



1 Präs. 1620-2655/16a

**Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs  
zum Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das  
Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen Bürgerlichen  
Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz,  
das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und  
Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm,  
das Vereinschwalter-, Patientenanzwalts- und Bewohnerververtretungsgesetz,  
das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung,  
die Rechtsanzwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche  
Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz - 2. ErwSchG)**

**A) Grundsätzliche Bemerkungen:**

Die grundsätzliche Zielrichtung des Entwurfs, die Autonomie der betroffenen Personen zu stärken und deren Selbstbestimmung soweit wie möglich aufrecht zu erhalten, wird vom Obersten Gerichtshof begrüßt. Das Ziel, auf den Willen betroffener Personen in allen personen- und vermögensrechtlichen Belangen größtmögliche Rücksicht zu nehmen, sollte konsequent verfolgt und umgesetzt werden. Das Hauptaugenmerk der Neuregelungen sollte daher auf diesen Aspekt gerichtet sein. Kritisch sieht der Oberste Gerichtshof in diesem Zusammenhang, dass

- bei dringenden medizinischen Behandlungen der Wille der schutzberechtigten Person nicht ausreichend berücksichtigt und etwa nicht darauf abgestellt wird, ob ein gesetzlicher Vertreter rechtzeitig bestellt werden kann,
- die Bedeutung der Erwachsenenschutzvereine übermäßig betont wird und im Verfahren auf Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters deren Beziehung verpflichtend vorgesehen werden soll (obligatorisches Clearing),
- die Bedeutung des Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnisses (ÖZVV) in den Vordergrund gestellt wird und den Eintragungen – vor allem auch hinsichtlich der gesetzlichen und der gewählten Erwachsenenvertretung – konstitutive Wirkung beigemessen werden soll,
- für die betroffenen Personen ein erheblicher bürokratischer Aufwand und zum Teil enorme Kostenbelastungen geschaffen werden.

Den Ausgangspunkt für die vorgeschlagenen Neuregelungen bildet laut den Ausführungen in den Erläuterungen die große Zahl an Sachwalterschaften, die vermindert werden soll. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die im Entwurf vorgesehenen Alternativen für eine Unterstützung der betroffenen Personen leicht und praktikabel in Anspruch genommen werden können. Dies gilt vor allem für die gewählte und die gesetzliche Erwachsenenvertretung. Die vorgesehene konstitutive Wirkung der Eintragung in das ÖZVV stellt eine unnötige Hürde dar und führt voraussichtlich dazu, dass von diesen Instrumenten

kaum Gebrauch gemacht werden wird. Es wird empfohlen, die Eintragung in das ÖZVV nur mit deklarativer Wirkung auszustatten.

Das ÖZVV existiert bereits. Derzeit können darin alle einem Notar oder Rechtsanwalt vorgelegte Vorsorgevollmachten registriert werden. Ebenso kann registriert werden, ab wann eine Vorsorgevollmacht wirksam oder wenn sie widerrufen wird. In den Erläuterungen finden sich keine statistischen Angaben dazu, in welchem Ausmaß von derartigen Registrierungen bisher Gebrauch gemacht wurde. Es kann daher nicht verlässlich beurteilt werden, ob und inwieweit das ÖZVV in der Praxis angenommen wird. Eine bloß deklarative Wirkung der Eintragungen hat den Vorteil, dass ein möglichst guter Überblick über bestehende gesetzliche Vertretungen geschaffen werden kann, die wirksame Begründung von nicht-gerichtlichen Erwachsenenvertretungen aber nicht behindert wird.

Der vorliegende Entwurf ist von neuen Begrifflichkeiten geprägt. In dieser Hinsicht besteht die Notwendigkeit, die neuen Begriffe konsequent zu verwenden, was auch für die Erläuterungen gilt. Dabei sollte auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und der Rechtssprache Bedacht genommen werden. So ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und der Verständlichkeit unumgänglich, dass vor allem etwa der Begriff „Rechtsfähigkeit“ in allen rechtlichen Belangen dieselbe Bedeutung hat. Eine gesonderte Begrifflichkeit nur für die Belange der Erwachsenenvertretung wird abgelehnt.

Im Entwurf wird mehrfach angeordnet, dass in bestimmten Fällen die Zustimmung des Erwachsenenvertreters und (bei Dissens mit der schutzberechtigten Person) die Genehmigung des Gerichts erforderlich ist. Hier sollte generell zwischen „der Zustimmung des Erwachsenenvertreters“ und „der Genehmigung des Gerichts“ unterschieden werden. Aus diesem Grund sollte von „Zustimmungsvorbehalt“ anstatt von „Genehmigungsvorbehalt“ gesprochen werden.

Durch die vorgeschlagene Neuregelung vor allem der Erwachsenenvertretung kommt auf die Gerichte eine erhebliche Mehrbelastung zu. So sollen die gerichtliche und die gesetzliche Erwachsenenvertretung auf drei Jahre befristet sein. Nach Ablauf dieser Zeitspanne sind neuerliche Überprüfungen erforderlich. Zudem ist eine umfassende gerichtliche Missbrauchskontrolle vorgesehen. Ob es durch die Tätigkeit der Erwachsenenschutzvereine tatsächlich zu Vereinfachungen und Verkürzungen im Verfahren kommt, kann derzeit nicht verlässlich abgeschätzt werden.

Aufgrund dieser neuen Aufgaben und Anforderungen an Richter, Rechtspfleger und Kanzleibedienstete ist eine ausreichende Anzahl an zusätzlichen Planstellen erforderlich. Ohne verbindliche Zusagen im Hinblick auf die Bereitstellung der erforderlichen finanziellen Mittel und Einrichtung der neuen Planstellen kann der Entwurf nicht umgesetzt werden.

