründen für angemessen hält. Das Gesetz nennt ausdrücklich zwei Gründe: Einerseits ist die Entschädigung zu mindern, wenn der Kurator während der Zeit seiner Bestellung nur einen geringen Aufwand an Zeit und Mühe hatte. Damit sind insbesondere Fälle gemeint, in denen er unterdurchschnittlich wenig zu tun hatte (zB bei einer lange andauernden Abwesenheitskuratel, in der nur sporadische Überwachungsmaßnahmen zu tätigen sind, weil das Kurandenvermögen mündelsicher verwahrt ist). Ein geringer Aufwand kann sich auch dadurch ergeben, dass der Kurator für einen Teil der geleisteten Tätigkeit ein Entgelt nach Abs. 3 verlangt. Diese Zeit soll nicht doppelt berücksichtigt werden. Andererseits kann ein besonders hohes Bemessungsgrundlage bildendes Vermögen über ca. 500.000 Euro (vgl. die Erläuterungen zu § 276) zu einer Minderung führen. Dem Gericht steht es frei, auch andere Gründe für eine Minderung heranzuziehen. Ausgangspunkt ist stets, dass die nach Abs. 1 berechnete Entschädigung angesichts der Besonderheiten des Einzelfalls unangemessen hoch ist. Bei dieser Betrachtung sind freilich alle Faktoren zu berücksichtigen. Auch bei einem geringen Aufwand an Zeit und Mühe kann etwa ein hohes Haftungsrisiko des Kurators die nach Abs. 1 berechnete Entschädigung rechtfertigen. Im Gegensatz zur Möglichkeit, die Entschädigung zu erhöhen, handelt es sich bei der Minderung um eine zwingende Anordnung.

Der Entwurf sieht auch vor, dass das Gericht die Entschädigung erhöhen kann. In diesem Fall kann die Entschädigung bis zu 10 % der Bemessungsgrundlage ausmachen. Eine Erhöhung kann einerseits dann gewährt werden, wenn sich der Kurator um die Erhaltung oder Vermehrung des Vermögens besonders verdient gemacht hat. Damit sind etwa diejenigen Fälle gemeint, in denen der Kurator besonders erfolgreich bei der Abwehr einer Vermögensminderung bzw. bei der Vermehrung des Vermögens war. Andererseits kann eine Erhöhung dann gewährt werden, wenn der Kurator aufgrund der Art der Aufgabe (zB eine punktuelle Zustimmungserklärung) nur für eine besonders kurze Zeit tätig war und daher die aliquote jährliche Entschädigung nach Abs. 1 einen unangemessen niedrigen Betrag ergibt. Damit soll das Gericht die Möglichkeit haben, bei bloß punktuellen Aufgaben zu einer angemessenen Entschädigung zu kommen, die insbesondere auch dem übernommenen Haftungsrisiko des Kurators in wichtigen Entscheidungen entspricht. Die kurze Dauer muss sich aber ausschließlich aus der Art der übernommenen Tätigkeit ergeben und darf nicht darauf zurückzuführen sein, dass mit der Tätigkeit aus anderen Gründen bloß ein geringer Aufwand verbunden ist. Dies wäre vielmehr – wenn überhaupt – nur ein Grund, die Entschädigung zu mindern. Wie im Erwachsenenvertretungsrecht sollen schließlich nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens bestehende Verbindlichkeiten bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage nach Abs. 1 grundsätzlich berücksichtigt werden. Ausnahmsweise sollen sie jedoch unberücksichtigt bleiben, wenn die Tätigkeit des Kurators gerade wegen der bestehenden Verbindlichkeiten mit einem besonderen Aufwand verbunden war (siehe dazu die Erläuterungen zu § 276 des Entwurfs). In diesem Fall ist es sachlich gerechtfertigt, die Bemessungsgrundlage anders zu berechnen, um zu vermeiden, dass der Kurator für seine Tätigkeit gar keine Entschädigung bekommt.

**Abs. 3** entspricht dem geltenden § 276 Abs. 2 ABGB.

**Abs. 4** entspricht dem geltenden § 276 Abs. 3 ABGB, allerdings soll ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen werden, den Aufwendersatz pauschal geltend zu machen. Das Wort „jedenfalls“ soll entfallen, weil es schon nach bisheriger Rechtslage keine eigenständige Bedeutung hatte.

Im Ministerialentwurf war in einem vorgeschlagenen Abs. 5 die Geltendmachung der vermögensrechtlichen Ansprüche des Kurators geregelt. Im Zuge des Begutachtungsverfahrens stellte sich jedoch heraus, dass das AußStrG der bessere Regelungsort für diese Bestimmung ist. Siehe dazu die § 137 Abs. 2 AußStrG des Entwurfs samt Erläuterungen.

#### **Zu § 284 ABGB:**

§ 284 soll – soweit die Kuratel betroffen ist – den bislang geltenden § 278 ABGB ersetzen und deren Änderung und Beendigung regeln. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollen gerichtliche Entscheidungen, die die Kuratel beenden, zukünftig generell konstitutiv wirken. Nach dem geltenden Recht wurde in manchen Konstellationen teilweise eine bloß deklarative Wirkung des beendigenden Gerichtsbeschlusses

vertreten (so zB beim Abwesenheitskurator, wenn sein Aufenthaltsort dem Pflegschaftsgericht bekannt wurde: LGZ Wien, 43 R 586/81 = EFSlg 38.457, 43 R 1112/82 = EFSlg 40.956, 44 R 430/95 = EFSlg 78.327 oder beim Kurator für Ungeborene, wenn das Kind geboren wurde: LGZ Wien, 43 R 175/01f = EFSlg 96.828).

In **Abs. 1** soll nunmehr nicht mehr auf das Wohl des Pflegebefohlenen, sondern auf die Interesse der vertretenen Person abgestellt werden, weil der Formulierung „Wohl der Person“ auf die Sachwalterschaft zugeschnitten ist (*Mondel*, Kuratoren<sup>2</sup> Rz 1/91).

**Abs. 2** entspricht dem geltenden § 278 Abs. 2 ABGB.

In **Abs. 3** soll die fünfjährige Frist entfallen. Da die einzelnen Kuratelen in der Praxis sehr unterschiedlich sind, soll es keine allgemeine Frist zur Überprüfung geben, weil eine solche in vielen Fällen nicht passend ist. Die angemessene Frist ist nach dem jeweiligen Einzelfall zu bestimmen.

#### **Zu § 310 ABGB:**

Bei dieser Änderung handelt es sich lediglich um eine Adaptierung an die mit diesem Gesetz vereinheitlichte Terminologie (zur neuen Terminologie vgl. die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs).

#### **Zu §§ 705, 752, 758 und 1445 ABGB:**

Die Änderungen dienen der Beseitigung von Redaktionsversehen im Erbrechts-Änderungsgesetz 2015.

#### **Zu § 865 ABGB:**

##### **Zu Abs. 1:**

**1.** Die Geschäftsfähigkeit ist bislang im ABGB noch nirgendwo allgemein definiert und geregelt. Dies soll nun aus Anlass der Reform des bisherigen Sachwalterrechts nachgetragen werden. Als Ort einer solchen Regelung bietet sich das 17. Hauptstück des zweiten Teiles („Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt“) durchaus an. Freilich darf nicht übersehen werden, dass rechtsgeschäftliches Handeln etwa auch im Sachenrecht von Bedeutung ist. Die Neuerungen sollen aber im allgemeinen Schuldrecht angesiedelt werden, von wo sie dann wie bisher in die anderen Bereiche des Zivilrechts „ausstrahlen“. In diesem Zusammenhang sei in Erinnerung gerufen, dass die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und damit auch die Regelungen über die Geschäftsfähigkeit nach herrschender Meinung per analogiam auch auf geschäftsähnliche Handlungen angewendet werden, etwa auf so genannte Willensbetätigungen und Willensmitteilungen.

**2.** Im ersten Satz des Abs. 1 wird zunächst eine allgemeine Definition der Geschäftsfähigkeit gegeben. Aus dem Vergleich dieses Satzes mit dem neuen § 24 Abs. 1 zeigt sich, dass die Geschäftsfähigkeit gleichsam die Handlungsfähigkeit in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten ist. Im Sinn des bisherigen Meinungsstandes kann es auch eine „partielle Geschäftsfähigkeit“ geben: Eine Person kann etwa für einfachere, auch in ihren Rechtsfolgen leichter überschaubare Rechtsgeschäfte geschäftsfähig sein, nicht aber für rechtsgeschäftliches Handeln bei komplexeren Rechtsgeschäften. Dieses allfällige Erfordernis einer Differenzierung bei der inhaltlichen Reichweite der Geschäftsfähigkeit muss aber im Gesetzestext nicht eigens festgeschrieben werden; sie wurde auch schon bei der bisherigen Anknüpfung an den „Vernunftgebrauch“ nicht bezweifelt.

**3.** Der zweite Satz des Abs. 1 knüpft an die ebenfalls aus Anlass der Reform des Sachwalterrechts neu geschaffene Definition der Entscheidungsfähigkeit im neuen § 24 ABGB an (vgl. dazu und zur neuen Terminologie die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs). Demnach ist entscheidungsfähig, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen und sich entsprechend verhalten kann. Die Entscheidungsfähigkeit kann nicht nur wegen eines Mangels an intellektuellen Fähigkeiten oder aufgrund von psychischen Krankheiten fehlen, sondern kann einem Menschen auch bloß temporär (und zwar allenfalls auch nur für kurze Zeit) abhandenkommen – man denke nur an Rauschzustände, an außergewöhnliche Erregungszustände wegen extremer emotionaler Belastungen (zum Beispiel Nachricht vom plötzlichen Tod eines Kindes), an eine Bewusstlosigkeit oder sonstige gravierende situative Einschränkungen (etwa Schockzustand nach schwerer physischer Verletzung und Ähnliches).

Für das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit ist etwa bei einer sehr komplizierten Vertragskonstruktion nicht Verständnis für jedes Detail gefordert, sondern es kommt bloß darauf an, dass der Handelnde erfassen kann, worum es beim jeweiligen Rechtsgeschäft im Kern geht und welche Folgen für ihn daraus im Wesentlichen entstehen. Deshalb führt nicht schon etwa Unerfahrenheit oder ein geringer Intelligenzgrad oder Ähnliches zu einem Mangel der Geschäftsfähigkeit, sondern nur eine psychische Krankheit oder eine vergleichbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit (geistige Behinderung in der Terminologie des geltenden Rechts, Koma, Bewusstlosigkeit).

4. Nach bisherigem Recht ist bei Volljährigen mit der Sachwalterbestellung die Frage der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht mehr eigenständig zu untersuchen, weil sie mit der Bestellung des Sachwalters und der Festlegung von dessen Wirkungskreis konstitutiv gelöst war: Gemäß dem geltenden § 280 Abs. 1 ABGB fehlt es dem Betroffenen innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters an der Geschäftsfähigkeit. Das soll nach neuem Recht anders sein. Für die Frage, ob ein Volljähriger mit Vorsorgebevollmächtigtem oder Erwachsenenvertreter selbständig rechtsgeschäftlich handeln kann oder nicht, kommt es nun auf das tatsächliche Vorliegen seiner Geschäftsfähigkeit für das jeweilige Rechtsgeschäft an. Eine Ausnahme davon bildet das neue Rechtsinstitut des gerichtlichen Genehmigungsvorbehalts nach § 242 Abs. 2 ABGB des Entwurfs, das gleichsam an die Stelle der bisherigen Entziehung der Geschäftsfähigkeit durch die Sachwalterbestellung tritt. Wenn ein solcher Genehmigungsvorbehalt ausgesprochen wird, kann der Volljährige im davon erfassten Geschäftskreis nicht mehr eigenständig rechtsgeschäftlich handeln.

Wenn kein Genehmigungsvorbehalt ausgesprochen wird und die vertretene Person für bestimmte Angelegenheiten entscheidungsfähig ist, können insoweit sowohl die vertretene Person alleine als auch der Vorsorgebevollmächtigte oder Erwachsenenvertreter alleine wirksam handeln. Die Rechtsfolgen von allfällig widersprechenden Erklärungen wären nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere über das Zustandekommen eines Vertrags und damit im Zusammenhang über die Bindung an Willenserklärungen, zu beurteilen. Praktische Schwierigkeiten, die sich aus solchen Erklärungskollisionen, vor allem aber durch Unsicherheiten über das Vorliegen oder Nichtvorliegen der Entscheidungsfähigkeit ergeben können, werden durch § 242 Abs. 3 deutlich abgemildert, weil Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens unabhängig von der konkret vorhandenen Entscheidungsfähigkeit mit der Erfüllung rechtswirksam werden. Der Kreis der von dieser spezifischen Dispositionsmöglichkeit erfassten Angelegenheiten ist durch Wegfall des Kriteriums der Geringfügigkeit beträchtlich weiter als beim bisherigen § 280 Abs. 2. Deshalb stellt sich die Frage, ob die notwendige Entscheidungsfähigkeit für ein selbständiges rechtsgeschäftliches Handeln vorliegt, generell nicht mit der gleichen Schärfe wie nach bisherigem Recht.

#### **Zu Abs. 2**

Nach derzeitigem Recht können Kinder unter sieben Jahren und Personen ohne Vernunftgebrauch ohne Sachwalter selbst ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen nicht annehmen. Bei den bisherigen Diskussionen und Beratungen zur Reform des Sachwalterrechts (bzw. zur Einführung eines neuen Erwachsenenvertretungsrechts) wurde gewünscht, diese Beschränkung für Volljährige zu beseitigen, weil kein Schutzbedürfnis erkennbar sei und daher diese Beschränkung aufgegeben werden solle. Diesem Wunsch wird hier Rechnung getragen. Die gleiche Überlegung gilt aber auch für Minderjährige unter sieben Jahren. Warum sollte ein Sechsjähriger ein solches bloß vorteilhaftes Versprechen nicht annehmen können? Das dazu vorgebrachte Argument, dass pädagogische Überlegungen dagegen sprechen können (arg.: „Ich will nicht, dass irgendwer meinem Kind etwas ohne mein Zutun schenkt.“), ist nicht stichhaltig. Denn die Möglichkeit pädagogischer Intervention wird dadurch nicht beeinträchtigt. Der zur Pflege und Erziehung Berechtigte kann in Ausübung dieses Rechts eine dem Kind geschenkte Sache zumindest temporär an sich nehmen. Und bei realitätsnaher Betrachtung entscheidet sich die Interventionsmöglichkeit etwa eines Elternteils nicht an der rechtsgeschäftlichen Annahmefähigkeit des Kindes, sondern spielt sich ausschließlich im faktischen Bereich ab.

Auf der anderen Seite hat die Gleichbehandlung von nicht geschäftsfähigen Volljährigen und Kindern unter sieben Jahren den nicht vernachlässigbaren Vorteil, dass man sich damit eine unnötige Differenzierung im Recht der Geschäftsfähigkeit erspart.

#### **Zu Abs. 3**

1. Dieser Absatz regelt die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Handelns nicht geschäftsfähiger Volljähriger. Bei den Volljährigen ist hinsichtlich des Tatbestandselements der fehlenden Geschäftsfähigkeit – wie schon im Zusammenhang mit dem neu vorgeschlagenen Abs. 1 des § 865 – zu beachten, dass es nicht nur die gänzlich vorhandene und die gänzlich fehlende Geschäftsfähigkeit gibt, sondern dass eine Person für manche Arten von Rechtsgeschäften geschäftsfähig sein kann und für andere nicht – in Lehre und Judikatur bezeichnet man dies als „partielle Geschäftsfähigkeit“. Die Regelung des Abs. 3 bezieht sich nur auf jene Rechtsgeschäfte, für die es dem Volljährigen im genannten Sinn an der Geschäftsfähigkeit mangelt.

2. Volljährige, denen es an der Geschäftsfähigkeit für das fragliche Rechtsgeschäft mangelt und die für das betreffende Rechtsgeschäft keinen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter haben, können wie nach bisherigem Recht keine Verpflichtung eingehen, auch kein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft schließen. Es gibt in diesem Fall ja niemanden, der das Rechtsgeschäft genehmigen könnte. Die in den bisherigen Diskussionen geäußerte Forderung, dass auch in diesem Fall das Eingehen eines schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts ermöglicht werden sollte, damit es dann von einem

vielleicht später bestellten Erwachsenenvertreter einmal genehmigt werden könnte, übersieht grundlegend, dass mit einer derartigen Konstruktion eine zeitlich möglicherweise unbegrenzte Bindung des Vertragspartners an seine Vertragserklärung verknüpft wäre. Der Vertragspartner müsste also – möglicherweise über Jahre und Jahrzehnte hinweg – zu seiner Vertragserklärung stehen und sich zur Vertragserfüllung bereithalten, ohne irgendwann einmal Gewissheit zu haben, ob der Vertrag letztlich doch einmal wirksam zustande kommt. Das wäre eine erhebliche Belastung des Geschäftsverkehrs.

Eine Regelung über ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft auch in dieser Konstellation wäre dann denkbar, wenn man die mögliche spätere Genehmigung durch einen erst nachträglich bestellten Vertreter – und damit die rechtsgeschäftliche Bindung des Vertragspartners – an die Einhaltung einer nicht allzu lange bemessenen Frist – etwa in der Dauer von zwei oder drei Monaten – knüpft. Der Vertragspartner hätte dann die Möglichkeit, bei Gericht die Bestellung eines Erwachsenenvertreters anzuregen, der dann die Frage der allfälligen Genehmigung des Rechtsgeschäfts zu entscheiden hätte. In den Diskussionen zu dieser Frage wurde allerdings deutlich, dass eine derartige Konstruktion für die Bedürfnisse der Betroffenen wegen dieser – notwendigen – Befristung tatsächlich keinen substanziellen Nutzen hätte.

**3.** Wenn der nicht geschäftsfähige Volljährige einen Vertreter für das betreffende Rechtsgeschäft hat, wenn also das Rechtsgeschäft in den Wirkungsbereich eines Erwachsenenvertreters fällt oder eines Vorsorgebevollmächtigten, dessen Vollmacht bereits wirksam geworden ist, führt die Erklärung des Volljährigen zu einem *negotium claudicans*, das zu seiner Wirksamkeit noch der Genehmigung des Vertreters und allenfalls auch des Gerichts bedarf. Eine Genehmigung des Gerichts ist in § 258 Abs. 4 vorgesehen. Die Konstruktion der schwebenden Unwirksamkeit unterscheidet sich nicht von der bisherigen Rechtslage. Eine schwebende Unwirksamkeit kann aber nur im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Volljährigen eintreten – wenn ihm also die Entscheidungsfähigkeit für das konkrete rechtsgeschäftliche Handeln fehlt. Anders als bisher bewirkt die Bestellung eines Vertreters alleine keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit (siehe aber den Sonderfall des Genehmigungsvorbehalts in § 242 Abs. 2, bei dem unabhängig von einer konkret vorhandenen Entscheidungsfähigkeit jedenfalls die Genehmigung durch den Vertreter erforderlich ist).

Änderungen werden in den Formulierungen und der Terminologie vorgenommen. Nun wird auch die die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführende Zustimmungserklärung des Vertreters nicht mehr als „Einwilligung“, sondern als „Genehmigung“ bezeichnet – dies korrespondierend mit dem neuen Wording im Erwachsenenvertretungsrecht. Auch ist nicht mehr von der „Gültigkeit des Vertrages“ die Rede, weil dazu ja auch die Gültigkeit der Vertragserklärung der anderen Vertragsseite vonnöten ist – und die ist ja eigenständig und unabhängig von jener des Vertretenen zu beurteilen; richtigerweise geht es daher nur um die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vertretenen.

**4.** Auf ein Pendant zur Regelung für Kinder unter sieben Jahren wird im Erwachsenenschutzrecht verzichtet. Es gibt hier also keine „absolute Geschäftsunfähigkeit“ in dem Sinn mehr, dass selbst bei Existenz eines Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters mit entsprechendem Wirkungsbereich das Handeln des nicht geschäftsfähigen Volljährigen nicht einmal zu einem *negotium claudicans* führen könnte. Denn dafür ist kein Schutzbedürfnis erkennbar, zumal es ja ohnehin in der Disposition des Vertreters liegt, die Erklärung des Vertretenen zu genehmigen oder nicht.

**5.** Im letzten Satz des Abs. 3 wird zur Klarstellung auf die – als *leges speciales* vorrangigen – Regelungen über die Alltagsgeschäfte (§ 242 Abs. 3) und Schenkungen (Abs. 2) verwiesen.

#### **Zu Abs. 4**

Dieser Absatz regelt die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Handelns von Minderjährigen.

Wie nach bisherigem Recht können Kinder unter sieben Jahren keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen eingehen, auch nicht im Sinn eines *negotium claudicans*, das durch nachfolgende Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters in Wirksamkeit gesetzt werden könnte.

Minderjährige ab dem vollendeten siebten Lebensjahr begründen mit ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärung wie bisher ein „hinkendes Rechtsgeschäft“, das zu seiner Wirksamkeit noch der Genehmigung des Vertreters und allenfalls auch des Gerichts bedarf. Eine Genehmigung des Gerichts ist in § 167 Abs. 3 und in § 214 Abs. 2 vorgesehen.

Auch hier wird im letzten Satz zur Klarstellung auf die – als *leges speciales* vorrangigen – Regelungen über Schenkungen (Abs. 2) und auf die besonderen kindschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit mündiger Minderjähriger verwiesen.

**Zu Abs. 5**

Dieser Absatz enthält – inhaltlich dem bisherigen Recht entsprechend – eine Regelung über die Bindung des anderen Vertragsteils im Fall eines „hinkenden Rechtsgeschäfts“ sowie über die Möglichkeit der Fristsetzung.

**Zu § 1034 ABGB:**

Der geltende § 1034 ABGB unterscheidet zwischen gerichtlicher und gesetzlicher Bevollmächtigung, ohne an diese Unterscheidung konkrete Rechtsfolgen anzuknüpfen. Es wird daher vorgeschlagen, an dieser Stelle den Begriff der „gesetzlichen Vertretung“ von der „gewillkürten Vertretung“ abzugrenzen und unter dem ersten Begriff all jene Phänomene zu erfassen, bei denen die Vertretung einer gewissen gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist (siehe dazu näher die Erläuterungen zu § 21 des Entwurfs). Da dies auch für den gewählten Erwachsenenvertreter und den Vorsorgebevollmächtigten nach Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht gilt (wenngleich für den letzteren sehr reduziert), sollen auch sie als „gesetzliche“ Vertreter bezeichnet werden.

Ob der Vertreter unmittelbar aufgrund des Gesetzes tätig wird (zB die obsorgeberechtigten Eltern, der Kinder- und Jugendhilfeträger nach Maßgabe der §§ 207, 208 und 211 oder – mit Abstrichen [siehe § 245 Abs. 2 des Entwurfs] – der gesetzliche Erwachsenenvertreter), vom Gericht bestellt wird (zB der mit der Obsorge betraute Großelternteil oder Pflegeelternteil, der gerichtliche Erwachsenenvertreter oder der Kurator) oder privatautonom eingesetzt wird (wie bei der Vorsorgevollmacht und der gewählten Erwachsenenvertretung) soll demgegenüber für diese Einteilung nicht maßgeblich sein. Allerdings soll festgehalten werden, dass bei einer gerichtlichen Bestellung die Rechtskraft der Gerichtsentscheidung maßgeblich ist (siehe bereits § 43 Abs. 1 AußStrG), wenn nichts anderes angeordnet ist (zB nach § 44 Abs. 1 oder § 120 AußStrG).

Es sollen nur die gesetzlichen Vertreter einer natürlichen Person aufgezählt werden; nicht erfasst sind daher Vertreter einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft, der ruhenden Verlassenschaft oder der Insolvenzmasse.

**Zu § 1421 ABGB:**

Bei dieser Änderung handelt es sich lediglich um eine Adaptierung an die vereinheitlichte Terminologie.

**Zu § 1433 ABGB:**

Bei dieser Änderung handelt es sich um eine Adaptierung an die vereinheitlichte Terminologie.

**Zu § 1437 ABGB:**

Die Regelung des geltenden § 1424 zweiter Satz ABGB über die Rechtsfolgen einer Zahlung an Personen, „die ihr Vermögen nicht selbst verwalten“ dürfen, wird nach herrschender Meinung analog (und sinngemäß) auf die bereicherungsrechtliche Rückforderung einer tatsächlich nicht geschuldeten Leistung angewendet (vgl. für alle nur *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 877 Rz 6; *Stabentheiner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 1424 Rz 10). Dies wird durch Anfügung eines Satzes an die Bestimmung des § 1437 des Entwurfs positiviert.

Diese Regelung gilt allerdings nur für die irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld. Primär zu denken ist dabei an den Fall, dass der Leistende irrtümlich von einem gültigen Vertrag als Leistungsgrund ausgeht, der Vertrag jedoch wegen Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners (= Empfängers der Leistung) ungültig ist. Umgekehrt ergibt sich daraus, dass die Regelung im Bereich der beschränkten Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen nach § 170 Abs. 2 oder § 171 nicht zum Tragen kommt.

**Zu § 1454 ABGB:**

§ 1454 zweiter Satz des Entwurfs hat eine „Wegweiser“-Funktion, die auf die Einschränkungen bei Rechtserwerb und -verlust durch Ersitzung und Verjährung in den folgenden Bestimmungen verweist. Mit Beziehung auf „Mündel und Pflegebefohlene“ wird auf die „unten folgenden Beschränkungen“ (hier gemeint: § 1494 ABGB) verwiesen, sodass der Personenkreis an die Änderung des § 1494 des Entwurfs anzupassen ist. Darüber hinaus wird die Einsichts- und Urteilsfähigkeit terminologisch an § 24 des Entwurfs angepasst.

**Zu § 1494 ABGB:**

Der geltende § 1494 ABGB ordnet für die Ersitzungs- und Verjährungszeit zweierlei an: Erstens soll der Fristenlauf bei Personen, welche aus „Mangel ihrer Geisteskräfte“ ihre Rechte nicht selbst verwalten können, erst beginnen, wenn diesen Personen „ein gesetzlicher Vertreter bestellt ist“, und zweitens soll die einmal begonnene Frist nie früher als binnen zwei Jahren nach Wegfall der Hindernisse enden. Beispielfähig für Personen mit „Mangel an Geisteskräften“ werden Minderjährige und Personen genannt, „die den Gebrauch der Vernunft nicht haben“. Mit „Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht



haben“, sind nach der Rechtsprechung in erster Linie Volljährige gemeint, die an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leiden, derentwegen die Bestellung eines Sachwalters erforderlich ist (RIS-Justiz RS0115342). Es liegt also nahe, bei Erwachsenen den Grund für die mangelnde eigene Wahrnehmung der Rechte an jene Diktion anzugleichen, die auch der vorgeschlagene § 239 verwendet („aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit“).

Der sich aus dem bisherigen Wortlaut aufdrängende Gegenschluss, dass die (noch nicht begonnene) Ersitzungs- oder Verjährungszeit erst zu laufen beginnt, wenn „diesen Personen gesetzliche Vertreter bestellt sind“, ist allerdings in zweierlei Hinsicht zu kurz gegriffen: Einerseits muss die Frist wohl auch zu laufen beginnen, wenn die Person ihre Entscheidungsfähigkeit wieder erlangt (vgl. etwa § 1205 Abs. 3 ABGB), und andererseits gibt es bei Minderjährigen regelmäßig einen gesetzlichen Vertreter, der nicht erst „bestellt“ werden muss (siehe etwa § 207 ABGB). Das Problem liegt oft eher darin, dass der gesetzliche Vertreter gar nicht weiß, dass für den Vertretenen Rechte wahrzunehmen sind. Es wird vorgeschlagen, die nicht wirklich vergleichbaren Fallgruppen der Vertretung eines Erwachsenen und eines Minderjährigen in zwei Absätze zu trennen. Außerdem soll der Fall, dass die einmal begonnene Frist zwar weiterläuft, aber nicht früher als binnen zwei Jahren nach Wegfall der Hindernisse enden soll, ebenfalls in einen eigenen Absatz aufgenommen werden.

#### **Zu § 1495 ABGB:**

§ 1495 erster Satz des Entwurfs ordnet an, dass für Ansprüche zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern sowie zwischen Vertretenen (umschrieben als „Minderjährige und andere Pflegebefohlene“) und ihren gesetzlichen Vertretern (bisher umschrieben als „mit der Obsorge betraute Personen, Sachwaltern oder Kuratoren“) die Ersitzungs- und Verjährungsfrist gehemmt ist, solange die Ehe, die Partnerschaft oder das Vertretungsverhältnis andauert. Da die verschiedenen Formen der gesetzlichen Vertretung in § 1034 des Entwurfs zusammengefasst werden sollen, reicht es aus, auf diese Bestimmung zu verweisen.

#### **Zu § 1503 ABGB:**

**Z 1** ordnet an, dass das neue Erwachsenenschutzrecht mit 1. 7. 2018 in Kraft tritt.

**Z 2** sieht ein Inkrafttreten der terminologischen Umstellung der Bezeichnung „Jugendwohlfahrtsträger“ auf „Kinder- und Jugendhilfeträger“ mit dem auf den Tag der Kundmachung folgenden Tag vor.

Nach **Z 3** soll die Bereinigung von Redaktionsversehen des ErbRÄG 2015 mit 2. 1. 2017 in Kraft treten. Die sonstigen Übergangsbestimmungen des ErbRÄG 2015 bleiben ansonsten unberührt.

Die **Z 4 bis 20** regeln die Anwendbarkeit (die Verbindlichkeit) der in **Z 1** enthaltenen Bestimmungen.

Allgemein gilt, dass die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehenden Vertretungsverhältnisse – im Bereich der „Rechtsfürsorge“ durchaus üblich und allgemein anerkannt (vgl. *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht [1999] 165 f) – nach der jeweils verbindlichen Rechtslage („sukzessives Anknüpfungselement“) zu beurteilen sind, also bis zum 30. Juni 2018 nach den bisherigen Vorschriften, danach nach den neuen Regelungen. Dies soll in **Z 4** zum Ausdruck kommen.

