

II/376.958



FINANZ

PROKURATUR

An das
Bundesministerium für Justiz
z. H. Frau Barbara Sokoll
Museumstraße 7
1070 Wien

Singerstraße 17-19, 1010 Wien
Tel.: +43-1-514 39/509200
Fax: +43 1 51439/509200
post.fp02.fpr@bmf.gv.at
www.finanzprokuratur.at

Per E-Mail: barbara.sokoll@bmj.gv.at



Wien, am 12. September 2016

Stellungnahme zum 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG

Sehr geehrte Frau Sokoll!

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Finanzprokuratur dankt für den mit Schreiben vom 7.7.2016 übermittelten Entwurf zum 2. Erwachsenenschutz-Gesetz. Sie erlaubt sich nachstehende Stellungnahme abzugeben:

I. Zu Artikel 6 des Entwurfes betreffend Änderungen des Außerstreitgesetzes

A. Mit dem 2. Erwachsenenschutz-Gesetz soll aufgrund der zum Teil divergierenden Rechtsprechung in den vergangenen Jahren und den damit hervorgekommenen Unsicherheiten in der Praxis auch die Bestimmung in § 141 AußStrG novelliert werden. Demzufolge soll gemäß dem vorliegenden Ministerialentwurf das Gericht Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse und sensible personenbezogene Daten nur der schutzberechtigten Person und ihrem gesetzlichen Vertreter erteilen und darf das Gericht darüber hinaus Erben und erbantrittserklärten Personen (§ 157 AußStrG) Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse und – soweit dies der Ermittlung des (letzten) Willens der schutzberechtigten Person dient – auch über sensible personenbezogene Daten geben (Abs 1). Abgesehen davon soll das Gericht im Rahmen der Amtshilfe (Art 22 B-VG) Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse und sensible personenbezogene Daten nur dann erteilen dürfen, wenn diese zur Aufklärung einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung

erforderlich erscheinen (Abs 2 Z 1) oder die schutzberechtigte Person gesetzlich zur Mitwirkung an einem behördlichen Verfahren verpflichtet ist (Abs 2 Z 2).

Der Entwurf des neuen § 141 AußStrG sieht sohin eine Unterscheidung in „Akteneinsicht“, insbesondere für Erben und erbantrittserklärte Personen (§ 157 AußStrG), und „Amtshilfe“, in den oben angeführten zwei abschließend geregelten Fällen, vor.

In diesem Zusammenhang erlaubt sich die Finanzprokurator festzuhalten, dass, wenn kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist und auch sonst niemand die Verlassenschaft erwirbt, dem Bund das Recht zukommt, sich die erblose Verlassenschaft anzueignen (§ 750 ABGB nF bzw. § 760 ABGB idgF). Gemäß § 3 Abs 1 Finanzprokuratorgesetz (ProkG) vertritt die Finanzprokurator die heimfallsberechtigte Republik Österreich (Bund) vor allen ordentlichen Gerichten ausschließlich. Das Heimfallsrecht (§ 750 ABGB nF: Aneignungsrecht) stellt zwar kein Erbrecht dar und wird auch nicht durch Abgabe einer Erbantrittserklärung (§ 157 AußStrG) geltend gemacht, führt jedoch nach einhelliger Auffassung (auch) zur Gesamtrechtsnachfolge (vgl OGH 5 Ob 116/12p uvm). Die Finanzprokurator macht das Heimfallsrecht des Fiskus im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geltend (vgl Windisch, FS Finanzprokurator 309 f; OGH 5 Ob 554/84 NZ 1985, 132 ua).

