

Mag. Bernhard Hampl
Wiedner Hauptstraße 18/15
1040 Wien



Wien, 11. September 2016

**An das
Bundesministerium für Justiz
Museumsstraße 7
1070 Wien**

Per Mail an: team.z@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Betrifft: Stellungnahme zum Ministerialentwurf betreffend das 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 Außestreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretungsgesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührenge- setz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz- Gesetz – 2. ErwSchG)

GZ BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich möchte mich herzlich für die Einladung an Betroffene bedanken, zum Gesetzesentwurf für das 2. Erwachsenenschutz Stellung nehmen zu dürfen.

Die grundsätzliche Zielrichtung des Gesetzesentwurfs, die Möglichkeiten zur autonomen Vorsorge und zur möglichst selbstbestimmten Entscheidung behinderter Personen auszubauen, wird dankbar anerkannt. Auch die erweiterten Möglichkeiten der Bestimmung eines Vertreters, solange man noch selber entscheidungsfähig ist, sind begrüßenswert, ebenso wie die Ausweitung der Rechte der (früheren) vertretungsbefugten nächsten Angehörigen bzw. der (geplanten) gesetzlichen Erwachsenen- vertreter.

Der vorliegende Entwurf wird als äußerst positiver Versuch bewertet, die schwierige Gratwanderung zwischen Schutzbedürfnis und individueller Autonomie Behindeter zu bewältigen.

Zu einigen Punkten möchte ich meine eigenen Erfahrungen einbringen, die einerseits aus der Sachwalterschaft meiner kürzlich verstorbenen Mutter und andererseits aus meiner Beratertätigkeit für behinderte Menschen stammen.

Zur Terminologie (Punkt 4.1 der Erläuterungen): Den häufigen Wechsel der Bezeichnung für Behinderte halte ich für eine Verdrängung des damit Bezeichneten: Sobald der Name geläufig genug geworden ist, daß damit Reales und als unangenehm Empfundenes assoziiert wird, wird der Name geändert und Reales wieder zu Abstraktem gemacht. Schutzwürdig waren zunächst Personen, „welche wegen Gebrechen des Geistes, oder anderer Verhältnisse wegen, ihre Angelegenheiten selbst ge-

hörig zu besorgen unfähig sind“; dahin gehören unter anderem „Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige, welche des Gebrauches ihrer Vernunft entweder gänzlich beraubt oder wenigstens unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen.“ (§ 21 ABGB idF von [1811](#) und [1853](#)). Dann „Personen, die alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen“ (§ 21 ABGB idF von [1973](#)) und jetzt Personen, die „die Bedeutung und die Folgen ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang nicht verstehen und sich nicht entsprechend verhalten“ können (§ 24 ABGB idF des Entwurfes. Ähnlich werden „behinderte Personen zu „Menschen mit besonderen Bedürfnissen“, Vormünder zu Sachwaltern und dann zu Erwachsenenvertretern, usw. Das Unangenehme bleibt, die Namen wechseln.

Ich würde es daher für sinnvoll halten, im vorliegenden Entwurf den alten Begriff der behinderten Person beizubehalten. Beim Begriff des Sachwalters, der sich auch inhaltlich geändert hat, wird das wahrscheinlich nicht mehr möglich sein.

Zu § 21 ABGB:

Vorfassungen des § 21 ABGB waren schon in den Fassungen von [1811](#) und [1853](#) des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten. Änderungen in den Reichsgesetz- und Bundesgesetzbüchern bis 1938 ließen sich nicht feststellen. Nach 1945 scheint dieser Paragraph (zumindest im RIS) nicht mehr auf. In das ABGB wurde er erstmals nach 1945 durch [BGBI. Nr. 108/1973](#) wiederaufgenommen und durch BGBI. I 135/2000 novelliert. Aus diesen Fassungen lässt sich, zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut sondern aus der Überschrift, eine Definition der Handlungsfähigkeit entnehmen: Demnach sind „sonst in ihrer Handlungsfähigkeit Beeinträchtigte“ „solche Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen“.

Es wäre wünschenswert, diese indirekte Definition in Abstimmung mit der in § 24 ABGB gegebenen Definition der Entscheidungsfähigkeit neu und direkt zu formulieren. Denkbar wäre etwa, eine Person als *handlungsfähig* zu bezeichnen, wenn sie in allen ihren unmittelbaren Lebensbereich betreffenden Situationen, in denen durch ihr Verhalten Rechte oder Pflichten begründet werden können, entscheidungsfähig (gemäß § 24 ABGB idF des Entwurfes) ist.

Die Version des Entwurfes von § 21 ABGB vermengt in verwirrender Weise den ursprünglichen Begriff des gesetzlichen Schutzes der Fassung von 1811 (Abs. 1) mit anderen Begriffen: zunächst mit dem Begriff der Handlungsfähigkeit (Überschrift), dann mit dem Begriff der Unmündigkeit (Abs. 2) und schließlich noch mit der gesetzlich vorzusehenden Vertretung schutzberechtigter Personen. Eine klarere Formulierung mit deutlich voneinander abgegrenzten Begriffen wäre im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert.