## **B) Zum Entwurf:**

Zu den einzelnen Bestimmungen in Entwurf nimmt der Oberste Gerichtshof gesondert wie folgt Stellung.

### **1. Zu Artikel 1 (ABGB):**

Zu § 21:

Abs 3: Mit der Wendung „Das Gesetz hat vorzusehen“ gibt sich der Gesetzgeber offenbar selbst einen Auftrag; dies führt zu einer Wortwiederholung („vorzusehen“ bzw „vorsehen“), ist zudem unnötig kompliziert und kann zu Missverständnissen Anlass geben. Der erwähnte

Vertreter soll – wie der Verweis auf § 1034 ABGB zeigen soll – ein „gesetzlicher“ Vertreter sein. Die Wendung „dies selbst vorsehen“ ist dann missverständlich. Auch solche Personen müssen beeinträchtigt sein. Andernfalls handelt es sich um ein Vollmachtsverhältnis einer voll handlungsfähigen Person, die nicht „schutzberechtigt“ ist.

Schutzberechtigte Personen sind

a) Minderjährige

b) Volljährige, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung ihre Angelegenheit nicht (ohne Gefahr eines Nachteils) selbst besorgen können.

Auch die zweite Gruppe sollte in § 21 vollständig genannt sein.

Hier wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Personen, die entweder minderjährig sind oder aufgrund einer psychischen Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigung ihre Rechte und Interessen nicht selbst wahren können, bedürfen eines gesetzlichen Vertreters (§ 1034). Diese Personen werden als schutzberechtigte Personen bezeichnet.

Zu § 24:

Zum Begriff „Entscheidungsfähigkeit“ ist in den Erläuterungen davon die Rede, dass sich dieser Begriff auf die Fähigkeit bezieht, sich durch eigenes Handeln zu berechtigten und verpflichten (Erl Seite 5). An anderer Stelle wird dieser Begriff auf die Fähigkeit, Rechtshandlungen vorzunehmen, bezogen (Erl Seite 9). Die Entscheidungsfähigkeit soll einen „Unterbegriff“ zur Handlungsfähigkeit darstellen und im Gewand der Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit oder Ehefähigkeit erscheinen. Diese Begrifflichkeit führt zu Abgrenzungs- und Verständnisschwierigkeiten; sie wird auch nicht konsequent verwendet.

Im Zusammenhang mit den Neuregelungen soll es unbestritten auf die Fähigkeit ankommen, aufgrund genügender Einsichtsfähigkeit gewisse Rechtshandlungen eigenständig vorzunehmen. Die Rechtshandlung tritt nach außen in Erscheinung. Der innere Vorgang, der zur Handlung führt, ist keiner Beurteilung zugänglich. Es kann auch nicht gesagt werden, dass in dieser Hinsicht stets bewusste „Entscheidungen“ getroffen werden.

Unbestritten und klar ist der Bedeutungsinhalt der Geschäftsfähigkeit und der Deliktsfähigkeit. Eine übergeordnete Kategorie für beide Formen der „Verpflichtungsfähigkeit“ in Gestalt der Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich. Der Begriff der Handlungsfähigkeit beschreibt in Wirklichkeit vielmehr jene Fähigkeit, die eine Person, die zur Besorgung ihrer Angelegenheiten keine Hilfe benötigt, von den schutzberechtigten Personen abgrenzt. So wird auch in den Erläuterungen (Erl 8) ausgeführt, dass nicht handlungsfähig ist, wer minderjährig ist oder aus anderen Gründen seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag.

Der Oberste Gerichtshof schlägt daher vor, den Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“ durch den Begriff der „Handlungsfähigkeit“ zu ersetzen und in den Erläuterungen klarzustellen, dass es sich bei den schutzberechtigten Personen um jene Personen handelt, die nicht handlungsfähig sind. Von der Handlungsfähigkeit ist die Geschäftsfähigkeit (Testierfähigkeit, Ehefähigkeit) sowie die Deliktsfähigkeit zu unterscheiden.

Zu § 141:

Die Überschrift „Handlungsfähigkeit in Abstammungsangelegenheiten“ stimmt mit der Eigendefinition der Handlungsfähigkeit des Entwurfs nicht überein, soll diese doch die Entscheidungsfähigkeit und Deliktsfähigkeit umfassen (Erl Seite 5), während in der Regelung tatsächlich nur die „Entscheidungsfähigkeit“ angesprochen wird.

Abs 1: Bereits diese Regelung zeigt die Schwierigkeiten bei der gebotenen durchgehend gleichsinnigen Verwendung des Begriffs der „Entscheidungsfähigkeit“ auf. Eine Person kann rechtswirksam handeln (dies wird in der Überschrift zutreffend als Handlungsfähigkeit bezeichnet), wenn sie entscheidungsfähig ist. Es wird somit in dieser Bestimmung selbst die Handlungsfähigkeit mit der Entscheidungsfähigkeit gleichgestellt. Derartige legistische Unsauberkeiten können vermieden werden, wenn – wie oben dargelegt und wie es auch der Überschrift der Norm entspricht – auf die „Handlungsfähigkeit“ abgestellt wird.

In Abs 1 Satz 4 ist geregelt: „Im Zweifel wird das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet.“ Gleichlautende Regelungen finden sich in Abs 2, § 173 Abs 1 und § 192 Abs 2 ABGB. Will man darin einen allgemeinen Grundsatz (Vermutung der Entscheidungsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen) erkennen, so könnte dieser als Satz 2 in § 24 ABGB aufgenommen werden. Dies würde mehrfache Wiederholung ersparen.