Daraus folgt insbesondere, dass

- nach dem 30. Juni 2018 kein Sachwalter im Sinn des § 268 in der bis zum 2. ErwSchG geltenden Fassung, sondern nur ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter nach Maßgabe insbesondere der §§ 242, 243 und 271 bis 275 in der Fassung des 2. ErwSchG bestellt werden kann;
- nach dem 30. Juni 2018 weiters keine Sachwalterverfügung im Sinn des § 279 Abs. 1 in der bis zum 2. ErwSchG geltenden Fassung, sondern eine Erwachsenenvertreter-Verfügung im Sinn des § 244 in der Fassung des 2. ErwSchG errichtet werden kann;
- keine Vorsorgevollmacht nach § 284f in der bis zum 2. ErwSchG geltenden Fassung (wonach auch die eigenhändige und fremdhändige Errichtung möglich ist), sondern eine Vorsorgevollmacht nach Maßgabe insbesondere der §§ 260 bis 263 in der Fassung des 2. ErwSchG errichtet werden kann;
- keine Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger im Sinn des § 284b in der bis zum 2. ErwSchG geltenden Fassung, sondern eine gesetzliche Erwachsenenvertretung nach Maßgabe insbesondere der §§ 268 bis 270 in der Fassung des 2. ErwSchG im ÖZVV eingetragen werden kann;
- weites vor dem 1. Juli 2018 weder eine Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung errichtet noch eine solche im ÖZVV eingetragen werden kann;
- die §§ 242, 310 und 865 in der Fassung des 2. ErwSchG auf Besitzerwerbe nach dem 30. Juni 2018 und auf rechtsgeschäftliche Handlungen, die nach dem 30. Juni 2018 vorgenommen werden, anzuwenden sind, es daher für den Erwerb von Besitz und für rechtsgeschäftliche Handlungen nach dem 30. Juni 2018 bei Volljährigen auf die Entscheidungsfähigkeit im jeweiligen Zusammenhang

ankommt, und zwar – wenn es keinen Genehmigungsvorbehalt im Sinn des § 242 Abs. 2 des Entwurfs gibt – ungeachtet auch der Vertretungsbefugnis eines Sachwalters bzw. Erwachsenenvertreters;

- die §§ 141, 142, 146, 147, 149, 153, 154, 191, 192, 194, 196, 200 und 201 in der Fassung des 2. ErwSchG auf Handlungen in Angelegenheiten der Abstammung und der Annahme an Kindesstatt anzuwenden sind, die nach dem 30. Juni 2018 vorgenommen werden. Das bedeutet insbesondere, dass Volljährige in Abstammungs- und Adoptionsangelegenheiten – auch wenn für sie eine Erwachsenenvertretung oder Vorsorgevollmacht wirksam ist – für Rechtshandlungen keine Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters mehr benötigen. Es genügt, dass sie entscheidungsfähig sind. Fehlt es ihnen an der nötigen Entscheidungsfähigkeit, so kann der gesetzliche Vertreter – wie schon nach geltendem Recht – für sie tätig werden. Wie nach bisheriger Rechtslage wird dieser ab dem 1. Juli 2018 weiterhin nicht anstelle des Betroffenen eine Vaterschaft (bzw. Elternschaft) anerkennen können. Auch ein Wahlelternteil soll sich nicht vertreten lassen können, wenn er ein Kind adoptieren will. Dies gilt jedenfalls (ob eine Vertretung nach geltendem Recht zulässig ist, ist strittig; vgl. *Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner* [Hrsg.], Handbuch des Sachwalterrechts [2010]<sup>2</sup> 259), wenn der Vertrag über die Annahme an Kindesstatt nach dem 30. Juni 2018 abgeschlossen wird. Auf die Gültigkeit von vor dem 1. Juli 2018 vorgenommenen Rechtshandlungen in Angelegenheiten der Abstammung oder der Annahme an Kindesstatt hat das neue Recht keinen Einfluss.

Nach **Z 5** ist § 158 des Entwurfs auf die Ausübung der Obsorge nach dem 30. Juni 2018 anzuwenden. Das bedeutet, dass ein Elternteil, der unter Sachwalterschaft oder Erwachsenenvertretung steht, ab 1. Juli 2018 sein Kind vertreten kann, soweit er in eigenen Angelegenheiten für sich rechtswirksam handeln kann. Da ab dem 1. Juli 2018 § 207 in der neuen (reduzierten) Fassung anzuwenden ist, ist der Kinder- und Jugendhilfeträger in Fällen, in denen einem volljährigen Elternteil die Entscheidungsfähigkeit fehlt, nicht mehr kraft Gesetzes mit der Obsorge im Bereich der Vermögensverwaltung und der Vertretung betraut, sondern – unmittelbar aufgrund des Gesetzes – dieser Elternteil. Bis zum 1. Juli 2018 wäre daher das Pflegerschaftsgericht anzurufen, das – im Fall einer durch die mangelnde Entscheidungsfähigkeit des Elternteils resultierenden Kindeswohlgefährdung – diesem die Obsorge zu entziehen und damit entweder nach § 178 Abs. 1 den anderen (unverheirateten) Elternteil, einen Großelternteil oder einen Pflegeelternteil oder nach § 209 den Kinder- und Jugendhilfeträger zu betrauen hat.

Die neuen Vorschriften im Bereich der Vermögensverwaltung sind nach **Z 6** auf die Verwaltung von Vermögen Minderjähriger (und über §§ 258 und 281 des Entwurfs teilweise auch auf die Verwaltung von Vermögen Volljähriger oder unter Kuratel Stehender) ab dem 1. Juli 2018 anzuwenden. Veranlagungen, die davor nach Maßgabe der bis dahin geltenden Vorschriften vorgenommen wurden, müssen nur dann „umgeschichtet“ werden, wenn die in § 221 des Entwurfs beschriebenen Voraussetzungen gegeben sind; betroffen sind damit nur Veranlagungen, die nicht „mündelsicher“ sind.

Die Aufhebung des § 175 des Entwurfs ist nach **Z 7** auch auf alle gerichtlichen Verfahren anzuwenden, die am 1. Juli 2018 noch anhängig sind. Da das neue Geschäftsfähigkeitsregime des § 865 des Entwurfs (das einen konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit nicht mehr kennt) ebenfalls ab diesem Zeitpunkt anzuwenden ist (siehe die Erläuterungen zu **Z 4**), ist es konsequent, dass das Gericht ab diesem Zeitpunkt das Fehlen der Geschäftsfähigkeit nicht mehr feststellen kann (und noch weniger das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bzw. Entscheidungsfähigkeit, wo es diesen konstitutiven Verlust schon zuvor nicht gab). Bisherige Anordnungen der Gerichte nach § 175 sollen mit 1. Juli 2018 ihre Gültigkeit verlieren.

Die neuen Regelungen über die Einwilligung in und die vertretungsweise Zustimmung zu medizinischen Behandlungen sind nach **Z 8** auf Behandlungen nach dem 30. Juni 2018 anzuwenden. Für davor vorzunehmende Behandlungen gilt weiterhin § 283 in der bis dahin geltenden Fassung. Dies gilt entsprechend für Sterilisationen und Forschungen. Bei medizinischen Behandlungen und auch bei Sterilisationen und Forschungen ist neu, dass auch die Zustimmung eines Vorsorgebevollmächtigten Gegenstand eines Genehmigungsverfahrens sein kann, und zwar immer dann, wenn sich die Zustimmung auf eine Maßnahme bezieht, die nach dem 30. Juni 2018 vorgenommen wird. Dass die Zustimmung bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erteilt wurde, ändert daran nichts. Für Wohnortänderungen ergibt sich bereits aus **Z 4**, dass die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung dann vor der dauerhaften Wohnortänderung einzuholen ist, wenn diese nach dem 30. Juni 2018 erfolgt. **Z 8** lässt sich zusätzlich entnehmen, dass Wohnortänderungen, die bereits vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommen wurden und (naturgemäß) noch andauern, nicht nach dem neuen Recht zu beurteilen sind.

Bei der Auswahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist nach **Z 9** aus Vertrauensschutzüberlegungen auf Sachwalterverfügungen im Sinn des § 279 Abs. 1 in der bis zum 2. ErwSchG geltenden Fassung auch nach dem 30. Juni 2018 Bedacht zu nehmen.

Nach **Z 10** gelten Sachwalter, die vor dem 1. Juli 2018 bestellt worden sind, nach dem 30. Juni 2018 als gerichtliche Erwachsenenvertreter. Diese an die entsprechende Übergangsvorschrift im Sachwaltergesetz 1983 angelehnte Regelung (vgl. Art X: „Sachwalter ist, sofern das Gericht nicht anderes bestimmt, der bestellte Kurator oder Beistand.“) folgt ebenfalls (siehe die Erläuterungen zu Z 4) dem Prinzip der „sukzessiven“ intertemporalen Anknüpfung, wonach auf bestehende Vertretungsverhältnisse die neuen Vorschriften anzuwenden sind. Daraus folgt etwa, dass sich die gerichtliche Kontrolle über gerichtliche Erwachsenenvertreter im Sinn der Z 11 nach dem 30. Juni 2018 nach § 259 in der Fassung des 2. ErwSchG richtet. Darauf werden die Gerichte die Erwachsenenvertreter zweckmäßiger Weise (sollen unnötige Verbesserungsaufträge vermieden werden) rechtzeitig informieren.

In den Z 11 bis 14 werden – abweichend von diesem Grundsatz – einige spezielle Fragen geregelt.

Nach **Z 11** sind die §§ 274 und 275 in der Fassung des 2. ErwSchG auf gerichtliche Erwachsenenvertreter im Sinn der Z 10 nicht anzuwenden. Das bedeutet, dass das neue Regime der Berufung zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter, insbesondere was die Frage der Zustimmung zur Bestellung betrifft, auf die aus ehemaligen Sachwalterschaften beruhenden „Altbeständen“ zunächst nicht zur Anwendung kommt. Erst im Erneuerungsverfahren im Sinn der Z 14 sind die §§ 274 und 275. in der Fassung des 2. ErwSchG anzuwenden. Damit soll sichergestellt werden, dass der – auch personelle – „Umbau“ der Sachwalterschaften in gerichtliche Erwachsenenvertretungen gut bewältigt werden kann.

**Z 12:** Personen, für die im Sinn der Z 10 „übergeleitete“ gerichtliche Erwachsenenvertreter bestellt sind, werden in der Folge innerhalb des Wirkungskreises des ehemaligen Sachwalters rechtsgeschäftlich verfügen und sich verpflichten können (siehe Z 4). Kraft Gesetzes gilt für sie aber – anders als für Personen mit „originär“ bestellten gerichtlichen Erwachsenenvertretern – für den Zeitraum vom 1. Juli 2018 bis zum 30. Juni 2019 ein Genehmigungsvorbehalt, der durch Gerichtsentscheidungen nicht modifiziert werden kann (es sei denn, die gerichtliche Erwachsenenvertretung wird eingeschränkt oder beendet). Durch diese Übergangsregel soll es dem Gericht – zum Schutz der vertretenen Person – möglich gemacht werden, rechtzeitig einen Genehmigungsvorbehalt anzuordnen. Das Gericht kann Entscheidungen über den Genehmigungsvorbehalt, der ab 1. Juli 2019 gelten soll, schon ab 1. Juli 2018 treffen.

**Z 13** regelt, dass sich der Entschädigungsanspruch eines „übergeleiteten“ gerichtlichen Erwachsenenvertreters bei Antragstellung nach dem 30. Juni 2018 nach dem neuen § 276 in der Fassung des 2. ErwSchG richtet, wenn zumindest die Hälfte des Abrechnungszeitraumes nach dem 30. Juni 2018 liegt. Liegt mehr als die Hälfte des Abrechnungszeitraumes vor dem 30. Juni 2018, so ist § 276 in der alten Fassung anzuwenden.

Nach **Z 14** hat das Gericht nach dem 30. Juni 2018 in angemessenen, fünf Jahre nicht überschreitenden Zeitabständen im Rahmen eines Erneuerungsverfahrens im Sinn des § 128 AußStrG zu überprüfen, ob ein in die Erwachsenenvertretung „übergeleiteter“ Sachwalter weiterhin erforderlich ist. Bejahendenfalls ist unter Berücksichtigung der neuen Eignungs- und Bestellungsvoraussetzungen der §§ 243, 244 und 271 bis 275 in der Fassung des 2. ErwSchG erneut ein Erwachsenenvertreter zu bestellen. Sonst ist die Erwachsenenvertretung zu beenden. Bis zum 1. Jänner 2024 muss dieser „Umwandlungsprozess“ abgeschlossen sein (wobei die Erwachsenenvertretung bei rechtzeitiger Einleitung des Erneuerungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss desselben bestehen bleibt). Die in § 246 Abs. 1 Z 5 vorgesehene Drei-Jahres-Frist soll auf gerichtliche Erwachsenenvertretungen im Sinn der Z 10 nicht zur Anwendung kommen, damit die große Menge von „Altbeständen“ an ehemaligen Sachwalterschaften auf eine für die Gerichte gut zu bewältigende Weise umgestellt werden kann.

Vorsorgevollmachten, die vor dem 1. Juli 2018 wirksam errichtet worden sind, behalten nach **Z 15** ihre Gültigkeit. Ist die Vertretungsmacht bereits vor dem 1. Juli 2018 entstanden, weil der Vorsorgefall bis dahin schon eingetreten ist, so besteht die Vertretungsmacht auch nach dem 1. Juli 2018 fort, selbst wenn die Vorsorgevollmacht bzw. deren Wirksamwerden nicht im ÖZVV registriert wurde (es besteht jedoch kein Gutgläubenschutz). Der Eintritt des Vorsorgefalls kann für eine vor dem 1. Juli 2018 errichtete Vorsorgevollmacht nach dem 30. Juni 2018 aber nur nach Maßgabe des § 263 in der Fassung des 2. ErwSchG im ÖZVV eingetragen werden. Auf solche Vorsorgevollmachten sind die Vorschriften des sechsten Hauptstücks des ersten Teils in der Fassung des 2. ErwSchG anzuwenden.

Vorsorgevollmachten, deren Wirksamwerden vor dem 1. Juli 2018 im ÖZVV registriert wurde, sind so zu behandeln, als wäre die Registrierung nach diesem Zeitpunkt erfolgt. Damit tritt an die Stelle des bis dato in § 284h Abs. 2 in der geltenden Fassung an die Registrierung des Eintritts des Vorsorgefalls anknüpfenden Gutgläubenschutzes die konstitutive Eintragungswirkung des neuen § 245 Abs. 1 des

Entwurfs. Auch kommt die in § 246 Abs. 3 Z 1 des Entwurfs neu vorgesehene rechtsgestaltende Kompetenz des Pflegschaftsgerichts, ein Vertretungsverhältnis zu beenden, wenn es nicht dem Wohl der vertretenen Person entspricht, auch für diese Vorsorgevollmachten zum Tragen.

Als gesetzlicher Erwachsenenvertreter kommt nach **Z 16** eine Person nicht in Betracht, gegen die sich ein vor dem 1. Juli 2018 im ÖZVV eingetragener Widerspruch richtet. Personen, die in vor dem 1. Juli 2018 errichteten Sachwalterverfügungen genannt wurden, gelten dagegen – aufgrund der viel weitreichenderen Vertretungsbefugnisse, die nunmehr Angehörigen eingeräumt sind – nicht als nächste Angehörige im Sinn des § 268 Abs. 2 letzter Fall in der Fassung des 2. ErwSchG.

Vertretungsbefugnisse nächster Angehöriger, die vor dem 1. Juli 2018 registriert worden sind, bleiben nach **Z 17** bestehen. Auch wenn die Angehörigenvertretung bislang – wenigstens nach herrschender Meinung (*Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 284b ABGB Rz 10 mit weiteren Nachweisen) – unmittelbar aufgrund des Gesetzes entstanden ist, so soll sie aus Gründen der Rechtsklarheit nur dann weiterbestehen, wenn sie registriert wurde. Auch die registrierte Angehörigenvertretung endet aber – so sie nicht schon vorher etwa aufgrund eines Widerspruchs oder gerichtlicher Anordnung erlischt – spätestens am 30. Juni 2021. Auf solche Angehörigenvertretungen soll aber – Empfehlungen im Begutachtungsverfahren folgend – das bisher geltende Recht anzuwenden sein, weil die Angehörigen auf Basis der im Zuge der Eintragung der Vertretungsbefugnis in das ÖZVV ausgehändigten Belehrung über die Rechte und Pflichten tätig werden. Dies gilt nicht nur für ihren Wirkungsbereich und ihre Rechte und Pflichten, sondern auch für den Widerspruch (der nach dem bisherigen § 284d Abs. 2 auch ohne Eintragung im Verzeichnis wirksam ist). Zusätzlich hat aber das Gericht, die Möglichkeit, die Angehörigenvertretung nach Maßgabe des neuen § 246 Abs. 3 Z 1 zu beenden. Da solche Angehörigenvertretungen spätestens mit 30. Juni 2021 enden, kann das Bestehen zweier Angehörigenvertretungssysteme nebeneinander noch hingenommen werden.

Die Bestellung und die Rechte und Pflichten eines Kurators nach einer anderen Rechtsvorschrift als dem ABGB bleiben von den **Z 18** und **19** unberührt.

Der Eintritt der Ersitzung oder Verjährung ist nach der jeweils verbindlichen Rechtslage zu beurteilen (vgl. *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht 168). Daher sind nach **Z 20** die §§ 1494 und 1495 des Entwurfs anzuwenden, wenn eine Ersitzungs- und Verjährungszeit am 1. Juli 2018 noch nicht geendet hat oder nach dem 30. Juni 2018 zu laufen beginnt.

### **Zum Ehegesetz (EheG):**

#### **Zu § 1 EheG:**

Diese Bestimmung regelt die Eheschließung als eine Voraussetzung für das Eingehen einer Ehe. Einerseits muss eine Person, die die Ehe schließen möchte, nach **Abs. 1** volljährig sein, wobei Abs. 2 hiervon eine Ausnahme vorsieht. Diese Voraussetzung soll aber nicht mehr als Ehemündigkeit (auf die „Mündigkeit“, also das Erreichen des 14. Lebensjahres, kommt es ja gerade nicht an), sondern als Teil der Eheschließungsfähigkeit definiert werden. Andererseits muss die Person, um eine Ehe schließen zu können, entscheidungsfähig sein (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs). Es soll aber – auch im Sinn der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention (siehe *Schauer*, iFamZ 2011, 266) – nicht mehr darauf ankommen, ob die Person geschäftsfähig ist oder ein Vertreter der volljährigen Person (ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein Erwachsenenvertreter) in die Eheschließung einwilligt. Vielmehr soll alleine die Fähigkeit der Person, die die Ehe eingehen möchte, entscheidend sein: Sie muss verstehen können, was eine Ehe ist und was es heißt, eine solche einzugehen, sowie entsprechend dieser Einsicht handeln können. Dabei ist – im Sinn der Rechtsprechung zum geltenden Recht – kein allzu strenger Maßstab anzusetzen: Die Person muss nicht im Einzelnen die Folgen der Ehe oder ihrer Auflösung einschätzen können. Es kommt vielmehr darauf an, dass die betreffende Person konkret den Vorgang der Eheschließung erfassen kann (OGH 6 Ob 4/70; *Hopf/Kathrein*, Eherecht<sup>3</sup> § 2 EheG Rz 2). Eine Stellvertretung entscheidungsunfähiger Personen ist – angesichts der besonders persönlichen Wertungen, die mit einer solchen Entscheidung verbunden sind – nicht mehr vorgesehen (§ 3 EheG entfällt demzufolge). Die Ehe wird nach § 17 EheG dadurch geschlossen, dass die Verlobten vor dem Standesbeamten „persönlich“ erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Damit wird im Sinn des § 250 Abs. 1 Z 3 des Entwurfs deutlich gemacht, dass eine Stellvertretung ausgeschlossen ist.

**Abs. 2** sieht – wie nach bisherigem Recht – die Möglichkeit vor, dass eine Person vor Erreichen der Volljährigkeit, nämlich nach Vollendung des 16. Lebensjahres, die Ehe eingehen kann, wenn sie vom Gericht für eheschließungsfähig erklärt wurde. Bei Minderjährigen soll aber trotz vorliegender Entscheidungsfähigkeit (weiterhin) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich sein. Denn tatsächlich handelt es sich um eine schwerwiegende Entscheidung und der Minderjährige wird grundsätzlich über weniger Lebenserfahrung als ein Erwachsener verfügen. Dem Minderjährigen soll

durch die gemeinsame Entscheidung mit seinem gesetzlichen Vertreter eine Unterstützung – auch in der eigenen Willensbildung – zuteilwerden (vgl. auch § 173 Abs. 2 ABGB). Auch sonst soll für Minderjährige an der bisherigen Rechtslage festgehalten werden, im Sinn der sonst gebräuchlichen Terminologie (vgl. etwa § 173 Abs. 1 und 2 ABGB) soll aber von der Zustimmung des Vertreters (und nicht der Einwilligung, die der Betroffene nur selbst erteilen kann) die Rede sein.

#### **Zur Aufhebung der §§ 2 und 3 EheG:**

Da § 1 des Entwurfs die Ehefähigkeit abschließend regelt, können diese Bestimmungen entfallen.

#### **Zu § 15 EheG:**

Die Änderung in Abs. 2 berücksichtigt die Einführung des Zentralen Personenstandsregisters durch das PStG 2013.

#### **Zu § 22 EheG:**

Diese Bestimmung regelt in Abs. 1 die Folgen der fehlenden Ehefähigkeit eines Ehegatten zur Zeit der Eheschließung, nämlich die Nichtigkeit der Ehe. Die Ehe ist – wie nach bisherigem Recht – vernichtbar (RIS-Justiz RS0056013). Der Mangel der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ist ein Aufhebungsgrund (§ 35 des Entwurfs). Die Anpassung und jene in Abs. 2 beruhen auf den Änderungen in § 1 des Entwurfs.

#### **Zu § 28 EheG:**

Die Erklärung der Nichtigkeit der Ehe aufgrund des § 22 (Mangel der Ehefähigkeit) soll nach Abs. 1 nur noch ein Ehegatte, nicht mehr aber die Staatsanwaltschaft geltend machen können. Es besteht kein öffentliches Interesse, eine solche vernichtbare Ehe für nichtig erklären zu lassen.

Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur. Es soll nicht auf die Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage, sondern auf das Begehren, eine Ehe für nichtig erklären zu lassen, abgestellt werden.

#### **Zu §§ 29, 39a und 47 EheG:**

Nach diesen Bestimmungen muss ein Ehegatte entscheidungsfähig sein, um die Auflösung der Ehe (durch Nichtigerklärung, Aufhebung oder Scheidung der Ehe) begehren zu können. Er kann außerdem grundsätzlich nur selbst die Auflösung begehren und sich dabei nicht vertreten lassen. Eine Vertretung kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen (die im Einklang mit der „Grundnorm“ in § 250 ABGB des Entwurfs stehen) in Betracht: Der Person muss die nötige Entscheidungsfähigkeit fehlen und die Auflösung muss zur Wahrung ihres Wohles erforderlich sein. Gibt die vertretene Person freilich zu erkennen, dass sie die vom gesetzlichen Vertreter geplante Auflösung ablehnt, so hat sie zu unterbleiben, es sei denn, ihr Wohl wäre sonst erheblich gefährdet.

#### **Zu § 31 EheG:**

Die Überschrift „III. Folgen der Nichtigkeit“ soll aus systematischen Gründen vor § 31 eingefügt werden.

#### **Zu § 35 EheG:**

Diese Bestimmung wird infolge der Änderungen des § 1 auf die Fälle der Minderjährigkeit angepasst.

#### **Zu §§ 40 und 41 EheG:**

Die Änderungen gründen sich auf vorgeschlagene Neufassung des § 1 und die nicht mehr vorgesehene Einwilligung eines Vertreters eines Ehegatten zur Eheschließung. Darüber hinaus werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

#### **Zu § 50 EheG und zur Aufhebung des § 51 EheG:**

Nach bisherigem Recht sind die Scheidungsgründe „Auf geistiger Störung beruhendes Verhalten“ (§ 50 EheG) und „Geisteskrankheit“ (§ 51 EheG) schwer voneinander abzugrenzen (vgl. RIS-Justiz RS0056784). Die Terminologie ist darüber hinaus nicht mehr zeitgemäß.

§ 50 des Entwurfs regelt die Scheidung wegen ehezerrüttenden Verhaltens ohne Verschulden. Ein Ehegatte soll die Scheidung begehren können, wenn ein Verhalten des anderen Ehegatten, das nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann, weil es auf einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung seiner Auffassungs- und Urteilsgabe beruht, zur unheilbaren Zerrüttung der Ehe geführt hat. Da der bisherige § 51 in § 50 des Entwurfs aufgeht und die psychische Krankheit oder eine vergleichbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit (nicht zuletzt im Hinblick auf völkerrechtliche Vorgaben; siehe dazu und zur neuen Terminologie die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs) für sich genommen keinen Scheidungsgrund mehr darstellen soll, sondern nur ein darauf beruhendes Verhalten, soll der bisherige Scheidungsgrund „Geisteskrankheit“ entfallen.

**Zu §§ 54, 61, 69 und 69b EheG:**

Die Änderungen berücksichtigen den Entfall des § 51.

**Zur Aufhebung des § 102 EheG:**

Da es in Eheangelegenheiten nicht mehr auf die Geschäftsfähigkeit einer Person, sondern allein auf die Entscheidungsfähigkeit ankommen soll (vgl. insbesondere § 1 des Entwurfs), kann diese Bestimmung entfallen.

**Zu § 131 EheG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten und das Übergangsrecht.

**Zum Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG):****Zu § 4 EPG:**

Auch im Bereich des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes soll es nicht mehr auf die Geschäftsfähigkeit der Person oder auf die Einwilligung eines Vertreters ankommen. Vielmehr soll in Angelegenheiten der eingetragenen Partnerschaft die Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs) der betroffenen Personen entscheidend sein. Rechtshandlungen einer Person zur Begründung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft sollen grundsätzlich höchstpersönlich sein.

Die Änderungen in § 4 entsprechen im Wesentlichen jenen in § 1 EheG (siehe dazu die Erläuterungen dort). Während im Eherecht von der „Ehefähigkeit“ gesprochen wird, soll es im Bereich des EPG auf die Partnerschaftsfähigkeit ankommen.

**Zu § 13 EPG:**

Der neu eingefügte Abs. 2 regelt, dass eine Person entscheidungsfähig sein muss, um die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft begehren zu können. Sie kann außerdem grundsätzlich nur höchstpersönlich die Auflösung begehren und sich dabei nicht vertreten lassen kann. Eine Vertretung kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht: Der Person muss die nötige Entscheidungsfähigkeit fehlen und die Auflösung muss zur Wahrung ihres Wohles erforderlich sein. Gibt die vertretene Person freilich zu erkennen, dass sie die vom gesetzlichen Vertreter geplante Auflösung ablehnt, so hat sie zu unterbleiben, es sei denn, ihr Wohl wäre sonst gefährdet.

**Zu § 14 EPG:**

Die Änderungen berücksichtigen die vorgeschlagene Neufassung des § 4 und damit die nicht mehr vorgesehene Genehmigung eines Vertreters eines eingetragenen Partners zur Begründung der eingetragenen Partnerschaft. Darüber hinaus werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 15 EPG:**

Die Änderungen entsprechen den vorgeschlagenen Neuerungen in den §§ 50 und 51 EheG (siehe dazu die Erläuterungen dort). Darüber hinaus werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 19 EPG:**

Die Änderungen entsprechen den vorgeschlagenen Neuerungen in § 28 EheG (siehe dazu die Erläuterungen dort).

**Zu § 45 EPG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten und das Übergangsrecht.

**Zum Namensänderungsgesetz (NÄG):****Zu § 1 NÄG:**

Die vorgeschlagenen Änderungen sollen zu den Fragen, wer die Änderung eines Namens beantragen kann und inwieweit dabei eine Vertretung zulässig ist, einen Gleichklang mit den Regelungen des ABGB zur Bestimmung des Namens herstellen. Erfasst ist nur die personenrechtliche Seite der Erklärung, nicht die Vertretung im Verwaltungsverfahren: das bedeutet, dass die Erklärung über die Namensänderung nur beschränkt einer Vertretung zugänglich ist, die Vertretung im Verfahren, insbesondere durch einen berufsmäßigen Parteienvertreter, aber unberührt bleibt (in diesem Sinn ist die Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten nach der Judikatur keineswegs „vertretungsfeindlich“: vgl. etwa OGH 2 Ob 48/12s).

Nach **Abs. 2** muss der Antragsteller für die Änderung des Namens die dafür erforderliche Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs) aufweisen. Diese Fähigkeit wird ab Vollendung des 14.

Lebensjahres vermutet, kann aber auch schon davor gegeben sein (vgl. etwa die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Fähigkeit in Angelegenheiten der Obsorge- und des Kontaktrechts, die regelmäßig schon mit Vollendung des 12. Lebensjahres gegeben ist (RIS-Justiz RS0048820 [T9])). Ob diese Fähigkeit vorliegt, ist stets im Einzelfall zu beurteilen.

Die Person kann die Namensänderung grundsätzlich nur selbst beantragen und dabei nicht vertreten werden (zu den Ausnahmen in Abs. 3 und Abs. 4 siehe gleich unten). Die Vertretung einer entscheidungsfähigen Person scheidet aus.

**Abs. 3** regelt die Vertretung einer entscheidungsunfähigen minderjährigen Person. Eine solche Person soll ihr gesetzlicher Vertreter, das ist ihr Erziehungsberechtigter (§ 181 Abs. 4 ABGB), vertreten können.

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz der Höchstpersönlichkeit normiert **Abs. 4**: Bei volljährigen Personen kommt eine Vertretung nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht: Der Person muss die nötige Entscheidungsfähigkeit fehlen und die Namensänderung muss zur Wahrung ihres Wohles erforderlich sein. Gibt die vertretene Person freilich zu erkennen, dass sie die vom gesetzlichen Vertreter geplante Namensänderung ablehnt, so hat sie zu unterbleiben, es sei denn, ihr Wohl wäre sonst erheblich gefährdet.

#### **Zu § 3 NÄG:**

In § 3 werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

#### **Zu § 4 NÄG:**

Die Änderungen in der Überschrift und in Abs. 1 sowie in Abs. 3 berücksichtigen, dass die Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters des Kindes nicht mehr vorgesehen ist (siehe § 1 des Entwurfs). Als Ausgleich dafür soll in Abs. 1 vorgesehen werden, dass der Erziehungsberechtigte (§ 181 Abs. 4 ABGB) im Verfahren vor Bewilligung des Antrags einer minderjährigen entscheidungsfähigen Person anzuhören ist. Abs. 2 sieht vor, dass nicht entscheidungsfähige Minderjährige tunlichst ab dem vollendeten 10. Lebensjahr zu hören sind.