Zu § 24 ABGB:

Die Neueinführung des Begriffes der Entscheidungsfähigkeit wird nicht nur für den Bereich des Erwachsenenschutzes von Bedeutung sein. Sie ist Grundlage der Neudefinition der Geschäftsfähigkeit (in § 865 Abs. 1 des Entwurfes) und der Delikts- oder Verschuldensfähigkeit (§§ 176 und 1310 ABGB idG), die allerdings im Entwurf nicht neu geregelt wird und nach ständiger Rechtsprechung auch individuell zu beurteilen ist. Auch für die Deliktfähigkeit wäre zwecks größerer Rechtssicherheit eine Neudefinition wünschenswert. Dasselbe gilt für den Begriff der Handlungsfähigkeit, der in den Erläuterungen (Punkt 4.4) als Oberbegriff von Entscheidungs- und Deliktfähigkeit bezeichnet wird. Abgesehen von einer Definition der Handlungsfähigkeit in Abstammungsangelegenheiten (§ 141 ABGB des Entwurfes), wo sie mit der Entscheidungsfähigkeit gleichgesetzt wird, findet sich im ABGB keine weitere Definition, wenn man nicht die Überschrift zu § 21 ABGB dafür nehmen

möchte. Das ist umso bedenklicher, als die Handlungsfähigkeit behinderter Personen und ihre Beschränkung durch einen Genehmigungsvorbehalt einer der Kernpunkte des gegenwärtigen Entwurfes sind (§ 243 ABGB idF des Entwurfes).

Die im Entwurf gewählte Definition der Entscheidungsfähigkeit ist zu vage. Weder legt sie fest, auf welche Art von Entscheidungen sich die Entscheidungsfähigkeit bezieht, noch auf welche Logik sich Entscheidungen stützen sollen.

Bei der Art der im bürgerlichen Recht zu regelnden Entscheidungen wird man Entscheidungen im bürgerlichen Leben im Auge haben. Allerdings sind auch diese vielfältig. Sie werden etwa Besitz- und Vermögensfragen betreffen, oder Fragen des täglichen Lebens wie Wohnen, Essen, Schlafen, Anschaffungen, oder medizinische Fragen wie die nach notwendigen Behandlungen oder andere. Antworten auf alle diese Fragen sind aber (streng) deduktiv nur möglich, wenn man alle Abhängigkeiten und alle Ausgangsparameter kennt, was schon bei einfachen Fragen wie der nach Essen und Trinken (etwa: *soll ich täglich Schnitzel und Bier konsumieren?*) nicht möglich ist. Die Entscheidungslogik kann daher nur eine induktive sein, also eine Logik, die von begrenzter Erfahrung aus auf das wahrscheinlichste Ergebnis einer Entscheidung schließt. Außerdem wird man sich auch bei der eigenen begrenzten Erfahrung im allgemeinen nur auf Wahrscheinlichkeitsaussagen stützen können, insbesondere bei der Abschätzung der Folgen einer Entscheidung (etwa: *welche gesundheitlichen Folgen habe ich zu erwarten, wenn ich täglich nur Schnitzel und Bier konsumiere?*). Ist man bei fehlender eigener Erfahrung entscheidungsfähig, wenn man auf Experten hört, und wenn ja auf welche? Oder wenn man sich auf den gesellschaftlichen Konsens verläßt, und wenn ja auf den welcher Gesellschaft? Eine Definition der Entscheidungsfähigkeit einerseits über das Verstehen der Bedeutung und der Folgen des eigenen Handelns, wenn auch nur im jeweiligen Zusammenhang, sowie andererseits über ein diesem Verstehen entsprechendes Verhalten, würde ausnahmslos alle Menschen als entscheidungsunfähig definieren.

Ein logischer Begriff der Entscheidungsfähigkeit ist im bürgerlichen Recht somit nicht brauchbar. Es wäre daher vorziehen, eine der vielen medizinischen Definitionen zu verwenden, diese aber genauer als im Entwurf zu formulieren. Ein Vorschlag dazu wäre die folgende Definition, die auf ein Buch von Antonio Damaso („Descartes‘ Irrtum“) zurückgeht und hier etwas modifiziert wurde. Demnach wäre eine Person *in einer eine Entscheidung verlangenden Situation entscheidungsfähig*,

- wenn sie die Situation, die eine Entscheidung verlangt, in den wesentlichen Elementen kennt,
- wenn sie die sich in dieser Situation bietenden Handlungsmöglichkeiten kennt,
- wenn sie die wesentlichen Konsequenzen jeder dieser Handlungsmöglichkeiten kennt und
- wenn sie in der Lage ist, aus ihrem Wissen heraus Schlußfolgerungen zu ziehen, die zu einer Entscheidung führen.

