

am 17.8.2016 von
Lackner Gabi freigegeben.
G



Vorab per Telefax Nr. 01/50165 2150

Bundesarbeitskammer
Prinz-Eugen-Straße 20-22
1041 Wien

KR-2016-15741/Dr.Ob

Dr. Oberlechner

1800

17.08.2016

Betrifft: Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Vereinskassawalter-, Patientenanwalts- und Bewohnerververtretungsgesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG)

Bezug: Zuständiger Referent: Herbert Novotny

Werte Kolleginnen und Kollegen!

voranzustellen ist, dass auch aus der Beratungspraxis erkennbar ist, dass Sachwalterschaften nach geltendem Recht immer wieder zu problematischen Situationen bzw. rechtlichen Schwierigkeiten führen. Daher wird das Ziel des vorgelegten Entwurfes, die Förderung der Selbstbestimmung von Menschen, die stärkere Begleitung und Unterstützung in den oft nicht einfachen Entscheidungsprozessen und die Stärkung der Autonomie (insbesondere bei Entscheidungen zu medizinischen Behandlungen oder der Veränderung des Wohnorts) von Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, seitens der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol begrüßt. Zu begrüßen sind daher auch Maßnahmen hinsichtlich des geplanten Ausbaus der Vertretungsmodelle

(zukünftig vier mögliche Arten der Vertretung unterstützungsbedürftiger volljähriger Personen) bzw. Alternativen zur Sachwalterschaft und Änderungen/Einschränkungen beim (automatischen) Verlust der Geschäftsfähigkeit der vertretenen Personen (Genehmigungsvorbehalt). Dennoch muss jedenfalls sichergestellt werden, dass Betroffene effektiv vor Schäden und Übervorteilung geschützt werden.

Mit dem vorliegenden Entwurf soll das geltende Sachwalterrecht bzw. die Vertretung von Menschen, die nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst wahrnehmen zu können, im Rahmen einer umfassenden Neugestaltung und unter Berücksichtigung der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention grundlegend überarbeitet werden. Eine Erwachsenenvertretung soll in Zukunft nur in absolut notwendigen Fällen und auch zeitlich befristet möglich sein, dies um die maximale Autonomie der Betroffenen entsprechend zu gewährleisten. Dieses Ansinnen wird seitens der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol begrüßt.

1) Allgemeiner Teil:

In Zukunft soll es vier mögliche Arten („4 Säulen“) der Vertretung einer unterstützungsbedürftigen volljährigen Person geben:

Der *gerichtliche Erwachsenenvertreter* soll den Sachwalter ersetzen, wobei es keine Erwachsenenvertretung für alle Angelegenheiten geben soll. Die Wirkungsdauer 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 aber weiter ausgebaut.

Die *gesetzliche Erwachsenenvertretung* ist 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 Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eingetragen wird. Die gesetzliche Erwachsenenvertretung verschafft dem nahen Angehörigen aber weiter gehende Befugnisse als bisher, dafür soll sie, anders als nach geltendem Recht, auch einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Sie muss spätestens nach drei Jahren erneuert werden.

Neu ist die *gewählte Erwachsenenvertretung*. Damit soll einer volljährigen Person die Möglichkeit gegeben werden, im Bedarfsfall selbst einen Vertreter zu bestimmen. 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 eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Da sie auf der – wenn auch schon etwas eingeschränkten – persönlichen Willensbildung des Vertretenen beruht, soll sie auf unbestimmte Zeit eingerichtet werden.

Die Vorsorgevollmacht. Der Wirkungsbereich des Bevollmächtigten wird gesetzlich nicht beschränkt; Voraussetzung der Wirksamkeit einer solchen Vollmacht ist aber, dass der so genannte „Vorsorgefall“ 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, soll sie auf unbestimmte Zeit eingerichtet werden.

Keine der genannten Vertretungsarten soll zu einem automatischen Verlust der Geschäftsfähigkeit 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). Ansonsten kommt es bei volljährigen Personen ausschließlich darauf an, ob sie im Rechtsverkehr die erforderliche Geschäftsfähigkeit aufweisen oder nicht. Obwohl das vom Gesetzgeber intendierte Ansinnen grundsätzlich zu begrüßen ist, ist anzumerken, dass hier in der Praxis wohl Beweisprobleme im Einzelfall auftreten werden. Betroffene sind jedoch effektiv vor Schäden und Übervorteilung zu schützen und es darf den Betroffenen keine zu strenge Beweislast auferlegt werden, dass im gegebenen Fall eben keine Geschäftsfähigkeit vorgelegen ist.

