

JUSTIZ**REPUBLIK ÖSTERREICH
LANDESGERICHT ST. PÖLTEN
DER PRÄSIDENT**

Jv 2866/16 b-26

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Schießstattring 6
3100 St. PöltenTel: +43 (0)2742 809-203, 204
Fax: +43 (0)2742 809-882

Sachbearbeiterin: VB Birgit Ramler

An das
Bundesministerium für Justiz
Wien

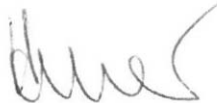
im Wege
des Herrn Präsidenten
des Oberlandesgerichtes Wien

Betrifft: 2. Erwachsenenschutz-Gesetz

Bezug: BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016

In der Anlage wird die Stellungnahme des RiLG Dr. Roland Brenner zum Entwurf des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes im Dienstweg vorgelegt.

Landesgericht St. Pölten
St. Pölten, 5. September 2016
In Vertretung
HR Mag. Andrea Humer, Vizepräsidentin



Stellungnahme im Begutachtungsverfahren zum Entwurf des 2. Erwachsenenschutzgesetzes

Das vorgeschlagene Gesetz stellt einen wesentlichen Paradigmenwechsel von „mehr Schutz und Rechtssicherheit“ zu „mehr Unabhängigkeit“ dar. Ob dadurch den Bedürfnissen der betroffenen Personen einerseits, aber auch den Bedürfnissen der Gesellschaft andererseits adäquat Rechnung getragen wird, bleibt abzuwarten.

Aufgrund der tiefgreifenden Eingriffe in das bestehende System und den Umfang der Regelung ist es innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich, auf alle Details der Regelung einzugehen und einen Überblick über die Auswirkungen einzelner Änderungen zu gewinnen; es kann daher nur eine „stichprobenartige“ punktuelle Stellungnahme erfolgen.

Es kann derzeit nicht abgeschätzt werden, ob die beabsichtigte Zurückdrängung der Sachwalterschaft (bzw. nunmehr Erwachsenenvertretung) und damit sicherlich auch bezweckte Entlastung der öffentlichen Hand durch eine Vielzahl an gerichtlichen Sachwalterschaftsverfahren nicht durch eine wesentlich größere Zahl an schwierig zu führenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren von Personen, deren Verfahrenshandlungen bislang nicht wirksam waren, die nunmehr aber sehr wohl selbst wirksame Verfahrenshandlungen setzen können, Anleitungen oder Belehrungen jedweder Art aber nicht zur Kenntnis zu nehmen in der Lage sind, mehr als ausgeglichen werden. Dabei soll nicht übersehen werden, dass auch das Sachwalterschaftsverfahren bisher schon ausschließlich dem Wohl der Betroffenen und nicht dem Schutz von Verfahrensgegnern, Gerichten und Verwaltungsbehörden vor „Querulanten“ dienen durfte; allerdings setzen sich Personen, die, oft mit hohem Aufwand, nach menschlicher Voraussicht aussichtslose Verfahren in die Wege leiten, dadurch nicht selten selbst der Gefahr aus, massiven Kostenbelastungen ausgesetzt zu sein, die ihre Lebensbedürfnisse gefährden. Ob der Genehmigungsvorbehalt in § 243 Abs. 2 ABGB (der freilich auch wieder einigen Begründungsaufwand voraussetzt) dafür eine adäquate Abhilfe darstellt, bleibt abzuwarten.

Ebenso fraglich ist, ob der Genehmigungsvorbehalt ausreicht, um Abhilfe in jenen Fällen zu schaffen, in denen z.B. unter Einfluss einer manischen Phase oder auch nur besonders leichter Beeinflussbarkeit Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, die letztlich die wirtschaftliche Lage der betroffenen Personen gefährden. Insbesondere dem Bedürfnis möglicher Geschäftspartner nach Klarheit über die Wirksamkeit abgeschlossener Rechtsgeschäfte tragen die vorgeschlagenen Regelungen wenig Rechnung. Es wird sich zeigen, inwieweit potentielle Vertragspartner überhaupt bereit sind, Rechtsgeschäfte bei bestehender Erwachsenenvertretung abzuschließen – und in wie vielen Fällen es dann

letztlich zur Anfechtung derartiger Rechtsgeschäfte wegen fehlender Entscheidungsfähigkeit kommen muss (mit entsprechend aufwändigen Gerichtsverfahren).

