

**LANDESGERICHT FELDKIRCH****929 001 Jv 2636-2A/16h**

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Schillerstraße 1
6800 FeldkirchSachbearbeiter: HR Dr. Richard Höfle
Tel.: 05 76014 343 036

An den
Herrn Präsidenten des
Landesgerichtes
Feldkirch

Betrifft: Ministerialentwurf zum 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG,
Begutachtungsverfahren

Bezug: **929 001 Jv 2636-2A/16h**

Entsprechend dem Ersuchen vom 8. bzw 11. Juli 2016 wird zum Ministerialentwurf bezüglich eines 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG unter Mitarbeit der KollegInnen Gerichtsvorsteher des BG Bezau Dr. Bertram Metzler, Richter des BG Feldkirch Dr. Reinhard Huter und Gerichtsvorsteherin des BG Dornbirn Mag. Yvonne Summer folgende

Stellungnahme

abgegeben:

Zu § 221 ABGB:

Die Bestimmung ist zu kompliziert. Es würde die Formulierung genügen, dass der gesetzliche Vertreter eine andere Veranlagung zu veranlassen hat, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Wann „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit mit einer dauerhaften Schmälerung eines nicht unbeträchtlichen Vermögens zu rechnen ist“, kann in der Praxis ex ante nicht beantwortet werden.

Außerdem ist schon bisher die fruchtbringende und sichere Veranlagung von Mündelvermögen vorgesehen, wobei der Aspekt der Sicherheit vorrangig ist. Es ist keine Frage, dass man auch nach der geltenden Gesetzeslage reagieren würde/müsste, wenn

929 001 Jv 2636-2A/16h

„bloß“ eine Wahrscheinlichkeit von 50 % für eine dauerhafte Schmälerung von Mündelvermögen gegeben wäre. Mit der vorgeschlagenen Formulierung wird der Schutz von Mündelvermögen gegenüber der bisherigen Rechtslage nicht gestärkt, sondern eher geschwächt. Unverständlich ist, wieso die Umschichtungspflicht nur „nicht unbeträchtliches Vermögen“ betreffen soll.

Zu § 222 ABGB:

Nach dem Gesetzestext darf bewegliches Vermögen nur verwertet werden, wenn dies „zur Befriedigung der Bedürfnisse des Kindes nötig ist“. Das ist zu einschränkend. Bewegliches Vermögen soll auch veräußert werden können, wenn es nicht mehr benötigt wird. Ein Beispiel aus der Praxis: Ein Landwirt stirbt und die minderjährigen Kinder erben den Bauernhof. Es liegt auf der Hand, dass die minderjährigen Kinder den Bauernhof nicht weiterführen. Nach dem vorgeschlagenen Gesetzestext könnte der Viehstand und der gesamte landwirtschaftliche Fuhrpark im Wert von mehreren zigtausend Euro nicht veräußert werden, weil die Kinder den Erlös nicht „nötig“ haben.

Darüber hinaus zeigt sich ein Wertungswiderspruch im Vergleich zu § 223 ABGB: unbewegliches Gut kann ohne „Not“ bei einem offenbaren Vorteil veräußert werden. Bewegliches Vermögen kann nicht einmal bei einem offenbaren Vorteil veräußert werden sondern nur im Fall der Not. Dass unbewegliches Gut leichter verkauft werden kann, als bewegliches Gut, ist nicht nachvollziehbar.

Zu § 224 ABGB:

Es wäre eine Klarstellung wünschenswert, ob unter dem „gesetzlichen Vertreter“ jeder Vertreter zu verstehen ist, also auch die Eltern (dies verneinend 2 Ob 3/12 y zu den Vorgängerbestimmungen).

Zu §§ 240 ff ABGB:

Vom Grundgedanken her zu begrüßen ist die Stärkung alternativer Instrumente. Die Erfahrungen in der Praxis gehen aber dahin, dass rechtsgeschäftliche Instrumente (Vollmacht, Vorsorgevollmacht, aber auch Patientenverfügung) faktisch beinahe totes Recht sind. Dies hat zwei Ursachen: einerseits eine in weiten Teilen der Bevölkerung verbreitete Unkenntnis dieser

929 001 Jv 2636-2A/16h

Rechtsinstrumente, andererseits formale und finanzielle Hürden. Sollen diese Alternativen wirksam werden, bedarf es eines leichteren Zuganges und einer starken Bewerbung.