Ob hier der gerichtliche Genehmigungsvorbehalt allein ausreicht, erscheint zumindest fraglich. Es sollte vom Gesetzgeber daher überlegt werden, auch bei den anderen „Vertretungsarten“ besondere Instrumente vorzusehen, die die Prüfung des Einzelfalles erleichtern, ohne dass den Betroffenen eine allenfalls nicht praxistaugliche Beweispflicht auferlegt wird.

2) Zu wichtigen Bestimmungen im Besonderer Teil:

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 § 164).

In § 224 selbst soll klargestellt werden, dass es einer gerichtlichen Ermächtigung zur Entgegennahme von 15 000 Euro übersteigenden Geldbeträgen nicht bedarf, wenn eine gerichtliche Genehmigung des Wechsels der Anlageform vorliegt. Einer „doppelten“ Absicherung durch das Gericht bei Wiederveranlagungen soll damit ein Riegel vorgeschoben werden. Im Übrigen 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. Die Anhebung des Betrages von € 10.000,-- auf € 15.000,-- wird seitens der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol kritisch gesehen. Auch ein Betrag iHv. € 10.000,--, 15.000,-- ist an sich bereits ein nicht unerheblicher Betrag. Dies betrifft auch die Betragserhöhung im vorgesehenen § 229 ABGB.

Zu § 243 ABGB:

§ 243 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 in Alltagsgeschäften geregelt werden.

Abs. 1 leg. cit enthält eines der Hauptanliegen der Reform im Sinn der Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention, nämlich die Abschaffung des konstitutiven Verlusts der Geschäftsfähigkeit einer durch einen Sachwalter (nunmehr gerichtlichen Erwachsenenvertreter) vertretenen Person.

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 (nicht auch der Einsichts- und Urteilsfähigkeit) tritt nach geltendem Recht auch dann ein, wenn der Sachwalter – contra § 268 Abs. 3 ABGB – für einen zu weiten Wirkungskreis bestellt wurde, etwa für alle Angelegenheiten, obwohl die betroffene Person noch einige Angelegenheiten selbst besorgen könnte. Nach dem Entwurf soll die Handlungsfähigkeit der vertretenen Person nun weder durch das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht noch durch eine gewählte, gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung konstitutiv eingeschränkt sein.

Die gesetzliche Anordnung bedeutet aber nicht, dass die vertretene Person tatsächlich im Einzelfall handlungsfähig ist. Ob die vertretene Person im Einzelfall selbst handeln kann, ist danach zu beurteilen, ob sie die für die konkrete Rechtshandlung erforderliche Entscheidungsfähigkeit im Sinn des § 24 des Entwurfs aufweist. Es muss daher im Einzelfall überprüft werden, ob die vertretene Person die in Frage stehende Rechtshandlung rechtswirksam vornehmen kann. Insofern kann auch auf bestehende Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Abs. 2 leg. cit regelt den neuen **Genehmigungsvorbehalt**, der nur in Ausnahmefällen angeordnet werden kann bzw. der sich nur auf die Wirksamkeit „bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen“ beziehen kann. Der Genehmigungsvorbehalt kann vom Gericht nur bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung angeordnet werden, nicht dagegen bei der gewählten und der gesetzlichen Erwachsenenvertretung. Ist ein solcher Vorbehalt zur Abwehr einer Gefahr für die vertretene Person ausnahmsweise nötig, so soll dies im Rahmen der gerichtlichen Erwachsenenvertretung erfolgen. Die Gefahr muss ernstlich und erheblich sein und der drohende Schaden muss für die vertretene Person erheblich sein. Gibt es einen Genehmigungsvorbehalt, so ist – wie bei Minderjährigen unmittelbar aufgrund des Gesetzes – die Handlung schwebend unwirksam und kann nachträglich vom Vertreter (und bei Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs im Sinn des § 258 Abs. 3 zusätzlich vom Gericht) genehmigt werden, er kann sich darüber hinaus auch auf Verfahrenshandlungen bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten beziehen. 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 leg. cit 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. Künftig sollen 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, wobei das Rechtsgeschäft erst dann wirksam werden soll, wenn es – neben der Entsprechung der Lebensverhältnissen - auch bereits vollständig erfüllt wurde, sodass die volljährige Person über die entsprechenden (finanziellen) Mittel verfügen muss.. Damit soll auf den bisherigen Umfang der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger im geltenden § 284b ABGB abgestellt werden, der wiederum an die Schlüsselgewalt von Ehegatten gemäß § 96 ABGB angelehnt war. Daher soll der Meinungsstand und die Rechtsprechung zu den genannten Bestimmungen für § 243 Abs. 3 des Entwurfs nutzbar gemacht werden. Dauerschuldverhältnisse sollen nach den erläuternden Bemerkungen nur dann den Tatbestand des § 243 Abs. 3 des Entwurfs erfüllen, wenn sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden und die volljährige Person ihre Pflichten im Vorhinein erfüllt.