§ 242 Abs. 2 der vorgeschlagenen Regelung geht über § 281 Abs. 2 der geltenden Fassung insoweit hinaus, als die Äußerung bisher zu berücksichtigen war, wenn sie dem Wohl der betroffenen Person „nicht weniger entspricht“, während nun nur eine Gefährdung dazu führt, dass der entgegenstehende Wille des Vertretenen übergangen werden darf; unklar bleibt allerdings (in der neuen wie in der alten Fassung), wer darüber in welcher Form zu entscheiden hat, insbesondere in den Fällen, in denen gar kein gerichtliches Verfahren anhängig ist (etwa bei Vorsorgevollmacht oder gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertretung). Für die Vertreter entsteht durch die Regelung hoher Druck: einerseits dürfen sie sich nur bei Gefährdung über die Wünsche des Vertretenen hinwegsetzen, andererseits drohen bei Nachteilen für den Vertretenen Schadenersatzforderungen.

Die Regelung des § 241 Abs. 2 wird nur dadurch verständlich, dass § 246 Abs. 3 die Möglichkeit einer gerichtlichen Beendigung der Vorsorgevollmacht als „Notbremse“ und § 263 ABG die Verweigerung der Eintragung bei Bedenken vorsieht. Die bisherigen Erfahrungen in der Praxis mit Vorsorgevollmachten sind nämlich durchaus problematisch: Vorsorgevollmachten tauchen häufig in jenen Konstellationen auf, in denen ein Teil der Verwandtschaft des Vertretenen gegen den anderen Teil sich einen Machtkampf liefert – und dabei häufig nicht unbedingt in den Händen derer, die wirklich die Interessen des Vertretenen in einer objektiv für diesen günstigen Weise wahrnehmen wollen, sondern in Händen jener, die erkennbar Eigeninteressen verfolgen und sich dabei die Beeinflussbarkeit des zu Vertretenden zunutze machen. Immer wieder kann auch beobachtet werden, dass Vorsorgevollmachten – auch vor Angehörigen der Rechtsberufe – zu einem Zeitpunkt errichtet werden, zu dem die Fähigkeit zur Vollmachtserteilung nicht mehr gegeben war. Fraglich bleibt, im Rahmen welchen Verfahrens das Gericht das Erlöschen einer Vorsorgevollmacht festzustellen hat, steht doch § 241 Abs. 2 an sich einem Verfahren auf Bestellung eines Erwachsenenvertreters entgegen, wenn eine Vorsorgevollmacht besteht. Eine Harmonisierung kann wohl nur so erfolgen, dass § 241 Abs. 2 nicht die Einleitung des Verfahrens, sondern nur die Bestellung des (dauerhaften) Erwachsenenvertreters hindert; stellt sich im Verfahren heraus, dass der Vorsorgebevollmächtigte nicht oder nicht im Sinne der zu vertretenden Person tätig wird, so ist zunächst das Erlöschen der Vorsorgevollmacht auszusprechen, und erst dann ein Erwachsenenvertreter zu bestellen; allenfalls könnte auch beides in einem Beschluss erfolgen. Die Bestellung eines einstweiligen Erwachsenenvertreters gem. § 120 AußStrG muss in dringenden Fällen auch vor Erlöschen der Vorsorgevollmacht möglich sein.

Grundsätzlich zu begrüßen ist die Regelung des § 244 Abs. 1 ABGB. Fraglich ist,

welche strafgerichtlichen Verurteilungen einen Vertreter als ungeeignet erscheinen lassen; in Betracht kommen hier wohl in erster Linie Vermögensdelikte, aber auch Nötigung oder gefährliche Drohung, möglicherweise auch vorsätzliche Körperverletzung.

Bei der Erwachsenenvertreterverfügung sollten die Formvorschriften jenen für Patientenverfügungen entsprechen, um einen Gleichklang der Regelungen herbeizuführen.

