

**Herrn Nationalratspräsident
Dr. Heinz FISCHER
Parlament
Dr. Karl Renner-Ring 3
1017 Wien**

Wien, am 25.3.1999

**Stellungnahme zum Entwurf des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999;
Begutachtungsverfahren**

GZ 4.601A/1-I.1/1999 des Bundesministeriums für Justiz

Sehr geehrter Herr Präsident,

in der Anlage werden entsprechend GZ 4.601A/1-I.1/1999 des Bundesministeriums für Justiz
25 Ausfertigungen der Stellungnahme der Vereine für Sachwalterschaft zum Entwurf des
Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 1999 übermittelt.

Mit gleicher Post wurde das Bundesministerium für Justiz davon verständigt.

Mit den besten Empfehlungen


Dr. Peter SCHLAFFNER
Geschäftsführer

zum Kindschaftrechts-
Änderungsgesetz 1999

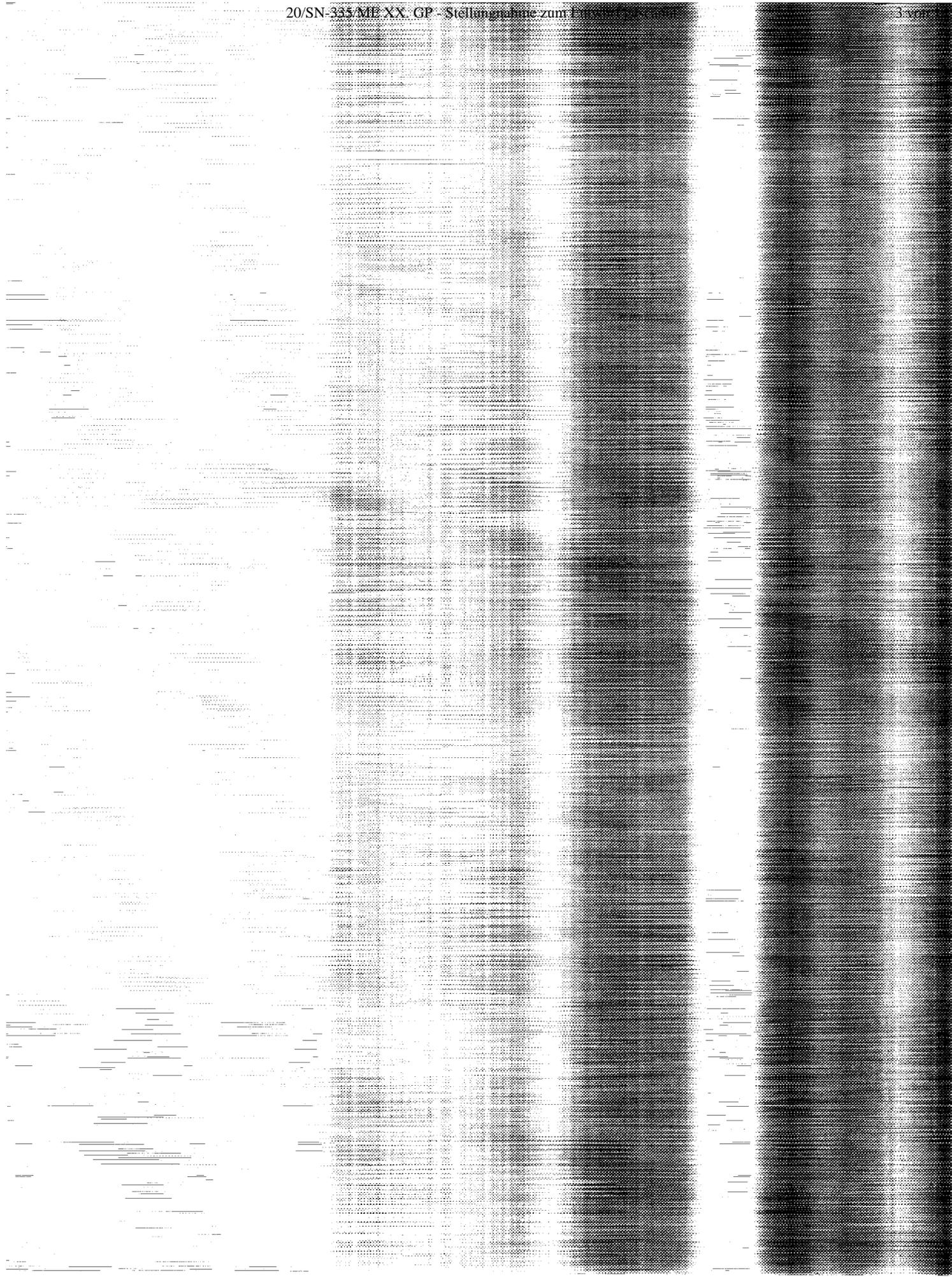
Stellungnahme

Salzburger Hilfswerk
Verein für
Sachwalterschaft

IFS/Sachwalterschaft

Niederösterreichischer
Landesverein für
Sachwalterschaft

Verein für
Sachwalterschaft und
Patientenadvokatur



Stellungnahme zum Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1999

Die vier Vereine für Sachwalterschaft erlauben sich, zu dem vorgelegten Entwurf zu einer Novellierung des Kindschaftsrechts, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen auf die Sachwalterschaft, gemeinsam Stellung zu nehmen.

Wir begrüßen die allgemeinen Ziele und Intentionen des Entwurfs.

Generell ist festzuhalten, dass der vorgelegte Entwurf von hoher Relevanz für das Sachwalterrecht ist.

Jene Regelungen, die ausschließlich im Kindschaftsrecht zur Anwendung kommen werden, wie z.B. die Regelungen über die Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers, die Bestimmungen über die gemeinsame und geteilte Obsorge, das Besuchsrecht, werden in dieser Stellungnahme nicht behandelt.

- Besonders befürworten wir das Vorhaben dieses Entwurfs, die lang vermissten und sehr restriktiven Regelungen für die Sterilisation Minderjähriger (zivilrechtliches Verbot) und unter Sachwalterschaft stehender Personen zu treffen. Dem Aspekt, dass der in § 21 ABGB festgehaltene "besondere Schutz der Gesetze" im Bereich des materiellen Rechts durch besondere Schutzvorschriften im Bereich des Verfahrensrechts zu ergänzen ist (vgl. § 2 Abs 1 AußStrG), sollte aber gerade bei der Novellierung dieses Rechtsgebiets besondere Beachtung geschenkt werden.
- Wir ersuchen um Berücksichtigung der Tatsache, dass die Öffentlichkeit die Tätigkeit von Sachwaltern manchmal sehr kritisch verfolgt. Wir erachten die Beibehaltung der jährlichen gerichtlichen Kontrolle daher für unverzichtbar.
- Wir ersuchen, ausreichend gesetzlich determinierte und gängigen sozialpolitischen Werthaltungen entsprechende Regelungen für Entschädigung und Aufwandsersatz zu treffen, sodass der durch die Sachwalterschaft gebotene Rechtsschutz nicht mit unverhältnismäßigen finanziellen Nachteilen für die behinderten Personen verbunden ist.

Wir hoffen, mit dieser Stellungnahme Gehör zu finden.

Für das Salzburger Hilfswerk
Verein für Sachwalterschaft

Für das Institut für Sozialdienste
Sachwalterschaft

Mag. Eringard KAUFMANN, e.h.

Dr. Herbert SPIESS, e.h.

Für den Niederösterreichischen
Landesverein für Sachwalterschaft

Für den Verein für Sachwalterschaft
und Patientenanzwaltschaft

DSA Ingrid NAGODE, e.h.

Dr. Peter SCHLAFFER, e.h.

Zu den einzelnen Themenbereichen möchten wir folgende Anmerkungen erstatten:

1. Neue Sachwalterschaften?

Anmerkung zu §§ 21 Abs 2, 173, 273 ABGB:

Positiv erachten wir die rechtliche und auch begriffliche Klarstellung, dass Sachwalterschaft nur mehr für Volljährige beschlossen werden kann (§ 273 ABGB). Wir erhoffen uns damit ein Ende der Vermischung von Sachwalterschaft und Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers, bzw. eine Klarstellung, dass Sachwalterschaft nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 273 ABGB beschlossen werden kann.