Abs 2: Die „Abstammungsfähigkeit“ ist in Wirklichkeit ein Fall der Geschäftsfähigkeit. Die Anordnung, dass der entscheidungsfähige (besser: handlungsfähige) Minderjährige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf, ist ausreichend. Der zweite Satz ist demnach entbehrlich.

Abs 4: Der erwähnte „Vertreter“ ist der „gesetzliche Vertreter“.

Zu § 146:

Es bleibt die Regelung über den Rechtsausschluss der (nunmehr) nicht entscheidungsfähigen Mutter (und der Rechtsnachfolger der Mutter) aufrecht. Auf die dagegen erhobenen, durchaus beachtlichen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. *Simotta*, Die Partei-, Geschäfts- und Verfahrensfähigkeit der Kindesmutter und ihrer Rechtsnachfolger in Abstammungsangelegenheiten, *Rechberger-FS* [2005] 580 ff; *dies*, Nicht einsichts- und urteilsfähige Kindesmütter – Keine Parteistellung in Verfahren betreffend die väterliche Abstammung ihrer Kinder (§ 82 Abs 2 AußStrG), in *Clavora/Garber*, Die Rechtsstellung von wirtschaftlich, sozial und gesellschaftlich Benachteiligten im Zivilverfahren (2012) 21 ff; *dies* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 108 JN Rz 63) wird trotz der hier gegebenen Gelegenheit nicht eingegangen.

Zu § 164:

Inhaltlich ist die Neuregelung in § 164 Abs 1 ABGB als rechtspolitisch nicht zu bewerten; die dadurch vorgenommene Klarstellung in einer mehrfach diskutierten Streitfrage ist aber zu begrüßen.

Zu § 173:

Zu § 173 Abs 1 ABGB (Zweifelsregel) s die Ausführungen zu § 141 Abs 1 Satz 4 ABGB.

Zu § 175:

Die Aufhebung der Bestimmung ist nach dem neuen Konzept konsequent. In den Erläuterungen dazu wird wiederum der Begriff „Handlungsfähigkeit“ verwendet, obwohl nach der Eigendefinition des Entwurfs (Erl Seite 5) damit nicht auch die Deliktsfähigkeit, sondern nur die Entscheidungsfähigkeit gemeint sein dürfte.

Zu § 192:

Zu § 192 Abs 2 ABGB (Zweifelsregel) s die Ausführungen zu § 141 Abs 1 Satz 4 ABGB.

Zu § 195:

Dem nicht entscheidungsfähigen volljährigen Wahlkind ein Vetorecht einzuräumen, ist zunächst eine rechtspolitische Wertung, die offenbar dem Ziel gesteigerter Selbstbestimmung geschuldet ist. Darauf deutet die Behauptung hin, dass „eine Gefährdung (...) für das volljährige potentielle Wahlkind mit der Unterlassung der Adoption nur selten verbunden sein dürfte“. Die Selbstbestimmung wird allerdings sehr weitgehend bevorzugt, indem auch auf das Erfordernis der „verständigen“ Äußerung verzichtet wird. Dass derartige Begriffe (wie im Übrigen auch jener des Kindeswohls) ein „Einfallstor für eigene Wertungen des Beurteilenden“ sein können, ist durchaus zutreffend, aber übliche Folge der Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriff, die im Rechtsmittelverfahren überprüfbar ist. Das Vetorecht verhindert in der vorgeschlagenen Form die Adoption selbst dann, wenn dieses Veto auf einer völligen Verkennung der Sach- und Rechtslage beruht und die Unterlassung der Adoption zugleich schwerwiegende persönliche und wirtschaftliche Nachteile für das mögliche Wahlkind hat.

Zu § 215:

Das Wort „Zahlungskonten“ sollte durch das Wort „Bankkonten“ ersetzt werden.

Zu § 218:

Abs 1: Hier sollte klargestellt werden, dass die Gewährung von Krediten gemeint ist.

Zu § 222:

Die Verwertungsmöglichkeit sollte auf die „Befriedigung der gegenwärtigen oder konkret abschätzbaren zukünftigen Bedürfnisse des Kindes“ beschränkt werden.

Zu § 223:

Hier sollte der Vorteil wie folgt konkretisiert werden: „... zum offenbaren finanziellen Vorteil des Kindes“.

Zum sechsten Hauptstück:

Der Hauptgegenstand der Neuregelungen besteht in der Einführung der Erwachsenenvertretung, zu der verschiedene neue Rechtsinstitute gehören. Die Vorsorgevollmacht bezieht sich demgegenüber nur auf einen Teilaspekt der Erwachsenenvertretung. Aus diesem Grund sollten die Regelungen zur Erwachsenenvertretung vorangestellt und die Regelungen zur Vorsorgevollmacht im Anschluss daran angeordnet werden.

Die Überschrift sollte daher lauten: „Von der Erwachsenenvertretung und der Vorsorgevollmacht.“

Zu § 241:

Abs 1: Mit der Wendung „wenn sie dies selbst vorsehen“ soll eine Bevollmächtigung angesprochen und ausgedrückt werden, dass eine schutzberechtigte Person auch einen bevollmächtigten Vertreter bestellen kann. Diese Frage ist anhand der Geschäftsfähigkeit zu prüfen und zu klären. Demgegenüber sollte in § 241 nur der gesetzliche Vertreter angesprochen werden. Zur Klarstellung könnte allenfalls als letzter Satz angefügt werden, dass die in Rede stehenden Personen bei Vorliegen von Geschäftsfähigkeit auch einen bevollmächtigten Vertreter bestellen können. Die inhaltlichen Regelungen sollten sich demgegenüber nur auf den gesetzlichen Vertreter beziehen.