In einem Verlassenschaftsverfahren nach einer vormals pflegebefohlenen Person, in welchem keine gesetzlich Erbberechtigten ermittelt werden konnten und es aufgrund des sich zugetragenen Sachverhaltes erforderlich erscheint, eine im Verlassenschaftsverfahren vom Gerichtskommissär übernommene letztwillige Verfügung auf deren Wirksamkeit hin näher zu überprüfen (Testierunfähigkeit, Fälschung, Verfälschung etc), ist eine Einsichtnahme in den gesamten Pflegschaftsakt des Erblassers für die Beurteilung der Frage erforderlich, ob eine widerstreitende Erklärung im Sinne von § 160 AußStrG abzugeben ist, oder nicht. Insbesondere mithilfe allfälliger im Pflegschaftsakt einliegender Sachverständigengutachten oder Protokollen über die Anhörung der pflegebefohlenen Person („sensible personenbezogene Daten“) kann beurteilt werden, ob die an einer letztwilligen Verfügung gehegten Zweifel aufrecht zu erhalten sind sowie ob die Beweislage für eine erfolgreiche gerichtliche Anfechtung ausreicht. Bei der Aktenbeischaffung kann sich die Finanzprokurator grundsätzlich auf zwei in unterschiedlicher Rangordnung stehende Rechtsgrundlagen stützen. So besteht die Möglichkeit zur Berufung auf die einfachgesetzliche Bestimmung in § 2 Abs 3 ProkG. Darüber hinaus ist die Finanzprokurator als Dienststelle des Bundes dazu berechtigt, sich auf die verfassungsrechtlich verankerte Bestimmung der Amtshilfe in Artikel 22 B-VG zu stützen. Diese Verfassungsbestimmung setzt zum einen ein organisatorisches Verständnis des Organbegriffes

voraus und ist zum anderen auch in der Privatwirtschaftsverwaltung, sohin auch bei der Geltendmachung des Heimfallsrechtes (bzw Aneignungsrechtes) anwendbar (vgl Hiesel, in Kneihs/Lienbacher [Hrsg], Rill-Schäffer-Kommentar-Bundesverfassungsrecht, 9. Lfg 2012 zu Art 22 B-VG IV 48. ff; II. H. 35. mwN). Artikel 22 B-VG über die Verpflichtung zur Gewährung von Amtshilfe ist unmittelbar anwendbar und bedarf keiner einfachgesetzlichen Ausführung (vgl Hiesel aaO I. E. 10. mwN). Unter Berücksichtigung einer erforderlichen verfassungskonformen Interpretation des § 141 AußStrG idgF, mit dem Zweck, die für ein Organ im Sinne des Artikel 22 B-VG notwendige Amts- und Rechtshilfe bei Pflégschaftsakten nicht zur Makulatur verkommen zu lassen, kann nach Ansicht der Finanzprokurator aufgrund der geltenden Rechtslage ein von dieser an ein Pflégschaftsgericht gestelltes Aktenübermittlungersuchen – auch sensible personenbezogene Daten betreffend – nicht unter Hinweis auf § 141 AußStrG abgelehnt werden (zutreffende Kritik an einer die Amtshilfe beschränkenden Auslegung des § 141 AußStrG unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien von: Ganner, iFamZ 2012, 298; W. Tschugguel, iFamZ 2010, 288 ua; zum Gebot der verfassungskonformen Interpretation siehe auch: Rassi, in Fasching/Konecny³ II/3 § 219 ZPO Rz 65).

B. Ungeachtet der obigen Ausführungen, erachtet die Finanzprokurator den Entwurf zum neuen § 141 AußStrG vom Wortlaut her zu eng gefasst und für die Praxis (Gerichte, Notare, Rechtsvertreter) mit erheblichen Anwendungsproblemen verbunden; dies aus nachfolgenden Gründen:

Den ErlRV 224 BlgNR 22. GP 91 zu Folge steht die Bestimmung in § 141 AußStrG idgF auch einer Aktenübersendung im Rahmen der Amtshilfe entgegen. Der Umstand, dass es seinerzeit Ziel des Gesetzgebers war, ermittelte Tatsachen des Privat- und Familienlebens (lediglich) nicht „unnötig“ an die Öffentlichkeit zu bringen bzw an nicht verfahrensbeteiligte Personen oder Stellen weiterzugeben, insbesondere – teilweise unter Anlehnung auf das Bankgeheimnis –, Sozialhilfeträgern keine Einsicht in die Vermögensdaten des Pflegebefohlenen zu gewähren (vgl explizit Ganner, iFamZ 2012, 298), wird in der Praxis außer Acht gelassen. Unter Berücksichtigung dieser Absichten des seinerzeitigen Gesetzgebers bei der Norminterpretation steht § 141 AußStrG idgF notwendigen Amtshilfeersuchen aber schon deshalb nicht entgegen, weil es sich dabei der Sache nach nie um unnötige Informationspreisgaben handeln kann und zudem übersehen wird, dass die amtshilfeberechtigten Organe der Amtsverschwiegenheit (Artikel 20 B-VG) unterliegen. Eine Informationspreisgabe erfolgt sohin nur im Rahmen der Vollziehung der Gesetze. Zudem wird auch das bereits maßgeblich gelockerte Bankgeheimnis keine Rechtfertigung für die Beschränkung der Amtshilfe (insbesondere betreffend

Sozialhilfeträger) bereitstellen (vgl. das erst kürzlich erlassene Kontenregister- und Konteneinschaugesetz – KontRegG).