Die Weiterführung von begrifflichen Klarstellungen wäre wünschenswert. Im vorliegenden Entwurf wird verschiedentlich von "Kindern", "Pflegebefohlenen", "Minderjährigen" etc. gesprochen. Hilfreich wäre die Einführung rechtlich eindeutiger Begriffe, die im Alltag auch ihre Entsprechung finden (Kinder, Jugendliche?).

Unter gleichzeitiger Berücksichtigung des neuen § 21 Abs 2 ABGB (Volljährigkeit bereits mit Vollendung des 18. Lebensjahres) und der Abschaffung der Verlängerung der Minderjährigkeit (Streichung des § 173 ABGB), befürchten wir jedoch ein nicht unbeachtliches Ansteigen von Sachwalterschaften und eine Zuständigkeit der Sachwalter für eine Personengruppe, für die bislang die Jugendwohlfahrtsträger zuständig waren. Dies darf unter dem Aspekt der in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegenen Zahl von Sachwalterschaften und der begrenzten personellen Ressourcen der Veinssachwalterschaft nicht unbeachtet bleiben.

Gerade viele 18 bis 19jährige Jugendliche waren bisher - aufgrund sozialer Gefährdung - in verschiedene Jugendwohlfahrtsprogramme eingebunden, zum Beispiel in Wohngruppen oder Wohngemeinschaften oder lebten in betreuten Wohnungen. Das Ende dieser Maßnahmen wird nun bedeutend vorverlegt. Die Anregung einer Sachwalterschaft als Auffangbecken für - wie auch sonst oft - fehlende Betreuungsstrukturen wird von den Vereinen befürchtet.

Die sich für uns ergebende Frage lautet: Wie und durch wen wird sichergestellt, dass die im Jugendwohlfahrtsbereich nun eingesparten Ressourcen sowohl in materieller als auch personeller Hinsicht an die Träger der Erwachsenenfürsorge weitergegeben werden?

2. Verweis vom Sachwalterrecht ins Kindschaftsrecht

Anmerkung zu § 282 Abs 1 ABGB:

Die Vereine für Sachwalterschaft begrüßen, dass die Entwürfe zum Kindschaftrecht und zum Sachwalterrecht getrennt in Begutachtung gehen. Damit wird ein erster Schritt gesetzt, die seit langem erwünschte Trennung zwischen Sachwalterrecht und Kindschaftsrecht in die Wege zu leiten. Deutlich wird damit, dass das Kindschaftsrecht und das Sachwalterrecht zwei eigenständige rechtliche Bereiche sind, die jeweilige Zielgruppe zwei verschiedene Personengruppen betreffen, Minderjährige auf der einen Seite und Erwachsene, die "den besonderen Schutz der Gesetze bedürfen" auf der anderen Seite. Diese Personengruppen haben unterschiedliche Bedürfnisse, daher ist ein unterschiedlicher rechtlicher Regelungsbedarf gegeben.

Bei Durchsicht des vorliegenden Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes (=KindRÄG) ist jedoch zu bemerken, dass der formal angedeutete Paradigmenwechsel eine inhaltliche Entsprechung vermissen lässt. So ist der in § 282 ABGB formulierte Verweis ins Eltern-Kindrecht zu weit und überschießend. Aufgrund dieses Pauschalverweises hat unserer Meinung nach jede noch so geringfügige Änderung im Kindschaftsrecht Auswirkungen im Rahmen einer Sachwalterschaft, konkret auf die Rechte der Betroffenen und auf die einzelnen Pflichten der Sachwalter. Zahlreiche Bestimmungen sind gar nicht ins Sachwalterrecht übertragbar (Besuchsrecht, gemeinsame Obsorge, Pflege und Erziehung um nur einige zu nennen), zahlreiche Bestimmungen wären an das Sachwalterrecht anzupassen.

In der mehr als 15jährigen Praxis der Vereinssachwalterschaft zeigte sich, dass diese Verweisbestimmung zu Unklarheiten bei der Wahrnehmung der Aufgaben als Sachwalter maßgeblich beiträgt. Auch außerhalb der Vereine ist davon auszugehen, dass überwiegend rechtsunkundige Personen Sachwalterschaften führen. Wesentliche Rechte und Pflichten der Sachwalter sind im Sachwalterrecht selbst nicht erkennbar, wie z.B.

die Vermögenserforschung, Pflugschaftsrechnung, die Notwendigkeit der pflugschaftsgerichtlichen Genehmigung bei bestimmten Handlungen.

Den Erläuternden Bemerkungen ist zu entnehmen, dass der Verweis des § 282 ABGB bedeutet, dass die die Obsorge durch andere Personen regelnden Bestimmungen des Vierten Hauptstücks, soweit nichts anderes bestimmt ist, maßgebend sind. Überdies sollen die Bestimmungen des Dritten Hauptstücks, soweit im Vierten Hauptstück nicht abweichende Regelungen enthalten sind, gelten.

Wie bereits oben angeführt, sind manche Bestimmungen des Kindschaftsrechts bei der Ausübung der Sachwalterschaft überhaupt nicht anwendbar. Zahlreiche andere Bestimmungen des Kindschaftsrechts sind jedoch bei der Ausübung der Sachwalterschaft praktisch nicht verzichtbar.

Aus dem **Dritten Hauptstück** sind aus unserer Sicht die folgenden Bestimmungen **grundlegend** für die Sachwalterschaft, wenngleich sie nicht den Erfordernissen einer Sachwalterschaft entsprechend angepasst sind: **§ 149 ABGB**, Verwaltung des Vermögens; **§ 150 ABGB**, Pflicht zur Rechnungslegung; **§ 154 Abs 2, 3, 4 ABGB**, Bestimmungen über die gerichtliche Genehmigung von Handlungen eines Sachwalters; **§ 172 (2) ABGB**, Erlöschen der Obsorge bzw. Übergabe von Vermögen und sämtlichen persönlichen Urkunden und Nachweisen an das volljährig gewordene Kind.

Bei den folgenden Bestimmungen aus dem **Dritten Hauptstück** besteht aus unserer Sicht **Unklarheit, ob sie im Rahmen von Sachwalterschaften anzuwenden sind**: **§ 146 c ABGB, § 154b ABGB; § 176 ABGB, § 266 AußStrG.**

Aus dem **Vierten Hauptstück** sind **alle Bestimmungen**, außer der Festlegung der Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers, für die Ausübung der Sachwalterschaft **relevant**.

In diesem Sinn möchten wir zu den einzelnen Bestimmungen unsere Anmerkungen vorlegen, und regen an, zumindest in den Erläuternden Bemerkungen anzuführen, **was die über § 282 ABGB herbeigeführte Anwendung des Kindschaftsrechtes im Sachwalterrecht genau bedeutet.**

3. Behandlung

Anmerkung zu §§ 146c, 154b ABGB, § 266 AußStrG:

Unklar ist, ob und wie die Bestimmung des § 146c ABGB im Rahmen der Sachwalterschaft angewendet werden soll. Ein Ausspruch nach § 154b ABGB ist im Sachwalterrecht nicht vorstellbar, da dieser inhaltlich ohnedies einer Sachwalterschaft entspricht.

Ebenso ist das Spannungsverhältnis von § 146c ABGB zu § 216 ABGB zu klären. Die Genehmigungspflicht für wichtige, die Person des Behinderten betreffenden Angelegenheiten gemäß § 216 Satz 1 ABGB ist jedenfalls weitreichender als die Genehmigungspflicht nach § 146c ABGB. Welche Behandlung wäre nun im Sachwalterrecht zu genehmigen? Bei Anwendung des § 146c ABGB nur jene Behandlungen, die die Betroffenen verweigern? Ist eine Behandlung, die eine bestimmte Schwelle überschreitet, nicht immer eine wichtige Angelegenheit im Sinn des § 216 ABGB?