Die geplante Ausweitung des Anwendungsbereiches wird seitens der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol kritisch gesehen, dies insbesondere unter der Prämisse, dass Betroffene effektiv und wirksam vor Schäden und Übervorteilung geschützt werden müssen. Grundsätzlich werden sich aus den Bestimmungen des § 243 ABGB nach Ansicht der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol im konkreten Einzelfall wohl Auslegungsschwierigkeiten ergeben, die letztlich von den Gerichten geklärt werden müssen.

Zu § 244 ABGB:

Vorgesehen ist, dass nur Personen, die ihre Angelegenheiten für sich besorgen können, als Vorsorgebevollmächtigte oder Erwachsenenvertreter in Frage kommen. In Abs. 1 leg. cit ist vorgesehen, dass Personen, die schutzberechtigt im Sinn des § 21 Abs. 3 ABGB sind oder Personen, bei denen besonders wegen einer strafgerichtlichen Verurteilung eine dem Wohl der volljährigen Person förderliche Ausübung der Vertretung nicht erwarten lässt (diese Eignungsvoraussetzung soll auch für die Vorsorgevollmacht gelten) oder die in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer vergleichbar engen Beziehung zu einer Einrichtung steht, in der sich die volljährige Person aufhält oder von der diese betreut wird, nicht als Vorsorgebevollmächtigte oder Erwachsenenvertreter in Frage kommen.

Abs. 2 leg. cit sieht vor, dass Einzelpersonen nie mehr als fünf Erwachsenenvertretungen und Vorsorgevollmachten übernehmen können, Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsanwärter) und Notare (Notariatskandidaten) nicht mehr als 25, außer, diese sind 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. Die Beschränkung der möglichen Vertretungen bzw. Vollmachtsübernahmen erscheint grundsätzlich sinnvoll, um eine entsprechend individuelle und effektive Vertretung - auch hinsichtlich der regelmäßig begrenzten zeitlichen Möglichkeiten – bewerkstelligen zu können. Dies wird bei Vertretungen zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit (siehe auch die im Entwurf diesbezüglich vorgesehene Ausnahme) nicht so stark ins Gewicht fallen wie bei umfangreicheren Vertretungen.

Insgesamt erscheint die grundsätzliche Möglichkeit für Anwälte und Notare, mehr als 25 Vertretungen übernehmen zu können, vor allem bei einer Vielzahl umfangreicherer Vertretungen hinterfragenswert bzw. sollte auch hier allenfalls eine (absolute) Höchstzahl überlegt werden, um jedenfalls eine gewerbsmäßige Ausübung verhindern zu können.

Die volljährige Person kann nach Abs. 3 leg. cit in der so genannten „Erwachsenenvertreterverfügung“ eine Person bezeichnen, die für sie als Erwachsenenvertreter tätig werden soll. Dafür muss sie wenigstens über eine geminderte Entscheidungsfähigkeit verfügen (vgl. die Anforderung in § 264 des Entwurfs), sodass sie im Klaren darüber ist, was Erwachsenenvertretung bedeutet und was die Folgen der Bezeichnung sind. Die Erwachsenenvertreterverfügung muss – wie auch eine Vorsorgevollmacht oder gewählte Erwachsenenvertretung – vor einem Notar, Rechtsanwalt oder Mitarbeiter eines Erwachsenenschutzvereins schriftlich errichtet und im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) eingetragen werden. Hegt die eintragende Person Bedenken gegen das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit der volljährigen Person, so hat sie die Eintragung abzulehnen und die Ablehnung im ÖZVV einzutragen.

Dies ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, nicht außer Acht gelassen dürfen hierbei aber auch die diesbezüglich anfallenden Kosten, die in einem angemessenen Rahmen für die vertretene Person bleiben müssen.

In Abs. 4 leg. cit ist vorgesehen, dass nur mehrere Vorsorgebevollmächtigte denselben Wirkungsbereich haben können (hier kann der Vollmachtgeber etwa eine Gesamtvertretung vorsehen; siehe § 262 Abs. 2 Z 2 des Entwurfs). Ein Erwachsenenvertreter darf hingegen nicht denselben Wirkungsbereich wie ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein anderer Erwachsenenvertreter haben. Demnach können zwar mehrere Vertreter– allerdings nur nebeneinander mit unterschiedlichem Wirkungsbereich – eingesetzt werden (mit Ausnahme des gerichtlichen Erwachsenenvertreters: hier ist nur einer möglich). Lediglich der einstweilige Erwachsenenvertreter kann vom Gericht – zu Kontrollzwecken – einen mit einem bereits eingesetzten Vertreter identischen Wirkungsbereich übertragen bekommen (siehe § 120 Abs. 3 AußStrG in der Fassung des Entwurfs).