Wegen der extensiven Beschränkung der Amtshilfe in Pflegschaftssachen wird die zum Teil vertretene Rechtsauffassung, wonach dem Gerichtskommissär zur Abhandlung einer Verlassenschaft auch der den Erblasser betreffende Pflegschaftsakt – zur Gänze – übermittelt werden darf, bei Weitem nicht bundesweit flächendeckend praktiziert, weshalb es bundesweit immer wieder dazu kommt, dass dem Gerichtskommissär die Einsicht in den Pflegschaftsakt unter Hinweis auf § 141 AußStrG verwehrt wird (vgl. auch kritisch W. Tschugguel, iFamZ 2013, 156; derselbe, iFamZ 2010, 288 ua). Dabei entsteht vor allem ein faktisch unlösbares Spannungsverhältnis zu § 568 ABGB nF, der dem sich auf die Testierunfähigkeit des Erblassers Stützenden die Beweislast auferlegt. Für potentiell Anspruchsberechtigte, wie beispielsweise für aktenkundige abstrakt gesetzlich Erbberechtigte, wenn also ein Testamentserbe bereits eine Erbantrittserklärung abgegeben hat, oder - in Anwendung von § 713 ABGB – für eingesetzte Erben aus einer infolge Aufhebung (§ 713 ABGB) „ungültigen“ letztwilligen Verfügung, welche jeweils Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit der dem anhängigen Abhandlungsverfahren zugrunde gelegten letztwilligen Verfügung haben, aber (noch) nicht im Stande sind, konkrete Beweise anzubieten, ist es daher zwangsläufig erforderlich, durch Einsichtnahme in den Pflegschaftsakt den konkreten Zeitraum und Umfang kognitiver Defizite beim seinerzeitigen Pflegebefohlenen und späteren Erblasser in Erfahrung zu bringen; dies insbesondere deshalb, da in Fällen, in welchen der spätere Erblasser pflegebefohlen war, oftmals kein entsprechendes Naheverhältnis zwischen dem Erblasser und den gesetzlich Erbberechtigten bestand, weshalb für die Letztgenannten in der Regel kein Zugang zu Daten über den gesundheitlichen Zustand des späteren Erblassers („sensible personenbezogene Daten“) besteht. Ohne vorherige Einsichtnahme in den gesamten Pflegschaftsakt kann der Erfolg und somit das Prozessrisiko für eine gerichtliche Anfechtung der letztwilligen Verfügung nicht ernsthaft beurteilt werden. Dies gilt sinngemäß für die zuvor genannten eingesetzten Erben der infolge „Auftauchens“ einer jüngeren letztwilligen Verfügung – ex lege – aufgehobenen letztwilligen Verfügung.

Umso mehr gilt das Ausgeführte analog für den Fiskus bei potentiell erblosen Nachlässen, also wenn der Nachlass bei Wegfallen der in Zweifel gezogenen letztwilligen Verfügung erblos wäre, da von einem tatsächlich bestandenen mit einem Informationsfluss einhergehenden „Naheverhältnis“ zwischen dem Erblasser und dem Fiskus nur in besonderen Einzelfällen auszugehen ist. Folglich ist es der Finanzprokuratur im Rahmen der Geltendmachung des Heimfallsrechtes und auch den anderen genannten potentiell Erbberechtigten grundsätzlich nur

dann möglich, die Anfechtbarkeit einer in Zweifel gezogenen letztwilligen Verfügung stichhaltig zu prüfen, nachdem Einsicht in den gesamten Pflegschaftsakt genommen werden konnte.