Die unterschiedliche Regelung der Sterilisation sowohl in § 146d ABGB als auch in § 282 Abs 2 ABGB könnte dahingehend gedeutet werden, dass die Bestimmung des § 146c ABGB im Sachwalterrecht keine Anwendung findet.

zu § 146c Abs 2 ABGB:

Positiv erachten wir, dass die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei den über 14jährigen grundsätzlich vermutet wird und nur durch einen richterlichen Beschluss gem § 154b ABGB widerlegt werden kann. Wie sollte dies nun im Sachwalterrecht gelten? Grundsätzlich vom möglichen Vorhandensein der Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch bei Personen mit Sachwalter auszugehen, würde der derzeitigen Judikatur und Praxis entspre-

chen. Dies sollte jedenfalls in den Erläuternden Bemerkungen ergänzend angeführt werden. Wie ein Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Sachwalterrecht festzustellen ist, ist dem vorliegenden Entwurf nicht zu entnehmen, weil ein Ausspruch nach § 154b ABGB mit dem Sachwalterrecht nicht vereinbar ist. Ist § 266 AußStrG im Sachwalterrecht anzuwenden?

Unklar bleibt, wie die neue Regelung bei unter 14jährigen aussieht. Wir lesen die Bestimmung so, dass auch bei ihnen die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorhanden sein kann. Wie soll jedoch das (Nicht-) Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit festgestellt werden? Gilt die Bestimmung des § 154b ABGB auch für unter 14jährige?

Analog zur Einbeziehung der Eltern zur Erörterung bei nicht bloß geringfügigen Behandlungen wäre eine entsprechende Regelung im Sachwalterrecht wünschenswert. Als grundsätzlich positiv erachten wir, dass im Konfliktfall eine Befassung des Pflschaftsgerichtes vorgesehen ist.

zu § 146c Abs 3 ABGB:

Bei dieser Bestimmung erachten wir die bloße Ablehnung der Behandlung als ausreichend, um das Pflschaftsgericht damit zu befassen.

Änderungsvorschlag: "Lehnt ein nicht einsichts- oder urteilsfähiges Kind eine medizinische Behandlung **als solche ab**, ..." ("nachdrücklich und entschieden" stellt sehr hohe Voraussetzungen an die Ablehnung.)

Zur medizinischen Aufklärung:

Es fehlt das grundsätzliche Recht auch des einsichts- und urteilsunfähigen minderjährigen Kindes über die Behandlung aufgeklärt zu werden. Dies wäre für den Fall des § 146c Abs 3 ABGB sowie bei Vorliegen eines Beschlusses nach § 154b ABGB wesentlich.

Zur Unterbringung:

In den Erläuternden Bemerkungen (S. 67) wird zu § 146c Abs 3 ABGB als Beispiel eine längerfristige, mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung in Verbindung mit der Behandlung durch persönlichkeitsverändernde Medikamente angeführt. Das UbG unterscheidet hingegen klar zwischen Behandlung und Freiheitsentzug. Fällt nur die Behandlung in der Unterbringung unter die Regelung des § 146c ABGB oder die Unterbringung als solche? Aus den Erläuternden Bemerkungen sollte hervorgehen, dass die Bestimmungen des UbG hinsichtlich der Freiheitsentziehung Minderjähriger unberührt bleiben.

Wie z.B. in § 149 ABGB zur Vermögensverwaltung ausgeführt (...Die Eltern haben das Vermögen eines minderjährigen Kindes...zu verwalten...), würden wir es als wesentlich erachten, eine eindeutige Bestimmung aufzunehmen, die das Recht der Eltern bei Behandlungen ihrer Kinder zuzustimmen, generell zum Ausdruck bringt. Die §§ 146c, 146d ABGB regeln lediglich die Ausnahmen und Grenzen der elterlichen Zustimmung. Die Novelle zum Kindschaftsrecht wäre eine Chance, diese Zustimmungsbefugnisse, statt sie wie bisher als unausgesprochenes Element der elterlichen Obsorge vorzusetzen, gesetzlich zu normieren.

Anmerkung zu § 8 Abs 3 KAG:

Wir erachten als positiv, dass nunmehr generell von "Behandlungen" und nicht mehr von "besonderer Heilbehandlung und Operationen" gesprochen wird. Dies indiziert die notwendige Klarstellung, dass **jede** Behandlung einer Zustimmung des **Patienten** bedarf. Überdies möchten wir die Anregung machen, von "Patient" statt "Pfleger" zu sprechen.

In der Praxis ist zu beobachten, dass sobald ein Sachwalter bestellt ist, an diesen - unabhängig vom Wirkungskreis - die Aufforderung gerichtet wird, die Zustimmung zur Behandlung zu erteilen. Da kein Abgehen von der bisherigen Lehre und Rechtsprechung beabsichtigt ist, erachten wir die folgende Ergänzung in § 8 Abs 3 KAG dringend notwendig: Anstelle von

"... fehlt dem Pfleger in diesen Angelegenheiten die eigene Handlungsfähigkeit..."

ersuchen wir um die **Ergänzung**

"... fehlt dem **Patienten in den Angelegenheiten der Behandlungszustimmung** die eigene Handlungsfähigkeit..."

Mit dieser Ergänzung und Klarstellung könnten rechtzeitig die ansonsten sicher folgenden Konflikte und Unklarheiten in der Praxis vermieden werden.

Weiters ersuchen wir entsprechend der herrschenden Judikatur in den Erläuternden Bemerkungen festzuhalten, dass auch bei vorhandenem Wirkungskreis des Sachwalters auf das **Vorliegen oder Nichtvorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit** des Betroffenen in Anbetracht des konkreten Behandlungsschrittes abzustellen ist.

Empfehlenswert wäre es, bei Vorliegen eines entsprechenden Wirkungskreises, die verbindliche **Einbeziehung des Sachwalters** analog der Regelung in § 146 c Abs 2 ABGB KindRÄG vorzusehen.

4. Beschluss gem § 154b ABGB

Anmerkung zu § 154b ABGB sowie § 266 AußStrG und § 19 RPfIG:

Wie bereits angeführt, ist unserer Ansicht nach die Bestimmung des § 154b ABGB nicht auf das Sachwalterrecht übertragbar. Ebenfalls unklar ist, ob § 266 AußStrG im Sachwalterrecht anzuwenden ist. Dies wäre jedenfalls in den Erläuternden Bemerkungen klarzustellen.

Begrüßt wird die in den Erläuternden Bemerkungen angeführte Möglichkeit, den Beschluss nach § 154b ABGB für einzelne oder mehrere Angelegenheiten auszusprechen. Um Rechtssicherheit herzustellen, wäre es jedoch erforderlich, ausdrücklich im Gesetz zu verankern, dass in einem derartigen Beschluss auszusprechen ist, in welchen Bereichen die Einsichts- und Urteilsfähigkeit, bzw. Geschäftsfähigkeit fehlt, bzw. welche Bereiche dieser Beschluss betrifft.

Grundsätzlich ist die Schaffung eines eigenen Verfahrens zur Überprüfung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder der Geschäftsfähigkeit in § 266 AußStrG positiv.

Anzumerken ist jedoch, dass im Vergleich zu den Bestimmungen des § 236 ff AußStrG wesentliche Verfahrenselemente fehlen, wie z.B. ein **verpflichtendes** persönliches Gespräch des Richters mit dem Minderjährigen, Sachverständige zur Begutachtung beizuziehen, den Betroffenen einen Verfahrensvertreter zur Seite zu stellen, etc.

Da es der Intention des Gesetzes entspricht, Personen, die unter dem "besonderen Schutz der Gesetze" stehen, auch im Bereich des Verfahrensrechts durch besondere Vorschriften zu schützen, wären diesbezügliche Ergänzungen wünschenswert.

Weiters ist anzumerken, dass in § 19 Rechtspflegergesetz das Verfahren nach § 266 AußStrG nicht bei jenen Tätigkeiten angeführt ist, die dem Richter vorbehalten bleiben. Dies erscheint uns wegen der Bedeutung dieses Beschlusses erforderlich.

5. Sterilisation

Anmerkung zu § 282 Abs 2 ABGB:

Die Vereine für Sachwalterschaft befürworten das Vorhaben, die lang vermissten und sehr restriktiven Regelungen für die Sterilisation Minderjähriger ("Zivilrechtliches Verbot") und unter Sachwalterschaft stehender Personen zu erlassen.

Das generelle Verbot der Sterilisation Minderjähriger wird in diesem Zusammenhang als ganz besonders wichtig für die Betroffenen begrüßt (§ 146d ABGB).