Zur Einführung der gewählten Erwachsenenvertretung und zur Änderung der gesetzlichen Erwachsenenvertretung

Die Angehörigenvertretung nach geltendem Recht hat nicht zu dem vom Gesetzgeber gewünschten Rückgang der Sachwalterschaften geführt. Aus Sicht der Praxis liegt dies zum einen am sehr eng gefassten Kreis der in Frage kommenden Angehörigen (Eltern, Kinder, Ehegatten), andererseits an den sehr stark beschränkten Befugnissen. Ein (auch nur) geringes Sparvermögen stand einer Angehörigenvertretung entgegen. Daher ist es positiv zu bewerten, dass der Kreis der in Frage kommenden Angehörigen und deren Befugnisse erweitert werden sollen.

§ 259 sieht vor, dass alle Formen der Erwachsenenvertretung einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen sollen. Bei der gesetzlichen Erwachsenenvertretung wird dies mit den weitergehenden Befugnissen der Angehörigen begründet.

In Abs 1 des Entwurfes ist vorgesehen, dass jeder Erwachsenenvertreter dem Gericht jährlich über die Lebensverhältnisse der vertretenen Person sowie ihr geistiges und körperliches Befinden zu berichten und im Fall der gesetzlichen und gerichtlichen Erwachsenenvertretung auch darüber Auskunft zu geben hat, ob und weshalb die Erwachsenenvertretung weiterhin erforderlich ist (Lebenssituationsbericht).

Abs 2 des Entwurfes sieht vor, dass ein gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter, der mit der Verwaltung des Vermögens oder des Einkommens der vertretenen Person betraut ist, dem Gericht bei Antritt der Vermögenssorge nach gründlicher Erforschung des Vermögensstandes, danach jährlich sowie schließlich bei Beendigung der Vermögenssorge das Vermögen im Einzelnen anzugeben hat (Darstellung des Vermögensstandes). [...] 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 zulegen.

Diese gerichtliche Kontrolle erscheint bei der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertretung nicht sinnvoll: Zum einen ist nicht verständlich, weshalb den Angehörigen bzw den ohnehin von der vertretenen Person bestimmten („gewählten“) Vertretern von vornherein ein gewisses, jedenfalls gerichtliche Kontrolle erforderndes, Misstrauen entgegen gebracht wird. Wenn seitens des Gesetzgebers davon ausgegangen wird, dass eine Angehörigenvertretung nur unter gerichtlichen Kontrolle möglich ist, dann ist

929 001 Jv 2636-2A/16h

das Rechtsinstitut als solches in Frage zu stellen.

Kritisch zu hinterfragen ist aber auch die Wirksamkeit der den Gerichten überbundenen Kontrolle. Hier ist zu zunächst zu bedenken, dass die Registrierung von Erwachsenenvertretern und (damit einhergehend) die Prüfung deren Eignung von anderen Stellen (Rechtsanwälten, Notaren, Erwachsenenvertretern) übernommen wird, während die Gerichte später – bei Eintritt des Vertretungsfalles – eine Kontrollpflicht über die Erwachsenenvertreter ausüben müssen, ohne in den „Registrierungsvorgang“ eingebunden worden zu sein. Dieser Regelungsansatz erscheint nicht stimmig.

§ 259 Abs 2 sieht vor, dass die mit der Vermögensverwaltung betrauten Erwachsenenvertreter dem Gericht zunächst die Vermögenssituation darlegen, lediglich im Falle eines begründeten Misstrauens soll das Gericht eine Rechnungslegung verlangen.

Konkret bedeutet dies, dass die Erwachsenenvertreter den Gerichten, die keine Informationen über die (Vermögens-)Verhältnisse der betroffenen Person haben, Berichte vorlegen, die nicht überprüfbar sind. Wie sollen Verdachtsmomente entstehen, wenn das Gericht über keine anderen Informationen verfügt? Wenn ein Bericht in sich widerspruchsfrei ist, dann wird es keine Veranlassung geben, eine Rechnungslegung zu verlangen. Mit diesem Konzept ist dem Gericht, eine wirksame Kontrolle darüber, ob die Vermögenssituation vollständig dargestellt ist oder ob allenfalls Einkünfte / Vermögensbestandteile etc nicht angegeben wurden, verwehrt. Diese Form einer „Kontrolle light“ erscheint nicht effektiv, sondern vielmehr zahnlos.

Wenn in den Materialien auf die Bestimmung des § 135 AußStrG verwiesen wird, dann ist es richtig, dass bereits jetzt die Rechnungslegungspflicht von Sachwaltern im Sinne dieser Bestimmung eingeschränkt werden kann und tatsächlich auch wird. Allerdings erst nachdem (amtswegig vorgenommene oder im Rahmen des Clearings getroffenen) Erhebungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der betroffenen Person vorliegen; außerdem konnte bis dahin die Zuverlässigkeit des Sachwalters überprüft werden.