Die Regelungen über die Eintragung der Vorsorgevollmacht sind im Entwurf detaillierter als in der bestehenden Regelung und sollten mehr Schutz vor Missbrauch bieten. Einen gewissen Widerspruch scheinen § 260 und § 263 ABGB zu bieten, da § 260 ABGB ja auch die Möglichkeit der **Weitergeltung** der Vollmacht im Vorsorgefall vorsieht, das heißt die Vollmacht soll auch schon vor diesem Zeitpunkt gelten, eine Eintragung ins ÖZVV ist aber erst nach dessen Eintritt möglich. Dies ist wohl so zu verstehen, dass die Vollmacht bis zum Eintritt des Vorsorgefalles als normale Vollmacht gilt, die keiner Eintragung ins ÖZVV bedarf, ab Eintritt des Vorsorgefalles dann aber als Vorsorgevollmacht weitergilt, die dann eingetragen werden kann.

Der Entwurf regelt nach wie vor nicht eindeutig, ob die Eintragung der Vorsorgevollmacht und der gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung konstitutiv wirkt, oder nur deklarative Bedeutung hat. Die gewählten Formulierungen („ist“ bzw. „sind“ einzutragen) sprechen wohl für eine konstitutive Wirkung; allerdings formulierte auch § 284e Abs. 2 aF, dass der Angehörige seine Vertretungsbefugnis eintragen zu lassen „hat“, eine konstitutive Wirkung wurde daraus nicht abgeleitet.

Der Wirkungsbereich der gewählten und gesetzlichen Erwachsenenvertreter geht weit über den bisherigen Wirkungsbereich nächster Angehöriger hinaus; gleichzeitig wird der Kreis der in Betracht kommenden „nächsten“ Angehörigen beträchtlich (und wohl über das allgemeine Sprachverständnis hinaus) erweitert. Gleichzeitig fällt auf, dass § 265 und § 269 weitreichende **Vertretungsbefugnisse** vorsehen, obwohl der Entwurf in seinen §§ 241 und 242 doch von einer Zurückdrängung des Vertretungsmodells ausgeht.

Die Erweiterung der Befugnisse der gesetzlichen Erwachsenenvertreter einerseits und des Kreises der in Betracht kommenden Angehörigen andererseits ist vor allem auch deshalb problematisch, weil häufig im Familienkreis Uneinigkeit darüber besteht, wer für die zu vertretende Person in welchem Sinne tätig werden soll. Häufig sind Situationen zu finden, in denen z.B. der Übergeber vom Übernehmer von allen anderen Angehörigen regelrecht abgeschottet wird, und in denen der Übernehmer nicht unbedingt zum Wohl des Übergebers handelt (z.B. was die medizinische Versorgung, aber auch die Verwaltung seiner Einkünfte und seines Vermögens angeht). § 246 Abs. 3 bietet auch hier grundsätzlich Abhilfe; es gelten hier wohl die gleichen Überlegungen wie bei Erlöschen einer Vorsorgevollmacht.

Fraglich ist, in welchem Rahmen die Kontrolle der Vermögensverwaltung (§ 259)

erfolgen soll, wenn an sich bei Gericht gar kein Verfahren anhängig ist. Die Bestimmungen über die Rechnungslegung etc. im 10. Hauptstück des Außerstreitgesetzes gelten nach dem vorgeschlagenen Wortlaut des § 132 nämlich nur für Minderjährige, volljährige Personen mit einem **gerichtlichen** Erwachsenenvertreter, wenn dieser mit der Verwaltung des Vermögens (die Verwaltung des Einkommens wird dort gar nicht genannt) betraut ist, oder Personen, für die ein Kurator mit einem solchen Wirkungsbereich bestellt ist, daher e contrario nicht für Personen mit einem gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertreter; § 259 Abs. 2 sieht aber auch für diese eine Rechnungslegung gegenüber dem Gericht vor. Eine gerichtliche Kontrolle des Vorsorgebevollmächtigten sieht das Gesetz überhaupt nicht vor (außer im Wege des Erlöschens nach § 246 Abs. 3). § 132 AußStrG scheint auch insoweit zu eng gefasst, als er auch gerichtliche Erwachsenenvertreter, die zur Vertretung bei Rechtsgeschäften bestellt wurden, denen aber nicht die Vermögensverwaltung zukommt, nicht umfasst; für diese würde dann aber auch der nunmehrige § 132a AußStrG über die Genehmigung von Rechtshandlungen in der Vermögenssorge nicht gelten.