Die jeweilige Kenntnis muß die Person im Rahmen ihrer sprachlichen Möglichkeiten beschreiben können, was gleichzeitig als Nachweis dient. Das und die Fähigkeit zum (nicht notwendig absolut richtigem) Folgern ließen sich leicht durch eine Befragung feststellen, ohne gleich einen psychiatrischen Gutachter bemühen zu müssen. Dem Fragenden bleibt die Aufgabe, das Wesentliche einer Situation festzulegen und zu bestimmen, welche Konsequenzen von Handlungsmöglichkeiten wesentlich sind. Falls erforderlich, kann er durch Erläuterungen dem Befragten Hilfestellungen geben, wie das auch heute schon bei der Zustimmungserklärung zu medizinischen Behandlungen gehandhabt wird.

Eine Person ist *in einer eine Entscheidung verlangenden Situation nicht entscheidungsfähig*, wenn sie auch nur eine der obigen Anforderungen an die Entscheidungsfähigkeit in der Situation nicht erfüllt.

Eine Person ist dann (an sich) *entscheidungsfähig*, wenn sie in allen ihren unmittelbaren Lebensbereich betreffenden Situationen entscheidungsfähig ist.

Eine Person ist dann *eingeschränkt entscheidungsfähig*, wenn sie in einigen aber nicht in allen ihren unmittelbaren Lebensbereich betreffenden Situationen entscheidungsfähig ist.

Eine Person ist dann *nicht entscheidungsfähig*, wenn sie in keiner ihren unmittelbaren Lebensbereich betreffenden Situationen entscheidungsfähig ist.

Bei der Definition der Entscheidungsfähigkeit ist auch noch zu berücksichtigen, daß sie zeitlichen Veränderungen unterliegt. Beispielsweise ist eine nach einem Unfall bewußtlos ins Spital eingelieferte Person für die Dauer ihrer Bewußtlosigkeit nicht entscheidungsfähig, danach aber ist sie es vielleicht wieder (vgl. auch § 53 ABGB idF des Entwurfs).

Zu § 240 ABGB:

Der in der Grundsatzbestimmung des § 21 Abs. 1 ABGB idgF erklärte besondere gesetzliche Schutz wird, abgesehen von Minderjährigen, „volljährigen Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind“, gewährt. Da die Entscheidungsfähigkeit in § 24 ABGB des Entwurfs situationsabhängig („im jeweiligen Zusammenhang“) definiert ist, werden wohl auch die Schutzbestimmungen nur situationsabhängig gelten können. Überdies ist bei Verwendung der Definition des Entwurfs in § 21 ABGB nicht eindeutig, was unter der *Einschränkung* der Entscheidungsfähigkeit zu verstehen ist, die ja über das Vorhandensein von mehreren Eigenschaften definiert ist („verstehen und sich entsprechend verhalten können“) und eine Einschränkung im Fehlen einer dieser Eigenschaften oder in einer graduellen Minderung einer dieser Eigenschaften bestehen kann.

Da es in diesem Paragraphen eher um die Erklärung der Absicht geht, eingeschränkt entscheidungsfähigen Personen weitgehende Autonomie zu ermöglichen, ist dieser Mangel nicht schwerwiegend. Eine Behebung im Sinne einer genaueren Definition der Entscheidungsfähigkeit und ihren Einschränkungen, wie ich sie in meiner Anmerkung zu § 24 ABGB des Entwurfs ersucht habe, wäre trotzdem wünschenswert. Damit ließen sich auch Situationen oder Bereiche von Situationen angeben, in denen eine Entscheidungsfähigkeit nicht (mehr) gegeben ist.

Die möglichst selbständige Teilnahme am „rechtlichen und geschäftlichen Verkehr“ sollte durch die möglichst selbständige Teilnahme an „allen sie betreffenden Angelegenheiten“ ersetzt werden, um auch andere Angelegenheiten wie beispielsweise persönliche Angelegenheiten (wie Kontakte im vertrauten Umfeld) oder die Teilnahme an der politischen Willensbildung (etwa bei Wahlen) einzuschließen.

Es wäre sinnvoll, hier auch einzufügen, daß diese Personengruppe unter dem besondere Schutz des Gesetzes im Sinne von § 21 Abs. 1 ABGB steht, daß ihr also einerseits weitgehende Autonomie ermöglicht, andererseits aber auch ein besonderer Schutz gewährt werden soll. Die in manchen Fällen unvermeidliche Widersprüchlichkeit dieser beiden Anforderungen an das Gesetz sollte angesprochen werden. Angesprochen werden sollte auch, daß diese Widersprüchlichkeit dann durch die restlichen Bestimmungen des sechsten Hauptstückes geregelt wird, weil sie aus Gründen der Rechtssicherheit geregelt werden muß.