#### **Zu § 11 NÄG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten und das Übergangsrecht.

#### **Zum Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz (KAKuG):**

##### **Zu § 8 KAKuG:**

§ 8 Abs. 3 KAKuG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 122/2006 hat gleich den davor in Geltung gestandenen Regelungen die Handlungsfähigkeit von Pfléglingen und deren Einwilligung in medizinische Behandlungen in Krankenanstalten zum Gegenstand. Diese Regelung gibt jedoch lediglich die allgemeinen Bestimmungen des ABGB wieder und ist zudem gegenüber etwaigen besonderen Regelungen über die Einwilligung (zB OTPG, ÄsthOpG, FMedG, GSG) nachrangig. Lediglich dessen Schlusssatz geht insofern über das ABGB hinaus, als er bestimmt, wer in organisatorischer Hinsicht zuständig ist, wenn es darum geht, von der Einholung der Zustimmung wegen Dringlichkeit – im Einklang mit dem derzeitigen § 173 Abs. 3 ABGB – abzusehen (*Stöger* in GmundKomm § 8 KAKuG Rz 3). Nun würde dem Gesetzgeber – zur Wahrung der Rechtssicherheit – zwar die Möglichkeit offen stehen, § 8 Abs. 3 KAKuG an die geänderten Bestimmungen im ABGB anzugleichen. Damit wäre jedoch auf Grund deren Geltung für sämtliche medizinische Behandlungen unabhängig davon, ob diese im niedergelassenen Bereich oder in einer Krankenanstalt stattfinden, kein Mehrwert verbunden, zumal es sich hierbei um Regelungen handelt, die ihrem Inhalt nach dem Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ nach Art 10 Abs. 1 Z 6 B-VG zuzuordnen wären, jedoch auf den Kompetenztatbestand „Heil- und Pflegeanstalten“ nach Art 12 Abs. 1 Z 1 B-VG gestützt würden (so auch ErläutRV 296 BlgNR 21. GP BT zu Art XI). Infolgedessen soll nun im Zuge der Neuordnung der Regelungen über die Vertretung und Einwilligung volljähriger Personen, die – insbesondere in medizinischen Angelegenheiten – nicht über die erforderliche Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs) verfügen, auf deren Wiedergabe im KAKuG verzichtet werden. Stattdessen soll jedoch hervorgehoben werden, dass die Träger der Krankenanstalten – in organisatorischer Hinsicht – dafür Sorge zu tragen haben, dass die Regelungen über die Aufklärung (siehe schon § 5a Abs. 1 Z 2 KAKuG) und die Einwilligung in medizinische Behandlungen eingehalten werden können. Freilich ist dies nicht derart zu verstehen, dass die Träger der Krankenanstalten im Hinblick auf die Einhaltung von in Sondergesetzen vorgesehenen Einwilligungsvorschriften (zB § 6 ÄsthOpG, § 8 BSG 1999, § 8 OTPG), die im Zusammenhang mit Maßnahmen stehen, die nicht als medizinische Behandlung anzusehen sind (*Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap. I.4.1), keine organisatorische

Sicherstellungspflichtung treffen würde. Derartige Spezialregelungen haben selbstredend Vorrang vor allgemeinem Zivilrecht.

#### **Zu § 65 KAKuG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten und das Übergangsrecht.

#### **Zum Außerstreitgesetz (AußStrG):**

##### **Zu § 4 AußStrG:**

§ 4 Abs. 1 AußStrG regelt derzeit, dass sich Parteien, ausgenommen in Fällen relativer oder absoluter Vertretungspflicht, im außerstreitigen Verfahren erster und zweiter Instanz durch jede eigenberechtigte Person vertreten lassen können. Durch den Entfall des Begriffes „eigenberechtigt“ ist nunmehr auch diese Bestimmung – ohne dabei eine inhaltliche Änderung vorzusehen – entsprechend der Formulierung des § 29 ZPO an die neuen Begrifflichkeiten des 2. ErwSchG anzupassen.

##### **Zu §§ 6, 88, 90, 102, 105, 106, 106a, 107a, 110, 133, 135 und 140 AußStrG:**

In diesen Bestimmungen soll – der neuen Terminologie des B-KJGH 2013 folgend – der Begriff „Jugendwohlfahrtsträger“ durch den Begriff „Kinder- und Jugendhilfeträger“ ersetzt werden.

##### **Zu § 6 AußStrG:**

Mit der Reform des Sachwalterrechts entfallen künftig die Begriffe „Sachwalterschaft“ bzw. „Sachwalter“ sowie „Pflegebefohlener“. Diese Begriffe werden, den durch die Reform an deren Stelle tretenden neuen Begriffen folgend, durch „Erwachsenenvertretung“ bzw. „Erwachsenenvertreter“ sowie „schutzberechtigte Person“ ersetzt.

##### **Zu § 82 AußStrG:**

In § 82 des Entwurfs werden terminologische Anpassungen vorgenommen (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs).

##### **Zu § 102 AußStrG:**

Der Begriff „Pflegebefohlener“ kann im Hinblick auf die neue Terminologie im Erwachsenenvertretungsrecht (siehe dazu im Detail die Erläuterungen zu § 21 ABGB des Entwurfs) nicht mehr weitergeführt werden. In § 102 Abs. 3 ist er durch das „minderjährige Kind“ zu ersetzen (weil der Kinder- und Jugendhilfeträger nicht Vertreter einer volljährigen Person sein kann).

##### **Zu §§ 116a bis 131 AußStrG:**

Mit den umfangreichen Änderungen im ABGB zum Erwachsenenvertretungsrecht gehen auch Änderungen der Verfahrensbestimmungen, insbesondere im 9. Abschnitt, einher. Der 9. Abschnitt soll nun entsprechend der neuen Terminologie „Erwachsenenschutzverfahren“ heißen. Überwiegend behandelt er das Verfahren zur Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters, aber auch für die übrigen Vertretungsformen gelangen nun diverse Verfahrensbestimmungen zur Anwendung (siehe erster, fünfter und sechster Unterabschnitt). Zur besseren Übersichtlichkeit werden daher folgende Unterabschnitte eingeführt:

- I. Verfahrensrechte der betroffenen Person
- II. Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters
- III. Änderung, Übertragung, Erneuerung und Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung
- IV. Anordnung oder Aufhebung eines Genehmigungsvorbehalts
- V. Berichtspflicht und Auskunftsrechte
- VI. Gerichtliche Kontrolle von Rechtshandlungen in der Personensorge

Der erste Unterabschnitt soll allgemeine Verfahrensrechte für alle Vertretungsformen regeln. Die Unterabschnitte zwei bis vier sollen nur für die gerichtliche Erwachsenenvertretung gelten, die anderen Unterabschnitte auch für andere Vertretungsformen (V. für alle Formen der Erwachsenenvertretung; VI. zusätzlich auch für die Vorsorgevollmacht).

Die Person, derentwegen das Verfahren geführt wird, wird in § 118 als die „vom Verfahren betroffene Person“ bezeichnet. Diese Wendung, abgekürzt zur „betroffenen Person“ (schon im geltenden AußStrG gebräuchlich), soll weiterhin zur Anwendung kommen.



## **Zum 1. Unterabschnitt:**

### **Zu § 116a AußStrG:**

Neu eingeführt werden soll der besseren Übersichtlichkeit wegen eine allgemeine Bestimmung über die Verfahrensrechte der betroffenen Person.

Nach **Abs. 1** kann die betroffene Person – ganz im Sinn der herrschenden Meinung (4 Ob 100/09y; *Schauer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 127 Rz 11) – unabhängig von ihrer Verfahrensfähigkeit Verfahrenshandlungen vornehmen. Der zweite Satz entspricht dem geltenden § 119 letzter Satz AußStrG. Stimmen ihre Anträge nicht mit jenen ihres Rechtsbeistands (also des gesetzlichen, selbstgewählten oder für das Verfahren bestellten Vertreters; so schon *Zankl/Mondel in Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz<sup>2</sup>, § 119 Rz 6) überein, so sind bei der Entscheidung alle Anträge zu berücksichtigen.

Der betroffenen Person sind sämtliche Beschlüsse zuzustellen. Geregelt ist in **Abs. 2** auch die Zustellung des Bestellungsbeschlusses zu eigenen Händen an die betroffene Person. Dass der Bestellungsbeschluss auch ihrem Rechtsbeistand zuzustellen ist, ergibt sich aus allgemeinen Regeln (siehe die Erläuterungen zu § 119 des Entwurfs). Der Rechtsbeistand hat der betroffenen Person den Beschluss zu erläutern (die Erläuterungspflicht des Gerichts entfällt).

**Abs. 3** entspricht dem geltenden § 124 Abs. 2 AußStrG und gilt nun ausdrücklich nicht nur für den Bestellungsbeschluss, sondern auch für die anderen Beschlüsse im Bestellungsverfahren. Zu den terminologischen Anpassungen an die Entscheidungsfähigkeit vgl. die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs.

Zur Anfechtung eines Beschlusses muss die betroffene Person nach **Abs. 4** – im Sinn der „Barrierefreiheit“ – schriftlich lediglich zu erkennen geben, dass sie mit der Entscheidung des Gerichts nicht einverstanden ist

## **Zum 2. Unterabschnitt:**

### **Zu § 117 AußStrG:**

**Abs. 1** entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 117 Abs. 1 AußStrG. Aus welchen Gründen ein Verfahren einzuleiten ist, ergibt sich demnach aus den materiellen Bestimmungen. Insofern können der Hinweis (der ohnehin bloß demonstrativen Charakter hatte; siehe *Zankl/Mondel in Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz<sup>2</sup>, § 117 Rz 5) darauf, dass die Person „in Folge einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung eines gesetzlichen Vertreters bedarf“, und die Erwähnung ihrer Schutzbedürftigkeit entfallen. Das Verfahren ist ab dem Moment eingeleitet, in dem das Gericht irgendeine Handlung vornimmt (zB die Einvernahme der anregenden Person), selbst wenn es das Verfahren mangels ausreichender Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters sogleich, also vor Befassung des Erwachsenenschutzvereins, einstellt.

**Abs. 2** bleibt weitgehend unverändert, der Zeitraum von drei Monaten vor Einleitung des Verfahrens erscheint jedoch ausreichend.

### **Zu § 117a AußStrG:**

§ 117a wird neu eingeführt. Bislang war das so genannte „Clearing“ der Sachwaltervereine (sie sollen – der internationalen Terminologie folgend – in Zukunft „Erwachsenenschutzvereine“ heißen; siehe § 1 ErwSchVG) – für die Gerichte nicht verpflichtend, es lag im gerichtlichen Ermessen, ein Clearing zu beauftragen (siehe derzeit § 4 Abs. 2 VSPBG). Diese Möglichkeit wurde in sehr unterschiedlichem Ausmaß in Anspruch genommen. Im Jahr 2014 wurden in ganz Österreich 43 % der Anregungen zum Anlass für ein Clearing genommen (*Mayrhofer/Hammerschick*, Soziologische Begleitforschung und Evaluierung des Modellprojekts „Unterstützung zur Selbstbestimmung“, Forschungsbericht [2015]).

Wird Clearing in Anspruch genommen, so kommt es häufiger als sonst zur Einstellung des Bestellungsverfahrens: 2014 etwa konnte in einem Drittel der Fälle die Einstellung des Verfahrens empfohlen werden, und zwar oft deshalb, weil Alternativen zur Sachwalterschaft gefunden wurden (*Fuchs/Hammerschick*, Sachwalterschaft, Clearing und Alternativen zur Sachwalterschaft, Forschungsbericht [2013]). In einem 2014/2015 an 18 Gerichtsstandorten in Österreich durchgeführten Modellprojekt „Unterstützung zur Selbstbestimmung – Clearing plus“ konnte sogar in zwei Drittel der von den Gerichten übermittelten Anregungen eine Einstellungsempfehlung abgegeben werden. Zudem zeigte sich, dass durch die mit dem Clearing einhergehende Beratung von (häufig) anregenden Institutionen (etwa Krankenhäusern, Pflegeheimen, sozialen Einrichtungen) ein Rückgang der Anregungen erreicht werden konnte (siehe dazu ausführlich *Mayrhofer/Hammerschick*, Forschungsbericht [2015] und *dieselben*, iFamZ 2016, 92). Um diese positiven Effekte auszuweiten, erscheint es naheliegend, Clearing – im AußStrG „Abklärung“ genannt – im Bestellungsverfahren obligatorisch vorzusehen (freilich nur falls begründete und konkrete Anhaltspunkte für die Notwendigkeit

der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters und damit die Fortsetzung des Verfahrens bestehen; vgl. dazu RIS-Justiz RS0008526; *Schauer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 117 Rz 12).

Vor allem aber soll mit dem verpflichtenden Clearing der UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen werden. Nach geltendem Recht erfolgt die Beurteilung der Frage, ob jemand eines Sachwalters bedarf, überwiegend nach medizinischen Kriterien. Derzeit ist jedenfalls ein Sachverständigengutachten einzuholen; die Frage, ob eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung vorliegt, steht damit im Vordergrund jedes Bestellungsverfahrens. Das widerspricht dem psychosozialen Modell der Behindertenrechtskonvention, die den Weg weisen will zu einem „inklusiven“ Umgang mit Menschen mit Behinderungen. Untersuchungsgegenstand im Verfahren muss daher sein, welche Barrieren bestehen, die einen Menschen in einer selbstbestimmten Lebensweise „behindern“ und wie er bei der Überwindung dieser Barrieren unterstützt werden kann (siehe *Schulze in ÖJK* [Hrsg.], Autonomes Altern [2016] 155 ff.). Darauf soll nunmehr mit dem obligatorischen Clearing das Hauptaugenmerk gelegt werden.

Damit der Erwachsenenschutzverein in der Lage ist, effizient zu arbeiten, sind nach **Abs. 1** Auszüge aus dem Grundbuch, ein Firmenbuchauszug, ein Auszug über die Sozialversicherungsdaten, eine Übersicht über die anhängigen Gerichtsverfahren sowie allenfalls weitere erforderliche Unterlagen (so etwa ein Auszug aus dem ZMR oder eine Waffengebrauchsabfrage) beizuschaffen und dem Auftrag beizulegen.

Nach **Abs. 2** ist die betroffene Person unverzüglich von der Befassung des Erwachsenenschutzvereins zu verständigen. Damit soll sie möglichst frühzeitig von der Einleitung des Bestellungsverfahrens informiert werden und für sie zudem ersichtlich sein, dass der Erwachsenenschutzverein im Auftrag des Gerichts arbeitet. Die Verständigung hat in möglichst verständlicher Art und Weise zu erfolgen.

#### **Zu § 118 AußStrG:**

**Abs. 1** sieht weiterhin die obligatorische Durchführung einer Erstanthörung vor, sie soll allerdings erst nach Abklärung durch den Erwachsenenschutzverein und nur dann erfolgen, wenn das Gericht aufgrund des Berichts (siehe § 4a ErwSchVG) zum Ergebnis gelangt, dass eine Fortsetzung des Verfahrens angezeigt ist. Stellt das Gericht das Verfahren hingegen aufgrund der Empfehlung des Erwachsenenschutzvereins ein, so ist keine Erstanthörung durchzuführen.

Nach **Abs. 2** ist die Vorführung der betroffenen Person vor Gericht kein zulässiges Mittel, um sie anzuhören. In Anbetracht der Tatsache, dass es im Bestellungsverfahren darum geht, einer Person die Teilnahme am Rechtsverkehr zu ermöglichen, erscheint deren Vorführung unangemessen. Wird das Gericht der betroffenen Person nicht habhaft und droht sie sich zu schädigen, so kann das Gericht einen einstweiligen Erwachsenenvertreter bestellen.

**Abs. 3** entspricht dem geltenden § 118 Abs. 3 AußStrG.

#### **Zu § 119 AußStrG:**

Wie nach geltendem Recht benötigt die betroffene Person im Bestellungsverfahren einen „Rechtsbeistand“ (so der schon dem geltenden § 119 AußStrG immanente Überbegriff). Darunter ist ein geeigneter gesetzlicher oder selbstgewählter Vertreter zu verstehen. Verfügt die betroffene Person über keinen solchen oder ist er ungeeignet (zB weil seine Interessen mit denen der betroffenen Person kollidieren), so hat ihr das Gericht als Rechtsbeistand einen „Vertreter für das Verfahren“ (so die neue Terminologie anstelle von „Verfahrenssachwalter“) zu bestellen. Das Gericht hat die betroffene Person anlässlich der Erstanthörung darüber zu belehren, dass sie einen Vertreter für das Verfahren auch selbst wählen kann; dem Beschluss über die Bestellung kommt sofortige Wirksamkeit zu (vgl. RIS-Justiz RS0124569).

Der Rechtsbeistand soll – anders als im geltenden Recht – nicht eigens als Adressat von Verfahrensrechten angeführt sein, weil er – wie andere Verfahrensvertreter auch – seine Rechte von den Rechten der betroffenen Partei ableitet. Als Stellvertreter im Verfahren kann er im Namen und im Interesse der Partei und an deren Stelle Verfahrenshandlungen vornehmen (*Fucik in Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>4</sup> § 26 Rz 1). So hat er selbstverständlich auch die Möglichkeit, (im Namen der betroffenen Person) etwa die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu beantragen. Dem Rechtsbeistand stehen nicht von der betroffenen Person losgelöste Verfahrensrechte zur Durchsetzung eigener Interessen zu. Gesondert – und neben der betroffenen Person – angesprochen ist der Rechtsbeistand freilich, wenn er etwa zur mündlichen Verhandlung zu laden ist.

#### **Zu § 120 AußStrG:**

**Abs. 1** entspricht dem geltenden § 120 erster Satz AußStrG.

**Abs. 2** entspricht § 120 dritter Satz AußStrG; ergänzend festgehalten ist, dass auch ein einstweiliger Erwachsenenvertreter grundsätzlich erst nach Befassung des Erwachsenenschutzvereins bestellt werden kann. In dringenden Fällen kann die Bestellung jedoch vorgezogen werden. Abklärung und Erstanthörung

sind jedenfalls unverzüglich nachzuholen (wobei die Erstanthörung wohl häufig rascher von Statten gehen kann als die Abklärung). Dies wird freilich dann nicht gelten, wenn das Bestellungsverfahren unabhängig davon einzustellen ist.

In Abweichung von der Grundregel des § 243 Abs. 3 ABGB des Entwurfs kann nach **Abs. 3** ein einstweiliger Erwachsenenvertreter auch für denselben Wirkungsbereich wie ein bereits eingesetzter Vertreter (also Vorsorgebevollmächtigter, gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter) bestellt werden. Auf diese Weise soll er allenfalls auch Vertretungshandlungen setzen können, um diese – auch im Wirkungsbereich des bestehenden Vertreters – vor weiteren Nachteilen zu bewahren. Stellt er eine Gefährdung fest, so hat er das Gericht zu verständigen. Dieses kann dann die Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung unverzüglich und mit sofortiger Wirkung (§ 44 AußStrG; § 125 AußStrG gilt nicht) beenden und dies im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eintragen (§ 140h Abs. 2 NO des Entwurfs). Die Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters ist im ÖZVV einzutragen. Für den Bestellungsbeschluss ist § 123 des Entwurfs „sinngemäß“ (exklusive Abs. 1 Z 4 und 5) anzuwenden. Einen Endtermin und einen Kostenausspruch hat das Gericht daher nicht vorzusehen. In diesem Stadium des Verfahrens kann aber schon ein Genehmigungsvorbehalt angeordnet oder etwa eine andere Form von Erwachsenenvertretung beendet werden.

#### **Zu § 120a AußStrG:**

In § 120a des Entwurfs soll die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Bestellungsverfahren geregelt werden (nach geltendem Recht wird das Sachverständigengutachten in § 121 AußStrG ohne nähere Ausführungen vorausgesetzt). Weiterhin werden aber keine Vorgaben zur Fachrichtung des Sachverständigen gemacht. Nicht immer wird ein psychiatrisches Gutachten einzuholen sein, vielmehr kann die Einholung eines psychologischen, heilpädagogischen oder pflegerischen Gutachtens angezeigt sein (siehe LG Innsbruck 53 R 69/11b = EFSlg 133.341).

Ein Sachverständigengutachten soll nicht mehr unbedingte Voraussetzung für die Bestellung eines Erwachsenenvertreters sein; einzuholen ist es nur dann, wenn die betroffene Person (bzw. ihr Rechtsbeistand in ihrem Namen) dies beantragt oder das Gericht dies für erforderlich hält. Das Gericht kann von der Bestellung eines Sachverständigen etwa dann absehen, wenn durch Befunde – zB im Zusammenhang mit der Gewährung von Pflegegeld – der psychische und gesundheitliche Zustand der betroffenen Person hinreichend erhoben ist (freilich müssen diese Befunde aktuell sein und sich auf die im Verfahren relevanten Fragen beziehen).

Das Gutachten ist schriftlich zu erstellen und bereits vor der mündlichen Verhandlung (und zwar der betroffenen Person und dem Rechtsbeistand) zu übermitteln. Der Befund ist daher – entgegen der bisherigen Rechtslage – jedenfalls vor der mündlichen Verhandlung aufzunehmen, eine Gutachtenserstattung in der Verhandlung ist ausgeschlossen. Damit soll es der betroffenen Person und ihrem Rechtsbeistand ermöglicht werden, sich angemessen auf die Verhandlung vorzubereiten.

#### **Zu § 121 AußStrG:**

§ 121 enthält Regelungen über die mündliche Verhandlung. Nach **Abs. 1** ist nun nicht mehr stets zu verhandeln, sondern bloß dann, wenn dies die betroffene Person (oder ihr Rechtsbeistand in ihrem Namen) beantragt oder das Gericht für erforderlich hält. Aus dem Gesetzesaufbau wird auch deutlich, dass eine mündliche Verhandlung immer nur nach Befassung des Erwachsenenschutzvereins und (in der Regel) nach der Erstanthörung stattzufinden hat.

Nach **Abs. 2** sind die betroffene Person, ihr Rechtsbeistand (§ 119), ihr einstweiliger Erwachsenenvertreter sowie die Person, die zum Erwachsenenvertreter bestellt werden soll, zu laden. Ein Absehen von der Ladung der betroffenen Person ist nicht mehr möglich, weil diese so immerhin von dem Verhandlungstermin erfahren kann (selbst wenn eine Teilnahme nicht geboten erscheint).

**Abs. 3** übernimmt im Wesentlichen den Regelungsinhalt des geltenden § 121 Abs. 3 AußStrG. Die Verhandlung kann auch in Abwesenheit der betroffenen Person durchgeführt werden, wenn ansonsten ihr Wohl gefährdet wäre. Die Unfähigkeit, der Verhandlung zu folgen, soll freilich nicht mehr an der Teilnahme an der Verhandlung hindern. Dies wäre auch mit den Grundsätzen der UN-Behindertenrechtskonvention nicht in Einklang zu bringen.

**Abs. 4** entspricht teils dem geltenden § 121 Abs. 4 AußStrG, allerdings soll die Erörterung des Gutachtens nicht mehr verpflichtend sein. Dafür ist nunmehr ausdrücklich vorgesehen, dass das Gericht den zuständigen Mitarbeiter des Erwachsenenschutzvereins zur Verhandlung laden kann, damit dieser den Bericht über die Abklärung (§ 4a ErwSchVG) erörtert.

Eine rechtsunkundige Person, die zum Erwachsenenvertreter bestellt werden soll, ist nach **Abs. 5** über die Grundzüge der Erwachsenenvertretung zu informieren. In solchen Fällen wird – wenn diese Information

nicht schon im Rahmen der Erstanthörung oder der Abklärung stattgefunden hat – die Durchführung einer mündlichen Verhandlung tunlich sein.

#### **Zu § 122 AußStrG:**

**Abs. 1 und 2** entsprechen der geltenden Rechtslage.

Nach **Abs. 3** kann das Gericht im Beschluss über die Einstellung oder auch (zuvor) mit gesondertem Beschluss aussprechen, dass die Voraussetzungen für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht, für die Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls oder für die Eintragung einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung im ÖZVV vorliegen. Diese gerichtliche Feststellung ist vor allem dann notwendig, wenn der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein die Errichtung oder Registrierung ablehnen, weil sie Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen haben. In diesem Fall kann in einem Bestellungsverfahren geklärt werden, ob die Voraussetzungen für eine der genannten Vertretungsformen vorliegen und daher kein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt werden muss. Droht der betroffenen Person mangels eines Vertreters unmittelbar Gefahr, so kann das Gericht die Einstellung von der Vorlage einer Bestätigung über die Eintragung im ÖZVV abhängig machen und bis dahin die einstweilige Erwachsenenvertretung bestehen lassen.

Ergibt sich (im Rahmen der Abklärung), dass gar keine Vertretung benötigt wird, weil zB mit Unterstützung das Auslangen gefunden werden kann, dann liegen etwa die Voraussetzungen für die Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung nicht vor und es besteht auch kein Bedarf für eine gerichtliche Erwachsenenvertretung. In solchen Fällen kann es allenfalls angezeigt sein, dass das Gericht (wieder im Beschluss über die Einstellung oder schon davor mit gesondertem Beschluss) die Auflösung einer bestehenden Vertretung anordnet (siehe § 246 Abs. 3 Z 1 ABGB des Entwurfs).

**Abs. 4** entspricht dem geltenden § 122 Abs. 4 zweiter Satz AußStrG, dessen erster Satz kann im Hinblick auf § 116a des Entwurfs entfallen.

#### **Zu § 123 AußStrG:**

Nach **Abs. 1** hat der Bestellungsbeschluss verschiedene Spruchteile zu enthalten, und zwar den Ausspruch, dass ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt wird (Z 1), die Umschreibung der zu besorgenden Angelegenheiten (Z 2), weiters die Bezeichnung der Person des Erwachsenenvertreters (Z 3), den konkreten Zeitpunkt, in dem die Erwachsenenvertretung endet (Z 4), und den Ausspruch über die Kosten (Z 5). Neu ist die Nennung des Zeitpunkts, in dem die Erwachsenenvertretung endet: Nach § 246 Abs. 1 Z 6 ABGB des Entwurfs endet die gerichtliche Erwachsenenvertretung jedenfalls nach drei Jahren nach Beschlussfassung. Freilich kann die gerichtliche Erwachsenenvertretung auch kürzer dauern. Jedenfalls ist der Zeitpunkt, in dem die Erwachsenenvertretung endet, im Beschluss anzugeben, damit die Parteien erforderlichenfalls ein Erneuerungsverfahren einleiten können.

Im Beschluss über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters oder mit gesondertem Beschluss (zB auch schon zuvor bei entsprechender Dringlichkeit) kann das Gericht nach **Abs. 2** auch einen Genehmigungsvorbehalt bzw. die Auflösung einer Vorsorgevollmacht oder einer gesetzlichen oder gewählten Erwachsenenvertretung anordnen. Letzteres wird etwa dann der Fall sein, wenn die Vertretung nicht dem Wohl der betroffenen Person entspricht (siehe § 246 Abs. 3 Z 1 ABGB des Entwurfs).

Gegebenenfalls kann es auch aussprechen, dass die Voraussetzungen für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht, für die Eintragung des Vorsorgefalls oder für die Eintragung einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung im ÖZVV vorliegen. Dies wird eher selten, aber zB dann der Fall sein, wenn neben der gerichtlichen Erwachsenenvertretung auch noch eine Vorsorgevollmacht oder eine gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung (jeweils mit anderem Wirkungsbereich) wirksam sein soll.

**Abs. 3** sieht – wiederum im Sinn der Barrierefreiheit – vor, dass der Bestellungsbeschluss für die Partei gut verständlich zu begründen ist; er soll in einer leichten Sprache gehalten sein.

#### **Zu § 124 AußStrG:**

§ 124 entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 129 AußStrG.

#### **Zu § 125 AußStrG:**

§ 125 bleibt unverändert. Weiterhin ist diese Bestimmung nicht auf den einstweiligen Erwachsenenvertreter anzuwenden (siehe § 120 Abs. 1: „mit sofortiger Wirksamkeit“). Durch den Verweis auf § 123 Abs. 1 AußStrG soll zudem deutlich gemacht werden, dass der Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts oder der Beendigung etwa einer Vorsorgevollmacht vorläufige Verbindlichkeit im Sinn des § 44 Abs. 1 AußStrG zuerkannt werden kann.

### Zu § 126 AußStrG:

**Abs. 1** entspricht weitgehend dem geltenden § 126 Abs. 1 AußStrG. Die Verständigung des Notars, der die Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen registriert hat, kann aber entfallen. In **Abs. 2** letzter Satz ist nämlich die Eintragung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung im ÖZVV durch das Gericht vorgesehen (vgl. auch § 140h Abs. 1 und 3 NO in der Fassung des Entwurfs). So können Notar, Rechtsanwalt und Erwachsenenschutzverein sofort einsehen, ob bereits eine gerichtliche Erwachsenenvertretung besteht.

Von der Beendigung einer Vorsorgevollmacht oder einer gesetzlichen oder gewählten Erwachsenenvertretung ist nach Abs. 1 letzter Satz der von der Beendigung betroffene Vertreter zu verständigen. Dieser Vorschrift bedarf es, weil ein solcher Vertreter nicht materielle Partei im Sinn des § 2 Z 3 AußStrG ist; der Verfahrenszweck ist klar auf die Wahrung der Interessen der betroffenen Person fokussiert, der Vertreter wird daher durch die Beendigungsentscheidung nicht in seiner rechtlich geschützten Stellung unmittelbar beeinflusst.

Das Gericht hat nach Abs. 2 erster Satz zu veranlassen, dass die Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters und die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts in die öffentlichen Bücher und Register (also insbesondere Grundbuch und Firmenbuch) eingetragen wird, wenn der Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters oder der Genehmigungsvorbehalt die in dem betreffenden Buch oder Register eingetragenen Rechte umfasst.

### § 127 AußStrG:

Dass den Angehörigen der betroffenen Person im Sachwalter(bestellungs)verfahren keine Rechte zukommen, stößt einerseits immer wieder auf Kritik (siehe <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/beschwerden-ueber-sachwalterschaften-nehmen-weiter-zu>).