Dass der Bereich der bisherigen Angehörigenvertretung nunmehr auch einer – wenngleich abgeschwächten – Überprüfung durch das Gericht unterliegt, wird die Verbreitung dieses Rechtsinstitutes nicht fördern; im Gegenteil: Die Unterschiede zwischen der gesetzlichen und gerichtlichen Erwachsenenvertretung werden vom Großteil der Bevölkerung nicht wahrgenommen werden und es ist zu befürchten, dass das Rechtsinstitut der „gesetzlichen Erwachsenenvertretung“ – wie seine Vorgängerin die Angehörigenvertretung - ein Schattendasein fristen und wenig Akzeptanz und Verbreitung finden wird.

929 001 Jv 2636-2A/16hZu den vorgeschlagenen Änderungen im Bereich der Vorsorgevollmacht

Vorwegzunehmen ist, dass das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht zu begrüßen ist. Aus gesetzgeberischer Sicht ist dieses Rechtsinstitut als ein wesentlicher Beitrag zur Stärkung der Selbstbestimmung der betreffenden Personen zu sehen sowie als Kernelement der Alternativen zur gerichtlichen Sachwalterschaft im Sinne der Vorschriften des SWRÄG 2006. Es handelt sich um eine Möglichkeit, dass ein Vollmachtgeber eine Person des eigenen Vertrauens wählen und dieser Handlungsvollmacht erteilen kann für den Fall, dass er selbst die erforderliche Entscheidungsfähigkeit zur Besorgung der anstehenden Angelegenheiten verlieren sollte.

Die Vorsorgevollmacht dient nicht nur dazu, die gerichtliche Bestellung eines Sachwalters durch die Wahl eines eigenen Vertreters zu vermeiden (*Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts, 339), sondern muss aus Sicht der Praxis vielmehr davon ausgegangen werden, dass der hierdurch bewirkte Wegfall der pflegschaftsgerichtlichen Aufsicht in der Tat auch ein nicht unwesentliches Handlungsmotiv der Personen darstellt, die sich für eine Vorsorgevollmacht entscheiden. Dies ist legitim.

Vor diesem Hintergrund ist nicht einsichtig, weshalb der vorliegende Entwurf gerade auch den Vorsorgebevollmächtigten in mehrfachen Zusammenhängen eben doch der gerichtlichen Kontrolle unterwirft. Zwar wird der Vorsorgebevollmächtigte nicht der gerichtlichen Kontrolle im Sinne des § 259 ABGB (in der Fassung des Entwurfes) unterworfen, allerdings sieht das Gesetz mehrfache Regelungen vor, denen zu Folge das Handeln des Vertretungsbevollmächtigten der gerichtlichen Genehmigung bedarf:

So verlangt § 255 ABGB die gerichtliche Genehmigung der Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten zur Sterilisation der vertretenen Person.

Dasselbe gilt im Fall der Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten zu Forschungsangelegenheiten im Sinne des § 256 ABGB.

Diese beiden Regelungen, die in der Praxis nur geringe Bedeutung haben, werden begleitet von einer Vorschrift, die die Änderung des Wohnortes der vertretenen Person betrifft (§ 257 ABGB). Diese Vorschrift ist wesentlich praxisbedeutsamer. Nach § 257 Abs 2 letzter Satz ABGB bedarf die Entscheidung des Vorsorgebevollmächtigten zur Änderung des Wohnortes der vertretenen Person ins Ausland der gerichtlichen Genehmigung.

In all diesen Fällen ist zu betonen, dass der Vorsorgebevollmächtigte die Person des Vertrauens ist, die die vertretene Person anlässlich der Vorsorgevollmachtsverteilung selbst ausgewählt hat. Vor diesem Hintergrund ist nicht einsichtig, diese Person gerichtlichen

929 001 Jv 2636-2A/16h

Genehmigungserfordernissen zu unterwerfen.

Noch weitergehend ist die Regelung des § 254 Abs 2 ABGB im Zusammenhang mit dem besonders sensiblen Aspekt medizinischer Behandlungen:

§ 254 Abs 1 ABGB in der Fassung des Entwurfes sieht vor, dass die Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten zu einer medizinischen Behandlung oder deren Fortsetzung der gerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn die vom Vorsorgebevollmächtigten vertretene, nicht entscheidungsfähige Person zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt. Ein derartiges gerichtliches Genehmigungserfordernis sollte nicht vorgesehen werden.

Die vorgeschlagene Regelung sieht vor, dass das Gericht die verweigerte Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten durch Gerichtsbeschluss ersetzen kann, wenn der Vorsorgebevollmächtigte der medizinischen Behandlung der von ihm vertretenen Person (oder deren Fortsetzung) nicht zustimmt. Zu betonen ist hierbei jedoch, dass das Gesetz nachvollziehbar vorsieht, dass auch der Vorsorgebevollmächtigte sich im gegebenen Zusammenhang vom Willen der betroffenen Person (§ 253 Abs 2 ABGB) sowie von deren Wohl (§ 242 ABGB) leiten zu lassen hat.