Zu § 241 ABGB:

Im Abs. 1 fehlt eine Regelung darüber, wann eine Vertretung zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen unumgänglich ist, wer darüber zu bestimmen hat und innerhalb welcher Frist. Bei einer einge-

schränkt entscheidungsfähigen Person, die ihre Defizite nicht wahrhaben will und jede Vertretung ablehnt, kann das Fehlen einer derartigen Regelung zu beträchtlichen persönlichen Nachteilen führen, von in Betrugsabsicht eingeleiteten Käufen oder Verkäufen bis hin zur Verwahrlosung, wenn auch jede Pflege abgelehnt wird. Bei nicht ansprechbaren Behinderten, wie etwa einem Koma-Patienten, ist eine Vertretung ohnehin unumgänglich, etwa wenn es um Fragen der medizinischen Behandlung geht. Derartige Fälle werden auch von den Voraussetzungsregelungen zur Bestellung eines Sachwalters (§§ 117 ff AußStrG idF des Entwurfes) bzw. eines Kurators (§ 277 ABGB idF des Entwurfes) nicht erfaßt. Zwar sieht der Entwurf in § 117 Abs. 1 AußStrG vor, daß ein Verfahren über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters auf Grund einer Mitteilung über die Notwendigkeit eines solchen Bestellung einzuleiten ist, doch wird dafür weder eine Frist gesetzt noch dem Pflegschaftsgericht irgend eine Entscheidungshilfe angeboten. Das jetzt nach der Absicht des Entwurfes sorgfältiger (unter Einbeziehung von Erwachsenenschutzvereinen) durchzuführende und dadurch aufwendigere Bestellungsverfahren, das ja an sich sehr begrüßenswert ist, kann sich in solchen Fällen als kontraproduktiv erweisen. Hilflose aber uneinsichtige oder nicht ansprechbare Mitglieder der Gesellschaft unter dem Vorwand der Autonomie sich selbst zu überlassen bedeutet aber, die Gesellschaft zu sehr von der Verantwortung für ihre Mitglieder zu entlassen. Eine diesbezügliche Regelung ist unbedingt erforderlich. Sie könnte etwa in der gerichtlichen Anordnung eines einstweiligen gerichtlichen Erwachsenenvertreters oder eines Kurators auf Grund einer begründeten äußeren Anregung bestehen, wie das auch bisher schon möglich war. Im Hinblick auf etwa erforderliche medizinische Behandlungen wäre die Frist für eine solche Bestellung sehr kurz zu bemessen.

Ein absoluter Nachrang der Stellvertretung gegenüber den Stellvertretern in Rechtsgeschäften greift zugunsten der Autonomie zu weit in das Schutzversprechen für entscheidungseingeschränkte Personen ein. Der in den Erläuterungen geäußerten Meinung, daß damit Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention entsprochen wird, kann nicht beigepflichtet werden. Nach Paragraph 3 des Artikel 12 der Konvention sind jedenfalls Maßnahmen vorzusehen, „die Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen“. Der ebenfalls in den Erläuterungen zitierten [Anmerkung 1 zu Artikel 12 UN Behindertenrechtskonvention](#), in der ein Wechsel von stellvertretender Entscheidungsfindung (Punkt 3: „substitute decision-making“), insbesondere durch Sachwalter oder Kuratoren, zu unterstützter Entscheidungsfindung („supported decision-making“) verlangt wird, wird schon in den Erläuterungen nicht zur Gänze gefolgt. In dieser Anmerkung wird aber der (stets mögliche) Fall, daß Wünsche und Wille einer behinderten Person zweckmäßig nicht bestimmt werden können, durchaus in Betracht zu gezogen. In so einem Fall ist die Bestimmung des Wohles der betroffenen Person („best interests“) durch die bestmögliche Interpretation der Wünsche und des Willens („best interpretation of will and preferences“) zu ersetzen (Punkt 21). Die Frage, wann ein derartiger Verlust der Rechtsfähigkeit oder gar eine Internierung notwendig und angebracht ist, bleibt in dieser Anmerkung aber unbeantwortet (Punkt 40: „The denial of the legal capacity of persons with disabilities and their detention in institutions against their will, either without their consent or with the consent of a substitute decision-maker, is an ongoing problem“). Trotzdem wird (im Punkt 28) die Forderung nach Abschaffung von stellvertretender Entscheidungsfindung, also von Sachwalterschaft oder Kuratel, beibehalten, was unverständlich ist. Auch im vorliegenden Entwurf wird diese Frage nicht beantwortet.

Eine Regelung über eine ersatzweise Vertretung auch gegen den Willen einer behinderten Person, also über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters oder eines Kurators, wäre einem unparteiischen Schiedsrichter anzuvertrauen, wofür wohl nur ein Richter in Frage kommt. Ihn aber in dieser schwierigen Frage ohne jede Klarstellung durch das Gesetz alleine zu lassen, wird ihn wohl in den meisten Fällen überfordern.

Zum Absatz 2 ist anzumerken, daß das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht nur insofern geregt ist, als es auf den Verlust der zur Besorgung der anvertrauten Angelegenheiten erforderliche Entscheidungsfähigkeit abstellt (§ 260 ABGB idF des Entwurfes). Wann, wie und von wem das festzustellen ist, ist nicht geregelt. Eine Regelung wäre wünschenswert.

Das Vertretungsverbot für den Fall „entsprechender Unterstützung“ sollte genauer definiert werden, um nicht entscheidungseingeschränkte Personen Unterstützern auszuliefern, die eher eigene Interessen verfolgen als diejenigen der behinderten Person.

Zu § 243 ABGB:

Zunächst ist auf die Anmerkung zu §21 ABGB zu verweisen, wonach eine Definition der Handlungsfähigkeit im österreichischen Recht fehlt. Im folgenden wird daher von der landläufige Definition ausgegangen, daß Handlungsfähigkeit die Fähigkeit ist, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen.