Da gemäß dem Entwurf des neuen § 141 AußStrG aber nur lediglich „Erben und erbantrittserklärten Personen (§ 157)“ ein Auskunftsrecht im Pflegschaftsverfahren zukommen soll, dürfte der Fall eines „potentiell“ erblosen Nachlasses in diesem Zusammenhang schlicht nicht mitbedacht worden sein. Vom Wortlaut des Entwurfes und dem Umstand, dass ausdrücklich auf § 157 AußStrG (Erbantrittserklärung) verwiesen wird, her scheint es ausgeschlossen, unter einer „erbantrittserklärten Person“ auch den aneignungsberechtigten Bund zu verstehen (Antrag gemäß § 184 Abs 1 anstelle von Erklärung gemäß § 157 AußStrG). Dieses Verständnis würde zudem Deckung in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung finden, wonach der aneignungsberechtigte Bund keine Erbantrittserklärung im Sinne von § 157 AußStrG abgibt (vgl SZ 43/193). In diesem Sinne kann auch das weitest mögliche Wortverständnis von „erbantrittserklärten Erben“ nichts anderes ergeben (vgl P. Bydlinki, KBB³ zu § 6 Rz 3). Eine allfällige Analogie zu dieser Bestimmung bei „potentiellen“ erblosen Nachlässen wird davon abhängen, ob der Gesetzgeber – in grundsätzlicher Kenntnis dieser formell-rechtlichen Divergenz – davon ausging, dass ungeachtet des § 141 AußStrG die Beischaffung des gesamten Pflegschaftsaktes durch die Finanzprokurator über die unmittelbar anwendbare Verfassungsnorm in Art 22 B-VG bewerkstelligt werden kann. Im Hinblick auf den § 141 Abs 2 AußStrG des Entwurfes, wonach im Rahmen der Amtshilfe Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse und sensible personenbezogene Daten nur zu erteilen sind, wenn sie zur Aufklärung einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung erforderlich erscheinen (Z 1), oder die schutzberechtigte Person gesetzlich zur Mitwirkung an einem behördlichen Verfahren verpflichtet ist (Z 2), könnte ein solches Verständnis jedoch durchaus fraglich erscheinen.

Den Materialien zufolge lehnt sich der Gesetzgeber zudem an die Entscheidung des OGH zu 2 Ob 194/14i an, wonach es (erst) bei trotz Einigungsversuches gemäß § 160 AußStrG (weiterhin) widersprechenden Erbantrittserklärungen sinnvoll erscheine, Akteneinsicht in bestimmte und einzeln oder zumindest nach Gattungsmerkmalen zu bezeichnende relevante Teile des Pflegschaftsaktes zu gewähren. Dabei wird jedoch übergangen, dass dieses Judikat einen bereits erfolglos versuchten Einigungsversuch beim Gerichtskommissär gemäß § 160 AußStrG und die Vorlage des Verlassenschaftsaktes durch den Gerichtskommissär an das Verlassenschaftsgericht zur Durchführung eines „Erbrechtsstreites“ – und damit ein kostenpflichtiges Verfahren (§ 185 AußStrG) - voraussetzt. Einem erbantrittserklärten Erben aber erst zu diesem (späten) Zeitpunkt ein Einsichtsrecht in die relevanten Teile des

Pflegschaftsaktes zu gewähren, ist unter Berücksichtigung der mit einem „Erbrechtsstreit“ verbundenen - oftmals erheblichen - Kostenfolgen aber aus rechtsstaatlichem Blickwinkel problematisch, da ein solches Verständnis unter anderem voraussetzt, dass ein Rechtsschutzsuchender, welcher eine dem anhängigen Verlassenschaftsverfahren zugrunde gelegte letztwillige Verfügung in Zweifel zieht, sich ohne vorherige Beweismittelsichtung und -sammlung in einen Prozess einlassen muss, um seine Rechte bestmöglich zu wahren. Erst im Rahmen eines solchen – aufgrund hoher Bemessungsgrundlagen oft kostenträchtigen – angelaufenen „Erbrechtsstreites“ hätte dieser erstmals die Möglichkeit, seine Vermutungen durch Einsichtnahme in den Pflegschaftsakt einer Bestätigung zuzuführen. Schlimmstenfalls können Zweifel an der Wirksamkeit der angefochtenen letztwilligen Verfügung trotz zwischenzeitig erfolgter Akteneinsicht nicht aufrecht erhalten werden – möglicherweise aber auch nicht verworfen – werden, weshalb die angefochtene letztwillige Verfügung - um einen weiteren Kostenanfall zu vermeiden – anerkannt werden müsste. Es liegt auf der Hand, dass derartige – auf der Grundlage des Entwurfes abzusehende – Szenarien zu einer Mehrbelastung von Gerichten und Gerichtskommissären sowie zu einer damit einhergehenden Verlängerung und Verteuerung der betroffenen Verlassenschaftsverfahren führen wird. In diesem Sinne erscheint der Entwurf des § 141 AußStrG tauglich, den effektiven Rechtsschutz potentiell Anspruchsberechtigter im oben beschriebenen Sinne erheblich einzuschränken.