Ebenso unklar bleibt die verfahrensrechtliche Behandlung der Entscheidung über die Genehmigung von Vertretungshandlungen nach § 258 Abs. 3 iVm § 167 ABGB.

Meines Erachtens ist hier einfach die Fassung des § 132 zu eng geraten, die Bestimmungen des 10. Hauptstückes sollten wohl für all diese Genehmigungen und Kontrollmechanismen gelten.

Für die Verlegung des Wohnorts und medizinische Behandlungen enthält nunmehr § 131 AußStrG verfahrensrechtliche Grundlagen. Etwas problematisch ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass in der Regel dem Gericht bei Vorsorgevollmacht oder gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertretung keine Vorinformationen vorliegen, die eine Beurteilung der Lebenssituation, wie sie insbesondere für die dauerhafte Wohnsitzverlegung, unter Umständen aber auch für die Sinnhaftigkeit medizinischer Maßnahmen notwendig wäre, ermöglichen würden.

Der vom Gericht bestellte Erwachsenenvertreter soll noch mehr als bisher nur als „ultima ratio“ herangezogen werden. Bei psychisch Kranken, denen die Krankheitseinsicht fehlt, wird die Eintragung eines gesetzlichen Erwachsenenvertreters in der Regel am Widerspruch des zu Vertretenden scheitern (§ 268 Abs. 1 Z. 4), ebenso werden diese weder einen Vorsorgebevollmächtigten noch einen gewählten Erwachsenenvertreter bestellen, sodass in diesen Fällen wohl weiterhin kein Weg an der gerichtlichen Bestellung vorbei führen wird.

Warum für die Verwaltung des der in einer Pflegeeinrichtung untergebrachten Person verbleibenden Betrages kein Vertreter bestellt werden kann, ist nicht ganz einsichtig; man denke an den Fall eines Alkoholikers, der jeden ihm frei verbleibenden Geldbetrag sofort in Alkohol umsetzt. Da das HeimAufG Freiheitsbeschränkungen untersagt, steht ihm, solange er

mobil ist, dazu jede Möglichkeit offen. Er gefährdet dadurch aber nicht nur seine Gesundheit, sondern unter Umständen auch seinen weiteren Aufenthalt in der Pflegeeinrichtung, wenn er in alkoholisiertem Zustand entsprechend ungebührliches Verhalten an den Tag legt, und sein weiterer Aufenthalt daher den Mitbewohnern nicht zugemutet werden kann.

Ob die Regelung des § 275 Abs. 2 ausreicht, jene Rechtsanwälte und Notare, die ihren Kanzleibetrieb nicht vorrangig auf die Erwachsenenvertretung eingerichtet haben, zu entlasten, bleibt abzuwarten.

Besonders wichtig wäre es, die Vereine entsprechend finanziell und personell auszustatten, dass die anfallenden Vertretungen auch tatsächlich übernommen werden können und nicht dauernd Absagen mangels Kapazitäten erfolgen müssen.

Begrüßenswert ist, dass die Regelung über die Entschädigung, das Entgelt und den Aufwandsersatz für Erwachsenenvertreter und jene für sonstige Kuratoren entkoppelt wurden, da die bisherige Regelung für die meisten Fälle der Kuratel mangels regelmäßiger Einkommensverwaltung ungeeignet war. Ebenso begrüßenswert ist, dass in § 276 Abs. 2 die schon bisher in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für eine allfällige Erhöhung oder Minderung der Entschädigung ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen wurden. Bei § 276 Abs. 4 fällt auf, dass es nunmehr darauf ankommen soll, ob der vertretenen Person Verfahrenshilfe *gewährt* wurde, und nicht, wie bisher in § 276 Abs. 2 aF, darauf, ob die *Voraussetzungen* für die Bewilligung der Verfahrenshilfe vorlagen. Die seinerzeitige Formulierung wurde mit Bedacht gewählt, weil es immer wieder Fälle gab, in denen Sachwalter die Stellung eines Verfahrenshilfeantrages zum Nachteil der Betroffenen Person (bewusst?) unterlassen haben, obwohl die Voraussetzungen für die Gewährung der Verfahrenshilfe vorgelegen wären, und dann zum Teil beträchtliche Beträge an Entgelt im Sachwalterschaftsverfahren begehrten. Es sollte hier meines Erachtens an der bestehenden Regelung festgehalten werden.