Nun kann das Eingehen von Rechten und Pflichten für den Verpflichteten unangenehme Folgen haben, insbesondere dann, wenn er die Konsequenzen seines Verhaltens nicht abschätzen kann, also nicht oder auch nur beschränkt entscheidungsfähig ist. Einer vertretenen Person unter allen Umständen den rechtlichen Status der Handlungsfähigkeit zu belassen widerspräche jedenfalls dem Gedanken des gesetzlichen Schutzes, der eingeschränkt entscheidungsfähigen Personen nach § 21 ABGB idF des Entwurfes zugestanden wird. Im geltenden Recht war daher vorgesehen, daß eine behinderte Person, die in einem bestimmten Wirkungsbereich durch einen Sachwalter vertreten war, in diesem Bereich ohne Zustimmung des Sachwalters nicht handeln konnte. Diese Rechtswohltat fällt im vorliegenden Entwurf weg, und zwar für alle Vertretungsarten. Eine schutzwürdige Person genießt dann nur noch den allgemeinen Schutz des § 865 ABGB, nach dem in der Fassung des Entwurfes „rechtsgeschäftliches Handeln von nicht geschäftsfähigen Volljährigen zur Gänze unwirksam ist, es sei denn, sie habe für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter. In diesem Fall ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung des Vertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam.“ Das bedeutet aber, daß in jedem einzelnen Fall die Geschäftsfähigkeit (hier definiert als Fähigkeit, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten) zu prüfen sein wird. Das wird vermutlich den Arbeitsanfall von Erwachsenenvertretern und Gerichten drastisch erhöhen. Die Rechtssicherheit bei allen Rechtsgeschäften wird sich vermindern, wenn schon prinzipiell an der Geschäftsfähigkeit eines oder sogar beider Partner gezweifelt werden muß.

Sinnvoll wäre es in diesem Zusammenhang, das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) genauso wie etwa das Grundbuch für jedermann (lesend) zugänglich zu machen, damit Vertragspartner einfach die Geschäftsfähigkeit ihres Gegenübers prüfen oder Krankenanstalten sich leicht über bestehende Vertretungen informieren können. Gegebenenfalls könnte man ja bestimmte Passagen sperren lassen, wobei das Risiko der Nichtöffentlichkeit den Eintragenden träfe.

Im Fall einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung besteht nach Abs. 2 die weitere Schutzmöglichkeit eines Genehmigungsvorbehaltens. Daß er, wie in den Erläuterungen angemerkt, ausschließlich dem Schutz der vertretenen Person dienen soll, ist zu begrüßen. Es wäre wünschenswert, die Möglichkeit eines solchen Vorbehaltens, der ohnehin der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, auch auf die anderen Formen der Erwachsenenvertretungen auszudehnen.

Die Nichteinschränkung der Handlungsfähigkeit einer vertretenen Person wird dort problematisch, wo eine vertretene Person in den Wirkungskreis ihres Vertreters eingreift. Für alle Beteiligten einfacher wäre es, alle in den Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters fallenden Rechtsgeschäfte

unter einen Genehmigungsvorbehalt zu stellen. Schließlich wird ein Vertreter ja genau für diejenigen Geschäfte zu bestellen sein, zu denen die behinderte Person selber nicht (mehr) in der Lage ist.

Zu § 244 ABGB:

Im Absatz 2 wäre eine zahlenmäßige Beschränkung zu übernehmender Vertretungen durch eine qualitative zu ersetzen. Ein Notar oder Rechtsanwalt, der über genügend und ausreichend qualifiziertes Personal für Erwachsenenvertretungen verfügt, kann wohl so viele Vertretungen übernehmen wie seine Kapazität erlaubt. Allerdings fehlen Bestimmungen darüber, welche Art von Personal zu beschäftigen ist. Die derzeitige Regelung ([RS0129830](#)), daß ein Sachwalter seine monatlichen persönlichen Kontaktpflichten (§ 282 ABGB idgF) durch eine unbedarfe und geschäftemachende Kanzleikraft erledigen lässt (wie das bei meiner Mutter der Fall war), ist äußerst unbefriedigend.

Für Notar- oder Rechtsanwaltsgesellschaften, die sich professionell für Aufgaben der Sachwalterschaft bzw. des Erwachsenenschutzes zur Verfügung stellen wollen und in die entsprechenden Listen (§ 134 Abs. 2 Z. 16 NO bzw. § 28 Abs. 1 lit. o RAO, jeweils idF des Entwurfs) eingetragen sind, ist ein Eignungsnachweis erforderlich, der im Entwurf nicht vorgesehen ist. Es dem Gutdünken eines Notars oder Anwalts zu überlassen, ob er zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen geeignet ist (§ 134a Abs. 1 NO bzw. § 10b Abs. 1 RAO, jeweils idF des Entwurfs), und die Überprüfung dann der jeweiligen Kammer, also der Interessensvertretung, zu überlassen (§ 144 Abs. 1a NO bzw. § 23 Abs. 2a RAO, jeweils idF des Entwurfs), wird kaum zur notwendigen Objektivierung der Eignungsfeststellung führen.