C. Aus den angeführten Gründen schlägt die Finanzprokurator eine Modifikation des Entwurfes zu § 141 Abs 1 AußStrG dahingehend vor, dass gemäß Satz 2 der zitierten Bestimmung **„Erben und potentiell erbberechtigten Personen sowie dem potentiell aneignungsberechtigten Bund“** Auskünfte über Einkommens- und Vermögensverhältnisse und – soweit dies der Ermittlung des Willens der schutzberechtigten Person dient – über sensible personenbezogene Daten erteilt werden dürfen. Bei diesem Wortlaut wäre nach Ansicht der Finanzprokurator sohin die Akteneinsicht bereits dann zu gewähren, wenn „potentiell erbberechtigte Personen und der potentiell aneignungsberechtigte Bund“ die Geltendmachung von Ansprüchen im anhängigen Verlassenschaftsverfahren beabsichtigen und dies im Rahmen des Antrages auf Akteneinsicht vorbringen sowie deren potentielle Erbberechtigung (bzw Aneignungsberechtigung) ausreichend bescheinigen oder glaubhaft machen, jeweils also schon vor dem Verfahren gemäß § 160 AußStrG. Als Korrektiv, insbesondere um Pflegschaftsakten nicht einem beliebig weiten Kreis öffnen zu müssen, könnte problemlos die „Hürde“ der Anspruchsbescheinigung oder Anspruchsglaubhaftmachung dienen. Bei Zweifeln an einer letztwilligen Verfügung hätte der Akteneinsichtswerber sohin konkret vorzubringen, dass er die Verfügung infolge einer aufgrund von konkreten Gründen anzunehmenden Testierunfähigkeit als unwirksam erachte und es für seine Rechtsverfolgung

unbedingt erforderlich ist, Einsicht in den gesamten Pflschaftsakt, insbesondere in die dort einliegenden sensiblen personenbezogenen Daten (Gutachten, Protokolle etc), zu nehmen.

Um darüber hinaus das in der aktuellen Praxis bestehende Spannungsverhältnis zwischen der unmittelbar anwendbaren Verfassungsnorm des Artikel 22 B-VG und dem § 141 Abs 2 AußStrG neu zu vermeiden, empfiehlt die Finanzprokurator zusätzlich die Modifikation des genannten Absatzes dahingehend, dass eine Amtshilfe alternativ auch dann zulässig ist, wenn **„öffentliche Interessen ein Einschreiten erfordern (Z 3)“**. In diesem Sinne sollte amtshilfeberechtigten Organen im Sinne von Artikel 22 B-VG im Rahmen ihres jeweiligen gesetzlichen Wirkungsbereiches bei Erfüllung ihrer Aufgaben Einsicht in den gesamten Pflschaftsakt immer dann gewährt werden, wenn bescheinigt werden kann, dass die Erfüllung einer gesetzlich übertragenen Aufgabe sowohl in Hoheitsverwaltung als auch in Privatwirtschaftsverwaltung maßgeblich von der Akteneinsicht abhängt und die Akteneinsicht insbesondere für die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unbedingt erforderlich ist. Nach Ansicht der Finanzprokurator kann es zudem nicht im Sinne des Gebotes der Einheit der Rechtsordnung sein, dass der Schutz des Pflegebefohlenen über seinen Tod hinaus dem Rechtsschutz Dritter, welche ihren konkreten Anspruch zudem bescheinigen können, entgegensteht und so insbesondere gesetzliche Aufträge der Verwaltung zur Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung verunmöglicht. Eine solche dritte Alternative wäre auch im Stande, die Geheimhaltung der pflschaftsaktbezogenen Informationen weiterhin zu gewährleisten, da die amtshilfeberechtigten Organe der Verschwiegenheitspflicht gemäß Artikel 20 B-VG und darüber hinaus allenfalls noch strengeren Regelungen unterliegen.