Auch die Formulierung eben dieses Verbotes für Personen, die unter Sachwalterschaft stehen und die materiellrechtliche Definition einer Ausnahme hiervon findet Zustimmung (§ 282 Abs 2 ABGB).

Da in den vorbereitenden Diskussionen zu dieser Regelung auch immer wieder auf die Gefahr des Missbrauches dieser Regelung eingegangen worden ist, weisen wir nachdrücklich darauf hin, dass diese nur dadurch abzuwenden ist, dass die **drohende schwere Schädigung** der betroffenen Person **körperlicher Natur sein muss**. Die momentane Formulierung ermöglicht es, mit einer drohenden schweren sozialen oder psychischen Schädigung ebenso das Auslangen zu finden.

Unser Änderungsvorschlag: "... nicht zustimmen, es sei denn, dass sonst wegen eines vorhandenen körperlichen Leidens eine ernste Gefahr für das Leben oder einer schweren Schädigung der **körperlichen** Gesundheit der behinderten Person besteht..."

Aufgrund unserer Erfahrungen bereitet es uns hingegen massive Sorge, dass für den Fall der Zustimmung des Sachwalters zu einer Sterilisation nur eine gerichtliche Genehmigung ohne ein **genauer definiertes Rechtsschutzverfahren** vorgesehen ist. Besonders bedenklich erscheint uns dies für den Fall des Widerspruches der Betroffenen. Dies könnte sogar dazu führen, dass zweizeilige Begründungen bei der Genehmigung von Sterilisationen möglich bleiben. Dieses Vorgehen wäre durch spezielle Verfahrensbestimmungen (z.B. Beiziehung eines Verfahrensvertreters, Einholung von Gutachten, ausdrückliche Regelung der **aufschiebenden Wirkung des Rekurses** – ansonsten gilt § 12 AußStrG) auszuschließen.

Wir verweisen hier auf die Formulierungen des § 251a Abs 1 AußStrG aus dem Diskussionsentwurf 2 zum Sachwalterrechtsänderungsgesetzes, welche in diesem Fall bereits die Bestellung eines Kollisionskurators sowie die Beiziehung zweier Gutachter vorgesehen hatte.

Wie bereits in unserer dazu ergangenen Stellungnahme erachten die Vereine für Sachwalterschaft darüber hinaus erforderlich, folgende Bestimmungen aufzunehmen:

- Die Funktion des "Kollisionskurators" wäre eindeutig als **Sprachrohr für die Betroffene** (im Sinne eines "Verfahrensvertreters") zu definieren.
- Die Klarstellung, dass **zwei Gutachter** beizuziehen sind, sowie dass die beiden Gutachter in diesem Fall aus unterschiedlichen Fachgebieten (psychiatrisches und allgemeinmedizinisches Gutachten der jeweilig benötigten Fachrichtung) kommen sollten.
- Ausdrücklich wird auch darauf hingewiesen, dass eine **zusätzliche Vertretung der Betroffenen** auch ohne erkennbaren Widerspruch der Betroffenen sichergestellt sein muss. Besondere Bedeutung hat dies aufgrund der leichten Manipulierbarkeit und der daraus resultierenden besonderen Schutzbedürftigkeit behinderter Frauen.
- Daher wird auch vorgeschlagen, dass **die persönliche Zustimmung behinderter Personen, denen kein Sachwalter bestellt ist, zur Sterilisation durch ein eigenes fachärztliches Gutachten zur Einsichts- und Urteilsfähigkeit abgesichert sein sollte.**

Die Vereine weisen darauf hin, dass ihnen die jetzt vorliegende Regelung aus den oben angeführten Gründen **nicht ausreichend** erscheint, die **Sorge der Öffentlichkeit um Zwangssterilisationen behinderter Menschen zu zerstreuen.**

6. Pflegschaftsrechnung

Der Gesetzesentwurf geht ganz allgemein davon aus, dass die Erfahrungen im Vermögensverwaltungsbereich in unserer Gesellschaft gestiegen sind, was sicherlich richtig ist. Trotzdem muss gerade aus Sicht der Vereine für Sachwalterschaft bemerkt werden, dass es bei der Bestellung eines Sachwalters oft um ganz andere soziale Situationen geht, als dies bei Minderjährigen der Fall ist. Während bei Minderjährigen in aller Regel - wenn überhaupt - nur ein geringes Einkommen und nur ausnahmsweise Vermögen zu verwalten ist, ist dies im Bereich der Sachwalterschaft die Regel. Gerade außerhalb der Vereins-sachwalterschaft geht es auch um hohe Einkünfte, hohe Spar- und Liegenschaftsvermögen, die zu verwalten sind. Der weitaus höchste Anteil an Sachwalterschaften wird für Menschen in der Altersgruppe über 75 Jahre ausgesprochen. Gleichzeitig werden überwiegend nahe Angehörige als Sachwalter bestellt, die nicht nur die Interessen des Betroffenen im Auge haben, sondern auch eigene Interessen im Hinblick auf eine mögliche spätere Erbschaft. Dieser **Interessenskonflikt** ist in der Praxis oft gegeben und sollte auch nicht verschwiegen werden.

Bisher war das Gericht notwendiges Korrektiv in der Hinsicht, dass die Gebarung der gesetzlichen Vertreter regelmäßig überprüft wurde; dies durch eine Instanz mit hohem gesellschaftlichem Ansehen.

Es mag durchaus sein, dass der weit überwiegende Teil von gesetzlichen Vertretern sein Amt nach bestem Wissen und Gewissen ausübt; es sind allerdings nicht nur Einzelfälle, bei denen dies nicht der Fall ist. Wir gehen davon aus, dass vielfach Unregelmäßigkeiten allein durch das Bewusstsein der regelmäßigen gerichtlichen Kontrolle nicht passieren; wenn sich das Gericht nun dieser Kontrolle weitgehend begibt,

werden die Betroffenen künftig schutzlos sein (obwohl in § 21 Abs 1 ABGB ein ganz allgemeiner Schutzgedanke postuliert ist).

Nicht die Kontrolle durch das Gericht, sondern die manchmal gewählten Formen sind, wie in den Erläuternden Bemerkungen formuliert wird, nicht "zeitgemäß", auch den Vereinen sind Anleitungs- und Überwachungspflichten übertragen, und die daraus entstehenden Tätigkeiten halten wir für unverzichtbar und durchaus zeitentsprechend.

Es ist Tatsache, dass die Öffentlichkeit die Tätigkeit von gesetzlichen Vertretern, insbesondere Sachwaltern, sehr kritisch verfolgt und der Verdacht von möglichen Unregelmäßigkeiten ganz häufig mitschwingt. Wir meinen daher, dass eine pauschale Einschränkung der Kontrolltätigkeit des Gerichtes als "Freibrief für Unregelmäßigkeiten" verstanden werden könnte und auch in der öffentlichen Meinung verheerende Auswirkungen hätte, vor allem auch im Zusammenhang mit der nach § 265 ABGB ermöglichten Mäßigung oder gänzlichem Erlass der Ersatzpflicht gem § 264 ABGB.

Gerade der Hinweis auf die **jährliche Kontrolle durch das Gericht** ermöglicht es dem Sachwalter, eine **Arbeitsbasis** zu vielen Betroffenen und ihnen nahestehenden Personen aufzubauen.

Eine weitere Anmerkung bezieht sich auf die Bewertung von Liegenschaftsvermögen: In welcher Form Grundvermögen zu bewerten ist, bzw. welcher Wert (Einheitswert / Verkehrswert) bei der Rechnungslegung zugrunde zu legen ist, wird im Entwurf an keiner Stelle erwähnt.

Zu den einzelnen Bestimmungen

Anmerkung zu § 193 AußStrG:

(1) Das Gericht...hat über die gesetzmäßige und wirtschaftliche Verwaltung durch den gesetzlichen Vertreter zu achten, **soweit sonst nach den Umständen des Falles offensichtlich ein Nachteil für den Pflegebefohlenen zu besorgen ist.**

Diese Bestimmung ist in sich nicht schlüssig, da Nachteile in aller Regel erst durch eine **laufende** Kontrolle der Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters offenkundig werden. Wenn dem Gericht die Aufgabe eines Kontrollorgans und nicht einer "Instanz der Bevormundung" (Originaltext der Erläuterungen) des gesetzlichen Vertreters weiterhin zukommt, ist dem Schutzgedanken des § 21 Abs 1 ABGB sicherlich Genüge getan.