Eine Eignungsfeststellung und eine dementsprechende Zertifizierung wäre *für alle* Erwachsenenvertreter und für die von ihnen Beschäftigten wünschenswert. Diese Aufgabe könnte von den Pflegschaftsgerichten wahrgenommen werden, was deren Aufwand zwar beträchtlich erhöhen, den Schutz bedürftiger Personen aber erheblich verbessern würde. Außerdem würde es die Qualität der Betreuung verbessern.

Die in Abs. 3 einer volljährigen Person eingeräumte Möglichkeit, sich selber einen Erwachsenenvertreter zu wählen, wird ausdrücklich begrüßt.

Die in Abs. 4 vorgesehene Möglichkeit, für ein und dieselbe Person mehrere (gewählte oder gesetzliche) Erwachsenenvertreter zu ermöglichen, scheint mir auch dann problematisch, wenn sie nur für verschiedene Wirkungsbereiche bestellt werden dürfen. Sinnvoll kann das höchstens dann sein, wenn sich die Vertreter die Arbeit aufteilen und dabei aber auch noch einig sind, wie dem Wohl des Vertretenen am besten gedient wird. Da das wohl nicht immer der Fall sein wird, werden diesbezügliche Streitigkeiten auf dem Rücken des Vertretenen ausgetragen werden. Ein typischer Fall wäre etwa, wenn sich ein Vertreter für die Verwaltung von Einkünften nicht mit einem Vertreter für den Abschluß von Rechtsgeschäften einigen kann, weil der eine die Vermehrung des Vermögens wünscht (etwa weil seine Entlohnung davon abhängt), während der andere Ausgaben zum Wohle des Vertretenen bevorzugt. Eine nicht entscheidungsfähige Person wird dann, wenn sie überhaupt befragt wird, zwischen den Argumenten ihrer beiden Vertreter zerissen, oder, wenn es überhaupt dazu kommt, durch ein gerichtliches Verfahren zur Bestimmung ihres Willens beunruhigt.

Eine unabhängige Qualitätskontrolle aller Erwachsenenschutzvertreter sowie auch der Gerichte ist im Entwurf nicht vorgesehen, Sie wäre aber im Licht der Erfahrungen, etwa in den Gerichtsbezirken Dornbirn und Feldkirch (17 Os 9/13 und 17 Os 15/15), dringend notwendig. Denkbar wäre auch, die Justiz-Ombudsstellen zu einer unabhängigen Kontrollinstanz sowohl für Pflegschaftsgerichte als auch für Erwachsenenvertreter auszubauen. Vermutlich wäre das aber mit erheblichem Kostenaufwand verbunden.

Zu § 246 ABGB:

Die in Abs. 1 Z. 5 festgelegte Möglichkeit, daß eine vertretene Person durch Eintragung eines Widerspruches in das ÖZVV eine gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung beenden kann, wird ausdrücklich begrüßt. Sinnvoll wäre es aber, wenn nicht nur der Vertreter den Widerruf in das ÖZVV eintragen lassen kann, sondern wenn dies auch durch die vertretene Person oder durch einen Antrag der betroffenen Person beim Gericht erfolgen könnte. Ein abgelehrter Vertreter könnte ja um seine Einnahmen fürchten und die Eintragung verzögern oder zu verhindern versuchen.

Ob sich die automatische Beendigung einer gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertretung nach dem Ablauf von drei Jahren bewährt, wird die Zukunft zeigen. Einerseits wird dadurch die Kontinuität der Betreuung gestört und die vertretene Person einer neuerlichen Bestellungsprozedur ausgesetzt, andererseits ermöglicht gerade eine neuerliche Bestellungsprozedur eine genaue Kontrolle der bisherigen Vertretung.

Für die Weiterführung der Geschäfte der vertretenen Person nach einem Widerruf der Vollmacht ihres Vertreters oder nach der automatischen Beendigung nach drei Jahren wäre eine genauere Regelung als der Hinweis auf das sinngemäße Weitergelten des § 1025 ABGB wünschenswert.

Zu § 247 ABGB:

Die derzeitige Regelung ([RS0129830](#)), zu der ich leider selber beigetragen habe ([10 Ob 72/14g](#)), daß nämlich der monatliche persönliche Kontakt des Sachwalters mit der behinderten Person nur eine Richtschnur darstellt und er im Einzelfall die Erledigung einzelner Aufgaben an Mitarbeiter delegieren kann, ist unbefriedigend und widerspricht der seinerzeitigen Absicht des Gesetzgebers. Wie er in den Erläuterungen zu § 282 ABGB festgestellt hat, ist unter dem „*persönlichem Kontakt in aller Regel ein Besuchskontakt des Sachwalters in der Wohnung des Betroffenen zu verstehen, da er sich nur so von dessen Lebensumständen und dessen sozialem Umfeld auch wirklich überzeugen kann*“ ([1420 der Beilagen XXII. GP](#), Materialien, S. 19). Wenn unter Beibehaltung der bisherigen Regelung ein Erwachsenenvertreter „*im Einzelfall die Erledigung einzelner Aufgaben an Mitarbeiter delegieren kann*“, so wäre zumindest eine Mindestqualifikation des delegierten Mitarbeiters vorzuschreiben.