Andererseits gibt es immer wieder Fälle, in denen sich Angehörige – gerade was die Sachwalterschaft und ihre Ausübung betrifft – im Streit miteinander befinden, weswegen das Gericht gezwungen ist, eine familienfremde Person zu bestellen. Es kommt aber auch vor, dass Angehörige vom Gericht nur schwer aufgefunden werden können, weil sie gar keinen oder nur wenig Kontakt mit der betroffenen Person pflegen. Vor diesem Hintergrund soll ein Mittelweg eingeschlagen werden: Nächsten Angehörigen sollen gewisse Rechte zugestanden werden. Um jedoch das Verfahren effizient führen zu können und nicht allfällige Familienstreitigkeiten in das Bestellungsverfahren zu verlagern, soll ihnen keine volle Parteistellung zukommen.

Nach **Abs. 1** sind bestimmte nächste Angehörige, nämlich der Ehegatte, eingetragene Partner, Lebensgefährte sowie die Eltern und volljährige Kinder der betroffenen Person von der Einleitung des Verfahrens zu verständigen. Diese Verpflichtung besteht bloß gegenüber aktenkundigen Parteien, also denjenigen, die aus dem Akt ersichtlich sind (vgl. § 8 Abs. 2 AußStrG; 5 Ob 206/14a). Es sind keine Nachforschungen anzustellen, ob und welche Angehörige es tatsächlich gibt (selbstverständlich hat jedoch der Erwachsenenschutzverein im Rahmen der Abklärung diesbezüglich Erhebungen zu tätigen; siehe § 4a Abs. 1 Z 4 und 8 ErwSchVG). Außerdem ist die Person zu verständigen, die die betroffene Person in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung als „Wunschkandidatin“ für eine Erwachsenenvertretung bezeichnet hat (vgl. § 244 ABGB des Entwurfs).

Eine Verständigung ist ausgeschlossen, wenn die betroffene Person anderes verfügt hat (etwa in einer Vorsorgevollmacht) oder (auch ohne entscheidungsfähig zu sein) zu erkennen gibt, dass sie damit nicht einverstanden ist. Eine bestimmte Form ist für die Verständigung nicht vorgegeben, sie kann vom Gericht oder im Rahmen der Abklärung vom Erwachsenenschutzverein vorgenommen werden. Zuvor muss jedoch der betroffenen Person die Gelegenheit eingeräumt worden sein, sich dagegen auszusprechen.

Da der Erwachsenenschutzverein – wie gezeigt – die Aufgabe hat zu klären, ob und welche nahestehende Personen für die Übernahme der Erwachsenenvertretung zu Verfügung stehen, soll er zudem vorab klären, ob darüber ein familiäres Einvernehmen besteht. Eine Streitschlichtungsfunktion kommt dem Verein aber nicht zu. Falls ein solches Einvernehmen nicht besteht, hat das Gericht nach **Abs. 2** die Angehörigen zu hören und sich einen Eindruck über die Situation zu verschaffen.

Den in Abs. 1 erwähnten Angehörigen steht nach **Abs. 3** ein Rekursrecht gegen den Bestellungsbeschluss zu, allerdings bloß im Hinblick auf die Person des Erwachsenenvertreters. Dass überhaupt ein Erwachsenenvertreter bestellt oder mit welchem Wirkungsbereich dieser betraut wurde, kann vom Angehörigen nicht (erfolgreich) angefochten werden. Ein Rekursrecht kommt ihnen überdies nicht zu, soweit die betroffene Person ihre Verständigung nach Abs. 1 abgelehnt hat. Abs. 3 kommt schließlich nicht bei der Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters zur Anwendung (in § 120 Abs. 3 wird bloß die sinngemäße Anwendung der §§ 123 Abs. 1, nicht aber des § 127 angeordnet).

Freilich sind Angehörige nicht immer leicht auffindbar. Damit es nicht zu langen Verzögerungen bei der Suche nach einer Zustelladresse von Angehörigen kommt, muss nach **Abs. 4** lediglich ein geringfügiger Aufwand zur Ermittlung der Abgabestelle betrieben werden. Dies wird etwa die Einholung einer Zentralmeldeauskunft umfassen. Kann die Abgabestelle solcherart nicht ermittelt werden, so ist der betreffende Angehörige wie eine nicht aktenkundige Partei zu behandeln und von einer Verständigung desselben abzusehen. Gleiches gilt, wenn der Angehörige zu einer Äußerung nicht nur vorübergehend unfähig ist, also etwa im Koma liegt.

Das bedeutet, dass die speziellen Rekursregelungen des § 46 Abs. 2 AußStrG zum Tragen kommen: Die nicht aktenkundige Partei hat demnach nur solange ein Rekursrecht, als noch eine aktenkundige Partei einen Rekurs erheben oder eine Rekursbeantwortung einbringen kann (*Klicka in Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>4</sup> § 46 Rz 3).

### **Zum 3. Unterabschnitt:**

#### **Zu § 128 AußStrG:**

**Abs. 1** erster Satz entspricht im Wesentlichen dem geltenden § 128 Abs. 1 erster Halbsatz AußStrG und gilt für alle Verfahren zur Änderung, Übertragung, Erneuerung und Beendigung der Erwachsenenvertretung. Unter Änderung ist jede Erweiterung oder Einschränkung des Wirkungsbereichs des bestellten Erwachsenenvertreters zu verstehen. Neu kommen das Verfahren über die Erneuerung (siehe dazu ausführlich Abs. 3 und Abs. 4) und das Verfahren über die Übertragung der Erwachsenenvertretung hinzu. Das Verfahren über die Umbestellung eines Sachwalters richtet sich aktuell nach den allgemeinen Regelungen des I. Hauptstücks des AußStrG (*Schauer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 128 Rz 29). Dies führt in der Praxis immer wieder zu Unklarheiten (RIS-Justiz RS0120329). Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Sondervorschriften für Verfahren über die Erwachsenenvertretung auf Umbestellungsverfahren generell nicht angewendet werden sollen. § 128 soll daher auch für solche Verfahren gelten. Die Vorschriften über das Bestellungsverfahren sind anzuwenden. Das heißt insbesondere, dass in den in Abs. 1 angeführten Verfahren die Regelungen über die Verfahrensrechte, den einstweiligen Erwachsenenvertreter, über die Einholung eines Gutachtens und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (beides – aufgrund der Sonderregel des Abs. 3 – in der Regel nur, wenn vom Gericht für erforderlich gehalten), über die Beschlussbestandteile und die Begründung sowie über die Zustellung des Beschlusses jedenfalls an die betroffene Person, weiters über die Verständigungspflichten und die Kostentragung sowie die Angehörigenrechte gelten.

Der zweite Satz enthält eine Ausnahme von § 124 des Entwurfs (die sich zwar aus einer sinngemäßen Anwendung des § 124 ergäbe, hier aber ausdrücklich normiert werden soll): Bei der Einschränkung oder Beendigung der Erwachsenenvertretung hat der Bund stets die Kosten endgültig zu tragen. Ansonsten – also bei der Erweiterung, Erneuerung und Übertragung oder auch bei Abweisung eines Einschränkung- oder Beendigungsantrags – kommen nach § 128 erster Satz des Entwurfs die Regelungen des Bestellungsverfahrens zur Anwendung; die betroffene Person hat somit die Kosten selbst zu tragen, soweit dies nicht ihren Unterhalt gefährdet.

Im dritten Satz wird klargestellt, dass § 125 nur auf den Beschluss über die Erweiterung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung anzuwenden ist. Einem Übertragungsbeschluss etwa kann also sofortige Verbindlichkeit zuerkannt werden.

Auch **Abs. 2** gilt für alle in Abs. 1 genannten Verfahren. Demnach kommt dem zuletzt bestellten (also dem immer noch vertretungsbefugten) gerichtlichen Erwachsenenvertreter die Möglichkeit zu, Anträge auf Einleitung eines Verfahrens im Sinn des Abs. 1 zu stellen. Wurde vor dem in § 123 Abs. 1 Z 4 des Entwurfs genannten Zeitpunkt ein Antrag auf Erneuerung gestellt oder das Verfahren von Amts wegen eingeleitet, so bleibt die Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erneuerung aufrecht. Dass der zuletzt bestellte gerichtliche Erwachsenenvertreter Rechtsbeistand in diesem Verfahren ist, entspricht dem geltenden § 128 Abs. 1 zweiter Halbsatz AußStrG (aufgrund der Verweisung in Abs. 1 auf die Vorschriften des Bestellungsverfahrens kann aber auch ein selbstgewählter Vertreter eingesetzt werden). Bei der Übertragung der Erwachsenenvertretung, der ja der Tod des Vertreters oder ein getrübt Verhältnis der betroffenen Person zu ihrem Vertreter zugrunde liegen kann (vgl. § 246 Abs. 3 Z 2 ABGB des Entwurfs), kann für das Verfahren allenfalls (etwa im Fall des Todes oder einer materiellen Kollision des bisherigen Vertreters) ein anderer Vertreter zu bestellen sein.

**Abs. 3** regelt, wann eine Abklärung eingeholt und eine Erstanhörung durchgeführt werden muss, und zwar wiederum mit Blick auf alle in Abs. 1 angeführten Verfahren:

Ad Z 1: Nach geltendem Recht werden Sachwalter auf unbestimmte Zeit eingesetzt; die Gerichte beenden Sachwalterschaften verhältnismäßig selten vor dem Lebensende der vertretenen Person. Die Überprüfung,

ob die Voraussetzungen für die Sachwalterschaft noch gegeben sind, erschöpft sich vielfach darin, schriftlich beim Sachwalter oder der Betreuungseinrichtung anzufragen, ob die Sachwalterschaft weiterhin erforderlich ist. Eine Verpflichtung des Gerichts, sich einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, gibt es nicht (*Stabentheiner in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 278 Rz 4). Diese Rechtslage soll nun verbessert werden. Die gerichtliche Erwachsenenvertretung soll jedenfalls nach drei Jahren enden (siehe § 246 Abs. 1 Z 6 ABGB des Entwurfs). Kann die betroffene Person weiterhin nicht ohne Vertreter am Rechtsverkehr teilnehmen und sind immer noch keine Alternativen vorhanden, aber Angelegenheiten zu besorgen, so kann die Erwachsenenvertretung erneuert werden. Das Erneuerungsverfahren ist dem Bestellungsverfahren nachgebildet, die Voraussetzungen dort sind Maßstab für die Erneuerung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung. So hat nach Abs. 3 das Gericht beim Erneuerungsverfahren jedenfalls den Erwachsenenschutzverein zu befragen und eine Erstanthörung durchzuführen. Der Erwachsenenschutzverein muss insbesondere klären, weswegen eine Vertretung tatsächlich immer noch notwendig ist. Selbstverständlich können, wenn das Gericht dies für erforderlich hält, auch ein Gutachten eingeholt und eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Ad Z 2: Da der Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters einen engeren Zuschnitt erhalten soll, ist damit zu rechnen, dass es häufig Erweiterungsverfahren gibt. In den Verfahren zur Erweiterung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung sind die Abklärung und die Erstanthörung bloß dann obligatorisch, wenn die Erwachsenenvertretung auf die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen, die Entscheidung über eine dauerhafte Änderung des Wohnortes oder auf Angelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes erweitert werden soll (vgl. den geltenden § 284f Abs. 3 ABGB). Im Sinn des knapperen Zuschnitts des Wirkungsbereichs in § 272 Abs. 1 des Entwurfs soll aber bloß von „einzelnen oder Arten von Angelegenheiten“ im Zusammenhang mit medizinischen Behandlungen oder dem außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb die Rede sein.

„In allen anderen Verfahren“, also in Verfahren zur Erweiterung (soweit nicht auf die in Z 2 angeführten Angelegenheiten erweitert werden soll) sowie zur Einschränkung, Übertragung und Beendigung hat sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von der betroffenen Person zu verschaffen, einen Sachverständigen zu bestellen oder eine mündliche Verhandlung durchzuführen, wenn es dies für erforderlich hält. Dies gilt auch für die Einholung einer Abklärung durch den Erwachsenenschutzverein; nur in Übertragungsverfahren besteht diese Möglichkeit nicht, da die in solchen Verfahren üblichen Fragestellungen (Überprüfung der Eignung und Tätigkeit des bisherigen Erwachsenenvertreters) nicht dem Zweck der Abklärung entsprechen.

Ein entsprechender Antrag der betroffenen Person zwingt das Gericht – anders als im Bestellungsverfahren und in den in Abs. 3 Z 1 und 2 angeführten Verfahren – nicht dazu, etwa eine Abklärung einzuholen oder eine Anhörung durchzuführen. Es wird einem solchen Antrag etwa dann nicht entsprechen, wenn es bereits unmittelbar zuvor eine Abklärung eingeholt oder eine Anhörung durchgeführt hat. Damit sollen die Ressourcen bei wiederholten Anträgen in kurzer Folge, die zu keinem anderen Ergebnis führen dürften, geschont werden.

**Abs. 4** gilt für das Verfahren zur Erneuerung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung. Damit das Erneuerungsverfahren rechtzeitig eingeleitet werden kann, hat nach Abs. 4 das Gericht die betroffene Person ein halbes Jahr vor Ende des Vertretungsverhältnisses davon zu informieren. In der Phase vor der Einleitung des Erneuerungsverfahrens hat die betroffene Person noch keinen Verfahrensvertreter, daher ist auch eine Zustellung an den gerichtlichen Erwachsenenvertreter vorgesehen. Wenn vor Ablauf der Frist der Antrag auf Erneuerung gestellt oder – sollte eine Erneuerung von Amts wegen erforderlich sein – das Verfahren auch ohne einen solchen Antrag eingeleitet wird, bleibt die Bestellung des Erwachsenenvertreters aufrecht. Als Nachweis für den Rechtsverkehr ist dem Vertreter eine Bestätigung über das Einbringen des Erneuerungsantrags auszustellen. Das Verfahren wird in der Regel durch die Befassung des Erwachsenenschutzvereins eingeleitet werden. Wird ein Erneuerungsverfahren nicht rechtzeitig eingeleitet, so ist die Erwachsenenvertretung beendet. Dies ist mit deklarativem Beschluss festzustellen. Ein Rechtsmittel ist dagegen nicht möglich, weil die betroffene Person und der gerichtliche Erwachsenenvertreter ohnedies vorher verständigt wurden und ein Antragsrecht gehabt hätten. Die Möglichkeit eines Antrags bzw. einer Anregung auf Bestellung eines Erwachsenenvertreters bleibt ihnen jedoch unbenommen.

#### **Zum 4. Unterabschnitt:**

##### **Zu § 129 AußStrG:**

In § 242 Abs. 2 ABGB neu ist die Anordnung eines Genehmigungsvorhalts vorgesehen. Meist wird der Genehmigungsvorbehalt im Rahmen des Bestellungsverfahrens ausgesprochen werden (siehe § 123 Abs. 2 AußStrG neu). Ebenso kann schon bei der Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters nach § 120 AußStrG ein Genehmigungsvorbehalt angeordnet werden. Allerdings ist es auch möglich, den

Vorbehalt erst nachträglich während aufrecht bestehender gerichtlicher Erwachsenenvertretung anzuordnen. Zudem ist ein Genehmigungsvorbehalt nach § 242 Abs. 2 letzter Satz ABGB des Entwurfs vom Gericht aufzuheben, wenn er nicht mehr erforderlich ist. Für diese Verfahren sind einige spezielle – vom Allgemeinen Teil des AußStrG abweichende – Verfahrensregelungen erforderlich. Da es sich bei dieser Einschränkung um einen massiven Eingriff in die Selbstbestimmung handelt, hat sich das Gericht jedenfalls vor der Anordnung einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, bei Aufhebung des Genehmigungsvorbehalts dagegen nur, wenn das Gericht dies für geboten hält. Weiters kann auch in solchen Verfahren erforderlichenfalls der Erwachsenenschutzverein mit der Abklärung beauftragt, ein Gutachten eingeholt und eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Da die Anordnung des Genehmigungsvorbehalts dringlich sein kann, soll die Erstanthörung im Sinn des § 120 Abs. 2 des Entwurfs – auch wenn dies nicht im Rahmen der Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters geschieht – auch nachgeholt werden können. Angesichts der Tatsache, dass der Vorbehalt eine konstitutive Einbuße der Geschäftsfähigkeit bewirkt, sollen der betroffenen Person die Verfahrensrechte nach dem vorgesehenen § 116a zukommen. Die in § 126 des Entwurfs vorgesehenen Verständigungen können auch hier zur Anwendung kommen.

#### **Zum 5. Unterabschnitt:**

##### **Zu § 130 AußStrG:**

Im vorgeschlagenen § 130 AußStrG finden sich die Verfahrensbestimmungen zu dem in § 259 Abs. 1 ABGB des Entwurfs geregelten Lebenssituationsbericht. Bei Antritt der Erwachsenenvertretung haben der gewählte, der gesetzliche und der gerichtliche Erwachsenenvertreter nach **Abs. 1** einen Lebenssituationsbericht vorzulegen (den Inhalt regelt § 259 Abs. 1 ABGB des Entwurfs). Der Vertreter muss den Bericht binnen vier Wochen nach Beginn seiner Vertretungsbefugnis dem Gericht übermitteln.

Wie nach geltendem Recht (vgl. § 130 letzter Satz AußStrG) kann das Gericht nach **Abs. 2** dem Erwachsenenvertreter jederzeit einen Auftrag zu einem solchen Bericht erteilen. Dies wird etwa dann sinnvoll sein, wenn das Gericht den Eindruck hat, der Erwachsenenvertreter könnte mit seiner Aufgabe überfordert sein, aber noch zu wenige Anhaltspunkte für die Einleitung eines Bestellungsverfahrens gegeben sind.

Das Gericht kann nach Abs. 2 auch die Verpflichtung zum Lebenssituationsbericht einschränken, „soweit dadurch kein Nachteil für die vertretene Person zu besorgen ist“. Die Formulierung entspricht jener in § 135 Abs. 2 AußStrG für die Befreiung von der Rechnungslegungspflicht. Davon wird etwa auszugehen sein, wenn sich die vertretene Person voraussichtlich in einem gesundheitlich nicht mehr verbesserbaren Zustand in einem Heim befindet und dennoch eine Beendigung nicht in Frage kommt (zB bei gewählter Erwachsenenvertretung).

Für das Verfahren gilt § 116a des Entwurfs; das bedeutet, dass die betroffene Person als verfahrensfähig gilt und ihr Beschlüsse jedenfalls zuzustellen sind.

§ 126 Abs. 3 AußStrG in der geltenden Fassung entsprechend hat das Gericht nach **Abs. 3** jeder Person, die ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, auf schriftliche Anfrage über die Person eines Vorsorgebevollmächtigten und eines gewählten, gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertreters (zum Zweck der eindeutigen Identifizierbarkeit inklusive Geburtsdatum und Adresse) sowie über dessen Wirkungsbereich, soweit er dem Gericht bekannt ist, Auskunft zu erteilen. Damit soll dem legitimen Interesse etwa potentieller Vertragspartner Rechnung getragen werden, ob die ihnen gegenüber zB als Erwachsenenvertreter auftretende Person tatsächlich als Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter wirksam eingesetzt ist. Das rechtliche Interesse ist – etwa durch Vorlage des Vertragsentwurfs – zu bescheinigen. Soweit der Vertretungsumfang dem Gericht nicht bekannt (weil – wie im Fall der Vorsorgevollmacht und gewählten Erwachsenenvertretung – im ÖZVV nicht ersichtlich) ist, ist er vom Vertreter durch Vorlage der Vollmachtsurkunde nachzuweisen.

#### **Zum 6. Unterabschnitt:**

Der 6. Unterabschnitt gilt – da es sich um besonders schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Rechtssphäre handelt – ausnahmsweise auch für den Vorsorgebevollmächtigten.

##### **Zu § 131 AußStrG:**

Verfahrensgegenstand des in **Abs. 1** geregelten Verfahrens kann entweder die Genehmigung der Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters zu einer medizinischen Behandlung der betroffenen Person, die eine Behandlung erkennbar ablehnt, die Ersetzung der von einem solchen Vertreter verweigerten Zustimmung zu einer Behandlung bzw. ihrer Fortführung oder die Genehmigung der Zustimmung eines solchen Vertreters zu einer Forschung an der betroffenen Person,



die diese ablehnt, sein. In solchen Verfahren hat das Gericht zur Vertretung der betroffenen Person den Erwachsenenschutzverein zum besonderen Rechtsbeistand zu bestellen, dies aus folgenden Gründen:

Die Vertretung durch den Vorsorgebevollmächtigten bzw. Erwachsenenvertreter selbst ist nicht möglich, da dieser offenkundig anderer Meinung als die betroffene Person ist und daher nicht für eine unbefangene Vertretung sorgen kann. Gerade bei einer „Zwangsbehandlung“ im weiteren Sinn (also einer Behandlung oder Forschung gegen den Willen des Patienten, wenn auch nicht unter Überwindung körperlichen Widerstands) bedarf die betroffene Person eines unabhängigen Rechtsbeistands. Da es sich bei der medizinischen Behandlung bzw. Forschung um sehr spezifische Fragen handelt und hier – abgesehen von der Wahrung der Verfahrensrechte – besonders den Wünschen und dem Willen der betroffenen Person Rechnung getragen werden soll, soll zwingend der – in diesen Belangen besonders versierte – Erwachsenenschutzverein tätig werden. Dieser vertritt jedoch bloß im Verfahren, ihm kommen keine Zustimmungsrechte in Bezug auf die Behandlung zu.

Ist der Erwachsenenschutzverein bereits als Erwachsenenvertreter für die betroffene Person eingesetzt, so hat das Gericht keinen besonderen Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird in solchen Fällen – basierend insbesondere auf dem Gutachten (siehe dazu gleich) – die Interessen der betroffenen Person selbst zu wahren haben.

Da eine gerichtliche Genehmigung nur mehr bei Dissens zwischen Vertreter und vertretener Person vorgesehen ist, ist es besonders wesentlich, die Frage der Erforderlichkeit der Behandlung zu klären. Hier muss sich das Gericht ausreichend (medizinische) Entscheidungsgrundlagen verschaffen, es ist daher jedenfalls ein Sachverständiger beizuziehen.

Zwar können bereits beendete medizinische Behandlungen nicht zum Gegenstand eines Genehmigungsverfahrens nach § 131 Abs. 1 des Entwurfs gemacht werden. Das Genehmigungsverfahren ist aber dann fortzusetzen, wenn die medizinische Behandlung zwischenzeitig beendet worden ist. Auf diese Weise soll vermieden werden, dass Behandlungen beendet werden, um der gerichtlichen Entscheidung die Grundlage zu entziehen (siehe auch die Erläuterungen zu § 254 ABGB des Entwurfs). Das Gericht hat dabei im Anwendungsbereich des § 253 Abs. 3 ABGB des Entwurfs zu prüfen, ob dem Patienten ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter zu bestellen oder der Wirkungsbereich eines solchen auszuweiten ist; dabei wird es zentral um die Frage gehen, ob der Patient insoweit entscheidungsunfähig ist. Im Anwendungsbereich des § 254 Abs. 3 ABGB des Entwurfs geht es um die Frage, welcher Entscheidung der Vorzug zu geben ist, jener der vertretenen Person oder jener ihres Vertreters.

Die rechtliche Zulässigkeit der bisher vorgenommenen medizinischen Behandlung ist in beiden Fällen nicht Verfahrensgegenstand. Insoweit unterscheidet sich dieses Regelungsregime von jenem des § 38a UbG. Erwachsenenschutzverfahren haben immer nur die Vertretung der schutzberechtigten Personen zum Gegenstand, was insbesondere daran deutlich wird, dass nur sie Partei des Verfahrens sind. Die behandelnde Person wäre – anders als im Verfahren nach § 38a UbG – am Verfahren nicht beteiligt, müsste aber eine allfällige Unzulässigkeitsentscheidung des Gerichts gegen sich wirken lassen; dies ist mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens unvereinbar.

Nach **Abs. 2** hat sich das Gericht im Verfahren über die Genehmigung der Entscheidung des Erwachsenenvertreters oder Vorsorgebevollmächtigten über die dauerhafte Wohnortänderung der betroffenen Person stets einen persönlichen Eindruck von dieser zu machen. Gibt die betroffene Person dem Richter gegenüber zu erkennen, dass sie ihren Wohnort nicht ändern will, so hat der Richter den Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErwSchVG) mit der Abklärung zu beauftragen. Dies erscheint hier (im Gegensatz zu Abs. 1) zweckmäßig, da insbesondere das soziale Umfeld und die Fähigkeiten der betroffenen Person geklärt werden müssen, es aber nicht unbedingt der speziellen „Sprachrohrfunktion“ des Erwachsenenschutzvereins in Gestalt eines besonderen Rechtsbeistands bedarf.

Ist die dauerhafte Wohnortänderung bereits im Bestellungsverfahren oder Erweiterungsverfahren ein Thema, so gilt Folgendes: In beiden Fällen ist eine Abklärung obligatorisch (zum Erweiterungsverfahren siehe § 128 Abs. 3 des Entwurfs), sie hat jeweils am Beginn des Verfahrens stattzufinden. Aus verfahrensökonomischen Gründen empfiehlt es sich, dass der Verein – sollte sich bereits im Rahmen der Abklärung nach §§ 117a bzw. 128 Abs. 3 des Entwurfs Anhaltspunkte für die ablehnende Haltung der betroffenen Person ergeben – dies dem Gericht mitteilt und mit dessen Einvernehmen sogleich die ergänzende Abklärung vornimmt. Den persönlichen Eindruck von der betroffenen Person in Bezug auf die Wohnortänderung kann das Gericht diesfalls im Rahmen der Erstanthörung nach § 118 des Entwurfs nachholen.

Nach **Abs. 3** ist überdies im Verfahren über die Genehmigung der Zustimmung zu einer medizinischen Maßnahme, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit der betroffenen Person zum Ziel hat, zur Vertretung der betroffenen Person der Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErwSchVG) zum besonderen Rechtsbeistand zu bestellen. Auch hier kommen dem besonderen Rechtsbeistand bloß Vertretungs- und

keine Zustimmungsrechte zu (siehe dazu ausführlich *Schauer/Cohen* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 131 Rz 32ff). So wie derzeit schon in § 131 AußStrG vorgesehen, soll das Gericht zwei voneinander unabhängige Sachverständige beiziehen.

#### **Zu den §§ 131a ff AußStrG:**

Die Änderungen dienen der terminologischen Anpassung. Im Sinn der im internationalen Zusammenhang gebräuchlichen Terminologie soll hier vom „Erwachsenen“ gesprochen werden. Gemeint ist eine im Sinn des § 21 Abs. 1 ABGB des Entwurfs „schutzberechtigte Person“, soweit sie volljährig ist und nicht unter Kuratel steht (vgl. *Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung, Art. 1 HESÜ Rz 4).

#### **Zu den §§ 132 bis 140 AußStrG:**

Der Begriff „Pflegebefohlener“ kann in den angeführten Bestimmungen im Hinblick auf die neue Terminologie im Erwachsenenvertretungsrecht (siehe dazu im Detail die Erläuterungen zu § 21 ABGB des Entwurfs) nicht mehr weitergeführt werden. Die Abschnittsüberschrift soll daher nunmehr „Vermögensrechte von Personen unter gesetzlicher Vertretung“ lauten. Damit ist „gesetzliche Vertretung“ im Sinn des § 1034 ABGB des Entwurfs gemeint. Die Person soll hier – weil dies die Voraussetzung dieser Regelungen ist – als „vertretene“ bezeichnet sein. Aus den materiell-rechtlichen Bestimmungen der §§ 258 und 259 ergibt sich freilich, dass die §§ 132 bis 138 für Personen mit einem Vorsorgebevollmächtigten nicht anwendbar sind.

Die übrigen Änderungen sind überwiegend Folge der neuen Terminologie; teilweise wird auch der seit längerer Zeit nicht angepasste Betrag von 10 000 Euro auf 15 000 Euro angehoben.

#### **Zu § 133 AußStrG:**

§ 133 führt näher aus, wie die Gerichte die in § 259 Abs. 2 zweiter Satz ABGB des Entwurfs grundlegende Überwachung der Vermögensverwaltung im Rahmen der Erwachsenenvertretung auszuüben haben.

In **Abs. 2** wird – analog zur Regelung für Eltern, Großeltern oder Pflegeeltern im Rahmen der Obsorge – die Überwachung der Vermögensverwaltung durch nächste Angehörige im Sinn des § 268 Abs. 2 ABGB (dazu zählen auch in der Erwachsenenvertreter-Verfügung Bezeichnete) eingeschränkt, und zwar unabhängig davon, ob diese als gewählte, gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertreter tätig werden: Das Gericht hat die Verwaltung des Vermögens nur zu überwachen, wenn eine unbewegliche Sache zum Vermögen gehört oder der Wert des Vermögens oder der Jahreseinkünfte 15 000 Euro wesentlich übersteigt.

**Abs. 3** schränkt die Überwachung für Erwachsenenschutzvereine in Analogie zu jener der Kinder- und Jugendhilfeträger – noch weiter ein: Sie haben ihre Verwaltungstätigkeit grundsätzlich ohne Kontrolle des Gerichts durchzuführen und sind ausschließlich zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr für das Wohl der vertretenen Person zu beaufsichtigen.

Während nächsten Angehörigen eine weitgehend überwachungsfreie Vermögensverwaltung aufgrund ihrer in der Regel engen Verbundenheit mit der vertretenen Person zugestanden wird, bedarf der Erwachsenenschutzverein infolge der Verwaltungstätigkeit durch geschultes und dadurch geeignetes Personal und interner Kontrollmechanismen im Allgemeinen keiner gerichtlichen Aufsicht (so zu den Ausnahmen für Eltern, Großeltern, Pflegeeltern und Kinder- und Jugendhilfeträger ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 86). Dadurch, dass das Regelungsregime für die Überwachung anderer mit Obsorge betrauter Personen übernommen wird, können die entsprechenden Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre nutzbar auch im gegenständlichen Zusammenhang gemacht werden.

#### **Zu § 135 AußStrG:**

Zunächst ist festzuhalten, dass § 134 AußStrG in näherer Ausgestaltung des § 259 Abs. 2 erster Satz ABGB des Entwurfs auch für Erwachsenenvertreter zur Anwendung kommt: Das bedeutet, dass diese gegenüber dem Gericht zum Ablauf des ersten vollen Jahres der Überwachung (Antrittsrechnung), danach in angemessenen Zeitabständen von höchstens drei Jahren (laufende Rechnung) sowie nach Beendigung der Vermögensverwaltung (Schlussrechnung) Rechnung zu legen haben. Lehre und Rechtsprechung zu § 134 AußStrG können für die Rechnungslegung des Erwachsenenvertreters übernommen werden. Wird vor Ablauf der drei Jahre die gesetzliche Erwachsenenvertretung wieder eingetragen (§ 246 Abs. 1 Z 5 ABGB) oder die gerichtliche Erwachsenenvertretung erneuert (§ 246 Abs. 1 Z 6 ABGB) kommt es zu keiner Beendigung der Vertretung und damit ist weder eine Schlussrechnung noch eine erneute Antrittsrechnung zu erstatten.