Die Einschränkung des § 193 Abs 1 Satz 2, 2. Halbsatz AußStrG, sollte daher entfallen.

(2) Grundsätzlich begrüßen wir diese Bestimmung, weil in der Praxis manchmal auch sehr geringe Beträge auf Sparbüchern gesperrt sind und eine gesonderte Rechnungslegung bei Freigabe gerichtlich eingefordert wird. Die Festlegung der in Abs 2 angeführten Grenze von öS 130.000,- erscheint angemessen, Unsicherheit besteht unter welchen Umständen dennoch besondere Sicherungshandlungen für erforderlich gehalten werden.

Anmerkung zu § 204 AußStrG:

(1) Die laufende Rechnungslegung sollte allgemein - wie bisher üblich - **jährlich** und nicht, wie im Entwurf vorgeschlagen, in angemessenen Abständen von höchstens 3 Jahren erfolgen. Dies entspricht den durchwegs positiven Erfahrungen der Vereine für Sachwalterschaft und auch dem Wunsch vieler privater Sachwalter, da bei längeren Zeiträumen der Überblick verloren geht.

(2) Eine vollständige Befreiung von der laufenden Rechnungslegung bei Einkünften oder Vermögen unter öS 130.000,- ist nicht vorstellbar. Dies könnte, wie schon erwähnt, als "Freibrief" für Unregelmäßigkeiten verstanden werden.

Eine "automatische" Rechnungslegung des gesetzlichen Vertreters bei Überschreiten dieser Grenzwerte wird es in der Praxis nicht geben. Zumindest wäre eine **Meldepflicht** des gesetzlichen Vertreters vorzusehen.

Vermögenslose Betroffene wären dem gesetzlichen Vertreter bei der Verwaltung geringer Einkünfte schutzlos ausgeliefert, was nicht Intention des Gesetzgebers sein kann.

Andererseits würde das "besondere Vertrauensverhältnis" zwischen Gericht und gesetzlichem Vertreter empfindlich gestört, wenn ein an sich von der Rechnungslegungspflicht befreiter gesetzlicher Vertreter aus konkretem Anlass zu Sonderberichten aufgefordert wird. Aus der Praxis der Vereine für Sachwalterschaft ist zu beobachten, dass von Angehörigen häufig Vorwürfe erhoben werden; wenn hier das Gericht jedes einzelne Mal eine gesonderte Rechnungslegung fordern müsste, wäre wohl der Aufwand höher als bei laufender Rechnungslegung; andererseits wäre einem gesetzlichen Vertreter, dem solche Sonderberichte aufgetragen werden, die Vermögensverwaltung über kurz oder lang nicht mehr zumutbar.

Wenn Betroffene mit dem gesetzlichen Vertreter im gemeinsamen Haushalt leben, sollte jedoch die Möglichkeit gegeben sein, dem gesetzlichen Vertreter Geldbeträge, die als Beitrag des Betroffenen zur Lebens- und Wirtschaftsführung geleistet werden, pauschaliert zur rechnungsfreien Verwendung zu überlassen.

Auch sonst wird es Situationen geben können, den gesetzlichen Vertreter teilweise oder zur Gänze von der Rechnungslegung zu befreien, wenn die besonderen Umstände, die Vertrauenswürdigkeit des gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt, dies rechtfertigen. Eine solche Befreiung sollte jedoch **jedenfalls nur auf Antrag des gesetzlichen Vertreters** gewährt werden.

Anmerkung zu § 205 AußStrG:

(2) Die Einschränkung der Rechnungsbeilagen auf "Bilanzen und Abgabenerklärungen" ist nicht sinnvoll; es sollten jedenfalls **alle Belege vorgewiesen** werden, damit das Gericht einer wenigstens **stichprobenartigen** Malversationsprüfung nachkommen kann.

Zum Inhalt und zu den Beilagen der Rechnung:

Hilfreich wäre es, festzuhalten, dass durch den gesetzlichen Vertreter gewöhnlich Kassabücher (Aufnahme der baren Geschäftsfälle) und/oder Bankbücher (Erläuterung aller Bewegungen auf dem Bankkonto) geführt werden sollen, und ein Pauschalbetrag für den monatlichen Lebensbedarf entweder dem Betroffenen selbst oder den ihn betreuenden Personen (Nachweis durch Überweisungsbeleg oder eine Barquittung) zur Verfügung stehen sollte.

Das **Belegprinzip** gehört zu den grundlegenden Erfordernissen für die formale Richtigkeit der Pfligerschaftsrechnung. Eine Rechnungsprüfung ohne Belege ist für die Vereinssachwalterschaft nicht vorstellbar, und auch mit den in § 206 Abs 1 AußStrG festgelegten **Überprüfungszielen** (Vollständigkeit und Richtigkeit) nicht vereinbar.

(3) Ist nur bei minderjährigen Kindern vorstellbar.

Anmerkung zu § 206 AußStrG:

(1) In den Erläuterungen zum Entwurf ist vorgesehen, dass das Gericht nach Enthebung eines ungeeigneten gesetzlichen Vertreters dem neu bestellten gesetzlichen Vertreter auftragen kann, die Rechnung für den Vorgänger zu erstellen. Eine solche Vorgehensweise ist in der Praxis gänzlich unvorstellbar, da der aktuelle gesetzliche Vertreter im besten Fall einen aktuellen Vermögensstatus bzw. nach Ablauf des ersten Kalenderjahres eine Antrittsrechnung erstellen kann. Das Gericht als Kontrollorgan muss andere geeignete Maßnahmen (Auftrag an den Vorgänger zur Herausgabe von Unterlagen, Bestellung eines Rechnungsprüfers auf Kosten des Vorgängers, Feststellung eines Vermögensstatus durch das Gericht) treffen, um eine nachvollziehbare "Rechnung" zu erhalten.

Nach derzeitiger Rechtsprechung stellt die **Rechnungslegung** eine **nicht substituierbare, höchstpersönliche Pflicht** dar (OGH 5.9.1991, 8 Ob 1612/91); eine Begründung für ein Abgehen von dieser Rechtsmeinung ist nicht erkennbar.

Da nach den Erläuterung des Entwurfs die pfligerschaftsgerichtliche Genehmigung ohnehin nur noch eine "prima-facie Unbedenklichkeitsbescheinigung" darstellt, kommt einer Versagung der Bestätigung auch keine besondere Bedeutung mehr zu.

(2) Die Gewährung von Vorschüssen für künftige Entgelt-, Entschädigungs- und Aufwandsersatzansprüche wird von den Vereinen für Sachwalterschaft abgelehnt, da im Falle der Beibehaltung jährlicher Rechnungslegungstermine keine Notwendigkeit besteht, solche Vorschüsse zu gewähren. Solche Ansprüche

setzen ohnehin eine Rechnungslegung voraus, da ansonsten keine Kriterien für die Festlegung der Höhe solcher Ansprüche nachgewiesen werden können.

Würden Vorschüsse allenfalls zu Unrecht gewährt, stellte sich wieder die Frage nach einer möglichen Amtshaftung.

Anmerkung zu § 207 AußStrG:

(1) Die in den Erläuterungen gewählte Formulierung, "dass es in den Enthebungs- und Umbestellungsfällen zweckmäßig sein kann, dem Verfahren zur Bestätigung der Regelung (richtigerweise: Rechnung) des früheren Vermögensverwalters dem neuen Vermögensverwalter beizuziehen", lässt die Überbindung der Entscheidung des Gerichts auf den neuen gesetzlichen Vertreter befürchten und wird daher abgelehnt (siehe dazu Anmerkungen zu § 206 Abs 1 AußStrG).