Die Erläuterungen zu § 247 ABGB erwähnen zwar, daß die Kontakte „*im Regelfall durch persönliche Kontakte (Besuche) wahrgenommen werden*“ sollen und daß sie „*im Einzelfall von geeigneten sozialarbeiterisch geschulten Mitarbeitern des Vertreters durchgeführt werden können*“, sie zitieren auch noch die Entscheidung [10 Ob 72/14](#), negieren aber den auf dieser Entscheidung beruhenden Rechtssatz [RS0129830](#), wonach der persönliche Kontakt nur eine Richtschnur darstellt, „*wobei der Sachwaler im Einzelfall die Erledigung einzelner Aufgaben an Mitarbeiter delegieren kann*“ und von irgendeiner Qualifikation des delegierten Mitarbeiters keine Rede ist. Hier wäre eine Klarstellung schon im Gesetzestext erforderlich, wobei auch die erwähnte Qualifikation, daß der Mitarbeiter „sozialarbeiterisch geschult“ sein sollte, reichlich schwammig ist.

Hier wäre eine Klarstellung schon deshalb erforderlich, weil ein Erwachsenenvertreter, wenn er Notar oder Rechtsanwalt und in das entsprechende Verzeichnis eingetragen ist, zukünftig beliebig viele Vertretungen übernehmen können soll, wobei dann ein persönlicher Kontakt gar nicht mehr möglich sein wird. Rechtsanwälte mit mehreren hundert Sachwalterschaften, die das mit entsprechend qualifiziertem Mitarbeiterstab auch gut erledigen, gibt es ja bereits. Da solche Anwaltssozietäten in Zukunft wohl häufiger werden, ist eine ausreichende Qualifikation der beschäftigten Mitarbeiter zu garantieren, um derartige Erwachsenenvertretungen nicht zu einem profitablen Geschäftsmodell für potentielle Ausbeuter zu machen.

Zu § 248 ABGB:

Ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter sollte auch einer Krankenanstalt gegenüber, in der die von ihm vertretene Person behandelt wird, von der Verschwiegenheitspflicht ausgenommen werden, etwa was die Anamnese der vertretenen Person betrifft. Das könnte zwar in Abs. 3 Z. 3 mit inbegriffen sein, könnte aber durch einen Widerspruch der betroffenen Person konterkariert werden. Eine Klarstellung wäre wünschenswert.

Zu § 251 ABGB:

Die gebotene Bemühung eines Erwachsenenvertreters, daß der vertretenen Person die gebotene ärztliche und soziale Betreuung gewährt wird, greift zu kurz. Zumindest der gesetzliche Erwachsenenvertreter hat dafür zu sorgen, daß die vertretene Person sie auch tatsächlich bekommt.

Zu § 252 ABGB:

Bei nicht ansprechbaren Personen, etwa bei bewußtlosen oder anderwärtig kommunikationsunfähigen Personen, kann nicht festgestellt werden, ob sie entscheidungsfähig sind oder nicht. Ein behandelnder Arzt kann daher nicht feststellen, ob er nach § 252 ABGB oder nach § 253 vorzugehen hat. Schon bei einer zu erwartenden mittleren Schädigung der Gesundheit im Falle des Unterbleibens einer Behandlung dürfte er den Patienten nicht behandeln. Es wäre sinnvoll, schon im Fall einer leichten zu erwartenden Gesundheitsschädigung oder leichter zu erwartender Schmerzen auf eine Einwilligung einer nicht ansprechbaren betroffenen Person zu verzichten.

Zu § 253 ABGB:

Dieser und der nächste Paragraph zeigen die Bedeutung einer genaueren und situationsspezifischen Definition der Entscheidungs(un)fähigkeit. Eine in Rechtsgeschäften nicht entscheidungsfähige Person kann in medizinischen Belangen durchaus entscheidungsfähig sein und umgekehrt. Die ihr zukommende Behandlung, nach § 253 oder 254 ABGB, hängt aber von dieser Definition ab.

Im Abs. 1 sollten die Aufklärung über die Behandlung und das Einholen der Meinung auf den Fall ansprechbarer Personen beschränkt werden, etwa indem dem Absatz am Schluß ein „wenn möglich“ angefügt wird.

Da der behandelnde Arzt im Fall zweifelhafter oder nicht feststellbarer Entscheidungsfähigkeit die Zustimmung eines für medizinische Belange zuständigen Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters einzuholen hat, sollte Spitätern und Ärzten ein einfacher Zugriff auf das ÖZVV ermöglicht werden. Wie schon in der obigen Anmerkung zu § 243 ABGB festgestellt wurde, wäre das am einfachsten zu bewerkstelligen, indem dieses Verzeichnis öffentlich gemacht würde. Sollte das nicht möglich sein, ist zu regeln, wie weit die Nachforschungspflicht des Krankenhauses geht.