Eine Gesetzesvorschrift, die es dem Pflegschaftsgericht ermöglicht, die verweigerte Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten, der zur Wahrung von Wille und Wohl der vertretenen Person angehalten ist, im besonders sensiblen Bereich medizinischer Behandlungen gerichtlich zu ersetzen, ist nicht nur entbehrlich, sondern sollte weder in diesem speziellen medizinischen Kontext noch im Allgemeinen vorgesehen werden.

Wenn im gegebenen Zusammenhang die vom Entwurf vorgesehenen Beschränkungen im Bereich des Vorsorgevollmachtsrechtes thematisiert werden, ist auch zu erwähnen, dass es nicht einsichtig ist, wenn § 258 Abs 4 ABGB im Zusammenhang mit der Vermögenssorge auch den Vorsorgebevollmächtigten bei Veranlagung des „Mündelgeldes“ auf die Vorschriften für die Mündelgeldveranlagung (§ 215 bis § 221 ABGB) beschränkt. Dies sollte vielmehr der vorsorgevollmachtsvertraglichen Disposition der beteiligten Personen freistehen. Die Regelung in § 258 Abs 4, dass diese Beschränkung (nur) gilt, sobald in der Vorsorgevollmacht nichts anderes verfügt wird, verlangt vom Vorsorgevollmachtsgeber eine ausdrückliche Regelung, dass diese Beschränkung auf die Vorschriften für die Mündelgeldveranlagung (§ 215 bis § 221 ABGB) im rechtsgeschäftlichen Wege ausgeschlossen werden muss. Das ist nicht überzeugend.

929 001 Jv 2636-2A/16hZu möglichen Zwangsbehandlungen vertretener Personen

§ 254 ABGB in der Fassung des Entwurfes sieht vor, dass die Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten oder eines Erwachsenenvertreters (eines gewählten, gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertreters) der Genehmigung des Gerichtes bedarf, wenn die nicht entscheidungsfähige vertretene Person zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt.

Die Erläuterungen zu dieser Gesetzesstelle halten fest, dass hier eine Zwangsbehandlung im weiteren Sinne vorliege, weshalb die gerichtliche Kontrolle grundrechtlich erforderlich sei.

Dem ist nicht zuzustimmen. Eine entscheidungsfähige Person hat in eine medizinische Behandlung im Sinne des § 252 ABGB selbst einzuwilligen. Soweit diese Person nicht entscheidungsfähig ist, bedarf die medizinische Behandlung der Zustimmung des Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreters, dessen Wirkungsbereich diese Angelegenheit umfasst, und welcher sich dabei vom Willen der vertretenen Person (und selbstredend von deren Wohl) leiten zu lassen hat (§ 253 Abs 2 ABGB in der Fassung des Entwurfes).

In wichtigen Angelegenheiten der Personensorge – somit definitiv auch bei medizinischen Behandlungen – hat ein Erwachsenenvertreter die Genehmigung des Gerichts einzuholen (§ 250 Abs 3 ABGB).

Unabhängig von der Zustimmung des Vertreters sowie unabhängig von einer allenfalls erforderlichen gerichtlichen Genehmigung ist vorstellbar, dass die vertretene Person zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt. Sie übt dann aus, was im Allgemeinen unter dem Stichwort „Vetorecht“ diskutiert und anerkannt wird. Dieses „Vetorecht“ setzt keine Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder im Sinne der neuen Diktion „Entscheidungsfähigkeit“ voraus, sondern es reicht aus, wenn die vertretene Person auf welche Art und Weise auch immer (Gestik, Mimik, Abwehrhandlungen und -haltung, etc) zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt.

Dies vorbehaltlos zu respektieren ist ohne Alternative und entspräche darüber hinaus der zentralen Zielsetzung des Gesetzesvorschlages, nämlich der Stärkung der Selbstbestimmung trotz Stellvertretung (§ 242 ABGB).

Wird dieses Vetorecht ignoriert, gelangt man im Ergebnis zur Zwangsbehandlung, von der auch die erläuternden Bemerkungen sprechen. Dies ist mit Nachdruck abzulehnen. Eine derartige Zwangsbehandlung ist dem österreichischen Recht fremd, soweit nicht medizinische Zwangsbehandlungen im Rahmen des Unterbringungsgesetzes, des Tuberkulosegesetzes

929 001 Jv 2636-2A/16h

oder des Epidemiegesetzes stattfinden.