II. Zu Artikel 9 des Entwurfes, mit dem das Bundesgesetz über Vereine zur Namhaftmachung von Sachwaltern, Patientenanwälten und Bewohnervertretern (künftig: Bundesgesetz über Erwachsenenenschutzvereine - ESchuVG) geändert wird

A. § 1 VSPBG igF sieht lediglich vor, dass die Eignung von Vereinen durch Verordnung des Bundesministers für Justiz festzustellen ist. Dieses Modell geht somit offenbar grundsätzlich davon aus, dass das System der Vereine, die Tätigkeiten nach dem VSPBG ausüben können, offen ist, sodass auch mehrere Vereine mit überschneidenden sachlichen oder räumlichen Tätigkeitsbereichen als geeignet festgestellt werden können.

Nach § 1 des nunmehrigen ESchuVG soll demnach eine Feststellung über die Eignung nicht mehr zulässig sein, wenn bereits ein Verein für einen bestimmten sachlichen oder räumlichen Tätigkeitsbereich zuständig ist. Im Ergebnis führt dies zu einer Monopolisierung, da für einen

bestimmten sachlichen oder räumlichen Tätigkeitsbereich eben immer nur ein Verein bestellt sein kann.

Diese Bestimmung wirft folgende Probleme auf:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf keine Vorkehrung dafür trifft, dass mehrere Vereine überschneidende Anträge nach § 1a ESchuVG stellen und im Zeitpunkt der Einbringung sämtlicher Anträge noch keine Verordnung iSd § 1 ESchuVG erlassen wurde. Der Entwurf enthält keine Kriterien für die Auswahl zwischen konkurrierenden Anträgen, was wohl dem Determinierungsgebot widerspricht.

Die Vereine erhalten für ihre Tätigkeit zumindest teilweise eine Gegenleistung (vgl etwa § 4e ESchuVG). Es könnte daher argumentiert werden, dass die Vereine Dienstleistungen auf einem Markt anbieten. Dies hätte zur Folge, dass die Tätigkeit der Vereine ganz oder teilweise als wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinn zu qualifizieren ist, was in weiterer Folge dazu führen würde, dass die unionsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen anzuwenden sind: Nach der Judikatur des EuGH kommt es bei der Prüfung, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt, nicht darauf an, ob die jeweilige Einheit etwa als Verein eingerichtet ist oder ob diese zur Erzielung von Gewinnen gegründet wurde, sondern lediglich darauf, ob diese Dienstleistungen auf einem Markt anbietet. Die Kommission verweist darauf, dass die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von den politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängt, sodass es nicht möglich ist, eine erschöpfende Liste der Tätigkeiten aufzustellen, die grundsätzlich nie wirtschaftlicher Natur sind. Die Tätigkeit der Vereine nach dem ESchuVG stellt sicherlich einen Grenzfall dar, doch kann eben nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die Vereinstätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit einzustufen ist (vgl diesbezüglich Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 2012/C 8/02 Rz 9 ff). Es wäre daher jedenfalls empfehlenswert, eine Analyse dahingehend vorzunehmen, ob die Vereine Dienstleistungen auf einem Markt anbieten und das Analyseergebnis in die Materialien aufzunehmen.

Sollte diese Analyse ergeben, dass die Vereine ganz oder teilweise eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, würde dies nicht zwangsläufig dazu führen, dass das unionsrechtliche Beihilfeverbot des Art 107 AEUV zur Anwendung gelangt; die Vereinstätigkeit kann diesfalls wohl als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) iSd Art 106 AEUV qualifiziert

werden. Eine DAWI unterliegt grundsätzlich nicht dem Beihilfeverbot, allerdings sind bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen:

Zunächst darf eine Betrauung mit der Dienstleistung nicht – wie im Entwurf vorgesehen – auf unbestimmte Zeit erfolgen, sondern darf der Betrauungszeitraum nach Art 2 Abs 2 des Beschlusses der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU), im Regelfall 10 Jahre nicht übersteigen; nach Rz 17. der Mitteilung der Kommission „Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)“, 2012/C 8/03, soll die Dauer des Betrauungszeitraums durch Verweis auf objektive Kriterien wie etwa die Notwendigkeit einer Amortisierung nicht übertragbaren festen Sachanlagevermögens begründet werden. Die Dauer des Betrauungszeitraums darf jedoch den Zeitraum grundsätzlich nicht überschreiten, der für die Abschreibung der Vermögenswerte, die für die Erbringung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse am wichtigsten sind, erforderlich ist.