Zu § 247 ABGB:

Hier ist vorgesehen, dass ein Erwachsenenvertreter mit der vertretenen Person in dem nach den Umständen des Einzelfalls erforderlichen Ausmaß persönlichen Kontakt zu halten hat. Sofern er nicht bloß zur Besorgung einer einzelnen

Angelegenheit eingesetzt ist, soll der Kontakt mindestens einmal im Monat stattfinden.

Eine Kontaktaufnahme mindestens (nur) einmal monatlich erscheint wenig, wobei hier der Umfang der jeweiligen Vertretungsleistungen mitzuberücksichtigen sein wird. 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 - in entsprechend regelmäßigen Abständen - mit ihr persönlichen Kontakt zu halten und ist sicherzustellen, dass die Kontaktverpflichtung nicht überwiegend oder gänzlich an Dritte delegiert wird.

§ 249 ABGB:

Hier ist - wie bereits im (alten) § 277 ABGB die Haftung und der Aufwandsersatz geregelt. Ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter haftet der vertretenen Person für jeden durch sein Verschulden verursachten Schaden. Das Gericht kann die Ersatzpflicht insoweit mäßigen oder ganz erlassen, als sie den Vertreter unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere des Grades des Verschuldens oder seines besonderen Naheverhältnisses zur vertretenen Person, unbillig hart träfe. Die zur zweckentsprechenden Ausübung der Vertretung notwendigen Barauslagen, die tatsächlichen Aufwendungen und die Kosten einer zur Deckung der Haftung nach Abs. 1 abgeschlossenen Haftpflichtversicherung sind dem Erwachsenenvertreter von der vertretenen Person jedenfalls zu erstatten, sofern dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wäre. **Hier ist darauf zu achten, dass die Vertreter keine übergebührlischen Forderungen stellen bzw. nicht über Gebühr sondern schlicht angemessen entlohnt werden.** Der Vorsorgebevollmächtigte ist hier nicht erwähnt, für ihn gelten § 1013 (ohne Vereinbarung keine Entlohnung) und § 1014 (notwendiger und nützlicher Aufwand ist zu ersetzen).

Zu den §§ 252 bis 254 ABGB:

Hier soll die Zustimmung zur medizinischen Behandlung praxisnäher geregelt werden, wobei zwischen entscheidungsfähigen und nicht entscheidungsfähigen Personen unterscheiden werden soll. Die vorgesehenen Regelungen werden nicht verhindern können, dass es in Einzelfällen gerade bei medizinischen Dienstleistungen zu unklaren Situationen kommt, bei denen zwischen (nach außen dringendem) Willen des Patienten und medizinisch notwendigen Behandlungen abgewogen werden muss, wobei das Wohl des Patienten aber auch sein Wille entsprechend zu berücksichtigen ist.

§ 253 regelt die medizinische Behandlung entscheidungsunfähiger Personen. § 252 Abs. 3 ABGB sieht vor, dass die Zustimmung des Vertreters nicht erforderlich ist, wenn mit der damit einhergehenden Verzögerung eine Gefährdung des Lebens, die Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit oder starke Schmerzen verbunden wären. Dies ist grundsätzlich zu befürworten.

Im Zweifel soll die Zustimmung nicht erforderlich sein, wenn die volljährige Person noch keinen zustimmungsberechtigten Vertreter hat und die Behandlung aufgrund dieser Gefahrenmomente tunlichst binnen zwei Wochen durchgeführt werden sollte. Dauert die Behandlung voraussichtlich über diesen Zeitraum hinaus an, so ist sie zu beginnen und unverzüglich das Gericht zur Bestellung eines Vertreters oder zur Erweiterung seines Wirkungsbereichs anzurufen. **Ob diese geplante Regelung in der Praxis zielführend ist (wer soll exakt bestimmen, ob eine Behandlung „tunlichst“ binnen zwei Wochen durchgeführt werden soll), ist zumindest zweifelhaft.** Begründet wird dies damit, dass andernfalls durch ein gerichtliches Verfahren gewöhnlich nicht rechtzeitig ein – wenn auch nur einstweiliger – Erwachsenenvertreter zur Verfügung stehen könnte. Die vorgesehenen §§ 117a und 118 AußStrG schreiben den Gerichten nämlich zwingend vor, zunächst den Erwachsenenschutzverein um eine Abklärung zu ersuchen und dann bei Weiterführung des Verfahrens eine Erstanthörung durchzuführen. Grundsätzlich kann auch nur danach ein einstweiliger Erwachsenenvertreter bestellt werden und muss ein solcher außerdem erst gefunden werden. Nach § 120 Abs. 2 AußStrG könnte ein einstweiliger Erwachsenenvertreter ausnahmsweise auch vor der Abklärung durch den Erwachsenenschutzverein und der Erstanthörung bestellt werden, dann nämlich, wenn sonst ein erheblicher oder unwiederbringlicher Nachteil für die betroffene Person droht. **Hier stellt sich die Frage, ob nicht diese Möglichkeit auch auf Fälle gem. § 253 Abs. 3 leg. cit. anwendbar gemacht werden könnte, um derartige Fallkonstellationen zu lösen.** Kann mit der Behandlung länger als zwei Wochen zugewartet werden, so kann regelmäßig ein einstweiliger Erwachsenenvertreter rechtzeitig bestellt werden, im Einzelfall kann es jedoch kürzer oder länger dauern, Abs. 3 zweiter Satz soll demgemäß bloß eine Zweifelsregel aufstellen, die im Einzelfall unzutreffend sein kann. **Dies erscheint in der Praxisanwendung als durchaus problematisch.**