Dass – wie die erläuternden Bemerkungen festhalten - wegen der Zwangsbehandlung im weiteren Sinne aus grundrechtlichen Gründen die gerichtliche Kontrolle erforderlich ist, hält einer Überprüfung nicht stand. Aus grundrechtlichen Überlegungen heraus kann auch selbst bei Vorliegen einer gerichtlichen Genehmigung einer beabsichtigten Heilbehandlung niemals eine Zwangsbehandlung stattfinden. Diese Regelung ist somit abzulehnen.

Zu § 274 ABGB:

Nach der vorgeschlagenen Fassung des § 274 Abs 1 ABGB ist zum (gerichtlichen) Erwachsenenvertreter vorrangig eine der volljährigen Person nahestehende und für die Aufgabe geeignete Person zu bestellen.

Nach der Rechtsprechung zur bisherigen Gesetzeslage müssen Sachwaltervereine und andere geeignete Personen, auch wenn sie nahe Angehörige sind, ihrer Bestellung zustimmen (2 R 327/15a, 2 R 272/15p, beide LG Feldkirch mwN; EFSlg 134.623). Die angeführten Kriterien gelten auch dann, wenn auf Grund einer Umstandsänderung eine Umbestellung des Sachwalters vorzunehmen ist (2 R 327/15a, 2 R 232/13w, 2 R 159/13f, alle LG Feldkirch mwN).

Hier wäre nun eine Klarstellung wünschenswert, dass die Bestellung einer nahestehenden und für die Aufgabe geeigneten Person zum (gerichtlichen) Erwachsenenvertreter – wie ausdrücklich in Abs 2 bezüglich eines Erwachsenenschutzvereins niedergelegt – auch nur mit deren Zustimmung möglich ist. Die Erläuterungen geben dazu keine Auskunft. Falls nach der neuen Regelung eine solche Zustimmung nicht für notwendig erachtet wird, sollte auch dies im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

Zu § 268 ABGB:

Zu begrüßen ist die personelle Ausdehnung der möglichen gesetzlichen Erwachsenenvertreter in § 268 Abs 2 ABGB. Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis.

Zu § 272 ABGB:

Ein Vergleich dieser vorgesehenen Bestimmung mit § 273 Abs 3 ABGB lässt die Vermutung aufkommen, dass offenbar eine Erwachsenenvertretung für „alle Angelegenheiten“ im Sinne des derzeit geltenden Gesetzes nicht mehr möglich sein soll. Das entspricht nicht dem praktischen Bedürfnis. Auch wenn der Gesetzesentwurf davon getragen ist, die Anzahl von

929 001 Jv 2636-2A/16h

Sachwalterbestellungen und den Umfang der Sachwalterbestellungen zurückzudrängen, ändert dies nichts an dem in der Praxis ganz regelmäßig auftretenden Problem, dass Personen in Folge Demenz, Koma zu überhaupt keiner Äußerung und auch nicht im Ansatz zu eigenständigen Handlungen in der Lage sind. Der Vertreter hat daher im wahrsten Sinn des Wortes „jede“ Angelegenheit zu erledigen, wobei im Vorhinein häufig gar nicht absehbar ist, was alles an zu regelnden Angelegenheiten auftaucht. Wenn es eben Fälle gibt, in denen der Sachwalter „alles“ machen wird müssen, dann sollte auch eine Bestellung für „alle“ Angelegenheiten von vornherein möglich sein. Alles andere wird den Gerichten noch viel Arbeit bereiten wird, weil es zu wiederholten Erweiterungen der Aufgabenbereiche führen wird.

Zu § 276 ABGB:

Vorauszuschicken ist, dass das Sachwalterrechtsänderungsgesetz 2006 aus Sicht der Praxis zu einer deutlichen Erhöhung der finanziellen Ansprüche von Sachwaltern im Allgemeinen geführt hat und somit auch zu spürbar höheren finanziellen Belastungen für die davon betroffenen Personen. Auch wenn, wie der Verfassungsgerichtshof betont, es angemessen ist, einem Sachwalter eine angemessene finanzielle Abgeltung zukommen zu lassen, weil die Sachwalterschaft den Interessen einer schutzwürdigen Person dient, so hat diese Abgeltung in Gestalt von Entschädigungs-, Entgelt- und Aufwandsersatzansprüchen dennoch stets sozialverträglich zu sein.

Aus Sicht der Praxis gehört dieser Bereich der finanziellen Ansprüche des Sachwalters iSd § 276 ABGB zu den rechtsmittelträchtigsten Bereichen des gesamten Sachwalterrechtes.

Die nunmehr vorgeschlagene Neufassung von § 276 ABGB enthält mehrfache punktuelle Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage, die zum Teil sehr große finanzielle Auswirkungen haben können.