Weiters gelten für Abgeltung von DAWI Beschränkungen, die in § 8 ESchuVG keinen Eingang gefunden haben; es wird hier insbesondere auf Punkt 3.2.3 des Leitfadens der Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse verwiesen.

Zusammenfassend empfiehlt die Finanzprokuratur hinsichtlich § 1 ESchuVG sohin

- eine Bestimmungen über die Auswahl zwischen konkurrierenden Anträgen aufzunehmen,
- zu prüfen, ob aufgrund des rechtlichen und wirtschaftlichen Umfeldes eine wirtschaftliche Tätigkeit der Vereine iSd Judikatur des EuGH anzunehmen ist und dieses Prüfergebnis in den Materialien festzuhalten sowie
- gegebenenfalls die Bestimmungen hinsichtlich der Betrauung der Vereine und deren Förderung an die für DAWI geltenden unionsrechtlichen Bestimmungen anzugleichen.

B. Art. 9 des ESchuVG regelt künftig die Feststellung der Eignung von Vereinen, als Erwachsenenschutzverein tätig zu werden, sowie den Aufgabenbereich solcher Vereine, der im Wesentlichen in der Führung von Erwachsenenvertretungen (§ 3), der Beratung über

Vorsorgevollmachten und Erwachsenenvertretungen (§ 4), der Abklärung bestimmter Sachverhalte im Auftrag des Gerichts (§§ 4a und 4b) sowie der Mitwirkung bei der Errichtung und die Registrierung von Vorsorgevollmachten und Vereinbarungen über Erwachsenenvertretungen (§§ 4c und 4d) besteht.

Weder nach der derzeitigen Rechtslage, noch im vorliegenden Entwurf ist geregelt, wer für das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten von Organen der Erwachsenenschutzvereine haftet, weshalb die Novelle dazu genutzt werden sollte, hinsichtlich der Haftungsfrage eine Klarstellung vorzunehmen, die nach Ansicht der Finanzprokuratur aus den nachstehend angeführten Erwägungen erforderlich erscheint:

Nach stRsp des OGH fallen auch juristische Personen unter den Organbegriff des AHG, soweit diese für hoheitliches Handeln beliehen wurden (vgl OGH 26.02.2009 1 Ob 176/08a = SZ 2009/30 ua; RIS-Justiz RS0124590). Im Fall der Beleihung privater (oder ausgegliederter) Rechtsträger mit der Befugnis zur Setzung von Hoheitsakten haftet jener Rechtsträger, aus dessen Vollzugsbereich die Aufgabe nach den verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen stammt und für die der Beliehene tätig wird (Kucsko-Stadlmayer, Art 23 B-VG Rz 16, in: Korinek/Holoubek [Hrsg], Bundesverfassungsrecht [2013]; vgl B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ [2009] Rz 1326, jeweils mwN insbesondere zur Rechtsprechung). Für die Organstellung nach § 1 AHG ist nur ausschlaggebend, dass eine Person zur Wahrnehmung von Agenden der Hoheitsverwaltung berufen worden ist; nicht maßgeblich ist, auf welche Art und Weise diese Berufung erfolgt. Ein Dienstverhältnis zum beliehenen Unternehmen ist keine Voraussetzung für die Begründung einer Organstellung; besorgt eine physische Person hoheitliche Aufgaben, ist sie Organ, unabhängig davon, ob sie dauernd oder vorübergehend oder für den einzelnen Fall bestellt, gewählt, ernannt oder sonst wie herangezogen wurde und ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0087679). Gehaftet wird daher etwa auch für die Ausübung hoheitlicher Hilfsfunktionen durch Private (Kucsko-Stadlmayer aaO Rz 15).

In Bezug auf den Sachwalter judiziert der OGH in stRsp, dass der Sachwalter bei Ausübung der ihm durch die gerichtliche Bestellung anvertrauten Agenden nur soweit als Organ gemäß § 1 Abs 2 AHG zu qualifizieren ist, als er in Erfüllung einer richterlichen Weisung handelt. Andernfalls hat er für einen durch sein Verhalten als Sachwalter verursachten Schaden persönlich nach den allgemeinen Bestimmungen des Schadenersatzrechts einzustehen (s. zB OGH 22.10.2001, 1 Ob 197/01d).