In Abs. 5 wurde nunmehr die Formulierung gewählt, dass der Vertreter die *Erfüllung* der ihm zuerkannten Beträge nur insoweit fordern darf, als dadurch die Befriedigung der Lebensbedürfnisse der vertretenen Person nicht gefährdet wird. In § 276 Abs. 4 aF war demgegenüber davon die Rede, dass solche Ansprüche „nicht bestehen“. Der Wortlaut der alten Fassung erfasste daher meiner Auffassung nach (dass es zu dieser Frage divergierende Rechtsprechung gab ist mir bekannt) schon das Entstehen des Anspruches, nicht erst dessen Erfüllung (letzterer Auffassung war z.B. das LG Korneuburg). Die nunmehr gewählte Formulierung erfasst aber eindeutig erst die Erfüllung des Anspruches. Dies ist – gerade im Zusammenhalt mit der Intention des Gesetzgebers, Vertretungsverhältnisse auch zeitlich möglichst kurz aufrecht bestehen zu lassen – insoweit problematisch, als sich die Frage stellt, wie sich dieses „Erfüllung nicht fordern dürfen“ nach Aufhebung der gesetzlichen Erwachsenenvertretung auswirken soll. Nach der Rechtsprechung zum – insoweit unverändert gebliebenen - § 137 Abs. 2 AußStrG ist, wenn eine Entnahme aus dem

Vermögen des Betroffenen wegen Beendigung der Sachwalterschaft oder mangels hinreichenden Vermögens nicht möglich ist, ein Exekutionstitel zu schaffen (EF-Slg. 129.646). Das Vertretungsverhältnis kann über Jahre andauern, in denen dann jeweils mangels aktuellen Vermögens gleichsam „auf Vorrat“ ein Exekutionstitel geschaffen wird. Muss der bisher Vertretene den Umstand, dass auch nach Beendigung der Erwachsenenvertretung seine Lebensbedürfnisse gefährdet wären, dann, wenn noch dazu die über Jahre aufgestauten Entschädigungsansprüche auf einmal geltend gemacht werden, im Wege einer Klage nach §§ 35 ff EO geltend machen? Stellt § 276 Abs. 5 in der vorgeschlagenen Fassung dann einen „dauerhaften gesetzlichen Impugnationsgrund“ dar, es sei denn, der vormals Vertretene gelangt zu Vermögen? Dies erscheint wenig praktikabel und für die vormals Vertretenen mit einer großen Ungewissheit behaftet. Es wäre daher meines Erachtens sinnvoller, auf den Zeitpunkt der Entstehung des Entschädigungs-, Entgelts- oder Aufwandsersatzanspruches abzustellen, und – wie meines Erachtens schon bisher – schon das Entstehen des Anspruches zu verhindern (wobei man allenfalls hinsichtlich der Belastbarkeit zwischen Aufwandsersatz einerseits und Entschädigung und Entgelt andererseits differenzieren könnte).

Da die Entschädigungsansprüche nach § 276 ABGB nur dem gerichtlichen, nicht auch dem gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertreter zustehen, wird es wohl zahlreiche Fälle geben, in denen sich Personen bewusst nicht um eine gewählte oder gesetzliche Erwachsenenvertretung bemühen und sich lieber durch das Gericht bestellen lassen; ob sich der gewünschte Entlastungseffekt der Gerichte daher durch den Ausbau insbesondere der gesetzlichen Erwachsenenvertretung einstellen wird, darf daher bezweifelt werden.

Sowohl § 276 als auch § 283 beinhalten nunmehr auch eine Verpflichtung zur Abgeltung der Umsatzsteuer. Die Formulierung „der zu **entrichtenden** Umsatzsteuer stellt meines Erachtens klar, dass eine solche natürlich nur in Betracht kommt, soweit der bestellte Erwachsenenvertreter oder Kurator überhaupt Umsatzsteuer abzuführen hat. Dass sich daraus ein Nachteil für jene Vertretenen ergibt, deren gerichtlich bestellter Vertreter umsatzsteuerpflichtig ist, liegt auf der Hand.