§ 135 wird ebenfalls weitgehend für die Erwachsenenvertretung übernommen. In **Abs. 1** werden nächste Angehörige im Sinn des § 268 Abs. 2 ABGB sowie Erwachsenenschutzvereine – wie bisher schon Eltern, Großeltern und Pflegeeltern sowie Kinder- und Jugendhilfeträger im Rahmen der Obsorge – von der

Pflicht zur laufenden Rechnungslegung befreit, soweit nicht das Gericht aus besonderen Gründen anderes verfügt. Wiederum kann Rechtsprechung und Lehre zum geltenden § 135 Abs. 1 AußStrG auf den neuen Regelungsbereich übertragen werden. Zu den Gründen der Privilegierung dieser Erwachsenenvertreter siehe die Erläuterungen zu § 133 des Entwurfs.

**Abs. 2**, der nicht verändert wird, kommt ebenfalls für Erwachsenenvertreter zur Anwendung. Das Gericht kann also dessen Verpflichtung zur laufenden Rechnung einschränken, soweit dadurch für die vertretene Person kein Nachteil zu besorgen ist.

In **Abs. 3** soll – ganz im Sinn der herrschenden Meinung (siehe *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 135 Rz 27) – klargestellt werden, dass der Vertreter Rechnungen und ähnliche Belege bis zum Ende der Vermögensverwaltung aufzubewahren hat (was in der Regel in deren Übergabe an den Vertretenen, seinen neuen Vertreter oder die Verlassenschaft mündet).

#### **Zu § 137 AußStrG:**

**Abs. 2** soll den bisherigen § 137 Abs. 2 ersetzen und die zu treffenden gerichtlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Ansprüchen von gesetzlichen Vertretern regeln. Dabei soll der bislang für Sachwalter und Kuratoren geltende § 276 Abs. 4 ABGB – mit angepasstem Inhalt – im neuen Abs. 2 aufgehen. Zudem soll der Kritik im Begutachtungsverfahren insofern Rechnung getragen werden, als das Gericht nicht nur über das Bestehen, sondern auch über die Geltendmachung der Ansprüche entscheiden soll. So ist für alle Beteiligten Rechtssicherheit gewährleistet. Die neue Regelung soll aber nicht nur für gerichtliche Erwachsenenvertreter und Kuratoren, sondern für alle gesetzlichen Vertreter gelten, da eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt erscheint.

Grundsätzlich wird an der im Begutachtungsverfahren vorgeschlagenen Konzeption festgehalten, wonach die vermögensrechtlichen Ansprüche des gerichtlichen Erwachsenenvertreters und des Kurators nunmehr unabhängig von den Lebensbedürfnissen der vertretenen Person entstehen und lediglich die Entnahme bzw. Geltendmachung durch die Rücksichtnahme auf die finanzielle Situation der vertretenen Person eingeschränkt wird. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Vertreter seine Ansprüche zu einem späteren Zeitpunkt durchsetzen kann, sollte sich die finanzielle Situation der vertretenen Person bessern (zB durch eine Erbschaft oder den Verkauf einer Liegenschaft). Andernfalls wäre der Vertreter gegenüber anderen Gläubigern in einer sachlich nicht gerechtfertigten Weise benachteiligt. Zunächst hat das Gericht daher über Antrag des Vertreters über das Bestehen der Ansprüche zu entscheiden und diese der Höhe nach zu bestimmen. Der Antrag wird zweckmäßig zugleich mit der Bestätigung der Rechnung gestellt werden. Ist der Vertreter jedoch von der Rechnungslegung befreit, soll er den Antrag auch unabhängig davon stellen können.

Auf Antrag hat das Gericht soweit zur Entnahme der Beträge aus dem Vermögen der vertretenen Person zu ermächtigen bzw. die vertretene Person zur Leistung der Beträge zu verpflichten (wenn der Vertreter nicht [mehr] auf das Vermögen der zugreifen kann), als die vertretene Person die Zahlung ohne Beeinträchtigung ihres notwendigen Unterhalts im Sinn des § 63 Abs. 1 ZPO bestreiten kann. Hier zeigt sich eine weitere Änderung im Vergleich zum Begutachtungsentwurf. Bislang wurde im geltenden Recht (§ 276 Abs. 4 ABGB) und auch im Begutachtungsentwurf (§ 276 Abs. 5 und § 283 Abs. 5 ABGB) im Hinblick auf die finanzielle Situation der vertretenen Person auf die „Gefährdung der Befriedigung der Lebensbedürfnisse“ abgestellt. Dieses Kriterium hat jedoch keine festen Konturen in der Rechtsprechung erhalten. Darüber hinaus wurden im Begutachtungsverfahren mehrfach das Bedürfnis nach mehr Rechtssicherheit und der Wunsch nach einer klaren Untergrenze geäußert. Daher soll in Zukunft im Einklang mit den Grundsätzen der Verfahrenshilfe auf die Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts abgestellt werden (§ 63 ZPO). Durch die gefestigte Rechtsprechung in diesem Bereich soll mit der neuen Regel mehr Klarheit und Rechtssicherheit geschaffen werden. Ein weiterer Vorteil gegenüber dem Abstellen zB auf das Existenzminimum besteht darin, dass damit sowohl die Einkünfte als auch das Vermögen der vertretenen Person angemessen berücksichtigt werden können. Der Vertreter kann den Antrag gleichzeitig mit dem Antrag auf Bestimmung der Ansprüche oder auch zu einem späteren Zeitpunkt – etwa wenn bekannt wird, dass sich die Vermögenslage der vertretenen Person gebessert hat – stellen. Hinzuweisen ist darauf, dass bei Bemessung des notwendigen Unterhalts auf behinderungsbedingte Mehraufwendungen Bedacht genommen werden muss. Diese sind der PflEGschaftsrechnung zu entnehmen (Kosten für Heimhilfe, Besuchsdienst, Essen auf Rädern, Therapien usw.). Weiters sind Einnahmen, die der Deckung eines krankheitsbedingten Pflegebedarfs dienen (wie das Pflegegeld), nicht in die Bemessungsgrundlage für die Beurteilung der Verfahrenshilfsvoraussetzungen einzurechnen.

Im Begutachtungsverfahren wurden auch Bedenken geäußert, wie vorzugehen sei, wenn der Vertreter keine Information über das Vermögen der vertretenen Person hat. Diesem Einwand soll mit dem Verweis auf das Beibringen eines Vermögensbekenntnisses (§ 66 Abs. 1 ZPO) und der Anwendbarkeit von § 66

Abs. 2 zweiter und dritter Satz ZPO begegnet werden. Folgt die vertretene Person den Aufforderungen des Gerichts nicht, so ist – angelehnt an den allgemeinen Grundsatz des § 34 AußStrG – die Höhe des Betrages nach freier Überzeugung festzusetzen.

Schließlich wird auch die ursprünglich vorgesehene Beschränkung der Entnahme der Entschädigung in Hinblick auf die Gefährdung anderer Gläubiger fallen gelassen. Hier soll mit den allgemeinen Gläubigerschutzbestimmungen das Auslangen gefunden werden.

**Abs. 3** enthält terminologische Anpassungen.

#### **Zu § 138 AußStrG:**

Die Änderungen in § 138 sind Folge der neuen Terminologie (vgl. auch § 126 Abs. 2 des Entwurfs).

Dass die Bestimmung nicht nur auf das Ende der Minderjährigkeit, sondern auch auf jenes der Erwachsenenvertretung (im Bereich der Vermögensverwaltung) anzuwenden ist, soll lediglich der Klarstellung dienen (in diesem Sinn etwa *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 138 Rz 11; *Traar et al.*, Sachwalterrecht und Patientenverfügung § 138 AußStrG Rz 1).

#### **Zu § 139 AußStrG:**

Nach **Abs. 1** soll die vertretene Person nicht mehr nur von allen vom Gericht nach dem 10. Hauptstück getroffenen Maßnahmen in Kenntnis zu setzen sein, und zwar noch dazu nur soweit dies ihrem Wohl dient. Den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens folgend soll vielmehr § 116a AußStrG sinnngemäße Anwendung finden, weil auch Verfügungen nach diesem Hauptstück (Genehmigungen von Rechtshandlungen in der Vermögenssorge, Bestätigungen der Rechnungslegung, Entscheidungen über Anträge auf Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz) die vertretene Person – wie Erwachsenenschutzverfahren – unmittelbar in ihrer Rechtssphäre berühren. Sie soll daher stets als verfahrensfähig gelten und Adressat der gerichtlichen Zustellungen sein. Ferner soll ihr hier die Möglichkeit, sehr vereinfacht ein Rechtsmittel zu erheben, zustehen. Auch der mündige Minderjährige soll wirksam Verfahrenshandlungen vornehmen können.

#### **Zu § 141 AußStrG:**

Die Bestimmung des geltenden § 141 AußStrG hat in der Praxis zu Unsicherheiten geführt. Sie soll nun klarer gefasst werden. Tatsächlich hat die derzeitige Bestimmung zwei Regelungsbereiche, nämlich die Akteneinsicht und die Amtshilfe. Diese sollen nun zur besseren Verständlichkeit getrennt voneinander geregelt werden. Schon bisher waren Lehre und Rechtsprechung überwiegend der Ansicht, dass unter § 141 nicht nur die ausdrücklich erwähnten Einkommens- und Vermögensverhältnisse der vertretenen Person fallen, sondern – mittels eines Größenschlusses – auch Informationen zum Gesundheitszustand (vgl. etwa 4 Ob 38/13m; 2 Ob 194/14i; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 26). Dieser Meinungsstand soll nun in § 141 festgeschrieben werden.

Nach **Abs. 1** hat das Gericht über diese Daten nur unter folgenden Voraussetzungen Auskunft zu geben:

Der vertretenen Person und ihrem gesetzlicher Vertreter ist stets Auskunft zu gewähren (so auch der derzeit geltende § 141 AußStrG). Unter dem Begriff „gesetzlicher Vertreter“ sind alle in § 1034 ABGB des Entwurfs genannten Vertreter zu verstehen.

Das Akteneinsichtsrecht im Verlassenschaftsverfahren beschäftigte in jüngster Vergangenheit viele Gerichte, wobei die Entscheidungen teils divergieren. Herrschende Meinung ist, dass der Erbe der betroffenen Person ein Recht auf Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt hat, soweit dies die Einkommens- und Vermögensangelegenheiten betrifft (RIS-Justiz RS0125886; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 29; *Zankl/Mondel in Rechberger*, Kommentar zum AußStrG<sup>2</sup>, § 141 Rz 2). Dabei genügt es, dass die Person bereits eine Erbantrittserklärung abgegeben hat (*Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 30; LG Feldkirch 2 R 6/15w). Was die vermögensrechtlichen Verhältnisse betrifft, so sind der Erbe und die Person, die eine Erbantrittserklärung abgegeben hat, nicht Dritter im Sinne des § 219 ZPO, sondern (potentieller) Gesamtrechtsnachfolger sämtlicher Vermögensrechte des Betroffenen. Ein rechtliches Interesse benötigen sie daher für die Auskunftserteilung nicht (*Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 28). An dieser Rechtslage soll der Entwurf nichts ändern.

Strittig ist, ob Auskünfte auch über sonstige Umstände der vertretenen Person erteilt werden dürfen: § 141 AußStrG wirkt über den Tod der betroffenen Person hinaus. Überwiegend wird daher die Ansicht vertreten, dass den Parteien im Verlassenschaftsverfahren keine Akteneinsicht in sensible personenbezogene Daten der betroffenen Person zukommt (*Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 141 Rz 33; *Zankl/Mondel in Rechberger*, Kommentar zum AußStrG<sup>2</sup>, § 141 Rz 2; LG Feldkirch 2 R 21/14z, LGZ Wien 42 R 29/14x = EFSlg 144.632). Zu 2 Ob 194/14i führte der OGH hingegen aus, dass es Ziel des Sachwalterschaftsverfahrens sei, den Wünschen und Vorstellungen der betroffenen Person

gerecht zu werden. Dies umfasse auch die Durchsetzung des letzten Willens. Bei trotz Einigungsversuchs widersprechenden Erbantrittserklärungen erscheine es daher sinnvoll, Akteneinsicht in bestimmt und einzeln oder zumindest nach Gattungsmerkmalen zu bezeichnende (zB den Gesundheitszustand des Erblassers betreffende) relevante Teile des Sachwalterschaftsakts zu gewähren. Es müsse aber jeweils konkret dargelegt werden, warum die jeweiligen Aktenteile geeignet seien, die Erforschung des wahren letzten Willens des Erblassers substantiell zu verbessern. Dieses überzeugende Argument aufnehmend soll nun nach § 141 Abs. 1 zweiter Satz das Recht auf Akteneinsicht Erben und erbantrittserklärten Personen (dazu zählt auch der Bund im Fall des § 750 ABGB in der Fassung des ErbRÄG 2015) nach der verstorbenen ehemals vertretenen Person auch Informationen zum Gesundheitszustand zukommen, wenn dadurch ihrem wahren Willen zum Durchbruch verholfen werden kann. Dies muss vom Auskunftswerber entsprechend dargelegt werden.

In **Abs. 2** wird nun gesondert die Amtshilfe geregelt. Auch diese war in jüngerer Vergangenheit Gegenstand kontroverser Diskussionen. Die Amtshilfe zwischen Behörden und Gerichten ist das Pendant zum Einsichtsrecht der Verfahrensparteien (*Ganner*, iFamZ 2012, 295). Amtshilfe ist hier nicht bloß im Sinn des Art. 22 B-VG (Organen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper) zu verstehen, auch ausländische Rechtsträger sind erfasst, ebenso Gerichtskommissäre im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens.

Der im Ministerialentwurf vorgeschlagene Abs. 2 ist im Begutachtungsverfahren vehement kritisiert worden. Vorgebracht wurde, dass der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur im überwiegenden Allgemeininteresse, auf gesetzlicher Grundlage und unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinnehmen müsse. Menschen mit einem Erwachsenenvertreter dürften nicht wegen des für sie geführten Rechtsfürsorgeverfahrens zum „gläsernen Menschen“ werden. Diesen Einwänden soll Rechnung getragen werden:

Amtshilfe soll daher nicht schon dann zulässig sein, wenn dies zur Aufklärung irgendeiner mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung erforderlich scheint. Vielmehr sollen – einem Vorschlag *Ganners* folgend (iFamZ 2012, 300) – die Kriterien über die Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte gemäß § 116 StPO in Verbindung mit § 109 StPO übernommen werden. Dem entsprechend sollen nach Z 1 Auskünfte daher nur zur Aufklärung schwererer Straftaten (vorsätzlich begangene Straftaten und Vergehen, die in die Zuständigkeit des Landesgerichts fallen) erteilt werden dürfen. Dabei soll es allerdings keinen Unterschied machen, ob die Straftaten der vertretenen Person vorgeworfen werden oder Dritten. Angesichts der Schwere der Straftat überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung.

Zweitens soll Amtshilfe nicht stets dann zu gewähren sein, wenn die betroffene Person gesetzlich zur Mitwirkung an einem behördlichen Verfahren verpflichtet ist. Hier ist den Kritikern dieser Vorschrift zuzugestehen, dass es in der Regel wohl am gesetzlichen Vertreter liegen wird, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Er ist gemäß § 248 Abs. 3 Z 2 ABGB des Entwurfs von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden, wenn die vertretene Person zur Offenlegung verpflichtet ist. Nur wenn die Behörde – das kann auch ein Gericht sein – die für die angegebenen Zwecke erforderlichen Informationen nicht mit zumutbarem Aufwand auf diese oder eine andere Weise erhalten kann, soll Amtshilfe in Frage kommen (so auch die deutsche Rechtslage; vgl. *Ganner*, iFamZ 2012, 301). Sowohl die Erforderlichkeit als auch die Verhältnismäßigkeit sind von der ersuchenden Stelle darzutun.

Das Geheimhaltungsinteresse haben beide Stellen zu wahren, somit auch das ersuchende Gericht oder die ersuchende Behörde. Überdies ist das ersuchte Gericht verpflichtet, die schutzberechtigte Person und ihren Vertreter über die Auskünfte, die der Behörde erteilt wurden, zu informieren. Da eine sofortige Information in Strafverfahren aus kriminaltaktischen Erwägungen problematisch sein kann, darf diese nach Abs. 2 letzter Satz solange unterbleiben, als sonst der Zweck der Ermittlungen gefährdet wäre (vgl. § 70 Abs. 1 StPO). Da die Informationspflicht das ersuchte Gericht (das Pflegschaftsgericht) trifft, hat die um Amtshilfe ersuchende Behörde im Strafverfahren dem ersuchten Gericht mitzuteilen, dass eine sofortige Information den Zweck der Ermittlungen gefährden würde.

#### **Zu § 145a Abs. 3 AußStrG:**

Mit Abs. 3 soll erreicht werden, dass das ÖZVV (§ 140h NO) möglichst aktuell und vollständig ist. Die Beendigung einer Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung durch den Tod der vertretenen Person oder den Tod des Vertreters soll daher vom Gerichtskommissär, der die Todesfallaufnahme vornimmt, im ÖZVV eingetragen werden.

#### **Zu § 154 Abs. 2 AußStrG:**

§ 154 Abs. 2 Z 2 des Entwurfs soll den geltenden § 154 Abs. 2 Z 2 AußStrG ersetzen. Bislang hatte der Sachwalter ein Recht auf vorrangige Befriedigung vor den übrigen Gläubigern nur im Hinblick auf die

Beträge, die ihm vom Gericht für das letzte Jahr seiner Tätigkeit zuerkannt wurden. Nunmehr soll der gerichtliche Erwachsenenvertreter vorrangige Befriedigung hinsichtlich aller beschlussmäßig durch das Gericht zuerkannten Beträge erhalten. Dafür reicht es aus, dass die Beträge der Höhe nach bestimmt wurden.

#### **Zu § 207m AußStrG:**

Geregelt werden das Inkrafttreten und das Übergangsrecht. Grundsätzlich sind die neuen Verfahrensvorschriften nur auf Verfahren anzuwenden, die nach dem 30. Juni 2018 anhängig werden. Ein im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits anhängiges Verfahren über die Bestellung eines Sachwalters (nach Abs. 4 ebenfalls ein bereits anhängiges Verfahren über die Änderung, Übertragung und Beendigung der Sachwalterschaft) ist nach den neuen Verfahrensvorschriften (ausgenommen § 127) fortzusetzen, weil ab dem Inkrafttreten dieses Gesetzes kein Sachwalter mehr bestellt (bzw. dessen Wirkungsbereich verändert oder die Sachwalterschaft übertragen oder beendet) werden kann. Die Einholung einer Abklärung durch den Erwachsenenschutzverein liegt aber im Ermessen des Gerichts (ausgenommen in Übertragungsverfahren aufgrund von § 128 Abs. 3 letzter Satz des Entwurfs). Die Regelung des Abs. 3 entspricht jener des Sachwaltergesetzes 1983.

#### **Zur Zivilprozessordnung (ZPO):**

##### **Zu § 1 ZPO:**

Nach dem neuen Konzept der Erwachsenenvertretung soll die gerichtliche Bestellung oder gewählte bzw. gesetzliche Beistellung eines Erwachsenenvertreters die bürgerlich-rechtliche Handlungsfähigkeit der vertretenen Person auch in den vom Umfang der Erwachsenenvertretung umfassten Bereichen grundsätzlich unberührt lassen. Nur dann, wenn das Gericht einen so genannten Genehmigungsvorbehalt erlässt (also anordnet, dass der vertretene Erwachsene zu einer wirksamen Willenserklärung der Genehmigung seines Vertreters bedarf), wäre insoweit die Handlungsfähigkeit und folglich – gemäß § 1 ZPO idgF – auch die Prozessfähigkeit eingeschränkt.

Nach dem vorgeschlagenen § 1 ZPO bleibt die Bindung des Umfangs der Prozessfähigkeit an die materiell-rechtliche Verpflichtungsfähigkeit als Grundsatz aufrecht (bisheriger § 1 = neuer § 1 Abs. 1); es werden lediglich punktuell Begriffsanpassungen vorgenommen. Dies bedeutet, dass weiterhin grundsätzlich alle Personen insoweit prozessfähig sind, als sie nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig sind; ist jedoch die bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit einer Person eingeschränkt, so ist diese Person im Umfang der Beschränkung nicht prozessfähig.

Von diesem Grundsatz des Gleichklangs von Geschäfts- und Prozessfähigkeit wird gemäß dem vorgeschlagenen Abs. 2 dann abgegangen, wenn einer Person ein Erwachsenenvertreter bestellt wurde, dessen Wirkungskreis die Vertretung vor Gericht umfasst, oder wenn für sie eine gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung oder eine Vorsorgevollmacht für die Vertretung vor Gericht wirksam ist. In diesen Fällen soll die Partei – unabhängig von ihrer im Einzelfall vielleicht vorliegenden Geschäftsfähigkeit – jedenfalls prozessunfähig sein.

Dies bedeutet, dass die gerichtliche Bestellung oder gewählte bzw. gesetzliche Beistellung eines Erwachsenenvertreters oder eine wirksame Vorsorgevollmacht die Prozessfähigkeit der vertretenen Person dann beschränkt, wenn vom Aufgabenbereich des Erwachsenenvertreters oder Vorsorgebevollmächtigten auch die Vertretung vor Gericht mitumfasst ist. Kommt es im Zuge der Wahrnehmung anderer, nicht in den Aufgabenbereich des Vertreters fallender sonstiger Angelegenheiten der betroffenen Person zu einem Gerichtsverfahren, so kommt § 1 Abs. 1 ZPO zur Anwendung. Die betroffene Person ist daher insoweit grundsätzlich prozessfähig und es ist im Weiteren vom Prozessgericht zu beurteilen, ob ein Vorgehen nach § 6a ZPO angezeigt ist.

Besteht eine Erwachsenenvertretung oder wirksam gewordene Vorsorgevollmacht für die Vertretung in einem Gerichtsverfahren, so handelt die betroffene Person in diesen Verfahren durch ihren Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten als gesetzlichen Vertreter; sie kann daher in diesen Verfahren nicht parallel selbst wirksame Prozesshandlungen setzen oder einen gewillkürten Vertreter bestellen.

Sollte der Fall eintreten, dass die betroffene Person über verschiedene gesetzliche Vertreter für die Vertretung in einem bestimmten Gerichtsverfahren verfügt (etwa wenn sie mehrere gesetzliche oder gewählte Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigte hat), so soll der zweite Satz der vorgeschlagenen Bestimmung sicherstellen, dass – entsprechend der vergleichbaren Konstellation der Vertretung eines Kindes in gerichtlichen Verfahren (§ 169 Abs. 1 ABGB) – nur ein gesetzlicher Vertreter allein zur Vertretung im Verfahren berechtigt ist. Im Zweifel soll dies derjenige sein, der die erste Verfahrenshandlung setzt.

Die durch den vorgeschlagenen § 1 Abs. 2 bewirkte Einschränkung der Autonomie einer vertretenen volljährigen Person folgt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und wird damit den Vorgaben des

Art. 8 MRK ebenso gerecht wie den Grundsätzen des Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 der UN-Behindertenrechtskonvention.

Die vorgesehene Konsequenz der Prozessunfähigkeit soll den weitreichenden Schutz der vertretenen Person gewährleisten, zumal sich an den Mangel der Prozessfähigkeit weitreichende Nichtigkeitsfolgen knüpfen. Außerdem betrifft die Frage der Prozessfähigkeit lediglich das Außenverhältnis, also das Prozessrechtsverhältnis. Im Innenverhältnis, also in der rechtlichen Beziehung zum gesetzlichen Vertreter, gelten auch bei der Entscheidungsfindung im Zusammenhang mit den zu setzenden oder zu unterlassenden Prozesshandlungen die diesbezüglichen Vorgaben des ABGB.

Diese Schutzmaßnahme ist nicht zuletzt aufgrund der Vorgaben des Art. 6 MRK unumgänglich und dient auch der Wahrung der Interessen des Verfahrensgegners. Es soll nur der Vertreter allein wirksam im Verfahren handeln können. Andernfalls hätte das Prozessgericht jede einzelne Prozesshandlung der vertretenen Person auf ihre Wirksamkeit zu prüfen. Dies wäre mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, weil sich das Gericht diesfalls bei jeder einzelnen solchen Prozesshandlung mit der Frage von deren Wirksamkeit befassen müsste. Dies hätte in der Praxis wohl zur Konsequenz, dass das Prozessgericht – in jedem Verfahren mit Beteiligung einer vertretenen Person im Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters oder Vorsorgebevollmächtigten – einen Sachverständigen beiziehen müsste, und zwar während der gesamten Dauer des jeweiligen Verfahrens.

#### **Zu § 4 ZPO:**

Änderungen sind auch bei der Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters vorgesehen. Derzeit regelt der geltende § 158 Abs. 2 ABGB, dass ein Elternteil, der nicht voll geschäftsfähig ist, sein Kind nicht vertreten kann. Ist einem Elternteil ein Sachwalter bestellt, so ist er nicht voll geschäftsfähig. Der betroffene Elternteil ist damit generell von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, und zwar unabhängig vom Aufgabenkreis des Sachwalters (*Hopf* in KBB<sup>4</sup> § 158 Rz 4; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, § 158 Rz 11ff; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 158 ABGB Rz 4ff, *Barth* in *Klang*<sup>3</sup> § 145a Rz 2ff). Begründet wird dies mit dem Schutz des Kindeswohles (s *Barth*, aaO Rz 9).

Nach dem Entwurf ist vorgesehen, dass ein Elternteil dann vertretungsbefugt ist, wenn er über jene Entscheidungsfähigkeit verfügt, die ein Handeln in eigenen Angelegenheiten erfordern würde.

Dies bedeutet, dass der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen auch dann, wenn für ihn selbst für alle Angelegenheiten ein Erwachsenenvertreter bestellt ist, grundsätzlich für den Minderjährigen vertretungsbefugt ist, wenn er bezogen auf die jeweils vorzunehmende Vertretungshandlung und den jeweiligen konkreten Zeitpunkt entscheidungsfähig sowie volljährig ist. Damit stellt sich bei einem – in eigenen Belangen – vertretenen gesetzlichen Vertreter im Zuge seiner Vertretungshandlungen dieselbe Problematik wie bei seinen eigenen Angelegenheiten. Für gerichtliche Verfahren bedeutet dies, dass in den Angelegenheiten, in denen der gesetzliche Vertreter selbst prozessunfähig wäre (siehe § 1 des Entwurfs), wenn es um sein eigenes Verfahren ginge, er sein Kind im Verfahren nicht vertreten kann (vgl. hierzu bereits zum geltenden § 158 ABGB *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 158 ABGB Rz 6). Betrifft das gerichtliche Verfahren des Minderjährigen hingegen eine Angelegenheit, die nicht in den Aufgabenbereich eines Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters des Elternteils fallen würde, so ist der Elternteil nicht grundsätzlich prozessunfähig und daher vertretungsbefugt. Seine Prozessfähigkeit ist dann nach § 1 Abs. 1 ZPO zu beurteilen. Ein Vorgehen nach § 6a ZPO ist im Zuge von Gerichtsverfahren des Minderjährigen nicht möglich, weil die Erwachsenenvertretung nicht für die Tätigkeit als gesetzlicher Vertreter vorgesehen ist und daher vom Aufgabenbereich eines Erwachsenenvertreters nicht umfasst sein kann. Bei einem allfälligen Mangel der Prozessfähigkeit des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen ist vielmehr nach § 6 ZPO vorzugehen.

#### **Zu § 6a ZPO:**

§ 6a ZPO regelt die Vorgehensweise des Prozessgerichts, wenn bei einer Partei Hinweise darauf vorliegen, dass sie eines Sachwalters für das Verfahren bedarf. In diesem Fall ist das PflEGschaftsgericht zu verständigen, dem die Beurteilung dieser Frage (für die Zukunft) obliegt. An diese Entscheidung ist das Prozessgericht gebunden. § 6a ZPO verweist, was das Vorliegen der Voraussetzungen für diese Vorgangsweise betrifft, auf § 268 ABGB, der die Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters für behinderte Personen festlegt. Aufgrund der Neugestaltung dieser Materie wird der Verweis auf § 268 ABGB unrichtig und soll durch die Übernahme der für die gerichtliche Erwachsenenvertretung erforderlichen Voraussetzungen ersetzt werden. Nach wie vor ist es daher erforderlich, dass die Bedenken des Gerichts mit Beziehung auf den konkreten Rechtsstreit vorliegen. Kann nach Auffassung des Gerichts die Partei daher nicht den gesamten Rechtsstreit samt allen denkbaren Prozesshandlungen ohne Gefahr eines Nachteils für sich besorgen und ist nicht anderweitig für eine Vertretung gesorgt (Vorsorgevollmacht, gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung), so ist das PflEGschaftsgericht zu befassen.

**Zu § 29 ZPO:**

§ 29 ZPO sieht vor, dass – die Fälle, in denen relative oder absolute Vertretungspflicht angeordnet ist ausgenommen – jede eigenberechtigte Person zum Bevollmächtigten bestellt werden kann. In Zukunft entfällt der Begriff „eigenberechtigt“, sodass eine neue Formulierung gefunden werden muss. Eine inhaltliche Änderung soll damit aber nicht verbunden sein, so dass entsprechend der durch die Reform des Sachwalterrechts vorgegebenen Begriffe darauf abgestellt wird, dass der Bevollmächtigte volljährig und geschäftsfähig ist und weder einen Erwachsenenvertreter hat, noch eine wirksame Vorsorgevollmacht vorliegt, und zwar in keinem Bereich seiner Angelegenheiten. Zum Bevollmächtigten für ein Gerichtsverfahren kann daher keine Person bestellt werden, die, wenn auch nur für einen Teil ihrer Angelegenheiten, einen Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten beigelegt hat.