Zu § 259 ABGB:

Nach § 259 soll ein Erwachsenenvertreter dem Gericht jährlich über die Lebensverhältnisse der vertretenen Person sowie ihr geistiges und körperliches Befinden berichten und im Fall der gesetzlichen und gerichtlichen Erwachsenenvertretung auch darüber Auskunft geben, ob und weshalb die Erwachsenenvertretung weiterhin erforderlich ist (Lebenssituationsbericht). Das Gericht kann dem Erwachsenenvertreter jederzeit einen Auftrag zu einem solchen Bericht erteilen. Ein gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter, der mit der Verwaltung des Vermögens oder des Einkommens der vertretenen Person betraut ist, hat dem Gericht bei Antritt der Vermögenssorge nach gründlicher Erforschung des Vermögensstandes, danach jährlich sowie schließlich bei Beendigung der Vermögenssorge das Vermögen im Einzelnen anzugeben (Darstellung des Vermögensstandes). Das Gericht kann dem Erwachsenenvertreter jederzeit einen Auftrag zu einer solchen Darstellung erteilen. Legt eine solche den Verdacht nahe, dass der Erwachsenenvertreter die Vermögenssorge nicht zum Wohl der vertretenen Person ausübt, so kann ihn das Gericht auffordern, Rechnung zu legen. Ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter, der mit der Verwaltung des Vermögens oder des Einkommens der vertretenen Person betraut ist, hat dem Gericht bei Antritt der Vermögenssorge nach gründlicher Erforschung des Vermögensstandes das

Vermögen im Einzelnen anzugeben (Darstellung des Vermögensstandes). Darüber hinaus hat er ein Jahr nach Antritt (Antrittsrechnung), danach in angemessenen Zeitabständen von höchstens drei Jahren (laufende Rechnung) sowie bei Beendigung der Vermögenssorge (Schlussrechnung) Rechnung zu legen. Das Gericht hat seine Tätigkeit zur Vermeidung einer Gefährdung des Wohles der vertretenen Person zu überwachen und die dazu notwendigen Aufträge zu erteilen.

(4) Ist das Wohl einer vertretenen Person gefährdet, so hat das Gericht jederzeit von Amts wegen die zur Sicherung des Wohles nötigen Verfügungen zu treffen.

Hier erscheint diskussionswürdig, allenfalls – insbesondere bei Erwachsenenvertretungen, die mehrere Bereiche betreffen – über einen mögliche kürzere Frist hinsichtlich der Berichtspflicht nachzudenken bzw. die vorgesehenen „angemessenen Zeitabstände“ näher zu definieren.

Zu § 260 – 263 ABGB (Vorsorgevollmacht):

Gesetzlich klargestellt wird, dass die Vorsorgevollmacht nur für einzelne Angelegenheiten oder für Arten von Angelegenheiten erteilt werden kann (§ 261 ABGB). Bei der Errichtung ist eine bestimmte Form einzuhalten (vgl. § 262 ABGB). Hier ist bestimmt, dass eine Vorsorgevollmacht – auch aus Gründen der Rechtssicherheit - vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein errichtet werden muss. **Wichtig dabei sind auch die dadurch entstehenden Kosten, Vorsorgevollmachten sollen daher auch vor dem Erwachsenenschutzverein (kostengünstig) errichtet werden können. Hier ist sicherzustellen, dass auch eine umfassende (rechtliche) Beratung entsprechend sichergestellt ist, da gerade der Beratung eine hohe Bedeutung zukommt, sind die „schutzberechtigten Personen“ (siehe § 21 Abs. 3 des Entwurfs) von diesen in weiterer Folge doch (anders als etwa von letztwilligen Verfügungen) in besonderem Maß betroffen.**

Zu § 268 ABGB:

Abs. 1 leg. cit bestimmt die Voraussetzungen für die gesetzliche Erwachsenenvertretung. Eine volljährige Person kann in den in § 269 angeführten Angelegenheiten von einem oder mehreren nächsten Angehörigen vertreten werden, soweit sie

1. diese Angelegenheiten aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbst besorgen kann,
2. dafür keinen Vertreter hat,
3. einen solchen nicht mehr wählen kann und
4. der gesetzlichen Erwachsenenvertretung nicht widersprochen hat.