7. Vermögensforschung und Vermögenssicherung

Anmerkung zu § 229 ABGB, § 193 AußStrG:

Unklarheit besteht in der Textierung des **§ 229 ABGB neu**, wonach die Vermögensforschung zur Gänze der mit der gesetzlichen Vertretung in Angelegenheiten der Vermögensverwaltung betrauten Person überantwortet wird im Zusammenhang mit der in **§ 193 Abs 1 Satz 1 AußStrG** getroffenen Regelung, wonach das Gericht auch von amtswegen das Vermögen des Pflegebefohlenen zu erforschen hat, soweit keine Einschränkungen durch Gesetz oder richterliche Verfügungen getroffen sind.

Ähnlich wie bereits in unserer Stellungnahme zum Diskussionsentwurf 2 des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes, möchten wir besonders darauf hinweisen, dass aufgrund dieser Regelungen sowohl das Gericht als auch der Sachwalter für die Vermögensforschung zuständig sind. Nach den Intentionen des vorliegenden Entwurfs und den Erfahrungen in der Praxis, sollten jedoch die jeweiligen Kompetenzen ausdrücklich geklärt und im Gesetz festgehalten werden.

Unklar bleibt nach dem vorliegenden Entwurf auch, in welcher Form die Vermögensforschung durchgeführt werden soll, da die Bestimmungen betreffend die Inventur bzw. die Schätzung des Vermögens (§§ 222, 223 und 224 ABGB) aufgehoben werden.

Der Vermögensforschung sollte auch die **Erforschung der geldwerten Ansprüche der Klienten** (z.B. Pensionen) zugezählt werden (vgl. Kremzow, S. 51: Vermögen ist der Inbegriff aller geldwerten Rechte und Verbindlichkeiten).

Im **§ 193 Abs 1 Satz 2 AußStrG** sollte eingefügt werden ... die **gänzliche oder teilweise** Sperre von Guthaben, damit dem Sachwalter die Möglichkeit eingeräumt wird, über einen Teil des Vermögens ohne jeweilige vorherige Auszahlungsermächtigung des Pflugschaftsgericht verfügen zu können.

Die Wortfolge ... **gerichtliche Verwahrung von Fahrnissen und Urkunden** ... könnte entfallen. In der Praxis der Sachwaltervereine ist die gerichtliche Verwahrung von Fahrnissen und Urkunden nicht relevant.

Anmerkungen zu §§ 231, 232 ABGB:

Positiv wird angemerkt, dass sowohl in § 231 ABGB als auch in § 232 ABGB die Verpflichtung zur Versteigerung in der Neufassung dieser Bestimmungen wegfällt.

Wegfallen sollte jedoch auch die in § 231 ABGB nunmehr enthaltene **Verpflichtung**, das Vermögen, das nicht zur Befriedigung der gegenwärtigen oder zukünftigen Bedürfnisse benötigt wird oder dazu nicht geeignet scheint, bestmöglich verwerten zu müssen; dies erscheint im Hinblick auf Vermögensteile, die für den Betroffenen neben dem materiellen einen hohen individuellen Wert haben, doch problematisch.

Auch aus den Erläuterungen ist nicht ersichtlich, welche Vermögensteile von der Verpflichtung zur Verwertung ausgenommen sind.

Aus der Praxis betrachtet, wird Vermögen dann verwertet, wenn dies zur Befriedigung der gegenwärtigen oder zukünftigen Bedürfnisse erforderlich ist, etwa wenn es um die Organisation einer notwendigen Pflege und Betreuung einer behinderten Person geht.

Unklar bleibt, ob von dieser Regelung auch eine Wohnungsauflösung durch den Sachwalter umfasst ist; wenn ja, sollte in jedem Fall, unabhängig vom Wert, die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung eingeholt werden müssen: Die Vernichtung der im Lauf des Lebens angesammelten Dinge ohne Wissen der behinderten Personen - vielfach während eines Krankenhaus- oder Heimaufenthaltes - führt häufig zu tiefer Resignation und Selbstaufgabe. Voreilig und ohne Rücksprache mit den behandelnden Ärzten vorgenommene Wohnungsräumungen durch Sachwalter, oft auf Drängen von Verwandten oder Nachbarn, die häufig die Interessen des "Nachwuchses" vertreten, sind leider Realität. Unbewegliches Vermögen der behinderten Personen ist im Vergleich zum "beweglichen Inhalt" einer Mietwohnung durch die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung geschützt, dieser Schutz der Wohnsphäre des Betroffenen sollte unabhängig von Kauf oder Miete gesetzlich gewährleistet werden.

8. Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung

Anmerkung zu § 154 Abs 2, 3, 4 ABGB:

Bei diesen Bestimmungen fehlen offensichtlich jene Angelegenheiten, die im Rahmen einer Sachwalterschaft typischerweise vorkommen und entsprechend der Bedeutung der Angelegenheit für die Betroffenen auch pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen wären, wie die **Auflösung eines Haushalts**. Da die Bestimmung des § 154 ABGB jedenfalls bei einer Sachwalterschaft gilt, regen wir an, in § 154 Abs 2 und 3 ABGB auch jene Angelegenheiten demonstrativ aufzunehmen, die für Sachwalterschaften typischerweise pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen sind.

Anmerkung zu § 216 Satz 1 ABGB:

Die ausdrückliche Aufnahme des § 154 Abs 2 ABGB verleitet zur Annahme, dass Angelegenheiten des § 154 Abs 3 ABGB nicht zu genehmigen wären. Diese Ergänzung in § 216 ABGB wieder aufzunehmen, auch wenn sie juristisch nicht nötig ist, würde die Lesbarkeit erleichtern und den Bewusstseinsstand um jene Angelegenheiten, die bei Ausübung einer Sachwalterschaft einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, erhöhen und zu einer Klärung beitragen.

Anmerkung zu § 216 Satz 2 ABGB:

Unklar ist, welche der Gefahr-in-Verzug-Bestimmungen bei der Ausübung einer Sachwalterschaft nun zur Anwendung kommt: die allgemeine Regelung des § 216 Satz 2 ABGB oder die Bestimmung des § 146c Abs 4 ABGB?

Weiters ist für uns nicht erkennbar, ob sich die Bestimmung des § 216 Satz 2 ABGB lediglich auf die Behandlungsbestimmung des § 146c ABGB bezieht und insofern eine Wiederholung und Klarstellung wäre oder ob diese Gefahr-in-Verzug-Regelung allgemein zu verstehen ist.

Allgemeine Handlungen, bei denen aus unserer Erfahrung eine Gefahr-in-Verzug-Regelung im Sinn des § 216 Satz 2 ABGB notwendig und sinnvoll ist, sind uns aus der Praxis nicht bekannt. Betreuerische Hilfeleistungen durch den Sachwalter oder deren Organisation, die oft sehr rasch bewerkstelligt werden müssen, erfordern wohl kaum eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung.

Wir würden daher die Einschränkung des § 216 Satz 2 ABGB auf den Fall des § 146c Abs 4 ABGB begrüßen und ersuchen jedenfalls um eine eindeutige Formulierung des § 216 Abs 2 ABGB, sowie um eine Erläuterung, welche der Regelungen bei Ausübung der Sachwalterschaft zur Anwendung kommen sollen.

Unklar bzw. weitgehend offen bleibt darüberhinaus bei den Bestimmungen der **§§ 146c, 216, 231 ABGB**, für welche Handlungen ein Sachwalter die **pflegschaftsgerichtliche Genehmigung** benötigt.

9. Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz

Entschädigung

Anmerkung zu § 266 ABGB:

Zum Einkommensbegriff:

Bei Entschädigungsansprüchen des Sachwalters gem § 266 ABGB gegenüber den Betroffenen sollte sichergestellt sein, dass **bereits durch andere gesetzliche Bestimmungen besonders geschützte Einkünfte** dem Betroffenen **immer ungeschmälert erhalten** bleiben. Bisher werden im Entwurf nur die Familienbeihilfe und das Pflegegeld, diese aber taxativ, aufgezählt. Zu bedenken ist aber, dass die Betroffenen weitere zweckgebundene Leistungen, wie z.B. Wohn- oder Mietbeihilfe erhalten, die ebenfalls nicht den Einkünften zuzurechnen sind. Darüber hinaus erscheint es unbillig, dass das Einkommen jener Personen, die "unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen", der Höhe nach weniger geschützt wird als z.B. gegenüber Gläubigern nach der Exekutionsordnung.