**Zu §§ 30, 321 und 373 ZPO:**

Mit der Reform des Sachwalterrechts entfallen künftig die Begriffe „Sachwalterschaft“ bzw. „Sachwalter“ sowie „Pflegebefehlener“. Auf Grund dessen werden diese Begriffe, den durch die Reform an deren Stelle tretenden neuen Begriffen folgend, durch „Erwachsenenvertretung“ bzw. „Erwachsenenvertreter“ sowie „schutzberechtigte Person“ ersetzt. Da künftig auch die Vorsorgevollmacht in bestimmten Aspekten der Erwachsenenvertretung angeglichen wird, ist auch diese insoweit entsprechend zu berücksichtigen.

**Zur Jurisdiktionsnorm (JN):****Zu § 109 JN:**

Auf die Erläuterungen zu § 30 und § 321 ZPO sei verwiesen.

**Zu §§ 20, 109, 110 und 111 JN:**

Mit der Reform des Sachwalterrechts entfallen künftig die Begriffe „Sachwalterschaft“ bzw. „Sachwalter“ sowie „Pflegebefehlener“. Auf Grund dessen werden diese Begriffe, den durch die Reform an deren Stelle tretenden neuen Begriffen folgend, durch „Erwachsenenvertretung“ bzw. „Erwachsenenvertreter“ sowie „schutzberechtigte Person“ ersetzt. Da künftig auch die Vorsorgevollmacht in bestimmten Aspekten der Erwachsenenvertretung angeglichen wird, ist auch diese insoweit entsprechend zu berücksichtigen.

**Zum Rechtspflegengesetz (RpflG):****Zu § 2 und § 19 RpflG:**

Im Sinn der neuen Terminologie sind die Begriffe „Sachwalterschaftsangelegenheit“ bzw. „Sachwalter“ durch „Erwachsenenschutzangelegenheit“ bzw. „Erwachsenenvertreter“, der Begriff „Pflegebefehlener“ durch „schutzberechtigte Person“ und der Begriff „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ durch „Entscheidungsfähigkeit“ zu ersetzen. Da (schon bisher) auch Kuratelsangelegenheiten in § 19 RpflG geregelt sind, soll dies auch in der Überschrift deutlich werden.

In Z 5 sollen die jedenfalls Richtern vorbehaltenen Aufgaben im neuen Erwachsenenenschutz- bzw. Kuratorenrecht geregelt sein. Dabei findet aber keine „Umverteilung“ der Agenden im Vergleich zum geltenden Recht statt. Verfahren zur Bestellung, Erweiterung, Einschränkung, Übertragung oder Beendigung einer Erwachsenenvertretung einschließlich der Erneuerung oder Beendigung sowie der Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts (§ 129 AußStrG), der Überwachung des Lebenssituationsberichts (§ 130 AußStrG) und der Kontrolle von Rechtshandlungen in der Personensorge (§ 131 AußStrG) sollen ebenso (weiterhin) Richtersache sein wie die Verfahren zur Bestellung, Erweiterung, Einschränkung, Übertragung oder Enthebung eines Kurators für noch nicht Gezeugte und Ungeborene (§ 277 Abs. 1 Z 1 und 2 ABGB), eines Kurators für Abwesende, wenn sie nicht österreichische Staatsbürger sind oder wenn Anhaltspunkte für deren Aufenthalt im Ausland gegeben sind, sowie für unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft (§ 277 Abs. 1 Z 3 und 4 ABGB).

Z 6 entspricht ebenfalls der geltenden Z 6, allerdings soll die Zuständigkeit in Unterbringungssachen „prominenter“ in einer eigenen Z 8 erfasst sein. Erstmals soll auch die bisher in § 11 Abs. 3 HeimAufG angeordnete Richterzuständigkeit für Verfahren nach dem HeimAufG im RpflG – nämlich in Z 9 – geregelt sein.

**Zu § 17 RpflG:**

§ 17 Abs. 2 Z 4 RpflG enthält in der geltenden Fassung die Bestimmung, dass zum Wirkungskreis des Rechtspflegers in Exekutionssachen auch die Entscheidung über Aufschiebungsanträge „nach den §§ 7 Abs. 2 dritter Satz und 9 Abs. 3 GEG 1962“ umfasst. Dieser Verweis geht derzeit ins Leere, da im GEG in der geltenden Fassung solche Aufschiebungsanträge nicht geregelt sind. Mit der EO-Novelle 2016 wurde aber mit 1. Jänner 2017 ein vergleichbarer Aufschiebungsantrag in § 11 Abs. 3 GEG eingeführt, weshalb der Verweis in Zukunft auf diese Bestimmung zu lauten hätte.



**Zu den §§ 45 und 45 RpfLG:**

Geregelt werden das Inkrafttreten und das Übergangsrecht.

**Zum Erwachsenenschutzvereinsgesetz (ErwSchVG):****Zu § 1 ErwSchVG:**

Der Titel des geltenden Bundesgesetzes über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz – VSPBG) soll durch den Titel „Bundesgesetz über Erwachsenenschutzvereine (Erwachsenenschutzvereinsgesetz – ErwSchVG)“ ersetzt werden. Der Begriff „Erwachsenenschutz“ orientiert sich an den international verwendeten Bezeichnungen (vgl. zB das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen und das österreichische Erwachsenenschutz-Gesetz [ErwSchG], BGBl. I Nr. 158/2013; in der Schweiz trat mit 1. Jänner 2013 das neue Erwachsenenschutzrecht in Kraft und löste das bisherige Vormundschaftsrecht ab). Die Unschärfe, dass die Bestimmungen in eingeschränktem Maße auch für Minderjährige gelten (Z 7 und 8 im Zusammenhang mit der Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung), ist der Prägnanz der Bezeichnung wegen in Kauf zu nehmen.

§ 1 des Entwurfs soll den geltenden § 1 VSPBG ersetzen. Einerseits soll klargestellt werden, dass nur ein einziger Verein für einen bestimmten sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereich tätig werden kann. Andererseits soll der Katalog der Vereinsaufgaben um die zusätzlichen Kompetenzen der Vereine ergänzt werden. Der Verein, dessen Eignung festgestellt wurde, soll in Zukunft „Erwachsenenschutzverein“ heißen. Aufgrund der Sachwalterrechtsreform sind auch weitere terminologische Anpassungen notwendig.

Schon nach geltendem Recht ist die Eignung eines Vereins, gemäß § 279 Abs. 3 und 4 ABGB zum Sachwalter bestellt zu werden sowie gemäß § 13 Abs. 1 UbG Patientenanwälte oder gemäß § 8 Abs. 3 HeimAufG Bewohnervertreter namhaft zu machen, vom Bundesminister für Justiz mit Verordnung festzustellen. Auf Grund der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems kommen für die Feststellung der Eignung eines Vereins nur die im B-VG genannten Rechtsformen des Verwaltungshandelns in Betracht, also Verordnung oder Bescheid. Die Anerkennung durch einen anderen Akt der Vollziehung (verfahrensfreier Verwaltungsakt, Weisung) scheidet aus.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist ausschließlich der Adressatenkreis für die Unterscheidung zwischen Verordnung und Bescheid relevant: Handelt es sich bei den Adressaten um einen nach generellen Merkmalen umschriebenen Personenkreis, so liegt eine Verordnung vor. Ist er individuell bestimmt, so ist ein Bescheid anzunehmen (VfSlg 4571/1963, 5052/1965, 5904/1969, 6291/1970, 6422/1971, 6949/1972, 8092/1977, 8647/1979; VfGH B 1120/92; *Winkler*, Der Bescheid [1956] 81 ff und 120; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> [1996] 156 f). Adressaten der Verordnung nach dem geltenden § 1 VSPBG sind im Bereich des Erwachsenenschutzes die Gerichte, die über die Bestellung eines Sachwalters zu entscheiden haben. Im Unterbringungsrecht und im Bereich des HeimAufG richtet sich die Verordnung nach § 1 VSPBG direkt an die ohne Verlangen in einer psychiatrischen Abteilung untergebrachten Kranken bzw. die Bewohner von Einrichtungen, weil die Vereine von Gesetzes wegen zu deren Vertretern werden, sobald diese Personen aufgenommen sind bzw. an ihnen Freiheitsbeschränkungen vorgenommen oder in Aussicht gestellt werden. Auch die psychiatrischen Abteilungen und Einrichtungen sind an die Verordnung gebunden, weil die Vereine ihnen gegenüber bestimmte Befugnisse und Pflichten haben (vgl. § 39 UbG und § 9 HeimAufG), ebenso die Gerichte, weil die Vereine auch zur Vertretung in den Verfahren nach UbG und HeimAufG befugt sind (§ 14 Abs. 1 UbG, § 11 Abs. 1 HeimAufG).

Angesichts dieser Wirkungen der Eignungsfeststellung liegt die Verordnungsform nach dem VfGH jedenfalls im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers (G 81/09; davor bereits *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II [1995] 719). Da sich mit den vorgeschlagenen Änderungen des Entwurfs am Adressatenkreis im Wesentlichen nichts ändert, ist demgemäß an der Konstruktion der Eignungsfeststellung in Form einer Verordnung festzuhalten. Diese ist nach § 4 BGG im Bundesgesetzblatt II kundzumachen (*Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht<sup>2</sup> [2008] Rz 667; *Aichleiter*, ZfV 2002, 20 [22]).

Gibt der Gesetzgeber – wie hier – eine ausdrückliche Verordnungsermächtigung, so muss er gemäß Art. 18 B-VG die Voraussetzungen für die Erlassung der Verordnung determinieren (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> 161 mit weiteren Nachweisen). Schon nach geltendem Recht (§ 1 Abs. 2 VSPBG) ist die Zustimmung des Vereins zur Eignungsfeststellung als eine solche Voraussetzung normiert. Zusätzlich sieht § 1 des Entwurfs nun vor, dass die Eignung eines Vereins nur insoweit

festgestellt werden darf, als für einen bestimmten sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereich noch nicht die Eignung eines anderen Vereins festgestellt ist.

Diese Regelung ist notwendig, weil es den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl. Art. 126b Abs. 5 B-VG) widerspräche, weitere Vereine anzuerkennen, denen dann ebenfalls nach Maßgabe des § 8 VSPBG Subventionen (auch zur Deckung der „Overhead-Kosten“) gewährt werden müssten. Dieses Argument kann jedoch einem Ansuchen um Eignungsfeststellung nicht entgegengehalten werden, weil das Bundesfinanzgesetz nur die Verwaltung (intern) bindet, aber keine Außenwirkung entfaltet (*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> [1997] 192). Das geltende Recht enthält in § 2 VSPBG lediglich Kriterien zur Beurteilung der Eignung eines Vereins, die in Vollziehung des VSPBG bindenden haushaltsrechtlichen Vorgaben sind nicht Gegenstand dieses Gesetzes. Müsste vor diesem Hintergrund die Eignung einer größeren Anzahl von Vereinen festgestellt werden, so würde dies bedeuten, dass die ohnedies sehr knappen Mittel zu einem immer größeren Teil zur Abdeckung der indirekten Kosten der Vereine verwendet werden müssten und damit die Versorgung der Bevölkerung mit Vereinssachwaltern (zukünftig Erwachsenenvertretern), Patientenanwälten und Bewohnervertretern beeinträchtigt würde. Damit wäre aber die Institution solcher Vereine insgesamt in Frage gestellt. Außerdem muss wegen der im UbG und im HeimAufG vorgesehenen „ex-lege-Vertretung“ der Patientenanwaltschaft (§ 13 Abs. 1 UbG) bzw. Bewohnervertretung (§ 8 Abs. 2 HeimAufG) jedenfalls in diesen Fachbereichen sichergestellt werden, dass jeweils nur ein Verein für ein bestimmtes Gebiet zuständig ist.

Deshalb wird nun vorgeschlagen, dass die Betrauung eines Vereins nur dann erfolgen darf, soweit noch kein Verein für einen bestimmten sachlichen und räumlichen Tätigkeitsbereich zuständig ist. Das bedeutet, dass für einen bestimmten räumlichen Tätigkeitsbereich jeweils nur ein Verein für einen bestimmten sachlichen Tätigkeitsbereich zuständig sein kann. Möglich ist es aber, dass im selben räumlichen Tätigkeitsbereich mehrere Vereine mit einem unterschiedlichen sachlichen Tätigkeitsbereich bestehen.

Darüber hinaus soll die Aufzählung der Aufgaben des Vereins, nach denen sich auch die Eignungsprüfung richtet, in § 1 Z 1 bis 8 des Entwurfs angepasst werden. Zum Teil handelt es sich um bereits nach geltendem Recht bestehende Aufgaben, die allerdings nicht explizit im geltenden § 1 VSPBG aufgezählt sind. Zum Teil handelt es sich um neue Aufgaben, die der Reform des Sachwalterrechts geschuldet sind. Die Aufgaben des Erwachsenenschutzvereins sollen künftig folgende Bereiche umfassen: die Bestellung zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter (ebenso zum Rechtsbeistand nach § 119 AußStrG und zum einstweiligen Erwachsenenvertreter nach § 120 AußStrG), die Beratung im Sinne des § 4 des Entwurfs, Abklärungen im Auftrag der Gerichte im Sinne des § 4a und § 4b des Entwurfs, die Errichtung von Vorsorgevollmachten, Erwachsenenvertreter-Verfügungen und Vereinbarungen über eine gewählte Erwachsenenvertretung nach § 4c des Entwurfs, Eintragungen im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) nach § 4d des Entwurfs, die Bestellung zum besonderen Rechtsbeistand in Verfahren nach § 131 AußStrG und die Namhaftmachung von Patientenanwälten gemäß § 13 Abs. 1 UbG sowie von Bewohnervertretern nach § 8 Abs. 3 HeimAufG.

#### **Zu § 1a ErwSchVG:**

Mit der Verordnungslösung kann es nicht sein Bewenden haben. Die Entscheidung über die Eignung eines Vereins im Sinn des § 1 des Entwurfs berührt nämlich subjektive Rechte dieses Vereins. Wird die Eignungsfeststellung verweigert, so kann der Verein seine statutenmäßige Tätigkeit nicht entfalten, die Vereinsfreiheit ist also angesprochen (so *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 722). Der VfGH hat in diesem Sinn (und geleitet von seiner Rechtsprechung zur Anerkennung von Religionsgemeinschaften) in G 81/09 festgehalten, dass „eine in der Sache abweisende Erledigung vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit Art. 144 B-VG jedenfalls in der Rechtsform eines Bescheides zu ergehen (habe)“, und zwar „ungeachtet der Verpflichtung der Behörde, eine solche Verordnung zu erlassen“ (ebenso *Kopetzki*, iFamZ 2009/160; vgl. auch *R. Faber*, ÖJZ 2010/27). Diese Auffassung soll nun in § 1a des Entwurfs eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erhalten.

Da demgegenüber die – positive – Eignungsfeststellungsverordnung dem individuell-konkreten Rechtsschutzanliegen des beantragenden Vereins zur Gänze Rechnung trägt, kann dort eine Erledigung in Bescheidform unterbleiben (vgl. *Kopetzki*, iFamZ 2009/160). Stellt ein Verein einen Antrag auf Feststellung seiner Eignung und wird die Eignung in diesem Sinn mit Verordnung festgestellt, so fehlt dem Verein auch die Beschwer zur Erhebung eines Rechtsmittels (*Kopetzki*, iFamZ 2009/160; siehe allgemein *Berka*, Verfassungsrecht<sup>2</sup> Rz 1117 in Verbindung mit Rz 1088 bzw. Rz 1052 und 957).

Das Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung wird durch dieses System der Eignungsanerkennung nicht verletzt. Dies liegt schon daran, dass dieses Grundrecht nur Tätigkeiten schützt, die auf wirtschaftlichen Erwerb gerichtet sind. In § 2 des Entwurfs ist aber vorgesehen, dass ein Erwachsenenschutzverein bei

Ausübung der in § 1 des Entwurfs angeführten Tätigkeiten nicht auf Gewinn gerichtet sein darf. Dazu kommt, dass im gegenständlichen Zusammenhang öffentliche Aufgaben übertragen werden (vgl. etwa die Zielbestimmung des § 3 Abs. 2 des Entwurfs sowie die wesentlich erweiterten Clearing-Aufgaben). Dass diese Aufgaben nur von geeigneten Stellen bzw. Personen übernommen werden, entspricht einem legitimen staatlichen Interesse.

Was das Gefüge der im Zusammenhang mit der Verordnung und dem Bescheid bestehenden Rechtsschutzinstrumentarien betrifft, lässt sich folgendes Bild zeichnen:

Erlässt der Bundesminister für Justiz von Amts wegen eine Verordnung im Sinn des § 1 Abs. 1 des Entwurfs, ohne die Zustimmung des Vereins eingeholt zu haben, so hat der Verein ein Rechtsschutzinteresse. Er kann einen Individualantrag zur Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens nach Art. 139 B-VG einbringen.

Gegen den ein Ansuchen um Eignungsfeststellung nach § 1 ErwSchVG in der Sache abweisenden Bescheid bzw. den „Widerruf“ der Eignungsfeststellung mit Bescheid kann in erster Linie Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

### **Zu § 2 ErwSchVG:**

§ 2 des Entwurfs soll den geltenden § 2 VSPBG ersetzen. Es sollen die Voraussetzungen der Eignung des Vereins nunmehr ausführlich geregelt und zusätzliche Kriterien eingeführt werden, die hohe Qualitätsstandards vorgeben. Dies ist vor dem Hintergrund der neuen Aufgaben des Erwachsenenschutzvereins zum Wohl der betroffenen Personen notwendig. Darüber hinaus sind terminologische Anpassungen notwendig.

Nach § 2 des Entwurfs kann die Eignung eines Vereins, als Erwachsenenschutzverein tätig zu werden, nur festgestellt werden, wenn der Verein

- (wie ohnedies in § 1 Abs. 2 Vereinsgesetz 2002 vorgesehen) nicht auf Gewinn gerichtet ist,
- nach seinem Zweck ausschließlich die in diesem Bundesgesetz (ErwSchVG) umschriebenen Aufgaben wahrnehmen soll (§ 1 Abs. 1 des Entwurf),
- finanziell solide (vgl. § 26 Abs. 1 Z 3 VAG 2016) und auf Dauer angelegt ist (§ 1 Abs. 1 Vereinsgesetz 2002),
- organschaftliche Vertreter hat, die zuverlässig sind (vgl. § 26 Abs. 1 Z 1 VAG 2016) sowie über langjährige Erfahrung im Umgang mit psychisch kranken oder sonst in ihrer Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs) vergleichbar beeinträchtigten Menschen verfügen,
- über eine professionelle, an den Erfordernissen eines zeitgemäßen Qualitätsmanagements ausgerichtete Organisation und eine entsprechende Infrastruktur verfügt,
- insgesamt (also in allen Fachbereichen seines Tätigkeitsbereichs) mindestens fünf hauptberufliche Vollzeitkapazitäten beschäftigt,
- dafür Sorge trägt, dass die ihm übertragenen Aufgaben entsprechend den gesetzlichen Vorschriften und den allgemein anerkannten fachlichen Standards zum Wohl der Betroffenen wahrgenommen werden,
- sicherstellt, dass im Bereich der Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft und Bewohnervertretung nur Personen tätig werden, die für diese Tätigkeit persönlich und fachlich geeignet sind (vgl. §§ 273 Abs. 1, 274 Abs. 1 ABGB des Entwurfs; in der Regel wird man eine einschlägige Berufsausbildung und eine entsprechende Berufserfahrung verlangen müssen) und
- gewährleistet, dass er die Mitarbeiter spezifisch fachlich aus- und fortbildet sowie anleitet und beaufsichtigt.

### **Zu § 3 ErwSchVG:**

**Abs. 1** soll den geltenden § 3 Abs. 1 VSPBG ersetzen. In den ersten beiden Sätzen werden nur sprachliche Änderungen bzw. Anpassungen vorgeschlagen. So soll auf die Mitarbeiter statt auf die Vereinssachwalter, Patientenanwälte und Bewohnervertreter abgestellt werden, der Begriff „hauptamtlich“ durch „hauptberuflich“ ersetzt und klargestellt werden, dass auch eine ehrenamtlich tätige Person nicht als „gerichtlicher Erwachsenenvertreter“, sondern als „mit der Wahrnehmung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung betraute Person“ bekannt geben wird. Zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter ist stets der Verein selbst bestellt. Neu ist nach dem Entwurf, dass – auf Wunsch der betroffenen Person und nach Verfügbarkeit – auch Personen aus Gruppen Gleichgestellter

(Peergroups) beigezogen werden sollen. Möglich ist dies auch im Rahmen der Beratung oder bei Schulungen. Dies entspricht auch dem der UN-Behindertenrechtskonvention innewohnenden Konzept der Teilhabe.

Mit **Abs. 2** soll das Leitbild des Erwachsenenschutzvereins ausdrücklich festgelegt werden. Bei einem solchen Verein handelt es sich um eine im öffentlichen Interesse geschaffene Institution, die sicherstellen soll, dass auch Menschen, für die sonst kein geeigneter Erwachsenenvertreter gefunden werden kann, am Rechtsverkehr teilnehmen und ihre Rechte wahrnehmen können. Der Verein zielt dabei primär auf einen ganz bestimmten Klientenkreis ab, nämlich auf betroffene Personen, die auf Grund ihrer Persönlichkeit, ihres Verhaltens, der Art ihrer Krankheit bzw. ihrer Beeinträchtigung, ihrer Lebensumstände und der zu besorgenden Angelegenheiten einer besonders qualifizierten professionellen Unterstützung und Vertretung bedürfen. Der Verein soll diese Vertretung übernehmen und die notwendige Unterstützung vermitteln.

Diese Zielrichtung hat der Gesetzgeber des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006, BGBl. I Nr. 92/2006, im geltenden § 279 ABGB bereits deutlich zum Ausdruck gebracht: Demnach ist ein Verein entweder – subsidiär – zum Sachwalter zu bestellen, wenn überhaupt keine geeignete nahe stehende Person verfügbar ist (Abs. 3), oder – primär – „wenn sonst besondere Anforderungen mit der Sachwalterschaft verbunden sind“ (Abs. 4). Die entsprechenden Regelungen finden sich nun in den §§ 274 f ABGB des Entwurfs. Übereinstimmend wird in § 275 Abs. 2 ABGB des Entwurfs wie in Abs. 2 festgehalten, dass die Vereine gerichtliche Erwachsenenvertretungen für Personen übernehmen sollen, die auf Grund ihrer Persönlichkeit, ihres Verhaltens, der Art ihrer Krankheit bzw. ihrer Beeinträchtigung, ihrer Lebensumstände oder der zu besorgenden Angelegenheiten einer besonders qualifizierten professionellen Unterstützung und Vertretung bedürfen.

Aus dieser besonderen Funktion ergibt sich, dass Erwachsenenschutzvereine, die auf diesem Gebiet tätig werden wollen, eine spezielle, für die Wahrnehmung der Aufgaben nach dem ErwSchVG erforderliche Organisation und Ausstattung aufweisen müssen, und dass sie über besonders ausgebildete und qualifizierte Mitarbeiter und ein hoch entwickeltes System der Beaufsichtigung und Anleitung verfügen müssen (vgl. § 2 des Entwurfs). Die Funktion rechtfertigt auch, dass Vereine der besonderen Eignungsprüfung (geltender § 1 VSPBG sowie § 1 des Entwurfs) und einer laufenden fachlichen Beaufsichtigung durch das Bundesministerium für Justiz (geltender § 5 VSPBG sowie § 5 des Entwurfs) unterliegen sowie überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanziert werden (geltender § 8 VSPBG sowie § 8 Abs. 1 des Entwurfs).

**Abs. 3** soll den geltenden § 3 Abs. 2 VSPBG ersetzen. Die Bestimmung sieht die notwendigen terminologischen Anpassungen vor. Darüber hinaus wird nun an dieser Stelle die Verpflichtung geregelt, der mit der Erwachsenenvertretung betrauten Person eine Urkunde über ihre Betrauung und ihren Wirkungsbereich auszustellen. Dies dient der Rechtssicherheit und Kontrolle (siehe derzeit § 3 Abs. 2 VSPBG).

**Abs. 4** soll den geltenden § 3 Abs. 3 VSPBG ersetzen. Die Bestimmung enthält terminologische Anpassungen. Darüber hinaus wird für den Widerruf der Bekanntmachung oder Namhaftmachung auf einen wichtigen Grund verzichtet. Der Verein kann daher in Zukunft ohne Angabe von Gründen widerrufen. Die Verantwortung für einen Widerruf wird daher dem Verein überlassen. Dies ist angesichts der hohen Qualitätskriterien auch gerechtfertigt. Wie im geltenden Recht hat der Verein ersatzweise eine andere Person bekanntzugeben bzw. namhaft zu machen. Auch für diese Person ist nach § 3 Abs. 3 des Entwurfs eine Urkunde auszustellen.

**Abs. 5** soll den geltenden § 3 Abs. 4 VSPBG ersetzen. Die Bestimmung enthält terminologische Anpassungen. Wie nach geltendem Recht sind Zustellungen an den Verein als gerichtlichen Erwachsenenvertreter zu bewirken und nicht an die durch den Verein bekannt gegebene Person. Die Zustellung soll aber an die jeweilig bekannt gegebene Abgabestelle des Vereins erfolgen (und nicht an die Vereinszentrale) und damit die bestehende Praxis verdeutlichen.

**Abs. 6** soll den geltenden § 3 Abs. 5 VSPBG ersetzen. Die Bestimmung enthält terminologische Anpassungen. Schon nach bisherigem Recht kann sich der Verein durch die Person, die er als mit der Wahrnehmung der Erwachsenenvertretung betraut bekannt gegeben hat, in behördlichen Verfahren vertreten lassen. Dies galt selbstverständlich auch für alle gerichtlichen Verfahren. Um dies für die Praxis unmissverständlich klarzustellen, sind nun die gerichtlichen Verfahren, worunter jede Art von Verfahren zu verstehen ist (etwa Zivilprozesse, Grundbuchsangelegenheiten), ausdrücklich erwähnt.

#### **Zu § 4 ErwSchVG:**

**Abs. 1** soll den geltenden § 4 Abs. 1 VSPBG ersetzen und die schon nach geltendem Recht bestehende Informationsverpflichtung des Vereins im Vorfeld einer Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertretung

regeln. Neu ist, dass auch die betroffene Person selbst erwähnt wird. Darüber hinaus sind nicht mehr nur diejenigen, die die Bestellung eines Erwachsenenvertreters anregen, sondern alle Personen und Stellen umfasst. Der Verein hat über die Vorsorgevollmacht, die verschiedenen Formen der Erwachsenenvertretung und deren Alternativen zu informieren. Der Verein soll dabei – soweit dies möglich ist – den Weg zu solchen Alternativen „ebnen“, insofern als eine Vermittlerfunktion einnehmen, nicht aber selbst Unterstützung leisten, da dies nicht in den Kompetenzbereich der Justiz fällt.

**Abs. 2** soll den geltenden § 4 Abs. 3 VSPBG ersetzen und regelt die Beratungspflicht des Vereins während der aufrechten Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter. Der Verein soll der betroffenen Person selbst zur Seite stehen. Er soll aber auch nahe stehende und sonstige geeignete Personen, die als Erwachsenenvertreter tätig sind, beraten. Dies umfasst alle Formen der Erwachsenenvertretung. Darüber hinaus soll der Verein Vorsorgebevollmächtigte beraten. Die Beratung bezieht sich bei den Vertretern stets auf die Wahrnehmung der Aufgaben als Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigter.

Durch die zukünftige Schnittstellen- und Drehscheibenfunktion werden den Vereinen in Zukunft mehr Informationen zukommen. § 4 **Abs. 3** des Entwurfs schlägt daher vor, dass den Verein in Zukunft die Pflicht trifft, das zuständige Pflegschaftsgericht zu informieren, wenn ihm Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Wohles einer betroffenen Person bekannt werden. Diese Pflicht soll freilich bloß bei konkreten Anhaltspunkten für eine Gefährdung bestehen. Diese neue Verpflichtung ist vor dem Hintergrund der neuen zentralen Rolle des Vereins im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens zu sehen und dient der Rechtsklarheit für die Mitarbeiter der Vereine. Eine solche Gefährdung wird dem Verein etwa dann bekannt, wenn er den Widerruf oder die Kündigung einer Vorsorgevollmacht oder gewählten Erwachsenenvertretung oder den Widerspruch gegen eine gesetzliche Erwachsenenvertretung im ÖZVV registrieren muss (vgl. dazu § 4d des Entwurfs) und die ehemals vertretene Person offenbar keinen neuen Vertreter hat.

#### **Zu § 4a ErwSchVG:**

§ 4a des Entwurfs soll den geltenden § 4 Abs. 2 VSPBG ersetzen und regelt die Aufträge des Gerichtes an den Verein. Der Verein hat in diesem Bereich – der über die in § 4 des Entwurfs geregelten Informations- und Beratungsleistungen hinausgeht – stets nur im Auftrag des Gerichts zu handeln. Die Aufgabe des Vereins besteht bei der nun verpflichtenden Abklärung im Sinn des § 117a AußStrG des Entwurfs darin, dem Gericht wesentliche Informationen für ein anhängiges Verfahren über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters zu liefern. Dabei kann der Verein stets nur eine Einschätzung aus seiner professionellen sozialarbeiterischen Sicht liefern, nicht aber zB eine medizinische Abklärung. Die rechtliche Beurteilung bleibt dabei stets dem zuständigen Pflegschaftsgericht überlassen. Der geltende § 4 Abs. 2 VSPBG sieht schon bisher eine derartige Abklärung vor. Diese soll jedoch nach **Abs. 1** an die Neuerungen im Erwachsenenvertretungsrecht angepasst und detaillierter geregelt werden.