Nächste Angehörige sind die Eltern und Großeltern, volljährigen Kinder und Enkelkinder, Geschwister, Nichten und Neffen der volljährigen Person, ihr Ehegatte oder eingetragener Partner und ihr Lebensgefährte, wenn dieser mit ihr seit mindestens drei Jahren im gemeinsamen Haushalt lebt, sowie die von der volljährigen Person in einer Erwachsenenvertreterverfügung bezeichnete Person.

Diese vorgesehene Erweiterung des Personenkreises wird seitens der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Tirol ausdrücklich begrüßt, da damit die in der 168. Vollversammlung vom 30.10.2015 geforderte Ausdehnung der gesetzlichen Vertretung vom Gesetzgeber umgesetzt wird. In Erweiterung des derzeit geltenden § 284c Abs. 1 können demnach nun auch Geschwister sowie Nichten und Neffen der volljährigen Person zum Kreis der gesetzlichen Vertreter gehören.

Zu §§ 273 und 274 ABGB:

Hier – im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage entsprechend – ist bei der Auswahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters auf die Bedürfnisse der volljährigen Person und deren Wünsche, insbesondere solche, die aus einer Vorsorgevollmacht, einer Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung sowie einer Erwachsenenvertreterverfügung hervorgehen, und auf die zu besorgenden Angelegenheiten Bedacht zu nehmen. Eine Person, die das Gericht zum gerichtlichen Erwachsenenvertreter bestellen will, hat alle Umstände, die sie dafür ungeeignet erscheinen lassen, dem Gericht unverzüglich mitzuteilen. Treten solche Umstände nach der Bestellung ein, so hat sie diese ebenso unverzüglich offen zu legen. Unterlässt sie diese Mitteilung schuldhaft, so haftet sie für alle der volljährigen Person daraus entstehender Nachteile. Gem. § 274 ABGB soll zum Erwachsenenvertreter vorrangig eine der volljährigen Person nahestehende und für die Aufgabe geeignete Person zu bestellen. Ist eine solche Person nicht verfügbar, so ist ein Erwachsenenschutzverein (§ 1 ESchVG) mit dessen Zustimmung zum Erwachsenenvertreter zu bestellen. Kommt auch ein Erwachsenenschutzverein nicht in Betracht, so ist nach Maßgabe des § 275 ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder eine andere geeignete Person zu bestellen. Ein Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder Notar (Notariatskandidat) ist vor allem dann zum Erwachsenenvertreter zu bestellen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert, ein Erwachsenenschutzverein (§ 1 ESchVG) vor allem dann, wenn sonst besondere Anforderungen mit der Erwachsenenvertretung verbunden sind.

Ob tatsächlich auch ein („ganz frischer“) Rechtsanwaltsanwärter bzw. („ganz frischer“) Notariatskandidat in allen Fällen der (sehr verantwortungsvollen) gerichtlichen Erwachsenenvertretung geeignet erscheint, wäre - obwohl grundsätzlich auch der bisherigen Rechtslage entsprechend - allenfalls nochmals einer eingehenden Diskussion zu unterziehen. Zu überlegen wäre, ob in diesem Zusammenhang hier allenfalls zumindest eine gewisse Berufserfahrung als Voraussetzung vorzusehen wäre.

Zu § 276 ABGB (Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz):

Hier sind die Entschädigung, das Entgelt und der Aufwandsersatz geregelt. Die vorgeschlagenen Regelungen sollen das geltende Recht an die Anforderungen der Praxis anpassen und in einigen Fragen Klarstellungen bringen.

Abs. 1 leg. cit regelt - so wie bisher beim Sachwalter nach geltendem Recht - den Anspruch des gerichtlichen Erwachsenenvertreters auf die jährliche Entschädigung aus Einkünften und Vermögen (Gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertreter haben nur einen Anspruch auf Aufwandsersatz (§ 249 Abs. 2 des Entwurfs)).