Dazu im Einzelnen:

Zum Entfall von § 276 Abs 1 Satz 1 ABGB (idgF)

Zunächst ist festzuhalten, dass die derzeit die in § 276 Abs 1 Satz 1 ABGB idgF enthaltene Grundsatzbestimmung entfällt. Nach dieser Gesetzesbestimmung gebührt dem Sachwalter unter Bedachtnahme auf Art und Umfang seiner Tätigkeit, insbesondere auch im Bereich der Personensorge, und des damit gewöhnlich verbundenen Aufwands an Zeit und Mühe eine jährliche Entschädigung. Aus diesem Satz wurde nachvollziehbar abgeleitet, dass die finanziellen Ansprüche des Sachwalters, insbesondere jene auf eine vermögensabhängige

929 001 Jv 2636-2A/16h

Entschädigung, einen Bezug des vom Gericht festgelegten Wirkungskreises des Sachwalters zum Vermögen des Betroffenen voraussetze (*Hopf* in KBB § 276 Rz 2).

Entfällt nun diese Grundsatznorm, nähert sich die vorgeschlagene Neuregelung einem gewissen Automatismus an, nach welchem der Sachwalter stets bzw grundsätzlich Anspruch auf 5 % der Einkünfte und stets bzw grundsätzlich auf 2 % des Vermögens hat. Zu einem derartigen Automatismus hat sich der Verfassungsgerichtshof bereits geäußert (G 38/11, G 18/08). Auch die Formulierung von § 276 Abs 2 1. Satz („... die so *berechnete* Entschädigung...“) indiziert einen derartigen Automatismus, welcher jedoch aus gutem Grunde nicht der Rechtsprechung (auf Basis der derzeitigen Rechtslage) entspricht.

Zum Zuspruch der Umsatzsteuer

§ 276 ABGB in der nunmehr vorgeschlagenen Fassung sieht vor, dass dem gerichtlichen Erwachsenenvertreter eine jährliche Entschädigung zuzüglich der zu entrichtenden Umsatzsteuer gebührt.

Es ist grundsätzlich nachvollziehbar, dass die Umsatzsteuer mitaufgenommen wird, wenn der gerichtliche Erwachsenenvertreter zur Abführung derselben verpflichtet ist. Eine derartige gesetzgeberische Entscheidung, mit der – was zu betonen ist – der gegenteilige Standpunkt von Literatur und Judikatur zum geltenden Recht aufgegeben wird – ist zu akzeptieren, allerdings ist darauf hinzuweisen, dass diese Neuregelung zu einer höheren Zahlungspflicht für die vertretene Person führt, dies jedoch gleich zweimal:

Nicht nur hat sie im Unterschied zur bisherigen Rechtslage die Umsatzsteuer zu bezahlen, sondern knüpft die damit im Zusammenhang anfallende Gerichtsgebühr ebenfalls an die Höhe der zuerkannten Entschädigung an. Sachlich überzeugend ist es nun aber nicht, dass auch die Umsatzsteuer in die Gerichtsgebührenbemessungsgrundlage (TP 7 I c Z 2 GGG) einfließt, weil nicht einsichtig ist, dass selbst eine staatliche Steuer Teil der Bemessungsgrundlage für die Gerichtsgebühren sein muss. Es sei in diesem Zusammenhang der Hinweis darauf erlaubt, dass diese Gerichtsgebühr bei den Parteien regelmäßig nach wie vor auf großes Unverständnis stößt. Festzuhalten ist abgesehen hiervon bei einer ergebnisorientierten Betrachtung, dass sich die vorgeschlagenen Neuregelung somit zweifach finanziell nachteilig für die betroffene Person auswirkt.

Das Vermögen als Anknüpfungspunkt für die vermögensabhängige Entschädigung

Die vorgeschlagene Neufassung des § 276 ABGB sieht vor, dass im Zusammenhang mit der

929 001 Jv 2636-2A/16h

vermögensabhängigen Entschädigung bei der Ermittlung des Wertes des Vermögens die Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen sind. Dies ist eine Abkehr von der geltenden Rechtslage, weil sowohl nach gewichtigen Stimmen in der Literatur (*Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek* ABGB-Praxiskommentar⁴ § 276 Rz 7) als auch nach der Judikatur (Landesgericht Klagenfurt, 4 R 310/09v; Landesgericht Linz 15 R 420/08b) die Bemessungsgrundlage für die Vermögensentschädigung stets das Aktivvermögen unter Abzug der Schulden ist.

Hiervon auf gesetzgeberischer Ebene abzuweichen, ist nicht einsichtig. Auch die Begründung im Rahmen der Erläuterungen überzeugt nicht.