Die nunmehr gewählte Konstruktion in § 283 macht Verbiegungen des Gesetzes, wie bei Verlassenschaftskuratoren im ersten Jahr den Nachlass als Einkünfte zu werten, überflüssig und ermöglicht eine angemessene Entschädigung.

§ 120 AußStrG nF enthält keine Regelung mehr hinsichtlich der Möglichkeit, vom Vertretenen selbst gesetzte Handlungen zu beschränken. Die bisherige Regelung war etwas kryptisch, da von den Gerichten häufig übersehen wurde, dass Beschränkungen der Rechtshandlungen des Betroffenen **ausdrücklich** angeordnet werden mussten; vielfach wurde angenommen, dass schon die Bestellung des einstweiligen Sachwalters an sich diese Wirkung habe (wodurch aber die Anordnung des Gesetzes in Satz 2 sinnlos und in ihr

Ergebnis verkehrt wäre). Die Neuregelung sieht seine solche Möglichkeit gar nicht mehr vor. Dies mag im Einklang mit der der grundsätzlichen Intention des Gesetzes stehen, eigene Handlungen der betroffenen Person soweit wie möglich wirksam bleiben zu lassen, bietet aber etwa im Fall eines „manischen Schubes“, in dem unkontrolliert Bestellungen getätigt oder Verfahren vom Zaun gebrochen werden, keinen ausreichenden Schutz.

Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass in § 121a AußStrG nunmehr die Beiziehung eines Sachverständigen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird. Die Notwendigkeit der Beiziehung von Sachverständigen auch in Fällen, in denen die Unfähigkeit der betroffenen Person zur Wahrung ihrer Rechte offenkundig war (z.B. nach Schlaganfall völlig unansprechbare Personen), war überschießend und verursachte viel unnötigen Verfahrensaufwand. Da auf Antrag der betroffenen Person (hier behält das Gesetz diesen Begriff bei) jedenfalls ein Sachverständiger zu bestellen oder mündlich zu verhandeln ist, ist ein Missbrauch wohl nicht zu besorgen. Aus § 128 AußStrG ist die Beiziehung eines Sachverständigen auf Antrag der betroffenen Person zwar verschwunden, über die „sinngemäße Anwendung“ der Bestimmungen über das Bestellungsverfahren und damit § 121a AußStrG bleibt dies jedoch erhalten. Etwas problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass – wie schon bisher – nach dem Wortlaut des Gesetzes auf Antrag des Betroffenen **immer** ein Sachverständiger beigezogen werden muss – auch wenn die Druckerfarbe auf dem Beschluss, mit dem der letzte Antrag auf Einstellung nach Einholung eines Gutachtens abgewiesen wurde, noch gar nicht getrocknet ist.

Etwas kryptisch erscheint die Bestimmung des § 126 Abs. 3 AußStrG. Sie kann wohl nur dahin verstanden werden, dass die Voraussetzungen für die Eintragung einer Vorsorgevollmacht, oder einer (gewählten oder gesetzlichen) Erwachsenenvertreter vom Rechtsanwalt, Notar oder Verein als zweifelhaft beurteilt und die Eintragung ins ÖZVV verweigert, vom Gericht aber als gegeben erachtet werden (weshalb die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreter nicht erforderlich und das Verfahren daher einzustellen ist). Fraglich ist, wer in diesem Fall die Eintragung ins ÖZVV vorzunehmen hat.

Problematisch an § 128 Abs. 1 erscheint, dass dieser nunmehr auch das Verfahren auf **Übertragung** der Erwachsenenvertretung einschließt. Nach der bisherigen Rechtsprechung galt insbesondere § 125 AußStrG nicht für die Umbestellung des Sachwalters; nach dem nunmehrigen Wortlaut des § 128 Abs. 1 ist fraglich, ob diese Rechtsprechung aufrecht erhalten werden kann. Dies wirft vor allem dann Probleme auf, wenn dem bisherigen Vertreter die Vertretung insbesondere wegen gegen die Interessen des Betroffenen verstoßenden Vertretungs- oder Vermögensverwaltungsmaßnahmen entzogen werden muss. Hat der Malversationen tätige bisherige Vertreter die Möglichkeit, das gesamte Instrumentarium der Rechtsmittelmöglichkeiten auszuschöpfen, vergehen unter Umständen Monate, bis