Dem gerichtlichen Erwachsenenvertreter soll eine jährliche Entschädigung **zuzüglich der zu entrichtenden Umsatzsteuer** gebühren. **Nach dem vorgeschlagenen § 276 Abs. 1 leg. cit soll nunmehr die Entschädigung zuzüglich der zu entrichtenden Umsatzsteuer gebühren. Da die Entschädigungsbeträge – gerade bei vermögenden Personen, die zu vertreten sind, auch wenn hier eine gerichtliche Minderung gemäß Abs. 2 möglich ist - bereits an sich als durchaus recht hoch einzustufen sind und künftig auch bestehende Verbindlichkeiten (wie etwa Kreditverbindlichkeiten) nicht mehr berücksichtigt werden sollen, wird dieser Vorschlag - der für alle Fälle der gerichtlichen Erwachsenenvertretung gelten soll – in dieser Form kritisch gesehen. Um zu verhindern, dass dem Vertreter keine Entschädigung zukommt, weil die vertretene Person verschuldet und damit die Bemessungsgrundlage gleich Null ist, könnte die vorgesehene Nicht-Berücksichtigung von Verbindlichkeiten auf diese Fälle beschränkt werden.**

Die Entschädigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters soll fünf Prozent sämtlicher Einkünfte der vertretenen Person nach Abzug der davon zu entrichtenden Steuern und Abgaben betragen, wobei Bezüge, die kraft besonderer gesetzlicher Anordnung zur Deckung bestimmter Aufwendungen dienen, nicht als Einkünfte zu berücksichtigen sind. Übersteigt der Wert des Vermögens der vertretenen Person 15.000 Euro, so ist darüber hinaus pro Jahr zwei Prozent des Mehrbetrags an Entschädigung zu gewähren. Bei der Ermittlung des Wertes des Vermögens sind Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen. Ist der gerichtliche Erwachsenenvertreter weniger als ein volles Jahr tätig, so vermindert sich der Anspruch auf Entschädigung entsprechend. Das Gericht hat gemäß Abs. 2 leg. cit. die so berechnete Entschädigung zu mindern, wenn es dies aus besonderen Gründen, insbesondere wenn die Tätigkeit mit einem bloß geringen Aufwand an Zeit und Mühe verbunden ist oder die vertretene Person ein überdurchschnittlich hohes Vermögen hat, für angemessen hält bzw. bei „besonders umfangreichen und erfolgreichen Bemühungen“ des gerichtlichen Erwachsenenvertreters, insbesondere im ersten Jahr seiner Tätigkeit oder im Bereich der Personensorge, die Entschädigung auch mit bis zu zehn Prozent der Einkünfte und bis zu fünf Prozent des Mehrbetrags vom Vermögen bemessen. **Dies erscheint insgesamt als doch recht hoch angesetzt und wird in der Praxis auch zu Auslegungsfragen führen. Daher wären eine entsprechende Deckelung nach oben (Maximalbetrag) sowie eine genauere Definition von „bloß geringen Aufwand an Zeit und Mühe“ bzw. „besonders umfangreichen und erfolgreichen Bemühungen“ zu überlegen.**

Grundsätzlich positiv anzumerken ist das in Abs. 5 leg. cit vorgesehene Procedere: Das Gericht entscheidet auf Antrag des gerichtlichen Erwachsenenvertreters über

die Gewährung von Entschädigung, Entgelt oder Aufwandsersatz und **der gerichtliche Erwachsenenvertreter darf die Erfüllung der ihm zuerkannten Beträge nur insoweit fordern, als dadurch die Befriedigung der Lebensbedürfnisse der vertretenen Person nicht gefährdet wird, wobei – in der Praxis nicht immer einfach - in jedem Einzelfall zu beurteilen sein wird, wann die Lebensbedürfnisse der vertretenen Person gefährdet sind. Dies bedeutet grundsätzlich auch, dass die Ansprüche bei Vorliegen einer Gefährdung nicht fällig sind.**

Zu § 283 ABGB:

Wie im Erwachsenenvertretungsrecht vorgesehen sieht Abs. 5 leg. cit auch bei der Kuratel vor, dass die vermögensrechtlichen Ansprüche des Kurators unabhängig von den Lebensbedürfnissen bzw. der finanziellen Situation der vertretenen Person entstehen sollen, lediglich die Geltendmachung ist eingeschränkt, nämlich dergestalt, dass die Ansprüche nur dann fällig werden, wenn die Lebensbedürfnisse der vertretenen Person nicht gefährdet sind. In der Praxis nicht einfach wird jedoch auch hier die Beurteilung im Einzelfall sein, wann die Lebensbedürfnisse der vertretenen Person gefährdet sind und wann nicht.

Zu § 865 ABGB:

Abs. 1: Die Geschäftsfähigkeit ist bislang im ABGB noch nirgends allgemein definiert und geregelt, dies soll nun aus Anlass der Reform des bisherigen Sachwalterrechts nachgeholt werden.