Es ist zweifelsfrei **nicht Intention** dieser Regelungen, dass **etwa Sozialhilfeleistungen oder Mindestpensionen** durch Ansprüche gem § 266 ABGB **geschmälert oder gar aufgebraucht** werden. Es erscheint daher notwendig, neben einem "geschonten Vermögen" (öS 130.000.- + Liegenschaftsvermögen) auch ein "**geschontes Einkommen**" gesetzlich zu definieren.

Im Sinne der Rechtsklarheit wäre es denkbar, auf anerkannte geschützte Einkommensbegriffe wie z.B. §§ 290f Exekutionsordnung, § 292 ASVG oder § 3 EStG zurückzugreifen. In Anlehnung an die Systematik/Überlegungen zum KindRÄG (Erläuternde Bemerkungen (Seite 152)) schlagen wir vor, neben dem Abzug der zweckgebundenen Leistungen wie z.B. Familienbeihilfe, Pflegegeld, Wohn- und Mietbeihilfe generell einen Betrag in Höhe des Jahresbetrags des Ausgleichzulagenrichtsatzes (1999: knapp öS 120.000,-) vom jährlichen Einkommen abzuziehen. Entschädigungsansprüche wären dann erst von einem darüberhinausgehenden Einkommen geltend zu machen. So wäre gesichert, dass sich die Betroffenen neben den elementaren Grundbedürfnissen noch einen Wintermantel, die Heizungskostennachzahlung oder einen bescheidenen Urlaub leisten können.

Zur Veranschaulichung möchten wir folgende Berechnungen darstellen:

Bei Bezug einer ASVG-Mindestpension mit Ausgleichszulage in der derzeitigen Höhe von monatlich öS 8.112,-, würden 5 % Entschädigung bereits öS 5.600,- jährlich betragen. Ein Betrag in dieser Höhe erscheint unter dem Gesichtspunkt, dass die Ausgleichszulage eine Unterstützungsleistung ist, die den PensionsbezieherInnen ein existenzsicherndes Niveau ermöglichen soll, unverhältnismäßig.

Die Gewährung einer Ausgleichszulage nach ASVG wird zufolge sozialer Schutzbedürftigkeit vorgenommen. Mit der Gewährung einer Ausgleichszulage sind diverse Gebührenerleichterungen verbunden (Telefon, Fernsehen, Radio, Fahrpreisermäßigungen, Rezeptgebühren und Krankenschein). In diesem Zusammenhang erscheint auch eine "Befreiung von der Entschädigung eines Sachwalters" durchaus im Einklang mit geltenden sozialpolitischen Werthaltungen.

Unser Vorschlag würde sich bei einem Einkommen von öS 15.000,- monatlich dahingehend auswirken, dass jährlich öS 5.000,- an Entschädigung beantragt werden könnten. Dazu kämen jeweils noch der Anspruch auf Barauslagenersatz, sowie bei einem Vermögen über öS 130.000,- eine weitere Entschädigung von 2 % des Mehrbetrags.

Zur Höhe der Entschädigung:

Eine vom Prozentsatz her nach oben gänzlich offene Bestimmung, wie sie im § 266 Abs 2 Satz 2 ABGB vorgesehen ist, erscheint uns sehr bedenklich. Bereits die derzeitige gesetzliche Regelung des § 266 ABGB führte dazu, dass die Regelungsaufgaben nicht durch das geltende Gesetz, sondern allein durch die Rechtspraxis wahrgenommen werden. Eine allgemeine Rechtspraxis kann aber nicht festgestellt werden, die gegenwärtige Praxis ist durchaus als regionales Partikularrecht zu bezeichnen. Jedes Landes- oder Kreisgericht hat eine eigene Sprechpraxis zum Thema der "angemessenen" Belohnung und des "angemessenen" Barauslagenersatzes.

Wir halten daher einen eindeutigen, **fixen Prozentsatz von 5% der Einkünfte, die die geschützten Beträge übersteigen**, für die beste Lösung.

Die Möglichkeit des § 266 Abs 2 Satz 2 ABGB noch eine weitere Entschädigung aus dem öS 130.000,- übersteigenden Vermögen zu beantragen, erachten wir ohne die Einschränkung auf die Fälle, in denen sich ein Sachwalter "besonders verdient gemacht hat" für sinnvoll. Damit wäre eine sozial verträgliche Entschädigungsregelung getroffen, die der notwendigen gesetzlichen Determinierung, sowie dem Aspekt des § 21 ABGB ausreichend Rechnung trägt.

Die Bewertungsgrundlage für Liegenschaftsvermögen sollte jedenfalls klargestellt werden (Verkehrswert, Einheitswert).

Aufwandersatz

Anmerkung zu § 267 ABGB:

Die Bestimmung des § 267 Abs 2 ABGB, dass Barauslagen und Aufwendungen vom Betroffenen nur soweit zu erstatten ist, "soweit sie nach den gesetzlichen Vorschriften nicht von Dritten getragen werden", lässt die Frage offen **wer hier als Dritter** in Frage kommt:

Kann es sich hier auch um den vom Bundesminister für Justiz gegenüber den Sachwaltervereinen gemäß § 8 Vereinessachwalterschafts- und Patientenanzwaltschaftsgesetz ersetzten Aufwand handeln? Bereits bisher wurde häufig mit den Gerichten diskutiert, ob Sachwaltervereine Belohnung und Barauslagenersatz beantragen können, wenn doch der Bund den Aufwand aufgrund gesetzlicher Bestimmungen (VSPAG) trägt.

Die Regelung des § 267 Abs 2 ABGB sollte jedoch nicht "jedenfalls" stattgreifen, hier ist zumindest eine **Härteklausele** in Anlehnung an die Sozialhilfegesetze erforderlich. Wir möchten auf die vielen lediglich über ein Sozialhilfetaschengeld verfügenden Klienten aufmerksam machen, denen dieses Taschengeld (zwischen öS 667,- und öS 1.270,-) zur Deckung bescheidenster persönlicher Bedürfnisse gewährt wird. Die Tragung der baren Auslagen des Sachwalters, etwa der Reisekosten, wird nicht realisierbar sein.

Zur Veranschaulichung folgende Berechnung:

Der Klient lebt in einer Institution, die 50 km entfernt ist und mit einem zumutbaren Zeitaufwand öffentlich nicht erreichbar ist. Das KM-Geld beträgt derzeit ÖS 4,90, ein einziger Besuch würde somit ÖS 490,- an nicht realisierbaren Barauslagen mit sich bringen. Auch diese Möglichkeit muss in § 267 Abs 2 ABGB ausdrücklich Berücksichtigung finden.

Wir möchten auch hier, wie zu § 266 ABGB, ausdrücklich betonen, dass das richterliche Ermessen determinierbar sein muss.

Wie bereits angeführt, wird die Gewährung von Vorschüssen für künftige Entgelt-, Entschädigungs- und Aufwandersatzansprüche von den Vereinen für Sachwalterschaft abgelehnt, weil im Falle der Beibehaltung jährlicher Rechnungslegungstermine keine Notwendigkeit besteht, solche Vorschüsse zu gewähren. Solche Ansprüche setzen ohnehin eine Rechnungslegung voraus, weil sonst keine Kriterien für die Festlegung der Höhe solcher Ansprüche nachgewiesen werden können.

Würden Vorschüsse allenfalls zu Unrecht gewährt, stellte sich wieder die Frage nach einer möglichen Amtshaftung.

10. Haftung und Verjährung

Anmerkung zu §§ 264, 265 ABGB:

Wie bereits in der Stellungnahme zum Diskussionsentwurf 2 des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes angesprochen, begrüßen die Vereine, dass die Probleme der bisher in der Praxis aufgetretenen Haftungsfälle im Entwurf berücksichtigt werden.

Diese für die "privaten" Sachwalter erfreuliche Lösung der Haftungsproblematik führt jedoch bei den unter Sachwalterschaft stehenden Personen zu einer gekürzten Schadenersatzleistung.

Die Vereine regen daher den Abschluss einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für alle Sachwalter in Form einer Rahmenpolizze an.

