

Graz, 23.5.2018

**Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf des Erwachsenenschutz-Anpassungsgesetzes – ErwSchAG**

### **1. Änderung des § 588 ABGB**

Mit Art 1 Z 5 ErwSchAG betreffend § 588 Abs 2 ABGB soll klargestellt werden, dass Vorsorgebevollmächtigte vor Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht (§ 245 Abs 1 ABGB) keine befangenen Zeugen für letztwillige Anordnungen zugunsten des Vollmachtgebers sein sollen.

Dieser Änderungsvorschlag sollte überdacht werden. Denn der (zukünftige) Vorsorgebevollmächtigte ist auch schon vor Eintragung des Eintritts des Vorsorgefalles (ie Verlust der Entscheidungsfähigkeit) im ÖZVV, also vor Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht als befangen anzusehen.

Der Grund für die Annahme einer Befangenheit liegt nämlich nicht darin, dass die betroffene Person mit irgendeiner Rechtsmacht im Hinblick auf den Begünstigten oder sein Vermögen ausgestattet ist (zB Obsorge, Vertretungsmacht) oder sonst in einer Rechtsbeziehung (zB Ehe) zu diesem steht. Ausreichend ist vielmehr ein *offenkundiges faktisches persönliches Naheverhältnis*, aus dem typischerweise ein Interesse an einer Begünstigung erwachsen könnte. Dieses Interesse kann darin liegen, dass sich die befangene Person selbst (eigennützig) Vorteile aus einem Vermögensvorteil des Begünstigten erhofft. Das könnte etwa der Fall sein, wenn sich der Lebensgefährte des Begünstigten erhofft, die dem Begünstigten vermachte Ferienwohnung ebenfalls nutzen zu können. Es ist aber auch vorstellbar, dass die nahe stehende Person (fremdnützig) dem Begünstigten einen Vorteil verschaffen will; so, wenn die Eltern ihrem Kind aus elterlicher Empathie einen Erbteil verschaffen wollen. Schließlich ist denkbar, dass (wieder fremdnützig) eine andere, dem Zeugen (und idR auch dem Begünstigten) nahe stehende Person in den Genuss solcher Vorteile kommen soll: Die Motivationslage eines Bruders der Lebensgefährtin des Begünstigten könnte sein, durch die Zuwendung an den Begünstigten der Schwester (= Lebensgefährtin) zu nützen.

Nur auf diese Weise lässt sich begründen, dass nicht nur in einer Rechtsbeziehung zum Begünstigten stehende Angehörige (zB Ehegatte, Kinder ...) und deren Angehörige (zB Eltern, Geschwister ...), sondern – zu Recht – auch der Lebensgefährte des Begünstigten und in weiterer Folge auch des Lebensgefährten nahe Angehörige (zB Kinder, Eltern, Geschwister ...) als Zeugen unfähig sind: Denn auch all diese Personen stehen dem Begünstigten so nahe, dass es wahrscheinlich ist, dass sie an seiner Begünstigung ein Interesse haben könnten.

Hat die später letztwillig begünstigte Person jemandem Vorsorgevollmacht erteilt, dann bringt (schon) dies in hohem Maße zum Ausdruck, dass zwischen diesen beiden Personen ein persönliches Nahe-, ja Vertrauensverhältnis, das von wechselseitiger Empathie geprägt ist, besteht. Es wird in seiner Intensität oftmals über jenes Maß hinausgehen, das etwa zwischen Geschwistern oder zwischen verschwägerten Personen üblich ist. Das unterscheidet typischerweise Vorsorgebevollmächtigte von anderen bevollmächtigten Personen. Dies gilt naturgemäß auch schon vor Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht. Das Wirksamwerden der Vorsorgevollmacht durch Eintrag des Eintritts des Vorsorgefalles im ÖZVV hat auf

Universitätsstraße 15/D4  
A-8010 Graz

Tel: +43/316/380-6601  
Fax: +43/316/380-9425  
E-Mail: peter.schwarzenegger@uni-graz.at

das für die Befangenheit konstitutive Naheverhältnis hingegen keinen Einfluss mehr. Daher sollte der Gesetzgeber den Vorsorgebevollmächtigten als – auch vor diesem Zeitpunkt – unfähigen Zeugen unverändert in § 588 Abs 2 ABGB belassen.

Die nähere Beschäftigung mit § 588 Abs 2 ABGB führt mich dazu, eine ganz andere, rein sprachliche Anpassung anzuregen: Die in Abs 2 genannten zeugnisunfähigen Personen (gesetzliche Vertreter, Vorsorgebevollmächtigte, vertretungsbefugte Organe, Gesellschafter, Machthaber und Dienstnehmer) werden allesamt bedachten „Personen oder rechtsfähige[n] Gesellschaften“ zugeordnet. Die Gegenüberstellung von „Personen“ und „Gesellschaften“ soll natürliche und juristische Personen erfassen.

Nicht alle Paarungen sind aber möglich – gesetzliche Vertreter (Vorsorgebevollmächtigte) juristischer Personen ebensowenig wie etwa vertretungsbefugte Organe oder Gesellschafter natürlicher Personen. Und: Nicht alle juristischen Personen sind nach heutigem Begriffsverständnis „Gesellschaften“ (vgl etwa Stiftungen oder juristische Personen des öffentlichen Rechts).

Ich möchte daher anregen, § 588 Abs 2 ABGB wie folgt zu formulieren:

„Zeugnisunfähig sind auch gesetzliche Vertreter, Vorsorgebevollmächtigte, vertretungsbefugte Organe, Gesellschafter, Machthaber und Dienstnehmer des Bedachten.“

Mit dem „Bedachten“ sind physische Personen und sämtliche Entitäten erfasst, denen die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit zuordnet.

## 2. Änderungen weiterer Gesetze (zB PatVG, ÄsthOpG, StGB)

Einem kurzen Gespräch mit Herrn Prof. Bernat verdanke ich die Erkenntnis, dass ähnlich wie etwa im FMedG (vgl Art 7 des ErwSchAG) auch im PatVG (vgl bloß dessen §§ 2, 3, 5, 7, 14) eine Anpassung an die neue Gesetzterminologie („entscheidungsfähig“) vorgenommen werden sollte. Gleches gilt für § 5 Abs 3 ÄsthOpG. Darüber hinaus finden sich in § 5 Abs 3 und 4 sowie in § 7 Abs 3 bis 5 ÄsthOpG die nunmehr überholten Begriffe der geistigen Behinderung und der Sachwalterin/des Sachwalters.

Schließlich: Ein kurzer Test im RIS zB mit dem Suchbegriff „Sachwalter“ hat eine Reihe weiterer Rechtsvorschriften, die an diese bald überholte Rechtsfigur Bezug nehmen, ausgeworfen. Darunter ist auch § 166 StGB: Sind künftig Erwachsenenvertreter sehr wohl privilegiert? Steht einer Erstreckung der „Ent-Privilegierung“ des Sachwalters auf Erwachsenenvertreter nicht das Analogieverbot entgegen?

Mit freundlichen Grüßen,

Hochachtungsvoll,

Peter Schwarzenegger