Abs 2: Diese Bestimmung ist unklar gefasst. Hier sollte folgende Klarstellung erfolgen: „... bei Besorgung ihrer Angelegenheiten durch eigene Vorkehrungen ausreichend unterstützt

wird ...“. Die Hervorhebung der Vorsorgevollmacht ist entbehrlich; zumindest nach der Aufzählung in § 1034 handelt es sich auch bei dieser um eine Form der gesetzlichen Vertretung.

Die Aussage „kann“ kein Erwachsenenvertreter tätig werden, ist nicht ganz korrekt. Hier sollte wie folgt formuliert werden: „... darf kein Erwachsenenvertreter bestellt oder beigelegt werden.“

Zu § 242:

Der Erwachsenenvertreter sollte zuerst genannt werden.

Zu § 243:

Geht man mit den Erläuterungen (Seite 5) davon aus, dass die Handlungsfähigkeit die Entscheidungsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit umfasst, dann ist mit dieser Regelung wohl eher nur die Entscheidungsfähigkeit gemeint. In Wahrheit betrifft diese Bestimmung die Geschäftsfähigkeit. Dementsprechend wird in Abs 2 und 3 auf „Rechtsgeschäfte“ abgestellt. Die Überschrift sollte zur Klarstellung lauten: „Auswirkungen auf die materielle Geschäftsfähigkeit“.

Abs 1: Hier sollte wie folgt formuliert werden: „... wird durch eine Erwachsenenvertretung oder eine Vorsorgevollmacht grundsätzlich (Abs 2) nicht eingeschränkt.“

Abs 2: Es sollte zwischen „der Zustimmung des Erwachsenenvertreter“ und „der Genehmigung des Gerichts“ unterschieden werden. Aus diesem Grund sollte von „Zustimmungsvorbehalt“ anstatt von „Genehmigungsvorbehalt“ gesprochen werden.

Zu § 244:

Abs 2: Die Beschränkung sollte allgemein (mit 25 gesetzlichen Vertretungen) normiert werden. Von einer weiteren Liste (hier besonders geeigneter Rechtsanwälte oder Notare) sollte abgesehen werden (siehe dazu auch die zu Artikel 12 und 14 formulierten Bedenken). Auf diese Weise kann der Kritik der Volksanwaltschaft noch besser Rechnung getragen werden.

Was unter „Vertretungen zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit“ gemeint ist, bleibt unklar. Hier sollte zumindest klargestellt werden, dass es sich um Erwachsenenvertretungen und Vorsorgevollmachten handelt. Da auch eine einzelne Angelegenheit aufwendig sein kann, sollte auf diese Ausnahme allerdings verzichtet werden.

Abs 3: Die Konsequenzen der Errichtung einer „Erwachsenenvertreterverfügung“ bleiben in dieser Bestimmung unklar. Da der gesetzliche Erwachsenenvertreter angesprochen ist, sollte die Regelung nur bei diesem (§ 273) getroffen werden. Von einer konstitutiven Eintragung in das ÖZVV sollte in jedem Fall abgesehen werden.

In den Erläuterungen (Seite 21) heißt es, dass die eintragende Person, die Bedenken gegen das Vorliegen der Entscheidungsfähigkeit der volljährigen Person hat, die Eintragung abzulehnen und die Ablehnung im ÖZVV einzutragen hat. In einem späteren Verfahren über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreter wird dann für das Gericht durch Abfrage im ÖZVV aber wohl nicht – wie die Erläuterungen ausführen – die Erwachsenenvertreterverfügung, deren Eintragung ja abgelehnt wurde, sondern nur deren Ablehnung ersichtlich sein. Insofern wäre eine Klarstellung geboten.

Zu § 245:

Gegen die konstitutive Wirkung der Eintragungen der Erwachsenenvertretung und der Vorsorgevollmacht bestehen Bedenken. Diese Hürde könnte dazu führen, dass die

Instrumente der gesetzlichen und der gewählten Erwachsenenvertretung sowie der Vorsorgevollmacht in der Praxis nicht im erhofften Umfang wirksam werden.

Abs 4: Das Weiterbestehen der Vertretungsbefugnis trotz Eintritts der Handlungsfähigkeit konterkariert das Ziel der Achtung und Wahrung der Selbstbestimmung und steht mit den Anliegen des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderung nicht im Einklang. Bei einem Widerruf der Bevollmächtigung (gewählter Erwachsenenvertreter, Vorsorgevollmacht), einem Widerspruch gegen die Vertretung (gesetzliche Erwachsenenvertretung) oder einem Antrag auf Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung handelt es sich um Formalakte, die keine geeigneten Anknüpfungspunkte für die Beendigung der Vertretungsbefugnis darstellen.

Zu § 246:

Abs 1:

Z 1: „... oder des gesetzlichen Vertreters“

Z 2: „durch gerichtliche Entscheidung“

Z 3 und 4: Die Eintragungen in das ÖZVV sollten nicht konstitutiv sein.

Z 5: „... sofern die Erwachsenenvertretung nicht erneuert wird.“

Zu § 247:

Die „betroffene Person“ sollte durchgehend, sowohl im Gesetzestext als auch in den Erläuterungen, als „schutzberechtigte Person“ bezeichnet werden.

Der Hinweis auf die „Umstände des Einzelfalls“ ist entbehrlich.

Zu § 248:

Die vorgeschlagene Regelung in § 248 Abs 2 ABGB ist zu begrüßen. Eine bessere Kommunikation mit den Angehörigen stärkt das Vertrauen in die Gesetzmäßigkeit des Handelns eines „fremden“ Vertreters. Ebenfalls zu begrüßen sind die vorgesehenen Einschränkungen, die auf Wunsch bzw im Interesse des Vertretenen Platz greifen.

Zu § 249:

Abs 2: Es sollte die Bezugnahmen auf eine „angemessene Haftpflichtversicherung“ erfolgen. Das Wort „jedenfalls“ ist entbehrlich.