seinem Tun Einhalt geboten werden kann. Dies kann nicht im Sinne des Vertretenen sein. Es muss daher die Möglichkeit geben, einem solchen Beschluss auf Umbestellung sofortige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zuzuerkennen. Die Ratio des § 125 AußStrG liegt in erster Linie darin, dass eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person erst nach rechtskräftiger Beendigung eines ordnungsgemäßen Überprüfungsverfahrens Platz greifen soll – dies durchaus aus berechtigten grundrechtlichen Überlegungen. Für einen bloßen Wechsel der Person des Vertreters, der nicht mit einer (weiteren) Einschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person verbunden ist, gelten jedoch nicht die gleichen Überlegungen. Man denke weiters an den an sich harmlosen Fall des Todes des bisherigen Vertreters; auch in diesem Fall dürfte ein neuer Vertreter erst nach Rechtskraft der Übertragung der Vertretung an ihn tätig werden. In all diesen Fällen mit einem einstweiligen Erwachsenenvertreter nach § 120 AußStrG arbeiten zu müssen, erscheint wenig praktikabel.

Die bisherige Rechtslage, in der die Sachwalterbestellung häufig auch an den nächsten Angehörigen vorbeigegangen ist, ohne dass diese davon wussten, war sicher nicht unproblematisch. Die nunmehrigen erweiterten Verständigungspflichten und Mitwirkungsrechte der Angehörigen werden aber in vielen Fällen zu einer beträchtlichen Aufblähung des Bestellungsverfahrens und in diesem aufbrechenden Familienkonflikten führen.

Auf §§ 131 und 132 AußStrG wurde oben bereits Bezug genommen.

Begrüßenswert ist die Neuregelung in § 141 AußStrG, mit der einerseits die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung zur Einsicht für potenzielle Erben berücksichtigt, andererseits eine Grundlage dafür geschaffen wird, in einem Kindesunterhaltsverfahren, in dem die betroffene Person nach § 102 AußStrG Mitwirkungspflichten treffen, aber auch in einem Strafverfahren (etwa gegen den bisherigen Vertreter wegen ihm vorgeworfener Malversationen) ohne großen bürokratischen Aufwand Informationen weiterzugeben.

Die Änderungen des Ehegesetzes führen meinem Verständnis nach dazu, dass bei fehlender Entscheidungsfähigkeit die Ehe zwar nicht geschlossen werden darf (§ 1; und zwar auch nicht mit Zustimmung des Vertreters; auch eine Ersetzung der Zustimmung kommt nicht mehr in Betracht – Aufhebung der §§ 2 und 3). Wird die Ehe aber dennoch geschlossen, weil der Standesbeamte die fehlende Entscheidungsfähigkeit und damit Ehefähigkeit nicht erkennt, ist sie zwar nichtig; die Nichtigkeit kann aber ebenso wie Aufhebungs- und Scheidungsgründe gegen den Willen der betroffenen Person nur geltend gemacht werden, wenn ihr Wohl sonst gefährdet wäre (§§ 29, 39a und 47). Damit ist einerseits zwar der Abschluss der Ehe teilweise erschwert, sie gleichzeitig aber stärker in ihrem Bestand geschützt.

Die Aufhebung der §§ 51 und 52 EheG führt dazu, dass ein Ehepartner, dessen Partner zwar so schwer geisteskrank ist, dass eine Beziehung zu ihm praktisch unmöglich wird (z.B.

weil er seinen Partner nicht einmal mehr erkennt), aber in diesem Zustand keine ehewidrigen Handlungen setzt (und vielleicht auch gar nicht setzen kann, weil z.B. aufgrund einer Unterbringung gar keine Berührungspunkte bestehen), Scheidung nur nach § 55 EheG nach mehrjähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft verlangen kann, weil weder § 49 noch § 50 in Betracht kommt. In der Praxis kamen freilich Scheidungsbegehren nach § 51 EheG sehr selten vor, weil zumeist verzweifelt versucht wurde, das Scheidungsbegehren doch nach § 49 EheG durchzusetzen, um den drohenden unterhaltsrechtlichen Konsequenzen des § 61 Abs. 2 EheG zu entgehen. Scheidungsbegehren nach § 52 EheG kamen in der Praxis (trotz AIDS!) ebenfalls kaum vor.