Zu Abs. 4 ist anzumerken, daß es sehr begrüßenswert ist, wenn der oft geäußerte Wunsch nach einem Sterbenlassen jetzt respektiert werden muß, wenigstens wenn er schon einmal in einer Patientenverfügung geäußert worden ist.

Zu § 262 ABGB:

Die Möglichkeit mehrerer Bevollmächtigter erscheint, wie schon zu § 244 Abs. 4 ABGB angemerkt, problematisch und sollte in Abs. 2 Z. 2 gestrichen werden.

Zu § 263 ABGB:

Das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht durch den Verlust der Entscheidungsfähigkeit des Vollmachtgebers ist unzureichend geregelt. Zwar kann die eintragende Stelle (Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein) im Fall begründeter Zweifel die Eintragung ablehnen und die Ablehnung im ÖZVV ersichtlich machen, doch ist nicht klar, wie sie überhaupt zu Zweifeln kommen oder wie sie sich Gewissheit verschaffen kann. Denkbar wäre die Vorlage eines (fach-)ärztlichen Zeugnisses, ein eigenes von der eintragenden Stelle durchzuführendes Ermittlungsverfahren oder ein gerichtliches Ermittlungsverfahren. Das sehen auch die Erläuterungen zum Entwurf so. Es sollte daher auch im Gesetz so festgelegt werden.

Zu § 264 ABGB:

Die Möglichkeit, daß sich eine nur noch eingeschränkt entscheidungsfähige Person selber einen Erwachsenenvertreter für Angelegenheiten, die sie selber nicht mehr besorgen kann, wählen kann, wird sehr begrüßt.

Die Möglichkeit mehrerer gewählter Erwachsenenvertreter erscheint, wie schon zu § 244 Abs. 4 ABGB angemerkt, problematisch und sollte gestrichen werden.

Zu § 266 ABGB:

Das über begründete Zweifel der die Vertretung eintragende Stelle gilt auch für den gewählten Erwachsenenvertreter.

Positiv ist anzumerken, daß der gewählte Erwachsenenvertreter die von ihm vertretene Person auch vor Gericht vertreten kann. Unklar ist allerdings, ob das auch in Verfahren mit Anwaltpflicht gilt.

Zu §§ 268 bis 270 ABGB:

Sinngemäß gilt dasselbe wie zur vorigen Anmerkung.

Es ist zu hoffen, daß ein für den Pflegebereich zuständiger gesetzlicher Erwachsenenvertreter anders als ein vertretungsbefugter nächster Angehöriger nach dem alten Recht für den Pflegeaufwand auf einen diesen Aufwand Pflegeaufwand tatsächlich abdeckenden Teil des Einkommens der vertretenen Person zugreifen kann.

Bisher beschränkte sich das nach der Empfehlung „[Angehörigenvertretung und Bankgeschäfte](#)“ einer Arbeitsgruppe im Justizministerium auf das Existenzminimum, das 2013 bei 977 € lag. Diese Empfehlung wurde auch von mehreren Banken als verbindlich betrachtet, auch von der Bank meiner pflegebedürftigen Mutter. Da ich mit diesem Betrag die Pflege nicht bezahlen konnte, war ich gezwungen, dem Rat der Bank auf Beantragung einer Sachwalterschaft Folge zu leisten. Es steht zu hoffen, daß diese Praxis nun aufhört, womit sich die Anzahl der Sachwalterschaften wohl verringern wird.

Anzumerken ist auch, daß ein vertretungsbefugter nächster Angehöriger im Bestellungsverfahren für einen Sachwalter in der ersten Instanz keine Parteienstellung hatte, was in meinem Fall dazu führte, daß meine Ansuchen und Anträge unbeachtet blieben, in der zweiten ebenfalls nicht mehr gehört wurden und die dritte Instanz diese Verweigerung jedes rechtlichen Gehörs als in Ordnung

befand. Mit der rechtlichen Besserstellung des gesetzlichen Erwachsenenvertreters wird sich dies hoffentlich nicht wiederholen.

Zu § 276 ABGB:

Die vorgeschlagenen Regelungen zur Entschädigung der gerichtlichen Erwachsenenvertreter basieren auf dem Einkommen der vertretenen Person. Daher sträuben sich viele Anwälte oder Notare, Einkommensschwache zu vertreten. Um eine Klasseneinteilung nach Einkommen zu verhindern, wäre eine Entlohnung nach Leistung aus Mitteln der öffentlichen Hand vorzuziehen. Ein Erwachsenenvertreter sollte für jeden Vertretenen gleich viel, jedoch in Abhängigkeit von der tatsächlich geleisteten Aufwand erhalten. Die Mittel dafür könnten aus einem Fonds stammen, in den jeder Vertretene einen seinem Einkommen entsprechenden Anteil einzahlt.

Die Aussage einer Familienrichterin im Heft 4/13 der Zeitschrift „Datum. Seiten der Zeit“: „*Wenn ich einen Anwalt habe, der mir einen Alkoholiker nimmt, wo es kein Geld gibt, kriegt er auch einmal jemanden, von dem ich weiß, der hat Geld*“ würden damit obsolet.

Mag. Bernhard Hampl