Zu § 250:

Abs 1 Z 3 sollte wie folgt formuliert werden: „eine Vertretung nach dem Gesetz nicht ausgeschlossen ist“.

Abs 2: Diese Bestimmung ordnet die Rechtsunwirksamkeit der Vertretungshandlung an, knüpft diese aber an Umstände, die nicht überprüfbar sind. Der Streitpunkt kann schon darin bestehen, was die schutzberechtigte Person zu erkennen gegeben hat und was der Empfänger (gesetzlicher Vertreter) verstehen musste oder nicht. Durch die Gegenausnahme im letzten Halbsatz wird die Regelung zusätzlich unbestimmt und nicht vollziehbar.

Wenn dem gesetzlichen Vertreter eine Vertretungsbefugnis zukommt, sollte dieser auch wirksam handeln können. Abs 2 sollte daher entfallen.

Abs 3: Die „wichtigen Angelegenheiten“ sollten zumindest demonstrativ (zB) aufgezählt werden.

Abs 5: könnte entfallen; er gibt nur die lex specialis-Regel wieder.

Zu § 252:

Abs 1: Eine volljährige, entscheidungsfähige Person ist nicht von den Regelungen zur Personensorge betroffen. Diese Bestimmung sollte daher entfallen.

Abs 2: Bestehen Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit (besser: Handlungsfähigkeit), so hat eine entsprechende Überprüfung zu erfolgen. Solange ein gesetzlicher Vertreter nicht bestellt ist, kann nur der Patient/die Patientin selbst handeln.

Abs 3: Obwohl sich die Regelung auf entscheidungsfähige Personen beziehen soll, ist von der „betroffenen Person“ die Rede.

Die ärztliche Entscheidung kann jedenfalls nur dann maßgeblich sein, wenn der Patient/die Patientin nicht anderweitig verfügt oder verfügt hat.

Zu § 253:

Abs 3: Die Zweifelsregelung (zwei Wochen) sollte entfallen. Die Ausnahme sollte nur in den dringenden Fällen gelten, die in Satz 1 dargelegt werden. Sollte ein gesetzlicher Vertreter nicht rechtzeitig bestellt werden können, so handelt es sich ebenfalls noch um eine dringende Angelegenheit. In einem solchen Fall sollte aber in jedem Fall versucht werden, rechtzeitig einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen.

In Abs 3 letzter Satz sollte iSd Rechtsklarheit – immerhin könnten daraus Haftungsfolgen resultieren – zweifelsfrei klargestellt werden, welche Person die Verpflichtung treffen soll, „das Gericht zur Bestellung eines Vertreters oder zur Erweiterung seines Wirkungsbereichs anzurufen“. Dazu ist auch in den Erläuterungen kein Hinweis enthalten.

Abs 4: Hier sollte nicht nur auf eine Patientenverfügung, sondern auf jede anderweitige Verfügung abgestellt werden.

Die Wendung „ohne Befassung eines Vertreters“ sollte zur Vermeidung von Missverständnissen entfallen.

Zu § 254:

Abs 3: Auf die Zweifelsregelung (zwei Wochen) sollte verzichtet werden.

Zu § 256:

Der Verweis auf § 255 Abs 2 genügt. Die Anordnung einer „sinngemäßen“ Geltung ist entbehrlich und widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Zu § 257:

Abs 1: Diese Bestimmung sollte entfallen. Eine volljährige, entscheidungsfähige Person ist nicht von der Personensorge betroffen.

Abs 2: Es sollte generell von „schutzberechtigter Person“ gesprochen werden.

Für die Ausnahme vom Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung hinsichtlich des Vorsorgebevollmächtigten ist keine sachliche Rechtfertigung erkennbar.

Zu § 258:

Abs 2: Statt dem Wort „Zahlungskonten“ sollte das Wort „Bankkonten“ verwendet werden. Die Anordnung einer „sinngemäßen“ Geltung ist entbehrlich und widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Abs 3: Die Anordnung einer „sinngemäßen“ Geltung ist entbehrlich und widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.



Abs 4: Der Verweis auf die sinngemäße Geltung der §§ 215 bis 221 ABGB widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Zu § 259:

Abs 2 letzter Satz: Bei einem derartigen Verdacht sollt eine zwingende Rechnungslegung vorgesehen werden („... so hat ihn das Gericht aufzufordern ...“).

Zu § 262:

Hier sollte klargestellt werden, dass die Vorsorgevollmacht schriftlich zu errichten ist.

Zu § 263:

Die Eintragung in das ÖZVV sollte nicht konstitutive Wirkung haben.

Zu § 265:

Abs 2: Hier sollte klargestellt werden, ob sich der Einschub „ – ausgenommen die Vertretung vor Gericht –“ nur auf die Anordnung des Einvernehmens, oder aber auf den Wirkungsbereich „Vertretung vor Gericht“ bezieht. Für eine Ausnahme in Bezug auf den Wirkungsbereich besteht kein Anlass. Der gewählte Erwachsenenvertreter sollte auch mit der Vertretung vor Gericht betraut werden können.

Abs 3 Z 1: Dementsprechend sollte dieser (Wirkungs-)Bereich wie folgt ergänzt werden: „Vertretung in Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren sowie die Vertretung vor den ordentlichen Gerichten“.

Abs 3 Einleitungssatz: In § 261 ist von „Arten von Angelegenheiten“, in § 265 Abs 3 von „Kreisen von Angelegenheiten“ die Rede. Die Diktion sollte einheitlich sein.

Zu § 266:

Hier sollte klargestellt werden, dass die Vereinbarung schriftlich zu errichten ist.