Fraglich könnte nun sein, ob die Erwachsenenschutzvereine insbesondere bei Abklärung im Auftrag des Gerichtes (§§ 4a und 4b ESchuVG) eine hoheitliche Hilfsfunktion ausüben und damit ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der für den Verein tätigen Personen dem Bund amtschaftsrechtlich zuzurechnen wäre. Wesentlich in diesem Zusammenhang erscheint, dass Aufträge des Gerichtes nach den §§ 4a und 4b ESchuVG durchwegs der Klärung des Sachverhaltes dienen. Nach den Erläuterungen zu § 4a ESchuVG besteht die Aufgabe des Vereins 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... Die rechtliche Beurteilung bleibt dabei stets dem zuständigen Pflegschaftsgericht überlassen“. Damit ist die Tätigkeit der Erwachsenenschutzvereine durchaus mit jener von gerichtlich bestellten Sachverständigen vergleichbar.

Bei der Organstellung von Sachverständigen differenziert die Rechtsprechung zwischen Amtssachverständigen in Verwaltungsverfahren einerseits und nicht amtlichen oder gerichtlichen Sachverständigen andererseits. Den beiden letzteren wird die Organstellung abgesprochen, weil ihre Tätigkeit auf die Feststellung des Sachverhalts beschränkt (Beweismittel) und nicht als Mitwirkung an der Entscheidung zu qualifizieren ist. Sie haften daher persönlich (1 Ob 79/14w mwN; vgl RIS-Justiz RS0049801 [T2]; RS0050099; RS0049749; RS0049751; RS0026337 [besonders T3, T4, T5]; RS0026353). Erstattet der Amtssachverständige eines Rechtsträgers ein Gutachten in Erfüllung seiner Amtspflicht, so ist diese Tätigkeit dann als Hoheitsakt zu qualifizieren, wenn sie einer hoheitlich wahrzunehmenden Verwaltungsmaterie zuzuordnen ist (1 Ob 49/05w = SZ 2005/92 = RIS-Justiz RS0120112 = RS0050099 [T3] = RS0103741 [T1]). Dasselbe gilt für die Gerichtsbarkeit, weil diese in Ausübung der Rechtsprechung stets hoheitlich handelt (RIS-Justiz RS0049762 [T1]).

Nach Ansicht der Finanzprokurator werden von Erwachsenenschutzvereinen bzw von den für diese tätigen Personen, deren Tätigkeit (insbesondere auch nach den §§ 4a und 4b ESchuVG) sich – vergleichbar der Tätigkeit von gerichtlichen Sachverständigen – auf die Feststellung des Sachverhalts beschränkt, weder Hoheitsakte gesetzt, noch stellt deren Tätigkeit eine Hilfsfunktion für die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Gerichte dar.

Ungeachtet dessen erachtet die Finanzprokurator – nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit – eine gesetzliche Klarstellung der Haftungsfrage für angeraten. Diese Klarstellung könnte mittels der die nachstehend angeführten Ergänzungen erfolgen:

Am Ende des § 1 ESchuVG sollte der folgende Satz eingefügt werden:

„Die Feststellung der Eignung eines Vereins, als Erwachsenenenschutzverein tätig zu werden, stellt keine Beleihung mit hoheitlichen Funktionen oder hoheitlichen Hilfsfunktionen dar.“

Zusätzlich sollte dem § 4e ein § 4f ESchuVG mit folgendem Inhalt angefügt werden:

„Haftung

§ 4f. Für ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten haften der Verein und die für den Verein tätigen Personen nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen.“

In den Erläuterungen sollte zu diesen Bestimmungen ausgeführt werden, dass diese der Klarstellung dienen, dass die Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes, BGBl Nr. 20/1949 idgF, auf die Tätigkeit der Erwachsenenenschutzvereine keine Anwendung finden.

III. Lediglich der Vollständigkeit halber wird erwähnt, dass „Art 13“ in der numerischen Aufzählung fehlt.

Von dieser Stellungnahme wird eine Ausfertigung dem Präsidium des Nationalrates zur Kenntnis gebracht und um Berücksichtigung der Stellungnahme ersucht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Im Auftrag:

(Dr. Arztberger)