Sowohl dem Vermögensbegriff des ABGB im Allgemeinen als auch einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entspricht es, bei der Ermittlung eines Vermögensbetrages Aktiva und Passiva einfließen zu lassen. Insofern stellt diese Regelung eine systemwidrige Ausnahme dar.

Die einzige bekannte gesetzliche Vorschrift, die bei der Vermögensermittlung ausschließlich auch die Aktiva abstellt, ist § 18 Abs 2 Ziffer 1 lit a RpflG. Diese Ausnahme ist jedoch inhaltlich überzeugend und sachlich gerechtfertigt, weil zu jenem Zeitpunkt, in dem die Zuständigkeitsentscheidung zwischen Rechtspfleger und Richter fällt, der Wert der Passiva definitionsgemäß noch nicht bekannt ist und daher auch nicht darauf abgestellt werden kann.

Im hier gegebenen Zusammenhang, nämlich im Kontext der vermögensabhängigen Entschädigung des Sachwalters, ist eine solche sachliche Rechtfertigung des Ausblendens der Passiva nicht erkennbar; vielmehr sind die Passiva mit aktuellem Stand bekannt, wenn der Sachwalter seine vermögensabhängige Entschädigung anspricht, weil er diese im Zusammenhang mit seiner regelmäßigen Rechnungslegung vorzunehmen hat (§ 137 Abs 2 AußStrG) und hierbei das Vermögen (Aktiva wie Passiva) auszuweisen hat.

Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass das Nichtberücksichtigen der Passiva auch sehr hohe finanzielle Auswirkungen für die vertretene Person haben kann, und sich im gegebenen Zusammenhang eine zu erwartende unzureichende Sozialverträglichkeit der Entschädigungsbeträge besonders deutlich manifestiert.

Zu den vorgeschlagenen Erweiterungsmöglichkeiten

Eine finanziell ebenso sehr weitreichende Änderung enthält der neu vorgeschlagene § 276 Abs 2, 2. Satz ABGB:

Dem geltenden Recht bereits bekannt ist die Möglichkeit, im Bereich der

929 001 Jv 2636-2A/16h

einkommensabhängigen Entschädigung nicht 5 % der Einkünfte, sondern bis zu 10 % der Einkünfte zuzuerkennen. Diese Möglichkeit knüpft an besonders umfangreiche und erfolgreiche Bemühungen des Sachwalters an (was unverändert bleibt).

Neu ist, dass diese Erhöhungsmöglichkeit bei einer „besonderen Verdienstlichkeit“ des Sachwalters im erwähnten Sinn auch auf den Bereich der vermögensabhängigen Entschädigung ausgedehnt und somit letztlich die Möglichkeit geschaffen werden soll, nicht nur 2 %, sondern gar bis zu 5 % des Vermögens als Entschädigung zuzusprechen. Diese vorgeschlagene Regelung mit potenziell wirtschaftlich sehr großen Auswirkungen ist abzulehnen.

Zu den Barauslagen und zum Aufwandersatz

§ 276 ABGB idgF ist auch der Regelungsstandort für die gesetzliche Vorschrift, dass der Sachwalter unter anderem einen gesetzlichen Anspruch auf die notwendigen Barauslagen, die tatsächlichen Aufwendungen sowie die Kosten einer Haftpflichtversicherung hat.

Warum im nunmehr vorliegenden Gesetzesentwurf die Rechtsquelle für diese speziellen Ansprüche nicht mehr im Rahmen des § 276 ABGB zu finden ist, sondern der Regelungsstandort nach § 249 Abs 2 ABGB in der Fassung des Entwurfes verlegt wird, ist nicht nachvollziehbar und wird von deren Gesetzesmaterialien auch nicht begründet.

Dass die von der Judikatur bereits anerkannte Möglichkeit, bei Unzumutbarkeit von einzelnen Nachweisen im Zusammenhang mit den Aufwänden/Barauslagen einen angemessenen Pauschalbetrag aussprechen zu können, gesetzgeberisch anerkannt wird, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Ermittlung des Vermögens bei Liegenschaften

Ganz unterschiedlich wird in der Rechtsprechung zum geltenden § 276 Abs 1 ABGB bei der Ermittlung des Wertes des Vermögens die Einbeziehung des Wertes von Liegenschaften gehandhabt (Verkehrswert; dreifacher Einheitswert; Anforderungen an Wertermittlung – Gutachten, Schätzung etc). Diese Frage führte immer wieder zur Erhebung von Rekursen.