Zu § 267:

Die Eintragung in das ÖZVV sollte jedenfalls nicht konstitutive Wirkung haben.

Zu § 268:

Abs 1 Z 4: Ähnlich wie in § 264 sollte eine Willensäußerung der schutzberechtigten Person – und nicht nur das Fehlen eines Widerspruchs zur gesetzlichen Erwachsenenvertretung – erforderlich sein.

Zu § 269:

Abs 1 Z 1: Dieser (Wirkungs-)Bereich sollte wie folgt ergänzt werden: „Vertretung in Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren sowie die Vertretung vor den ordentlichen Gerichten“.

Zu § 270:

Der Eintragung in das ÖZVV sollte jedenfalls nicht konstitutive Wirkung zukommen.

Zu § 271:

Abs 1 Z 2: „dafür keinen gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreter hat“

Abs 1 Z 4: „eine gesetzliche Erwachsenenvertretung nicht besteht“

Zu § 274:

In dieser Bestimmung sollte klargestellt werden, dass jeweils der gerichtliche Erwachsenenvertreter gemeint ist.

Zu § 275:

Abs 1: Für die Bestellung eines Rechtsanwalts oder Notars sollte darauf abgestellt werden, dass vorwiegend besondere Rechtskenntnisse erforderlich sind.

Die „sonst besonderen Anforderungen“ (für die Bestellung eines Erwachsenenschutzvereins) sollten präzisiert werden.

Zu § 276:

Abs 1:

Nach dem Entwurf soll nur der gerichtliche Erwachsenenvertreter eine jährliche Entschädigung (zusätzlich zum Aufwandsersatz) erhalten. Die Heranziehung der Einkünfte als Bemessungsgrundlage erweist sich insofern als problematisch, als deren Höhe kein Indikator für den Umfang der erforderlichen Leistungen darstellt.

Hinsichtlich des Mehrbetrags wird auf das Vermögen abgestellt. „Einkünfte“ und „Vermögen“ sind nicht gleichbedeutend. Ob es sich dabei um gesonderte Bemessungsgrundlagen handelt, ergibt sich aus der vorgeschlagenen Regelung nicht. Hier sollte zumindest klargestellt werden, dass der Mehrbetrag das Vermögen betrifft und die Differenzierung „Einkünfte/Vermögen“ gewollte ist.

Die Zuerkennung eines Mehrbetrags lediglich in Abhängigkeit von der Höhe des Vermögens (und/oder der Einkünfte) erscheint sachlich nicht gerechtfertigt. Es besteht der Anschein, dass vermögende schutzberechtigte Personen kostenmäßig über Gebühr in Anspruch genommen werden sollen. Warum die Verbindlichkeiten das Vermögen nicht vermindern sollen, bleibt unverständlich, weil sogar über den wirtschaftlichen Wert, der der schutzberechtigten Person zur Verfügung steht, hinausgegangen wird.

Hinsichtlich der Umsatzsteuer sollte zur Klarstellung der Zusatz aufgenommen werden: „... sofern eine solche zu entrichten ist“.

Abs 2: Mit 5% der Einkünfte sollte das Auslangen gefunden werden. Auf die Erhöhung der Entschädigung nach Abs 1 sollte verzichtet werden. Die Wendung „besonders umfangreiche und erfolgreiche Bemühungen“ bleibt vollkommen unbestimmt.

Abs 3: Ein angemessenes Entgelt sollte nur für anwaltliche oder notarielle Vertretungsleistungen, die in den jeweiligen Tarifen vorgesehen sind, zuerkannt werden.

Zu § 277:

Abs 1: Das Wort „ausreichend“ sollte gestrichen werden, weil ansonsten selbst bei Bestellung eines Vertreters (einer abwesenden Person) eine inhaltliche Prüfung stattfinden müsste.

Abs 2: Auch Minderjährige zählen zu den schutzberechtigten Personen; deren Hervorhebung ist entbehrlich.

Zu § 280:

Abs 2: Die Bestimmung der Zahl von Kuratelen, die von einer Person übernommen werden können, ist vollkommen unbestimmt. Auch hier sollte – so wie in § 244 Abs 2 – eine konkrete Zahl normiert werden.

Zu § 281:

Der Verweis auf die „sinngemäße“ Geltung anderer Bestimmungen widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Zu § 282:

Der Verweis auf die „sinngemäße“ Geltung anderer Bestimmungen widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Zu § 283:

Zu dieser Bestimmung wird auf die Bemerkungen zu § 276 verwiesen.

Zu § 865:

Abs 3: Um einen Widerspruch zu § 243 zu vermeiden, sollte klargestellt werden, dass hier die materielle Geschäftsunfähigkeit gemeint ist („von materiell nicht geschäftsfähigen Volljährigen“).

Zu § 1034:

Abs 1 Z 3: Der Entwurf spricht unterschiedlich von Eintragung in das ÖZVV und (hier) von Registrierung. Nach dem Vorschlag des Obersten Gerichtshofs sollte der Eintragung (Registrierung) nicht konstitutive Wirkung zukommen.

Abs 2: Hier sollte von „durch Gerichtsentscheidung angeordnete gesetzliche Vertretung“ gesprochen werden.

## **2. Zu Artikel 2 (Ehegesetz):**

Zu § 1:

Abs 2: In dieser Bestimmung ist von „minderjähriger Person“ und vom „künftigen Ehegatten“ die Rede. Der weitere Begriff „Verlobter“ ist entbehrlich und sollte durch die „minderjährige Person“ ersetzt werden („... auf Antrag der minderjährigen Person“). Der Zusatz „der ihrer bedarf“ ist sodann entbehrlich.