Der Verein hat nach dem Entwurf zunächst abzuklären, welche konkreten Angelegenheiten zu besorgen sind. Darauf aufbauend soll er eine Einschätzung darüber vornehmen, ob die betroffene Person diese Angelegenheiten im Rechtsverkehr selbstbestimmt wahrnehmen kann. Dabei kommt es auf den persönlichen Eindruck von der betroffenen Person an. Gewinnt der Verein den Eindruck, dass die betroffene Person die Angelegenheiten nicht mehr ohne Unterstützung selbstbestimmt wahrnehmen kann, so hat er abzuklären, ob und auf welche Weise die betroffene Person die Angelegenheiten durch Unterstützung bei der Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit selbstbestimmt wahrnehmen kann oder könnte (soweit Gesundheitsunterlagen vorhanden sind und die betroffene Person der Weitergabe zustimmt, sind diese Unterlagen dem Bericht beizulegen). Zu diesem Zweck ist das persönliche und soziale Umfeld der betroffenen Person zu erheben. Auch hier wird der Vorrang der Selbstbestimmung durch Unterstützung vor einer Vertretungslösung deutlich. Erst subsidiär hat der Verein die Voraussetzungen für eine gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung sowie die Frage, ob es nach der Empfehlung des Vereins notwendig ist, das Verfahren zur Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters fortzusetzen, zu prüfen. Bei der gewählten Erwachsenenvertretung geht es insbesondere um die Frage, ob die betroffene Person noch fähig ist, die Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung in Grundzügen zu verstehen und sich entsprechend zu verhalten (§ 264 ABGB des Entwurfs). Sowohl im Fall der Unterstützung als auch im Hinblick auf eine mögliche Erwachsenenvertretung hat der Verein schließlich jedenfalls abzuklären, ob nahestehende Personen als Unterstützung oder Vertretung zur Verfügung stehen. Erforderlichenfalls kann das Gericht den Verein auch mit der Abklärung in Hinblick auf einen erforderlichen Genehmigungsvorbehalt nach § 242 Abs. 2 ABGB in der Fassung des Entwurfs beauftragen.

Nach **Abs. 2** hat der Verein dem Gericht ehestens, tunlichst aber binnen fünf Wochen, über die Ergebnisse der Abklärung zu berichten.

**Abs. 3** kommt einer Forderung der Bundesländer nach. In sehr vielen Fällen haben die Träger der Sozial- oder Behindertenhilfe in den Ländern Informationen über die betroffene Person. Damit diese – sollte der Träger nicht ohnehin schon die Bestellung eines Erwachsenenvertreters angeregt haben – nicht verloren gehen, soll der Verein im Rahmen der Abklärung eine kurze Stellungnahme im Sinne einer Bedarfs- und Situationsanalyse des Trägers einholen (freilich ist der Träger nicht verpflichtet, eine solche Analyse abzugeben). Da aber dadurch die Arbeit des Vereins nicht verzögert werden soll, soll dem Träger dafür eine Frist von sieben Tagen eingeräumt werden. Der Verein soll – so es eine rechtzeitige Stellungnahme gibt – die Ergebnisse in den Bericht zur Abklärung einbeziehen, die Stellungnahme aber auch beilegen, damit das Gericht dies als zusätzliche Entscheidungsgrundlage verwenden kann.

**Abs. 4** dient – wie auch die § 239 f. ABGB des Entwurfs – dazu, den Vorrang der Unterstützung zur Selbstbestimmung im Gesetz zu verankern. Ist der Verein der begründeten Auffassung, dass durch Unterstützung zur Selbstbestimmung Alternativen zur Erwachsenenvertretung aufgezeigt werden können, so hat er das Gericht davon zu informieren und diese Alternativen im Einverständnis mit dem Gericht sowie mit Zustimmung der betroffenen Person erweitert abzuklären. Der Verein hat dann die Möglichkeit, drei Monate abzuklären und anschließend über das Ergebnis zu berichten. Im Einzelfall, wenn das Gericht und die betroffene Person damit einverstanden sind, kann diese Dauer um höchstens weitere drei Monate verlängert werden. Die Bestimmung soll nur in den Ausnahmefällen zu Anwendung kommen, in denen ein längerer Beobachtungszeitraum notwendig ist, um den Erfolg der Unterstützung beurteilen zu können. Ist von vornherein klar, dass es einer Form der Erwachsenenvertretung bedarf, so hat keine erweiterte Abklärung stattzufinden. Wiewohl sich der Prozess nach der regulären Abklärung „Unterstützung zur Selbstbestimmung“ nennt, soll klargestellt werden, dass der Verein selbst nicht unterstützend tätig sein soll, sondern vermittelnd, beratend und beobachtend. Der Verein soll hier der betroffenen Person Alternativen aufzeigen, aber keine Unterstützung im Sinne des § 239 Abs. 2 ABGB leisten.

**Abs. 5** soll die Tätigkeit des Vereins bei einem Erneuerungsverfahren (§ 128 Abs. 3 AußStrG des Entwurfs) regeln. In diesem Fall soll der bereits im Bestellungsverfahren erstattete Bericht als Grundlage herangezogen werden. Das Hauptaugenmerk soll darauf gerichtet sein, ob und aus welchen Gründen die Erwachsenenvertretung weiterhin notwendig ist. Auch hier sind wiederum Alternativen zur Erwachsenenvertretung abzuklären.

Zu § 4b ErwSchVG:

Nach dem vorgeschlagenen § 131 Abs. 2 AußStrG hat das PflEGschaftsgericht in einem Verfahren über die Genehmigung der Entscheidung des Erwachsenenvertreters oder Vorsorgebevollmächtigten über eine dauerhafte Änderung des Wohnortes den Erwachsenenschutzverein mit der Abklärung zu beauftragen, wenn die betroffene Person zu erkennen gibt, dass sie ihren Wohnort nicht ändern will. In diesem Fall hat der Verein gemäß § 4b des Entwurfs ehestens, tunlichst binnen fünf Wochen, insbesondere abzuklären, warum die betroffene Person die Wohnortveränderung ablehnt und ob es Alternativen zur abgelehnten Wohnortänderung gibt. Abzuklären wird sein, ob die Wohnortveränderung tatsächlich notwendig ist und wenn ja, ob statt dem abgelehnten Wohnort noch ein anderer alternativer Wohnort in Frage kommt.

Zu §§ 4c bis 4e ErwSchVG:

Nach den §§ 4c bis 4e des vorgelegten Entwurfs soll es in Zukunft möglich sein, eine Vorsorgevollmacht, eine Erwachsenenvertreter-Verfügung und eine gewählte Erwachsenenvertretung – kostengünstig – bei den Erwachsenenschutzvereinen zu errichten und auch im ÖZVV registrieren zu lassen. Die entsprechende Eignung der Vereine ist nach § 1 Z 4 und 5 des Entwurfs durch Verordnung festzustellen.

Die Vereine erhalten für diese Tätigkeit eine gewisse Gegenleistung (vgl. § 4e ErwSchVG); dabei handelt es sich jedoch bloß um einen Kostenbeitrag. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinn liegt darin nicht. Sollte dies doch der Fall sein, so wären diese Tätigkeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (kurz „DAWI“) zu qualifizieren, weil sie – im Sinn des Leitfadens zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt in Bezug auf Bezahlbarkeit und universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt werden können. Die für die Erbringung dieser Dienstleistungen zu leistenden Ausgleichszahlungen werden (deutlich) weniger als 15 Mio. EUR pro Jahr betragen und sind daher nach dem so genannten „DAWI-Beschluss“ der Kommission mit Art. 106 AEUV vereinbar.

**Zu § 4c ErwSchVG:**

Der Verein hat nach **Abs. 1** die Errichtung einer Vorsorgevollmacht, Erwachsenenvertreter-Verfügung oder gewählten Erwachsenenvertretung nur nach Maßgabe seiner – insbesondere personellen –

Möglichkeiten vorzunehmen. Vorsorgevollmachten sind durch den Verein bloß durch rechtskundige Mitarbeiter zu errichten.

**Abs. 2** enthält Vorgaben für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht: Zunächst sind vom Verein die allgemeinen Ablehnungsgründe nach dem vorgeschlagenen § 263 Abs. 2 ABGB zu beachten. Nach dieser Bestimmung hat der Verein die Errichtung einer Vorsorgevollmacht unter anderem dann zwingend abzulehnen, wenn begründete Zweifel am Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs) des Vollmachtgebers im Zeitpunkt der Errichtung der Vorsorgevollmacht oder an der Eignung des Bevollmächtigten bestehen. Darüber hinaus sieht § 4c Abs. 2 Z 1 und Z 2 des Entwurfs weitere Gründe vor, bei deren Vorliegen der Verein die Errichtung ablehnen muss. Dies ist einerseits der Fall, wenn der Vollmachtgeber Unternehmen, Stiftungen, oder Liegenschaften oder im Ausland befindliche sonstige Vermögenswerte zum Gegenstand der Vorsorgevollmacht machen will oder andererseits die Errichtung der Vorsorgevollmacht sonst besondere Rechtskenntnisse erfordert. In diesen rechtlich komplexen Fällen wird der Verein in der Regel nicht über die dafür notwendigen Fachkenntnisse verfügen. Die Vorsorgevollmacht muss dann vor einem Notar oder Rechtsanwalt errichtet werden.

Sowohl im Fall der Errichtung einer Vorsorgevollmacht oder Erwachsenenvertreter-Verfügung als auch bei der Errichtung einer gewählten Erwachsenenvertretung hat der Verein nach **Abs. 3** die Identität der beteiligten Personen (betroffene Person, Vorsorgebevollmächtigter, gewählter Erwachsenenvertreter) mittels amtlichen Lichtbildausweises zu überprüfen, die Personen umfassend über die Gestaltung der Urkunden über die Vorsorgevollmacht bzw. gewählten Erwachsenenvertretung sowie deren Rechtswirkungen zu belehren und sich zu vergewissern, dass sie die Tragweite und die Auswirkungen ihrer rechtsgeschäftlichen Verfügung verstanden haben. Zum Nachweis der Erfüllung dieser Pflichten ist die Urkunde auch von dem Mitarbeiter des Vereins zu unterfertigen, der die Kontrolle und Beratung durchgeführt hat. Sind mehrere Mitarbeiter beteiligt, so hat jeder von ihnen die Urkunde zu unterschreiben. Bei der Erwachsenenvertreter-Verfügung und der Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung muss sich der Verein vergewissern, dass die betroffene Person die Bedeutung und Folgen der Verfügung bzw. Vereinbarung in Grundzügen verstehen und sich entsprechend zu verhalten kann.

#### **Zu § 4d ErwSchVG:**

§ 4d des Entwurfs soll die Verpflichtung der Vereine regeln, Registrierungen im ÖZVV vorzunehmen, und verweist teilweise auf § 140 NO des Entwurfs. Der Verein hat Erwachsenenvertreter-Verfügungen, Vorsorgevollmachten und Vereinbarungen über die gewählte Erwachsenenvertretung, wenn sie vor ihm errichtet worden sind, jedenfalls im ÖZVV einzutragen. Nicht vor ihm errichtete Erwachsenenvertreter-Verfügungen, Vorsorgevollmachten und Vereinbarungen über die gewählte Erwachsenenvertretung hat er nur nach Maßgabe seine Möglichkeiten zu registrieren. Dies gilt auch für den Eintritt des Vorsorgefalls bei einer Vorsorgevollmacht, die gesetzliche Erwachsenenvertretung sowie die nach § 140h Abs. 2 Z 1 bis 4 und 6 NO vorgesehenen Eintragungen. Bei der Eintragung hat der Verein stets die Voraussetzungen für die jeweilige Eintragung zu prüfen. Diese ergeben sich aus den entsprechenden Bestimmungen des ABGB sowie aus § 140h Abs. 5 und Abs. 7 NO des Entwurfs. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so hat der Verein die Eintragung abzulehnen.

#### **Zu § 4e ErwSchVG:**

§ 4e des Entwurfs soll die Kosten für Errichtung und Eintragung der verschiedenen Institute regeln. Nur bestimmte Vorgänge sollen überhaupt kostenpflichtig sein, wobei es sich auch da aufgrund der niedrigen „Preisgestaltung“ bloß um einen Kostenbeitrag handelt. Beispielsweise soll die Eintragung des Widerrufs einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung stets kostenlos erfolgen. Darüber hinaus soll der Verein der betroffenen Person Kosten nur „soweit“ (also auch nur für Teilbeträge) in Rechnung stellen, als dadurch die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse nicht gefährdet wird. Die Gefährdung ist durch die betroffene Person zu bescheinigen und vom Verein zu prüfen. Die Kosten sind jedoch so niedrig, dass eine Gefährdung nur in Ausnahmefällen gegeben sein wird. Dem zukünftigen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter sind in keinem Fall Kosten in Rechnung zu stellen. Kostenpflichtig sind die Errichtung und Registrierung einer Vorsorgevollmacht, die Registrierung des Vorsorgefalls bei einer Vorsorgevollmacht, die Errichtung und Registrierung einer Erwachsenenvertreter-Verfügung und einer Vereinbarung über die gewählte Erwachsenenvertretung sowie die Registrierung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung. Dabei sollen für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht höhere Kosten verrechnet werden, weil diese Vereinbarung aufgrund der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit typischerweise aufwändiger und rechtlich komplexer ist. Darüber hinaus können Hausbesuche und Barauslagen in Rechnung gestellt werden.

**Zu § 5 ErwSchVG:**

Das Einfügen der Überschrift dient der besseren Übersicht.

**Abs. 3** soll den geltenden § 5 Abs. 3 VSPBG ersetzen. Die Bestimmung regelt den Fall, dass die Voraussetzungen der Eignung des Vereins nachträglich wegfallen. Dies liegt – wie nach geltendem Recht – dann vor, wenn der Verein seine Aufgaben, trotz Mahnung durch den Bundesminister für Justiz, nicht oder nur unzureichend wahrnimmt oder wenn die Voraussetzungen nach § 2 des Entwurfs nicht mehr vorliegen. Die Feststellung, dass der Verein nicht mehr die notwendige Eignung aufweist, wird im geltenden Recht mittels Verordnung vorgenommen. Vorgeschlagen wird, dies zukünftig sowohl mit Bescheid als auch – nach Rechtskraft des Bescheides – mit einer nachfolgenden Verordnung festzustellen.

Durch den – vollständigen oder partiellen – „Widerruf“ der Eignungsfeststellung ist der betroffene Verein zweifellos in ähnlicher Weise in seiner Rechtssphäre berührt, wie wenn ihm seine Eignung von vornherein abgesprochen wird. Die Entscheidung muss daher jedenfalls in der Rechtsform eines Bescheides ergehen. Gleichzeitig ist die Aufhebung oder Einschränkung der Eignungsfeststellung an einen nach generellen Merkmalen umschriebenen Personenkreis zu adressieren, denselben nämlich wie zuvor die positive Entscheidung (also Gerichte, Alten- und Pflegeheime, Krankenanstalten etc.). Es liegt also – wie der VfGH in G 81/09 ausführt – eine Konstellation vor, in der „einem Verwaltungsakt individuell-konkrete Wirkungen ebenso anhaften wie generell-abstrakte, sodass der Gesetzgeber weder mit der Gebrauchsnahme vom Instrument des Bescheides noch mit jenem der Verordnung jeweils für sich allein vor dem Hintergrund des Rechtsstaatsgebots die angestrebten normativen Wirkungen zu erzielen vermag“.

Der normative Gehalt eines Bescheides kann auch in der Feststellung des Bestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses liegen (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> 547 mit weiteren Nachweisen). Dies ist hier der Fall. Dem Verein gegenüber ist in Bescheidform festzustellen, dass seine Eignung nicht mehr (uneingeschränkt) gegeben ist.

Da dieses Verwaltungshandeln auch für einen generell bestimmten Personenkreis verbindlich sein soll, soll nach **Abs. 4** darüber hinaus nach Rechtskraft des Bescheides auch mit Verordnung festgestellt werden, dass die Eignung des Vereins weggefallen ist.

Nach **Abs. 5** des Entwurfs soll es auch möglich sein, dass die Feststellung der fehlenden Eignung nur hinsichtlich bestimmter sachlicher und räumlicher Tätigkeitsbereiche getroffen wird. Dies hätte dann zur Folge, dass ein anderer Verein für den nicht mehr abgedeckten sachlichen und räumlichen Bereich als geeignet im Sinn des § 1 des Entwurfs festgestellt werden kann.

Nach Kundmachung der Verordnung, dass die Eignung des Vereins nicht mehr gegeben ist, soll das zuständige Pflugschaftsgericht nach **Abs. 6** die von diesem Verein übernommenen Erwachsenenvertretungen von Amts wegen auf eine andere Person übertragen. Dies soll innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen. Sollten die Mängel in der Vertretung allerdings gravierend sein, so müsste das Gericht nach § 246 Abs. 3 Z 2 ABGB des Entwurfs vorgehen und die Erwachsenenvertretung sofort von Amts wegen einer anderen Person übertragen.

**Zu § 6 ErwSchVG:**

**Abs. 1** soll den geltenden § 6 Abs. 1 VSPBG ersetzen, die Bestimmung regelt die Verschwiegenheitspflicht der Mitarbeiter der Vereine. Das Einfügen der Überschrift dient der Übersichtlichkeit. Die Mitarbeiter des Vereins sind – wie nach geltendem Recht – zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus dieser Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, soweit die Geheimhaltung im Interesse des Betroffenen erforderlich ist. Dies gilt – wie bisher – nicht gegenüber den Pflugschafts- und Unterbringungsgerichten. Darüber hinaus sollen jetzt auch die Heimaufenthaltsgerichte ausdrücklich genannt werden. Für diejenigen Personen, die vom Verein mit der Wahrnehmung der Erwachsenenvertretung betraut worden sind, gilt jedoch § 248 Abs. 2 und 3 ABGB in der Fassung des Entwurfs sinngemäß. Hier bestehen daher einerseits gewisse Auskunftspflichten gegenüber nahen Angehörigen. Andererseits sind die Vereinsmitarbeiter und -organe dann nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn sie davon von der insoweit entscheidungsfähigen Person entbunden wurden, die vertretene Person zur Offenlegung verpflichtet ist oder die Offenlegung zur Wahrung ihres Wohles erforderlich ist.

**Zu § 7 ErwSchVG:**

Die Einfügung der Überschrift dient der Übersichtlichkeit.



**Zu § 8 ErwSchVG:**

**Abs. 1** soll den geltenden § 8 Abs. 1 VSPBG ersetzen, die Bestimmung regelt die finanzielle Förderung der Vereine durch den Bundesminister für Justiz. Der Entwurf sieht hier terminologische Anpassungen vor. Darüber hinaus soll – im Hinblick auf die Erweiterung des Leistungsangebots der Vereine – nicht mehr nur auf die Vertretungs- und Beratungsleistungen der Mitarbeiter abgestellt werden, sondern allgemein auf den Aufwand, der durch die im ErwSchVG vorgesehenen Leistungen entsteht.

**Zu § 9 ErwSchVG:**

In § 9 des Entwurfs, der inhaltlich dem geltenden § 9 VSPBG entspricht, soll der Verweis auf § 12 Abs. 5 Bewährungshilfegesetz entfallen, da dieser Absatz mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 2/2013 aufgehoben wurde.

**Zu § 10 ErwSchVG:**

§ 10 des Entwurfs entspricht inhaltlich dem geltenden § 10 VSPBG und enthält nur terminologische Anpassungen. Der Verweis auf die gerichtliche Entscheidung über Ansprüche soll entfallen, weil sich dies ohnehin aus den Vorschriften des ABGB und AußStrG ergibt und schon bisher keine eigenständige Bedeutung hatte.

**Zu § 11 ErwSchVG:**

Das Einfügen der Überschrift dient der Übersichtlichkeit.

Auch die Neuregelungen im VSPBG sollen mit 1. Juli 2018 in Kraft treten. Die Verordnung über die Feststellung der Eignung von Vereinen, zum Sachwalter bestellt zu werden sowie Patientenanwälte und Bewohnervertreter namhaft zu machen, BGBl II Nr. 117/2007, bleibt unverändert in Geltung, allerdings mit der Maßgabe, dass die Feststellung der Eignung, gemäß § 279 Abs. 3 und Abs. 4 ABGB zum Sachwalter bestellt zu werden, die in § 1 Abs. 1 Z 1 bis 6 aufgezählten Aufgaben umfasst. Verordnungen und Bescheide auf der Grundlage des neuen Rechts können von dem auf die Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag an erlassen werden. Sie dürfen jedoch frühestens mit 1. Juli 2018 in Kraft treten.

**Zum Unterbringungsgesetz (UbG):****Zu § 4 UbG:**

In § 4 Abs. 1 des Entwurfs soll der neue Begriff der Entscheidungsfähigkeit auch im UbG etabliert werden. Von der – etwa bei der Entscheidung über medizinische Behandlungen (§ 173 Abs. 1 ABGB) geltenden – Vermutung des Vorliegens der Entscheidungsfähigkeit ab dem vollendeten 14. Lebensjahr soll hier Abstand genommen werden. Die freiwillige Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung oder Abteilung lässt allgemeine Erfahrungssätze wohl eher nicht zu.

In § 4 Abs. 3 des Entwurfs soll im Einklang mit den Möglichkeiten, eine Vorsorgevollmacht oder gewählte Erwachsenenvertretung zu widerrufen bzw. einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung zu widersprechen (§ 246 Abs. 1 ABGB des Entwurfs), eine Patientenverfügung zu widerrufen (§ 10 Abs. 2 PatVG) oder eine medizinische Behandlung abzulehnen (§ 254 Abs. 1 ABGB des Entwurfs), auch für den Widerruf des Aufnahmeverlangens bloßes „Zuerkennengeben“ genügen. Dass die untergebrachte Person äußerungsfähig ist, reicht aus. Entscheidungsfähig muss sie hierfür nicht sein.

**Zu § 5 UbG:**

Das Verlangen, untergebracht zu werden, ist ein höchstpersönliches Recht. Volljährige Personen und mündige Minderjährige können sich hierbei nicht vertreten lassen; das will § 5 Abs. 1 des Entwurfs deutlich machen: In Verbindung mit § 4 Abs. 1 des Entwurfs steht nunmehr fest, dass eine entscheidungsfähige mündige oder volljährige Person nur auf ihr Verlangen untergebracht werden kann. Fehlt die Entscheidungsfähigkeit, so kann niemand ersatzweise die Unterbringung verlangen. Wegen der besonderen Eingriffsintensität der Unterbringung, die im Fall ihrer Freiwilligkeit dem Unterbringungsgericht nicht zu melden ist, soll hier – entgegen den Grundsätzen im Abstammungs- und Adoptionsrecht – die Vertretungsbefugnis der Erziehungsberechtigten auf unmündige Minderjährige eingeschränkt werden. Auch für eine im Fall des Vorliegens der Entscheidungsfähigkeit zusätzliche Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters im Sinn des geltenden § 5 Abs. 1 UbG gibt es keine Rechtfertigung.

Für unmündige Minderjährige gilt: Erziehungsberechtigte, das sind jene Personen, denen die gesetzliche Vertretung im Bereich Pflege und Erziehung zukommt (siehe § 181 Abs. 4 ABGB), sollen die Aufnahme ihres Kindes verlangen können. Ist der Minderjährige entscheidungsunfähig, so können sie das Aufnahmeverlangen für ihn stellen, ist er entscheidungsfähig, so müssen beide die Unterbringung verlangen.

**Zu § 6 UbG:**

In § 6 des Entwurfs werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 12 UbG:**

Im gerichtlichen Unterbringungsverfahren soll § 116a AußStrG sinnngemäße Anwendung finden, weil das Verfahren die kranke Person – wie Erwachsenenschutzverfahren – unmittelbar in ihrer Rechtssphäre berührt. Sie soll daher stets als verfahrensfähig gelten und Adressat der gerichtlichen Zustellungen sein. Ferner soll ihr hier die Möglichkeit, sehr vereinfacht ein Rechtsmittel zu erheben, zustehen. Auch der mündige Minderjährige soll wirksam Verfahrenshandlungen vornehmen können.

Eines Verweises auf § 116a Abs. 2 AußStrG des Entwurfs bedarf es freilich nicht. Nach § 27 UbG ist dem Kranken der Beschluss über die Zulässigkeit der Unterbringung mit Zustellnachweis zuzustellen; eine Eigenhandzustellung erscheint nicht notwendig, weil der Beschluss immer vorab zu verkünden ist. § 27 UbG ist nach § 30 Abs. 4 UbG auch auf die weitere Unterbringung und nach § 31 Abs. 2 UbG auf die Aufhebung der Unterbringung anzuwenden.

**Zu § 13 UbG:**

Statt auf das „VSPBG“ ist auf das „ErwSchVG“ zu verweisen.

**Zu § 21 UbG:**

Die Änderungen dienen lediglich der Ersetzung des Begriffs „Sachwalter“ durch „Erwachsenenvertreter“.

**Zu § 35 UbG:**

In Abs. 1 soll (entgegen 7 Ob 168/15d) klargestellt werden, dass Regelungsgegenstand der §§ 35 bis 38a UbG nicht bloß die psychiatrische Behandlung oder ausschließlich die Behandlung der psychiatrischen Anlasskrankheit ist. Auch somatische Behandlungen während aufrechter Unterbringung unterliegen dem spezifischen Rechtsschutz des UbG, weil auch sie im Zwangskontext durchgeführt werden.

Gegenüber Personen in Gewahrsamsverhältnissen sind staatliche Schutzpflichten erheblich gesteigert: Indem der Staat durch Verhängung einer Haft die weitgehende Kontrolle über die Lebensbedingungen des Betroffenen übernimmt, trifft ihn auch die grundlegende Verantwortung für dessen weiteres Schicksal und für die Herstellung faktischer Haftbedingungen, die einen grundrechtskonformen Vollzug des Freiheitsentzugs erst ermöglichen (vgl. *Kopetzki in Korinek/Holoubek* [Hrsg] Art. 2 EMRK Rz 77). Die Gesundheit und das Wohlbefinden der Personen müssen somit während der Unterbringung (i.e. „Haft“ im Sinn des Art. 5 EMRK) unter anderem durch die erforderliche ärztliche Unterstützung angemessen gewährleistet werden.

Anstelle des Begriffs „Sachwalter“ ist der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter“ im Sinn des § 1034 ABGB des Entwurfs zu verwenden. Gemeint ist damit in Abs. 2 der Vorsorgebevollmächtigte oder ein (gewählter, gesetzlicher oder gerichtlicher) Erwachsenenvertreter (nicht aber ein Kurator). Im Übrigen ist dem Kranken auch dann „der Grund und die Bedeutung der Behandlung“ zu erläutern, wenn er im Behandlungszeitpunkt entscheidungsunfähig ist und/oder er einen gesetzlichen Vertreter hat. Dies wird bereits aus dem geltenden § 35 Abs. 2 deutlich (*Kopetzki*, Grundriss des Unterbringungsrechts [2012]<sup>3</sup> Rz 601) und findet nun seine Entsprechung in § 253 Abs. 2 ABGB des Entwurfs.

**Zu § 36 UbG:**

In Abs. 2 können durch die Verwendung des in § 1034 ABGB des Entwurfs neu definierten Begriffs „gesetzlicher Vertreter“ sprachliche Vereinfachungen erzielt werden.

Ziel des Abs. 3 des Entwurfs ist es, für medizinische Behandlungen an untergebrachten Patienten eine von den §§ 252 ff. ABGB des Entwurfs losgelöste gerichtliche Kontrolle vorzusehen. Stellen sie oder ihr Vertreter (gesetzlicher Vertreter – so vorhanden – oder Patientenanwalt) den Antrag, so hat das Gericht über die Zulässigkeit einfacher Heilbehandlungen zu entscheiden. Bei besonderen Heilbehandlungen hat es stets diese Entscheidung zu treffen. Hier eine Zuständigkeit des Unterbringungsgerichts vorzusehen, ist deshalb naheliegend, weil das Unterbringungsgericht aufgrund des zwingend durchzuführenden Unterbringungsverfahrens ohnehin vor Ort und mit der Sachlage vertraut ist und auch regelmäßig einen psychiatrischen Sachverständigen „an der Hand hat“. Es kann daher recht rasch entscheiden und dabei den Rechtsschutz für den Patienten gewährleisten.

Die Unterscheidung zwischen einfachen Heilbehandlungen (Überprüfung nur auf Antrag) und besonderen Heilbehandlungen (grundsätzlich Vorab-Genehmigung erforderlich, außer bei Gefahr im Verzug – was aber nur selten vorkommt, weil die Gefahr im Verzug auch mit einfachen Heilbehandlungen oder Beschränkungen hintangehalten werden kann) soll hier beibehalten werden. Dass einfache Heilbehandlungen nach Maßgabe des § 35 UbG auch ohne Zustimmung eines Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters zulässig sind, wenn ein solcher Vertreter noch nicht eingesetzt ist, ist wohl

damit zu rechtfertigen, dass eine „übereilte“ Bestellung eines Erwachsenenvertreters vermieden werden soll (vgl. *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 843 f) und die rasche Durchführung der Behandlung regelmäßig Voraussetzung dafür ist, dass die Freiheitsbeschränkung alsbald wieder aufgehoben werden kann. Dem würde es nicht gerecht, wenn man zunächst nur „Gefahr im Verzug“-Behandlungen vornimmt und mit allem anderen zuwartet, bis ein Erwachsenenvertreter bestellt ist.

Darüber hinaus enthält Abs. 3 terminologische Anpassungen.

#### **Zu § 37 UbG:**

Mit den Änderungen soll ein begrifflicher Gleichklang mit den §§ 252 Abs. 4, 253 Abs. 3 und 254 Abs. 3 ABGB des Entwurfs erzielt werden. Eine inhaltliche Änderung ist nicht bezweckt.

#### **Zu § 39a UbG:**

Die Änderungen dienen lediglich der Ersetzung des Begriffs „Sachwalterschaftsverfahren“ durch „Verfahren über die Erwachsenenvertretung“.

#### **Zu § 42 UbG:**

Abs. 4 enthält das Übergangsrecht für die neuen Vorschriften des UbG. Aus Z 2 ergibt sich, dass bereits vor dem 1. Juli 2018 begonnene Unterbringungen und medizinische Behandlungen nicht nach dem neuen Recht zu beurteilen sind.

#### **Zum Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG):**

##### **Zu § 3 HeimAufG:**

Die Zustimmung der Obsorgeberechtigten zur Freiheitsbeschränkung eines Minderjährigen soll nicht die Ausnahmewirkungen einer Freiheitseinschränkung nach **Abs. 2** nach sich ziehen. Nur das Kind selbst kann – Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie vgl. die Erläuterungen zu § 24 ABGB in der Fassung des Entwurfs) vorausgesetzt – im Rahmen der Ausübung seines höchstpersönlichen Rechtes in die Beschränkung seiner Bewegungsfreiheit einwilligen (*Bürger/Halmich*, Heimaufenthaltsgesetz [2015] 58; *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht<sup>2</sup> [2012] 135). Auch im Hinblick auf volljährige Bewohner soll klargestellt werden, dass es sich bei der Zustimmung zur Freiheitsbeschränkung um eine vertretungsfeindliche Angelegenheit handelt. Darüber hinaus enthält § 3 Abs. 2 des Entwurfs terminologische Anpassungen (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4 des Allgemeinen Teils der Erläuterungen und die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs).