Zumindest das Landesgericht Feldkirch vertritt in ständiger Rechtsprechung (1 R 194/16m; 2 R 2/16h; 2 R 204/15p ua) die Auffassung, dass bei Ermittlung der vermögensabhängigen Entschädigung zwar grundsätzlich vom Verkehrswert der Liegenschaft (abzüglich Belastungen) auszugehen sei. Ist aber der maßgebliche Verkehrswert nicht aktenkundig, komme, falls die dafür notwendigen Prämissen bekannt sind, eine richterliche

929 001 Jv 2636-2A/16h

Betragsfestsetzung (Schätzung des Verkehrswerts) im Sinne des § 34 AußStrG in Betracht. Wenn aber auch diese Möglichkeit nicht besteht, sei vom dreifachen Einheitswert auszugehen. Dabei seien aber die auf der Liegenschaft haftenden Belastungen bei der Zugrundelegung des dreifachen Einheitswertes außer Acht zu lassen.

Hier wäre es wünschenswert eine Klarstellung in den Gesetzestext aufzunehmen, wie der Wert von Liegenschaften zu ermitteln und anzusetzen ist.

Ergebnis

Zusammenfassend enthält die vorgeschlagene Neufassung von § 276 ABGB nach hier vertretener Ansicht mehrere punktuelle, teilweise sehr folgenschwere bzw finanziell sehr weitreichende Änderungen, denen eine innere Überzeugungskraft bzw sachliche Rechtfertigung fehlt. Die im Entwurf vorgesehenen Korrektive, namentlich die Erhöhung des Schonvermögens von EUR 10.000,00 auf EUR 15.000,00 (§ 276 Abs 1 vorletzter Satz ABGB) sowie auch die Möglichkeit eines „Erfüllungsvorbehaltes“ nach § 276 Abs 5 ABGB sind nicht in der Lage, diese Auswirkungen abzufedern. Dasselbe gilt für die offenbar nunmehr vorgesehene Möglichkeit, die Entschädigung zu mindern, wenn die vertretene Person ein überdurchschnittlich hohes Vermögen (ein Gesetzesbegriff von ausgesuchter Unbestimmtheit) hat. Auch dieses Korrektiv vermag die finanziellen Auswirkungen, die § 276 ABGB in der Fassung des Entwurfes mit sich bringen kann, nicht angemessen zu mildern.

Zu § 117a AußStrG:

Eine wesentliche Bestimmung im Verfahrensrecht ist die verpflichtende Beauftragung des örtlichen zuständigen Erwachsenenschutzvereins mit einer Abklärung (§ 4a ESchuVG). Nach geltendem Recht ist die Durchführung eines Clearingverfahrens (gemäß § 3 VSPBG) fakultativ.

Beizupflichten ist den Ausführungen in den erläuternden Bemerkungen, wonach sich das „Clearingverfahren“ sehr bewährt hat und zu einer häufigeren Einstellung von Sachwalterschaftsverfahren geführt hat.

Dies trifft aber erfahrungsgemäß auf jene Fälle zu, in denen die Besorgung nicht näher spezifizierter Angelegenheiten wie zB „Vertretung in finanziellen Angelegenheiten, Vertretung vor Ämtern, Gerichten, Behörden udgl“ durch einen Sachwalter angeregt wurde. Tatsächlich werden aber etliche Sachwalterschaften für ganz bestimmte Angelegenheiten (Einwilligung in eine bestimmte medizinische Maßnahme Genehmigung eines bestimmten Rechtsgeschäftes

929 001 Jv 2636-2A/16h

wie etwa Verkauf einer Liegenschaft, Löschung eines Veräußerungs- und Belastungsverbot etc) angeregt. In diesen Fällen kann das Clearing- bzw Abklärungsverfahren wenig helfen, sondern kostet nur Zeit und Ressourcen.

Vielmehr sollte das Abklärungsverfahren gezielt eingesetzt werden: Der Intention des Gesetzgebers wäre durch das Hinzufügen des Begriffes „tunlichst“ Genüge getan. Die konkrete Entscheidung, ob ein Abklärungsverfahren durchgeführt wird, sollte aber im konkreten Fall dem Gericht obliegen.

Im Übrigen zeigte sich bereits im Rahmen des Modellprojektes „Unterstützung zur Selbstbestimmung - Clearing Plus“, dass die Sachwaltervereine an die Grenzen ihrer Belastbarkeit stoßen, wenn sie in jedem Sachwalterschaftsverfahren eine Abklärung durchführen müssen. Sollte also am obligatorischen Clearing festgehalten werden, müssen die Ressourcen der Erwachsenenschutzvereine zwangsläufig erhöht werden, was aber dem Sparsamkeitsgedanken zuwiderläuft und sachlich weder gerechtfertigt noch nötig ist.

Feldkirch, am 24. August 2016

(RidLG HR Dr. Richard Höfle)

!