Zu § 28:

Abs 1: Zur Klarstellung sollte es im ersten Satz lauten: „... so kann nur einer der beiden Ehegatten die Nichtigerklärung begehren.“

Zu § 40 und § 41:

In diesen Bestimmungen ist – so wie in der geltenden Fassung – auf die Geschäftsfähigkeit abzustellen, allerdings erscheint es systemkonform, hier an die Ehefähigkeit als besondere Form der Geschäftsfähigkeit anzuknüpfen.

Zu § 50:

Der Zusatz „seiner Auffassungs- und Urteilsgabe“ erscheint entbehrlich. Wie in den übrigen Bestimmungen genügt die Bezugnahme auf „eine psychische Krankheit oder eine vergleichbare Beeinträchtigung“.

### **3. Zu Artikel 4 (Namensänderungsgesetz):**

Zu § 1:

Abs 4: Hier bestehen ähnliche Bedenken wie zu § 250 Abs 2. Der Streitpunkt kann schon darin bestehen, was die schutzberechtigte Person zu erkennen gegeben hat und was der Empfänger (gesetzlicher Vertreter) verstehen musste oder nicht.

### **4. Zu Artikel 6 (AußStrG):**

Zu § 102:

Abs 3: Der Entwurf unterscheidet (an anderer Stelle) zwischen Kindern unter sieben Jahren und minderjährigen Personen. Hier sollte die Wendung „der minderjährigen Person“ verwendet werden.

Zu § 117:

Abs 2: zur Klarstellung sollte vom „gerichtlichen Erwachsenenvertreter“ gesprochen werden.

Zu § 117a:

Gegen die obligatorische Abklärung (Clearing) durch einen Erwachsenenschutzverein bestehen grundsätzliche Bedenken. Da es durchaus Fälle geben kann, in denen eine Abklärung zu keinem „Mehr“ an zweckdienlichen Informationen führt, sollte die Vornahme einer Abklärung durch einen Erwachsenenschutzverein in das Ermessen des Gerichts gestellt werden. Das Verfahren sollte daher mit der Beischaffung der Unterlagen und der Erstanhörung durch das Gericht beginnen.

Zu § 118:

Abs 2: Die Wendung „kommt nicht in Betracht“ sollte durch die Wendung „ist nicht zulässig“ ersetzt werden.

Zu § 119:

Der „Vertreter für das Verfahren“ könnte in der Überschrift treffender als „Verfahrensbeistand“ bezeichnet werden.

Zu § 119a:

Abs 3: In dieser Bestimmung soll in Wirklichkeit die „Zustellfähigkeit“ angesprochen werden. Stattdessen wird eine Regelung statuiert, die die Frage des Zugangs an sich, also das Einlangen der zuzustellenden Sendung in den Machtbereich des Empfängers, betrifft. Die Frage des Zugangs hat sich allerdings nach allgemeinen Regeln zu richten. Allenfalls könnte angeordnet werden, dass „die psychische Krankheit oder vergleichbare Beeinträchtigung den Eintritt der Zustellungswirkungen nicht hindert“.

Zu § 120:

Abs 3: Als „bereits eingesetzter Vertreter“ sind ein Vorsorgebevollmächtigter oder ein gewählter oder gesetzlicher Erwachsenenvertreter gemeint. Um widersprüchliche Verfahrenshandlungen und dadurch bedingte Verzögerungen im Verfahren zu vermeiden, sollte – wenn die Überprüfung durch einen einstweiligen Erwachsenenvertreter als erforderlich angesehen wird – jedenfalls angeordnet werden, dass bei nicht übereinstimmenden Anträgen und Verfahrenshandlungen jene des einstweiligen Erwachsenenvertreters maßgebend sind.

Zu § 120a:

Von der Anordnung der Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens, wenn dies von der betroffenen (schutzberechtigten) Person beantragt wird, sollte zur Vermeidung eines unnötigen Verfahrensaufwands abgesehen werden. Der Rechtsschutz ist ausreichend dadurch gewahrt, dass die gerichtliche Entscheidung über die Einholung eines Sachverständigengutachtens im Rechtsmittelweg überprüfbar ist.

Zu § 126:

Abs 1: Diese Bestimmung kann in der Praxis zu Problemen führen, weil sie zu weit gefasst ist. Es sollte jedenfalls auf die „aktenkundigen Ergebnisse des Verfahrens“ abgestellt werden.

Abs 2 und 3: Einmal ist von „Wirkungskreis“ und einmal von „Wirkungsbereich“ (vgl auch § 265) die Rede. Die Diktion sollte stets einheitlich sein.

Zu § 127:

Abs 4: Hier sollte besser wie folgt angeordnet werden: „... so entfällt die Verständigungspflicht.“

Zu § 128:

Überschrift: Hier fehlt die Bezugnahme auf die „Erneuerung“.

Abs 1: Das Wort „sinngemäß“ ist entbehrlich und widerspricht Punkt 59 der Legistischen Richtlinien 1990.

Zu § 129:

Von der Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens bei einem Antrag der betroffenen (schutzberechtigten) Person sollte abgesehen werden (vgl zu § 120a).

Zu § 131:

Abs 2: Nach dem Entwurf soll in den medizinischen Belangen der Abs 1 und 3 der Erwachsenenschutzverein zum besonderen Rechtsbeistand (besser: besonderen Verfahrensbeistand) zu bestellen sein, weil dieser in diesen Belangen besonders versiert sei. Warum dies gerade in den medizinischen Belangen, nicht aber auch in der Frage der Änderung des Wohnorts der Fall sein soll, ist nicht ersichtlich. In dieser Hinsicht solle ein Gleichklang zwischen den Abs 1 bis 3 bestehen.