Was die Bestimmungen über Erwachsenenschutzvereine betrifft, ist fraglich in welchem Verhältnis zueinander die Voraussetzung des § 2 Z. 2 und die Regelung des § 8 stehen. Ein allenfalls neu entstehender Verein wird noch keinen Anspruch auf Abgeltung von Leistungen haben; ohne solche ist aber eine nachhaltige Finanzierung nicht möglich. Ohne eindeutige Zusagen ist eine Budgeterstellung, die die Voraussetzungen des § 2 Z. 2 erfüllt, praktisch unmöglich; dies macht im Ergebnis die Gründung neuer Erwachsenenschutzvereine nahezu unmöglich.

Als problematisch könnte gesehen werden, dass dieselben Vereine einerseits die Beurteilung im Vorfeld leisten sollen, inwieweit ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter erforderlich ist (§ 4a iVm § 117a AußStrG), andererseits aber die Erwachsenenvertreter stellen (§ 3 Abs. 2 iVm § 274 Abs. 2 ABGB), und aus den Mitteln der betroffenen Personen zumindest zum Teil finanziert werden (§ 10 iVm § 276 ABGB). Es könnte der Eindruck entstehen, dass die Vereine eigene Zwecke verfolgen und die Notwendigkeit einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung bejahen, um dann selbst die Vertretung zu übernehmen und sich aus den Mitteln der Betroffenen zu finanzieren. Wenngleich aus der Wahrnehmung des Gerichtes die Vereine bei den jetzt schon eingeholten Clearingberichten sehr umsichtig vorgehen, und die Vereine mangels freier Kapazitäten auch in den Fällen, in denen die Bestellung eines Sachwalters befürwortet wurde, die Sachwalterschaft dann ohnedies nicht übernehmen konnten, ist aus der Sicht Betroffener ein entsprechend ungünstiger Eindruck, der dann auch die Zusammenarbeit mit dem bestellten Vertreter erschwert oder sogar unmöglich macht, nicht von der Hand zu weisen. Es sollte daher überlegt werden, die beiden Funktionen der Abklärung einerseits und der Übernahme der Vertretung andererseits nicht nur durch unterschiedliche, aber für denselben Verein tätige Personen, sondern überhaupt durch völlige Entkoppelung zu trennen. Es könnten – nach dem Vorbild der Familiengerichtshilfe – die mit der Abklärung befassten Personen mehr oder weniger direkt in den Justizbetrieb integriert werden, und damit auch nur jeder Anschein eines Handelns zum eigenen Vorteil vermieden werden.

§ 140h NotO iVm mit § 122 Abs. 2 AußStrG und §§ 263 Abs. 3, 267 Abs. 2 und 270

Abs. 2 ABGB weist meines Erachtens eine Lücke auf. Es bleibt unklar, wer für die Eintragung zu sorgen hat, wenn der Notar, Rechtsanwalt oder Erwachsenenschutzverein die Eintragung zunächst nach den genannten Bestimmungen des ABGB verweigert hat, weil er Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung der Vollmacht oder am Eintritt des Vorsorgefalles oder an der Eignung des Bevollmächtigten hat, das Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen aber im Sinne des § 122 Abs. 2 AußStrG bejaht. Nach § 140h Abs. 3 NotO kann das Pflschaftsgericht zwar die gerichtliche Erwachsenenvertretung (Abs. 1 Z. 4), das Erlöschen einer Vorsorgevollmacht, einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung (gemäß § 122 Abs. 3 AußStrG letzter Satz iVm Abs. 2 Z.3) oder die Beendigung aus anderen Gründen oder die Änderung einer Vorsorgevollmacht oder einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung (Abs. 2 Z. 4) eintragen, nicht aber das Wirksamwerden einer Vorsorgevollmacht, einer gewählten oder gesetzlichen Erwachsenenvertretung gemäß § 122 Abs. 3 erster Satz AußStrG.

Landesgericht St. Pölten

Dr. Roland Brenner