Vorstellbar wäre, dass die Versicherungsprämie zur Hälfte vom Bund, zur Hälfte vom Sachwalter aus dem Vermögen des Betroffenen als Barauslage bezahlt würde. In den Erläuterungen zu den gesetzlichen Bestimmungen betreffend den Ersatz der Barauslagen, sollte darauf hingewiesen werden, dass die Versicherungsprämie für die Vermögensschadenhaftpflichtversicherung als zu ersetzende Barauslage anerkannt ist.

Ein entsprechender Lösungsvorschlag hinsichtlich des Abschlusses einer verpflichtenden Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für alle Sachwalter in der vorgeschlagenen Form könnte in Zusammenarbeit mit dem Österreichischen Versicherungsverband erarbeitet werden.

Anmerkung zu §§ 1489, 1495 ABGB:

Ergänzend zu der neuen Formulierung des § 1495 ABGB möchten wir auf die Bestimmung des nicht geänderten § 1489 ABGB hinweisen und festhalten, dass auch diese Bestimmung bei der Bemessung der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche zwischen dem Betroffenen und dem Sachwalter relevant ist. Die Erläuternden Bemerkungen (S. 39) lesen sich jedoch anders und stehen aus Sicht der Vereine in einem Widerspruch zu den Erläuternden Bemerkungen zu § 1495 ABGB, nach denen lediglich eine terminologische Anpassung, aber keine inhaltliche Änderung eintreten soll.

Wir meinen, dass eine Zusammenschau dieser Bestimmungen in der Praxis bedeutet, dass die Frist für Schadenersatzansprüche während des Bestehens einer Sachwalterschaft zwischen dem Betroffenen und dem jeweiligen Sachwalter gem § 1495 ABGB nicht verjähren kann, sondern gehemmt ist. Die dreißigjährige Verjährungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt der Beendigung des Sachwalterschaftsverhältnis zwischen dem Betroffenen und dem jeweiligen Sachwalter. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt jedoch erst dann, wenn der Schaden und die Person des Beschädigers dem Beschädigten bzw. dessen neu bestellten Sachwalter bekannt wurden.

Wir würden daher um eine entsprechende Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen ersuchen.

11. Verfügung und Ersatz gesetzlich vorgesehener Einwilligungen und Zustimmungen durch das Gericht

Anmerkung zu § 176 ABGB:

Die Rechtsprechung zum Sachwalterrecht ist über die Grundsätze der neuen Formulierung des § 176 ABGB bereits hinausgegangen (EvBl 1988/85 = OGH 21.10.1987, 8 Ob 652/87 sowie LG Feldkirch 21.2.1996, 2 R 48/96). In diesen Entscheidungen wird festgestellt, dass die fehlerhafte Willensbildung einer Person bei Besorgung ihrer Angelegenheiten nur durch die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters, und zwar eines Sachwalters, substituiert werden kann. Die Einwilligung eines entscheidungsunfähigen Patienten kann nicht durch das Pflgerschaftsgericht ersetzt werden. Aufgrund zahlloser Probleme in der Praxis bei Auseinandersetzungen wünschen wir uns eine Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen, ob an eine sinngemäße Anwendung des neuen § 176 ABGB im Sachwalterrecht gedacht ist.

12. Von der Obsorge einer anderen Person

Anmerkung zu §§ 187 f ABGB:

Eine Pflicht zur Übernahme der Obsorge trifft nach dem Wortlaut des § 189 ABGB nun alle "geeignet" erscheinenden Personen. Die in den Erläuternden Bemerkungen getroffene Einschränkung auf die "Verpflichtetende Übernahme der Obsorge nur durch Personen mit besonderen Fachkenntnissen" deckt sich unserer Meinung nach mit dem Gesetzeswortlaut nicht. Grundsätzlich ist jedoch festzuhalten, dass der

"Zwang" zur Übernahme der Obsorge, bzw. einer Sachwalterschaft in jedem Fall nicht im Interesse des Behinderten wäre.

Änderungsvorschlag: Für die Übertragung der Obsorge bzw. der Sachwalterschaft wäre die **Zustimmung** der geeignet erscheinenden Person wünschenswert. Ein zwangsweise Verpflichteter wird seinem Auftrag kaum gerecht werden können. Insbesondere im Hinblick auf den Wegfall der Entschuldigungsgründe wäre eine genauere Ausführung des Begriffs der "Unzumutbarkeit" in § 189 ABGB von besonderer Bedeutung.

13. Sachwalter-Urkunde

Anmerkung zu § 185a Abs 1 AußStrG:

Diese Bestimmung lesen wir so, dass als Ausgleich zum weggefallenen § 206 ABGB (Urkunde) nun in § 185a Abs 1 AußStrG auch für den Sachwalter die Möglichkeit geschaffen wurde, auf Verlangen eine Urkunde über seine Bestellung zu erhalten. Eine diesbezügliche Klarstellung in den Erläuternden Bemerkungen würden wir begrüßen, da die Urkunde über die Sachwalterbestellung einen unverzichtbaren Arbeitsbehelf darstellt.

14. Zeugnisverweigerungsrecht

Anmerkung zu § 321 Abs 1 Z 1 ZPO:

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass aus § 373 Abs 1 ZPO abzuleiten ist, dass der gesetzliche Vertreter eines Pflegebefohlenen als Partei einzuvernehmen ist. Das Gericht kann zusätzlich die Einvernahme des Pflegebefohlenen anordnen. Daraus wäre abzuleiten, dass § 321 ZPO in Verfahren, in denen der Behinderte Kläger oder Beklagter ist und durch den Sachwalter als gesetzlicher Vertreter bzw. einem von diesen beauftragten Anwalt vertreten wird, nicht anzuwenden ist.

Dennoch ist § 321 Abs 1 Z 1 ZPO in der Fassung des Entwurfs für den Sachwalter nicht bedeutungslos. Diese Bestimmung regelt die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung, wenn die Aussage zur Schande reichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung herbeiführen würde. In dieser Bestimmung wird weiters detailliert ausgeführt, in welcher Person diese oben angeführten nachteiligen Auswirkungen eintreten müssen. Dies ist einerseits der Fall, wenn der Zeuge sich durch seine Aussage selbst belasten würde und andererseits, wenn die Schande oder die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung eine "mit der Obsorge für ihn (d.h. für den Zeugen) betraute Person betrifft". Die neue Formulierung bedeutet wohl, dass der Klient die Aussage verweigern kann, wenn er als Zeuge durch seine Aussage die mit seiner Obsorge betraute Person, also den Sachwalter, in der beschriebenen Weise belasten würde. Eine solche Situation könnte beispielsweise eintreten, wenn der Sachwalter in eigener Person einen Prozess mit einem Dritten führt und der Klient in diesem Verfahren als Zeuge aussagen soll.

Im Gegensatz zu der bisherigen Formulierung des § 321 Abs 1 Z 1 ZPO würde es nun nach dem Wortlaut der Formulierung des KindRÄG an der Reziprozität des Zeugnisverweigerungsrechtes im Verhältnis zwischen Sachwalter und Betroffenen fehlen. In der neuen Formulierung ist geregelt, dass der Zeuge die Aussage verweigern kann, wenn er als Pflegekind seine Pflegeeltern oder als Pflegeeltern sein Pflegekind belasten würde. Im Bereich der Sachwalterschaft ist jedoch diese wechselseitige Konstellation nicht ausdrücklich geregelt. Geregelt ist nur der Fall, dass der Klient die Aussage verweigern kann, wenn er seinen Sachwalter belasten würde, nicht jedoch der Fall, wenn der Sachwalter durch seine Aussage seinen Klienten belasten würde. Nach der neuen Formulierung des § 321 Abs 1 Z 1 ZPO könnte der Fall eintreten, dass der Sachwalter mangels Zeugnisverweigerungsrecht durch seine Aussage seinen Klienten belasten müsste.

Wir ersuchen daher um Korrektur der Formulierung im neuen § 321 Abs 1 Z 1 ZPO, damit das Recht des Sachwalters, die Zeugenaussage zu verweigern, sollte er mit seiner Aussage den Betroffenen belasten, nicht irrtümlich wegen der laut den Erläuternden Bemerkungen erforderlichen Anpassung an die neue Terminologie im neuen Kindschaftsrecht verloren geht.