§ 865 (1): „Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten. Sie setzt voraus, dass die Person entscheidungsfähig ist und wird bei Volljährigen vermutet (Gemäß § 24 ABGB 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. 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.); **bei Minderjährigen sind die §§ 170 und 171, bei Volljährigen ist der § 243 Abs. 2 zu beachten**“ (es kann auch ein „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).

Nach bisherigem Recht war 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 fehlte es dem Betroffenen innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters an der Geschäftsfähigkeit. Das soll nach neuem Recht anders sein. Dies ist im Sinne der Betroffenen jedenfalls zu begrüßen.

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 ESchuVG) 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. **Die Aufgabe der obligatorischen Erstanthörung erscheint sowohl rechtlich als auch faktisch problematisch. Insbesondere ist nicht klar, wie das Gericht nachvollziehbar und ohne größere Anstrengungen zum Ergebnis gelangen soll, dass eine Fortsetzung des Verfahrens angezeigt ist.**

Zu § 121 AußStrG:

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. **Auch diese vorgesehene Regelung erscheint für die Anwendbarkeit in der Praxis problematisch und zu wenig konkret, insbesondere die (intransparente) Formulierung „wenn es das Gericht für notwendig hält“. Hier sollten daher seitens des Gesetzgebers zumindest entsprechende Konkretisierungen erfolgen.**

Zu § 128 AußStrG:

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). „Ansonsten“, also in Verfahren zur Erweiterung (soweit nicht auf die in Z 2 angeführten Angelegenheiten erweitert werden soll) sowie zur Einschränkung, Übertragung und Beendigung hat das Gericht nur dann den Erwachsenenschutzverein mit der Abklärung zu beauftragen und sich einen persönlichen Eindruck von der betroffenen Person zu verschaffen, wenn es dies für erforderlich hält oder die betroffene Person dies beantragt. **Diese Formulierung (wenn es dies für erforderlich hält) wird auch hier in der Praxis zu Auslegungsfragen führen und wäre daher diesbezüglich eine entsprechende Konkretisierung zu überlegen.**

Zu § 3 HeimAufG:

Da eine alterstypische Freiheitsbeschränkung (wie beispielsweise das Angurten eines Kleinkindes im Kinderwagen) als Ausdruck elterlicher Obsorge im Rahmen des vom Recht auf Familienleben in Art. 8 EMRK geschützten Bereiches nicht zu reglementieren ist, soll in der Definition der Freiheitsbeschränkung in Abs. 1a ausdrücklich klargestellt werden, dass derartige Beschränkungen der Bewegungsfreiheit zur Gänze aus dem Geltungsbereich des HeimAufG ausgenommen sind. Dies gilt auch dann, wenn nicht ein Elternteil, sondern der Kinder- und Jugendhilfeträger obsorgeberechtigt ist. Eine altersuntypische Freiheitsbeschränkung ist demgegenüber – wie in den folgenden Bestimmungen des HeimAufG vorgesehen – von der anordnungsbefugten Person anzuordnen, zu dokumentieren, der Bewohnervertretung zu melden und gegebenenfalls auch im Wege eines gerichtlichen Antrages auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen.

Ist bei einer altersuntypischen Freiheitsbeschränkung kein Rechtfertigungsgrund gemäß § 4 (nämlich psychische Erkrankung oder geistige Behinderung im Zusammenhang mit entsprechender Selbst- oder Fremdgefährdung) gegeben, so ist sie unzulässig und sogleich aufzuheben. Die Zustimmung der obsorgeberechtigten Eltern zur altersuntypischen Freiheitsbeschränkung ihres Kindes 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. Auch im Hinblick auf volljährige Bewohner soll klargestellt werden, dass es sich bei der Zustimmung zur Freiheitsbeschränkung um eine vertretungsfeindliche Angelegenheit handelt.

In der Praxis wird die Beurteilung der Frage, ob es sich noch um eine „alterstypische“ Freiheitsbeschränkung handelt oder nicht, durchaus Schwierigkeiten aufwerfen. Hier wäre anzudenken, entsprechende Konkretisierungen vorzunehmen.

Zu § 134 NO/10 b RAO:

Die Eignung des Rechtsanwaltes bzw. Notars sollte zusätzlich von einer unabhängigen Stelle überprüft werden (können). Dass sich ein Rechtsanwalt oder Notar selbst „als geeignet“ ansieht, erscheint als alleiniges Eignungskriterium zu wenig.

Mit freundlichen Grüßen!

Der Präsident:


(Erwin Zangerl)

Der Direktor:


(Mag. Gerhard Pirchner)