##### **Zu § 8 HeimAufG:**

Abs. 1 regelt wie bisher die gewillkürte Vertretung des Bewohners (im Gegensatz zu der ex lege Vertretung durch die Bewohnervertretung nach Abs. 2). Durch die im Rahmen der Reform des Sachwalterrechts im ABGB vorgenommene Neuregelung der Vertretungsarten wird eine Umformulierung der **Abs. 1 und 4** im Sinn einer Beseitigung des nach dem neuen Konzept möglicherweise missverständlichen Ausdrucks „bestellter Vertreter“ notwendig.

Ungeachtet anderer Formerfordernisse des jeweiligen Vertretungstyps verlangt Abs. 1 wie bisher die Schriftform und eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Wahrnehmung des Rechts auf persönliche Freiheit. Der Vertreter darf auch wie bisher (zu keinem Zeitpunkt) in einem Naheverhältnis zur Einrichtung stehen. Bei einem Vertreter nach Abs. 1 kann es sich um einen Vorsorgebevollmächtigten ebenso wie um einen „normalen Stellvertreter“ – Entscheidungsfähigkeit des die Vertretungsmacht erteilenden Bewohners vorausgesetzt – handeln. Durch die vorgeschlagene Änderung soll auch ein gewählter Erwachsenenvertreter von Abs. 1 umfasst sein, sofern sich sein mit dem Bewohner vereinbarter Wirkungsbereich auf persönlichkeitsrechtliche Angelegenheiten erstreckt.

Dem vom Bewohner ausgewählten Vertreter kommt wie bisher die Verpflichtung zu, den Einrichtungsleiter und gegebenenfalls das Gericht von seiner Vertretungsmacht oder deren Beendigung zu verständigen.

Die Novellierung des bisherigen VSPBG (nunmehr: ErwSchVG) macht eine Anpassung in Abs. 2 notwendig.

##### **Zu § 9 HeimAufG:**

Die Beseitigung des Ausdruckes „bestellter Vertreter“ in **Abs. 1 und 2** ist eine Folge der in § 8 vorgenommenen Änderungen. Die in Abs. 1 postulierten und demonstrativ aufgezählten Einsichts- und Auskunftsrechte sollen nicht nur dem vom Bewohner nach § 8 Abs. 1 ausgewählten Vertreter, wie etwa dem Vorsorgebevollmächtigten oder dem gewählten Erwachsenenvertreter, zukommen. Als „Vertreter“ können bei entsprechendem Wirkungsbereich auch andere Erwachsenenvertreter gelten, wie beispielsweise der gesetzliche oder der gerichtliche Erwachsenenvertreter. Sofern es sich um einen

minderjährigen Bewohner handelt, sollen jedenfalls auch dem gesetzlichen Vertreter im Bereich der Pflege und Erziehung (vgl. § 181 Abs. 4 ABGB) die in Abs. 1 geregelten Rechte zukommen.

#### **Zu § 11 HeimAufG:**

Ebenso wie im gerichtlichen Unterbringungsverfahren soll der Verweis auf die sinnngemäße Anwendung des § 116a Abs. 1, 3 und 4 AußStrG in Heimaufenthaltssachen sicherstellen, dass der Bewohner ungeachtet seiner Verfahrensfähigkeit wirksam Verfahrenshandlungen vornehmen kann. Auch der mündige Minderjährige soll wirksam Verfahrenshandlungen vornehmen und, ungeachtet der Antragsrechte des Obsorgeberechtigten oder des Bewohnervertreeters, selbst Anträge auf gerichtliche Überprüfung der Freiheitsbeschränkung stellen und Rechtsmittel erheben können. Diese Verfahrensfähigkeit gilt im gesamten Verfahren nach dem Heimaufenthaltsgesetz (Rechtsmittelverfahren, nachträgliche Überprüfung). Der ausdrückliche Hinweis auf den Richtervorbehalt in Heimaufenthaltssachen kann im Hinblick den vorgeschlagenen § 19 Abs. 2 Z 9 RpfLG entfallen.

#### **Zu § 24 HeimAufG:**

Die Änderung stellt klar, dass zu den vorwerfbaren Verhaltensweisen, die zu einem Rückgriff gegen den Träger der Einrichtung führen können, insbesondere auch ein Organisationsverschulden zählt. Im Übrigen sei festgehalten, dass neben der Haftung des Bundes nach § 24 Abs. 1 HeimAufG die Haftung des organisatorisch zuständigen Rechtsträgers im Sinn des § 1 Abs. 3 AHG unberührt bleibt (s. auch den JAB 378 BlgNR 22. GP 2). Der Geschädigte kann daher auch im Anwendungsbereich des HeimAufG unmittelbar gegen den organisatorisch zuständigen Rechtsträger vorgehen.

#### **Zur Notariatsordnung (NO):**

##### **Zu § 6 NO:**

Da das neue System des Erwachsenenschutzrechts keinen konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit im Gefolge der Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters kennt, hat der Begriff „Eigenberechtigung“ zu entfallen (siehe die Erläuterungen zu § 24 ABGB des Entwurfs). An seiner Stelle ist vorzusehen, dass nur solche Personen zum Notar berufen sind, die in allen Belangen geschäftsfähig sind und für die kein gesetzlicher Vertreter im Sinn des § 1034 ABGB aufrecht (also im Fall einer Vorsorgevollmacht nach deren Wirksamwerden) eingesetzt ist.

##### **Zu § 134 NO:**

Der geltende § 134 Abs. 2 NO regelt die Aufgaben der Notariatskammern. Dieser Liste an Aufgaben soll nach dem Entwurf eine Z 16 angefügt werden, nach der die Notariatskammer eine Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Notaren zu führen hat. Dies ist vor dem Hintergrund des § 243 Abs. 2 ABGB in der Fassung des Entwurfs zu sehen. Nach dem geltenden § 279 Abs. 5 ABGB besteht die Vermutung, dass ein Notar nicht mehr als 25 Sachwalterschaften übernehmen kann. Nunmehr soll vorgesehen werden, dass ein Notar (nunmehr auch Notariatskandidat) nur mehr höchstens 15 Vorsorgevollmachten oder Erwachsenenvertretungen übernehmen darf, es sei denn, er ist aufrecht in eine Liste nach § 134 Abs. 2 Z 16 NO eingetragen. Daraus ergibt sich die neue Aufgabe der Notariatskammer, eine entsprechende Liste der geeigneten Notare zu führen.

##### **Zu § 134a NO:**

In § 134a NO werden die Voraussetzungen für die Eintragung in die von den Notariatskammern nach dem neuen § 134 Abs. 2 Z 16 NO zu führenden Listen geregelt. Die Überschrift soll daher „Besondere Eignung zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen“ lauten.

Ein Notar, der sich nach eigener Einschätzung als zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen besonders geeignet erachtet, hat die Möglichkeit, sich in die bei der Notariatskammer geführte Liste eintragen zu lassen. Er muss dafür die in § 134a Abs. 1 Z 1 bis 6 des Entwurfs aufgezählten Voraussetzungen erfüllen, die zum Teil an die Anforderungen an die Erwachsenenschutzvereine nach dem ErwSchVG angelehnt sind. Die Notariatskammer ist nicht verpflichtet, die Eignung des Notars bereits bei der Eintragung in die Liste zu prüfen. Für die Eintragung genügt daher die Erklärung des Notars, die erforderliche Eignung aufzuweisen. Die tatsächliche Eignung ist jedoch im Rahmen der allgemeinen Aufsichtsfunktion der Notariatskammer von dieser in geeigneter Weise zu überprüfen (§ 154 Abs. 1a des Entwurfs).

Der Notar selbst oder zumindest einer seiner Mitarbeiter muss über langjährige Erfahrung im Umgang mit Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit (zur neuen Terminologie siehe die Erläuterungen zu § 24 des Entwurfs) eingeschränkt sind, verfügen. Der Notar muss über eine professionelle, an den Erfordernissen eines zeitgemäßen Qualitätsmanagements ausgerichtete Organisation und eine entsprechende Infrastruktur für

diesen Aufgabenbereich verfügen. Die Organisation und Infrastruktur bezieht sich dabei auf den konkreten Aufgabenbereich der Übernahme von Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen und nicht auf die sonstigen Tätigkeiten des Notars. Der Notar hat weiters dafür Sorge zu tragen, dass die ihm übertragenen Aufgaben entsprechend den gesetzlichen Vorschriften und den allgemein anerkannten fachlichen Standards zum Wohl der vertretenen Person wahrgenommen werden. Dies stellt nur Selbstverständliches klar. Bei der Übernahme von mehr als 15 Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen ist es insbesondere wichtig, dass angesichts der großen Anzahl an vertretenen Personen der persönliche Kontakt (§ 247 ABGB in der Fassung des Entwurfs) ausreichend wahrgenommen werden kann. Dadurch soll der Notar über die besonderen Wünsche, Bedürfnisse und Lebensverhältnisse der vertretenen Personen ausreichend informiert sein, um seine Aufgaben dementsprechend wahrnehmen zu können. Um die geforderte besondere Eignung aufzuweisen, soll der Notar nicht bloß über langjährige Erfahrung im Umgang mit betroffenen Personen verfügen, er soll sich darüber hinaus auch in Schulungen fachliche Inputs für diese Aufgabe einholen. Schließlich muss der Notar auch gewährleisten, dass er und seine Mitarbeiter, die ihn bei seinen Aufgaben unterstützen, spezifisch fachlich aus- und fortgebildet sind und dass seine Mitarbeiter bei der Erfüllung der Aufgaben entsprechend angeleitet und beaufsichtigt werden. Insgesamt soll durch diese hohen Qualitätsanforderungen gesichert werden, dass die Qualität der Vertretung auch bei einer höheren Anzahl an vertretenen Personen gewährleistet ist.

Auch Notariatskandidaten können sich in diese Liste eintragen lassen; das bedeutet aber nicht in jedem Fall, dass diese Tätigkeit in so großem Umfang berufsrechtlich zulässig ist.

§ 134a Abs. 2 des Entwurfs sieht vor, dass die Liste auf der Website der Österreichischen Notariatskammer zu veröffentlichen ist. Damit soll Transparenz geschaffen werden und gewährleistet sein, dass Privatpersonen oder Gerichte einen geeigneten Notar für die Übernahme einer Vorsorgevollmacht bzw. Erwachsenenvertretung finden können.

§ 134a Abs. 3 des Entwurfs sieht vor, dass der Notar der Notariatskammer gegenüber jährlich die Anzahl der von ihm ausgeübten Vorsorgevollmachten und (relevant in aller Regel wohl nur gerichtlichen) Erwachsenenvertretungen bekannt zu geben hat. Dabei kommt es auf die Anzahl der tatsächlich ausgeübten Vertretungen an. Vorsorgevollmachten sind daher nur dann bekannt zu geben, wenn diese wirksam geworden sind. Diese Information ist für die Notariatskammer zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion notwendig. Die Information ist aber nicht zu veröffentlichen, sondern nur für den internen Gebrauch bestimmt.

#### **Zu § 140h NO:**

Vorsorgevollmachten und gewählte Erwachsenenvertretungen sollen nicht bloß vor Notaren und Rechtsanwälten, sondern auch vor den Erwachsenenschutzvereinen errichtet werden können. Ebenso sollen die Erwachsenenschutzvereine – wie nun auch die Pflegschaftsgerichte und der Gerichtskommissär – selbständig Eintragungen in das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) vornehmen können. Dem soll mit den Änderungen in § 140h des Entwurfs Rechnung getragen werden. Darüber hinaus werden die Eintragungsinhalte und die Pflichten der eintragenden Stelle bzw. Person präzisiert.

**Abs. 1** erweitert den Gegenstand der möglichen Eintragungen in das ÖZVV im Licht der neuen Bestimmungen zur Erwachsenenvertretung. Künftig sollen nicht nur Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertreter-Verfügungen (früher Sachwalterverfügungen), sondern auch alle Formen der Erwachsenenvertretung (gewählte, gesetzliche und gerichtliche Erwachsenenvertretungen) eingetragen werden können. Unter der Erwachsenenvertreter-Verfügung ist nunmehr auch die negative Verfügung (siehe die Erläuterungen zu § 244 ABGB des Entwurfs) zu verstehen.

**Abs. 2** regelt, dass auch alle Änderungen und Beendigungen der Vertretungsverhältnisse bzw. Verfügungen sowie der Vorabwiderspruch zur gesetzlichen Erwachsenenvertretung einzutragen sind.

Unter Änderung des Vertretungsverhältnisses ist dabei jede Einschränkung oder Erweiterung der Vertretungsmacht des aktuellen Vertreters zu verstehen. Soll ein anderer Vertreter eingesetzt werden, zB ein neuer gewählter Erwachsenenvertreter, wäre grundsätzlich zunächst die Beendigung der bestehenden Vertretung und anschließend das neue Vertretungsverhältnis einzutragen. Sind mehrere Vollmachtnehmer in einer Urkunde genannt, so kommt auch eine Teilkündigung hinsichtlich eines Vertreters in Betracht. Der zweite Vertreter bleibt ohne Neueintragung weiterhin eingesetzt. In der Praxis könnte es sich jedoch in manchen Fällen als zweckmäßig erweisen, getrennte Vollmachtsurkunden zu errichten.

Bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung besteht die Besonderheit, dass neben der Änderung und Beendigung auch die Übertragung und die Erneuerung selbständiger Gegenstand der Eintragung sind.

Bei der Vorsorgevollmacht soll – nach Wiedererlangung der Entscheidungsfähigkeit der vertretenen Person – der Wegfall des Vorsorgefalls eingetragen werden. Die Eintragung der Vorsorgevollmacht selbst

bleibt davon unberührt. Bei einem erneuten Verlust der Entscheidungsfähigkeit ist wiederum der Eintritt des Vorsorgefalls einzutragen.

Auch die Erklärung, einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung vorab zu widersprechen, sowie der Widerruf dieser Erklärung und der Widerspruch gegen eine bestehende gesetzliche Erwachsenenvertretung sind einzutragen. Ebenso einzutragen ist der Widerruf einer (positiven oder negativen) Erwachsenenvertreter-Verfügung, um die bestehende Eintragung außer Kraft zu setzen.

Schließlich soll auch die Möglichkeit der Eintragung von bloßen Änderungen der Personaldaten (zB Namens- und Adressänderungen) gesetzlich ausdrücklich geregelt werden.

**Abs. 3** regelt, wer welche Eintragungen im ÖZVV vorzunehmen hat. Neu ist, dass auch die Pflegschaftsgerichte, die Erwachsenenschutzvereine sowie der Gerichtskommissär im Zuge der Todesfallaufnahme (siehe § 145a Abs. 3 AußStrG des Entwurfs) direkt Eintragungen vornehmen können.

**Abs. 4** soll die demonstrative Aufzählung im geltenden § 140h Abs. 3 NO ersetzen und regelt detaillierter, welche Angaben bei den Eintragungen jedenfalls zu machen sind. Auch dies ist der Reform des Sachwalterrechts geschuldet, insbesondere weil § 245 ABGB in der Fassung des Entwurfs nunmehr der Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls bei einer Vorsorgevollmacht sowie der Eintragung der gewählten und der gesetzlichen Erwachsenenvertretung eine konstitutive Wirkung für die Entstehung der Vertretungsmacht zuerkennt. Dementsprechend sollen die Angaben zukünftig umfangreicher sein.

Zunächst sind die Bezeichnung der Eintragung (zB „Gewählte Erwachsenenvertretung“ oder „Erwachsenenvertreter-Verfügung“) und das Datum der Eintragung einzutragen. Darüber hinaus sind auch das Datum der Erklärung (etwa der Widerruf der gewählten Erwachsenenvertretung) oder der Vereinbarung (Vorsorgevollmacht oder Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung), auf die sich die Eintragung jeweils bezieht, Details zu den beteiligten Personen und die eintragende Stelle bzw. Person anzugeben. Dies ist notwendig, um eine Verknüpfung der eingetragenen Tatsache zur Eintragung herzustellen. Wird beispielsweise eine Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung eingetragen, so ist die zu Grunde liegende Vereinbarung, die durch die Eintragung wirksam wird, eindeutig durch das Datum der Vereinbarung, die beteiligten Personen und die errichtende Stelle bzw. Person bestimmt. Zu beachten ist, dass sich der Umfang der Vertretungsmacht bei der Vorsorgevollmacht und der gewählten Erwachsenenvertretung nicht aus der Eintragung ergibt, sondern aus der jeweiligen Urkunde. Im Rechtsverkehr sind daher stets die Urkunde und die Bestätigung der Eintragung der Urkunde im ÖZVV vorzulegen. Wird eine Eintragung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung vorgenommen (gerichtliche Erwachsenenvertretung, Beschlüsse nach § 246 Abs. 3 ABGB), so ist die Eintragung nicht konstitutiv. Das ÖZVV soll jedoch alle Vertretungsverhältnisse enthalten, zumal eine bestehende gerichtliche Erwachsenenvertretung zB der Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung entgegenstünde. In diesem Zusammenhang sind das Datum der gerichtlichen Entscheidung und das Gericht als eintragende Stelle anzugeben.

Die Angaben über die Personen, auf welche sich die Eintragung bezieht, haben grundsätzlich zur eindeutigen Identifizierung den Namen, Geburtsdatum und die Wohnanschrift zu umfassen. Unter der vertretenen oder zu vertretenden Person ist dabei auch die Person zu verstehen, die in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung oder in einem Vorabwiderspruch gegen eine gesetzliche Erwachsenenvertretung für eine zukünftige Vertretung vorsorgt. Da es sich bei Abs. 4 nur um eine demonstrative Aufzählung handelt, steht es der eintragenden Stelle offen, im Einverständnis mit den betroffenen Personen auch andere Angaben wie etwa eine Telefonnummer oder eine E-Mail-Adresse einzutragen. Subsidiär reichen andere eindeutige Angaben. Möchte eine volljährige Person beispielsweise alle (auch zukünftigen oder unbekannten) Nachkommen von der gesetzlichen Vertretung ausschließen, so würde es ausreichen, diese pauschal, aber eindeutig bestimmbar zu benennen.

Weiters ist die eintragende Stelle oder Person anzugeben. Bei der Eintragung durch den Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereins ist die Bezeichnung und die Adresse des Vereins anzugeben, bei der Eintragung durch einen Notar oder Rechtsanwalt ist dieser persönlich zu nennen und die Kanzleiadresse anzugeben.

Bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung ergibt sich – mangels Vereinbarung bzw. Urkunde – die Vertretungsmacht aus der Eintragung selbst. Hier hat die eintragende Stelle den Umfang der Vertretungsmacht in der Eintragung festzuhalten.

Bei der Eintragung einer Erklärung, beispielsweise dem Widerspruch zu einer bestehenden gesetzlichen Erwachsenenvertretung, reicht es zur Identifizierung und damit zur konstitutiven Wirkung der Eintragung aus, dass die Art der Eintragung, die Personen, auf die sich die Eintragung bezieht, die eintragende Stelle und das Datum der Erklärung angegeben sind.

Da die gesetzliche und gerichtliche Erwachsenenvertretung nur mehr befristet gültig ist, ist auch der Zeitpunkt anzugeben, in dem die Vertretung endet.

**Abs. 5** richtet sich an die jeweils Eintragenden (Notar, Rechtsanwalt, Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereins; das PflEGschaftsgericht ist in diesem Zusammenhang nicht angesprochen) und regelt die Vorgangsweise vor der Eintragung, insbesondere die Kontrolle des Vorliegens der Voraussetzungen nach dem sechsten Hauptstück des ersten Teils des ABGB. Beispielsweise ist zu bescheinigen, dass die Höchstzahl der Vertretungsverhältnisse nicht überschritten wird oder dass die zu vertretende Person noch in der Lage ist, eine Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung abzuschließen. Die eintragende Stelle bzw. Person treffen keine eigenen Nachforschungspflichten. Grundsätzlich liegt die Bescheinigungspflicht für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vorsorgevollmacht, für den Eintritt des Vorsorgefalls oder für die gewählte und gesetzliche Erwachsenenvertretung bei der volljährigen Person bzw. beim zukünftigen Vertreter. Vom Eintragenden ist allerdings zu überprüfen, ob es bereits eine entgegenstehende Eintragung eines Vertreters mit demselben Wirkungsbereich gibt (§ 243 Abs. 3 ABGB). Dies stellt ein Eintragungshindernis dar. Die Eintragung darf dann nicht vorgenommen werden.

Bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung sind mehrere Personen zur Eintragung berechtigt; dadurch kann es zu familiären Konflikten kommen. Da das Gesetz hier keine Rangfolge vorsieht, ist die Eintragung von der eintragenden Stelle stets nur nach der zeitlichen Reihenfolge vorzunehmen, in der die Eintragung begehrt wird. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung soll nämlich dann zur Anwendung kommen, wenn die Aufgabenverteilung im familiären Umfeld einvernehmlich erfolgt und eine gerichtliche Intervention nicht notwendig ist. Gibt es familiäre Streitigkeiten über die Frage, wer Vertreter sein soll, so besteht die Möglichkeit, das PflEGschaftsgericht anzurufen, welches dann darüber entscheidet, ob eine bereits eingetragene gesetzliche Erwachsenenvertretung aufrecht bleibt oder eine gerichtliche Erwachsenenvertretung notwendig ist.

Im Fall der Eintragung einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung sowie bei der Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalls einer Vorsorgevollmacht ist die Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses zwingend vorgesehen. Aus dem Zeugnis muss hervorgehen, dass die volljährige Person – etwa aufgrund einer psychischen Krankheit – die vom Wirkungsbereich des zukünftigen Vertreters umfassten Angelegenheiten nicht selbst besorgen kann. Ein Zeugnis bloß über das Vorliegen etwa einer psychischen Krankheit ist nicht ausreichend.

Bei Zweifeln am Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit, am Eintritt des Vorsorgefalls oder an anderen Eintragungsvoraussetzungen, etwa der Eignung des Vertreters, ist die Eintragung abzulehnen. Bestehen begründete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Wohles der betroffenen Person, so ist das PflEGschaftsgericht unverzüglich zu verständigen. Siehe dazu die §§ 244 Abs. 2, 263 Abs. 2, 267 Abs. 2 und 270 Abs. 2 ABGB des Entwurfs.

Die eintragende Stelle wird zu Beweis Zwecken für eine entsprechende Dokumentation des Eintragungsvorgangs und der vorgelegten Dokumente Sorge zu tragen haben. So ist beispielsweise die Vereinbarung über eine gewählte Erwachsenenvertretung und die Vorsorgevollmacht sowie ein allfälliges ärztliches Zeugnis nach den jeweiligen internen bzw. berufsrechtlichen Vorschriften aufzubewahren. Dies ist schon im Hinblick auf mögliche Haftungsfragen zweckmäßig.

**Abs. 6** regelt Informations- und Verständigungspflichten bei der Eintragung. Die vertretene bzw. zu vertretende Person und der Vertreter sind über die Folgen der Eintragung zu informieren. Darüber hinaus ist jeweils eine Bestätigung über die Eintragung auszufolgen oder zu übermitteln, welche alle Angaben enthalten muss, die auch bei der Eintragung anzugeben sind. Im Fall der Ablehnung einer Eintragung ist diese Ablehnung zu bestätigen. Zusätzlich ist mit der Bestätigung (nicht bei der Ablehnung der Eintragung) eine Übersicht über die mit der Vorsorgevollmacht oder gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung verbundenen Rechte und Pflichten, insbesondere über die Verpflichtung, die Bestätigung nach Beendigung der Vertretungsbefugnis nicht mehr im Rechtsverkehr zu verwenden, auszuhändigen oder zu übermitteln. Personen, die in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung genannt werden, sind nicht zu informieren. Ihnen ist auch keine Bestätigung zu übermitteln. Es soll der verfügenden Person überlassen bleiben, ob und wie sie diese Personen verständigt. Ein bereits eingetragener Vertreter ist von einer weiteren Eintragung eines Vertreters für dieselbe vertretene oder zu vertretende Person zu verständigen. So sollen Missverständnisse von Anfang an vermieden werden. Zur Erfüllung der Informations- und Verständigungspflichten wird es ausreichen, dass der Eintragende die Person durch ein Schreiben oder E-Mail an die im ÖZVV aktuell gespeicherte (E-Mail-)Adresse informiert.

**Abs. 7** sieht Verständigungs- und Übermittlungspflichten gegenüber dem PflEGschaftsgericht vor. Im Fall der Eintragung einer gewählten Erwachsenenvertretung ist auf geeignetem Weg eine Kopie der Urkunde

über die Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung und des nach Abs. 6 vorzulegenden ärztlichen Zeugnisses, im Fall der Eintragung einer gesetzlichen Erwachsenenvertretung nur letzteres zur Verfügung zu stellen. Betrifft eine Eintragung eine bestehende gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung, so ist das Pflegschaftsgericht unverzüglich von der Eintragung zu verständigen. Diese Urkunden und Informationen sollen es dem Pflegschaftsgericht ermöglichen, die ihm übertragene Kontrolle auszuüben (siehe § 259 ABGB des Entwurfs). Vorsorgebevollmächtigte sind einer solchen gerichtlichen Kontrolle nicht unterworfen. Nur ausnahmsweise kommt hier das Gericht ins Spiel, nämlich dann, wenn eine gerichtliche Genehmigung des Vertreterhandelns vorgesehen ist (zB nach § 254 ABGB des Entwurfs) oder im Fall einer Populärangeregung wegen angeblicher Schädigung des Vertretenen durch seinen Bevollmächtigten. In einem solchen Fall wird das Gericht eine Abfrage im ÖZVV durchführen und zusätzlich (soweit Urkunden nicht über elektronische Archive einsehbar sind) die Übermittlung der Bezug habenden Dokumente (Vollmachtsurkunde und allfällige Widerrufe oder Kündigungen oder Abänderungen) verlangen.

Eine Verständigungs- und Übermittlungspflicht ist nur bei bestehenden gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretungen vorgesehen. Keine Verständigungspflicht besteht daher bei bloßen Erwachsenenvertreter-Verfügungen oder bei Vorabwidersprüchen gegen eine zukünftige gesetzliche Erwachsenenvertretung (sowie beim Widerruf eines solchen Vorabwiderspruchs oder beim Widerruf der Erwachsenenvertreter-Verfügung).

**Abs. 8** soll den geltenden § 140h Abs. 8 NO ersetzen. Direkt einsichtsberechtigt sind also weiterhin insbesondere die eintragenden Stellen aus Anlass und zum Zweck einer Eintragung und die betroffenen Personen selbst sein. Der Kreis der Einsichtsberechtigten soll nicht ausgeweitet werden, weil das ÖZVV nunmehr alle gesetzlichen Vertretungsverhältnisse im Erwachsenenschutzbereich abbildet und Daten enthält, die den höchstpersönlichen Lebensbereich der vertretenen Personen betreffen. Alle übrigen Stellen haben jedoch bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses die Möglichkeit, Auskunft über das zuständige Pflegschaftsgericht zu erhalten (§ 130 Abs. 3 AußStrG).

Als betroffene Personen nennt Abs. 8 – neben der vertretenen oder zukünftig vertretenen Person – auch den Vertreter, nicht jedoch die Personen, die in einer (negativen) Erwachsenenvertreter-Verfügung genannt werden. Die verfügende Person soll dadurch nicht in ihrer Freiheit, die Verfügung jederzeit zu ändern, eingeschränkt werden. Die genaue Ausgestaltung des Einsichtsrechts wird wie bisher in einer Richtlinie der Österreichischen Notariatskammer zu regeln sein.

Die bislang in Abs. 8 enthaltene Sonderhaftungsbestimmung wurde aufgrund der zu dieser geäußerten Kritik (zB *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 140h NO Rz 10) ersatzlos gestrichen. Zukünftig richtet sich die Haftung daher nach allgemeinen Grundsätzen.

#### **Zu § 154 NO:**

§ 154 Abs. 1a des Entwurfs soll ausdrücklich regeln, dass die Notariatskammer im Rahmen ihrer Aufsichtspflicht zu prüfen hat, ob die Notare, die sich in die Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretern besonders geeigneten Notaren (§ 134 Abs. 2 Z 16 des Entwurfs) haben eintragen lassen, die strengen Voraussetzungen des § 134a Abs. 1 Z 1 bis 6 des Entwurfs erfüllen und einhalten. Es werden daher regelmäßige Prüfungen zu erfolgen haben. Ergibt die Prüfung, dass die Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, so ist der Notar aus der Liste zu streichen.

#### **Zu § 180 NO:**

Die Änderung in § 180 dient der terminologischen Anpassung.

#### **Änderung der Rechtsanwaltsordnung (RAO):**

##### **Zu § 10b RAO:**

§ 10b des Entwurfs regelt die Voraussetzungen für die Eintragung eines Rechtsanwalts in die nach § 28 Abs. 1 lit. o des Entwurfs neu vorgesehene Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten. Inhaltlich bestehen keine Unterschiede zu der entsprechenden Liste für Notare, weshalb auf die Erläuterungen zu § 134a NO des Entwurfs verwiesen werden kann.

##### **Zu § 23 RAO:**

§ 23 Abs. 2a des Entwurfs entspricht § 154 Abs. 1a NO in der Fassung des Entwurfs. Inhaltlich bestehen keine Unterschiede; es kann auf die Erläuterungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden.



**Zu § 28 RAO:**

§ 28 des Entwurfs regelt die Verpflichtung zur Führung einer Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten.

**Zum Gerichtsgebührengesetz (GGG):**

**Zu den Tarifposten 7, 10 und 12 GGG und den Anmerkungen 8 zur Tarifpost 7 und 3 zur Tarifpost 15 GGG:**

In den Tarifposten 7, 10, 11 und 12 sowie in den Anmerkungen 8 zur Tarifpost 7 und 3 zur Tarifpost 15 werden terminologische Anpassungen vorgenommen (zur neuen Terminologie vgl. Punkt 4.4. des Allgemeinen Teils der Erläuterungen sowie die Erläuterungen zu §§ 21 und 24 ABGB des Entwurfs).

**Zur Tarifpost 11 GGG:**

Da Vorsorgevollmachten nicht mehr vor Gericht errichtet werden können (siehe § 262 Abs. 1 ABGB des Entwurfs), hat der entsprechende Gebührentatbestand zu entfallen.

**Zu Artikel VI GGG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten der neuen Vorschriften.

**Zum Gerichtlichen Einbringungsgesetz (GEG):**

**Zu § 9 GEG:**

In § 9 werden terminologische Anpassungen vorgenommen.

**Zu § 19a GEG:**

Diese Bestimmung regelt das Inkrafttreten des neuen § 9.