Abs 3: Warum in dieser Bestimmung die obligatorische Beziehung von zwei Sachverständigen vorgesehen wird, ist nicht ersichtlich. Schon in Anbetracht der Kostenbelastung für die schutzberechtigte Person (Abs 4) sollte davon abgesehen werden. Abs 1 und 3 sollten nicht divergieren.

Zu § 132:

Z 2: In dieser Bestimmung ist von der „vertretenen Person“ die Rede. Im Entwurf sollte eine einheitliche Diktion verwendet werden. Die „vertretene Person“ oder die „betroffene Person“ sollte einheitlich als „schutzberechtigte Person“ bezeichnet werden.

Zu § 132a:

Abs 2: Von der Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens sollte abgesehen werden.

## **5. Zu Artikel 7 (ZPO):**

Zu § 1:

Abs 2: In dieser Bestimmung sollte klargestellt werden, dass die Prozessfähigkeit auch dann beschränkt ist, wenn die zu besorgende Angelegenheit in den Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters oder Vorsorgebevollmächtigten fällt.

Die Erläuterungen bleiben in diesem Punkt unklar und insofern (zumindest) missverständlich, als zunächst ausdrücklich nur auf den „Wirkungskreis“ (Wirkungsbereich) „Vertretung vor Gericht“ Bezug genommen wird.

## **6. Zu Artikel 9 (ESchuVG):**

Zu § 4e:

Die Höhe der Kosten sollte überdacht werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den betreffenden Leistungen um standardisierte Tätigkeiten handelt, die keinen besonderen Aufwand erfordern. Unterschiedliche Kostenbelastungen für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht einerseits und einer Erwachsenenvertreterverfügung andererseits sind nicht verständlich. Das Gleiche gilt für unterschiedliche Kosten für die Registrierung einer Vorsorgevollmacht und einer Erwachsenenverfügung einerseits und für die Registrierung des Wirksamwerdens einer Vorsorgevollmacht andererseits.

## **7. Zu Artikel 12 (Notariatsordnung):**

Die Einrichtung einer Liste iSd § 134 Abs 2 Z 16 NO ist unter den vorgeschlagenen Voraussetzungen eine überflüssige bürokratische Maßnahme ohne nachweisbaren Qualitätsgewinn. Die Eintragung in die Liste erfolgt allein nach eigener Einschätzung des Notars. Die Notariatskammer ist nicht verpflichtet, die Eignung des Notars bereits bei der Eintragung in die Liste zu prüfen. Die für die Eintragung in § 134a Abs 1 Z 1 bis 6 des Entwurfs aufgezählten „Voraussetzungen“ sind weitgehend substanzlose Selbstverständlichkeiten und vollkommen unbestimmt formuliert. Wenn durch eine solche Liste tatsächlich eine „besondere Eignung“ dokumentiert werden soll, sind dafür objektive und überprüfbare Qualitätsstandards (vor allem valide Nachweise von einschlägigen Ausbildungen; konkrete Anforderungen an personelle und technische Grundlagen) erforderlich, die vor der Eintragung überprüft werden müssen; für deren Vorliegen muss letztlich auch die Haftung übernommen werden.

Zu den „Voraussetzungen“ im Einzelnen:

Z 1: Wer über langjährige Erfahrung im Umgang mit beeinträchtigten Personen verfügt, belegt damit noch nicht, dass er dabei auch qualitativvoll gearbeitet hat.

Z 2: Eine professionelle, an den Erfordernissen eines zeitgemäßen Qualitätsmanagements ausgerichtete Organisation und eine entsprechende Infrastruktur sollte im Umgang mit beeinträchtigten Personen geradezu selbstverständlich sein und nicht schon für den Nachweis besonderer Eignung ausreichen. Im Übrigen wäre zu konkretisieren, was unter einer professionellen, an den Erfordernissen eines zeitgemäßen Qualitätsmanagements ausgerichteten Organisation zu verstehen ist.

Z 3: Die Wahrnehmung übernommener „Aufgaben entsprechend den gesetzlichen Vorschriften und den allgemein anerkannten fachlichen Standards zum Wohl der vertretenen Person“ ist absoluter Mindeststandard und gerade kein besonderes Qualitätsmerkmal.

Z 4: Mit der vertretenen Person ausreichend Kontakt zu halten, um über deren Wünsche, Bedürfnisse und Lebensverhältnisse informiert zu sein, ist wiederum Minimalanforderung

und kein besonderes Qualitätsmerkmal. Dies zeigen der vorgeschlagene § 244 Abs 2 ABGB, in dem diese Anforderung zutreffend für alle Vertreter angesprochen wird, sowie § 247 ABGB.

Z 5: Diese Voraussetzung ist unbestimmt; es müssen präzise Ausbildungsanforderungen gestellt und nachgewiesen werden.

Z 6: Dass der Notar die Mitarbeiter spezifisch fachlich aus- und fortgebildet sowie diese bei der Erfüllung der Aufgaben entsprechend anleitet und beaufsichtigt, ist neuerlich eine Anforderung, die einen selbstverständlichen Standard darstellen sollte.

### **8: Fehlender Artikel 13:**

Im Entwurf ist die Nummerierung der Artikel nicht durchgängig. Zwischen Artikel 12 und Artikel 14 fehlt ein Artikel 13.

### **9. Zu Artikel 12 (Rechtsanwaltsordnung):**

Zur Liste nach § 28 Abs 1 lit o RAO wird auf die Bedenken zu Artikel 12 verwiesen.

### **10. Zu den Erläuterungen:**

Die Erläuterungen wären an die inhaltlichen Vorschläge des Obersten Gerichtshofs zum Gesetzestext anzupassen. Allgemein ist zu bemerken, dass das Bestreben des Entwurfs unter anderem darin besteht, aus Gründen des persönlichen Respekts nur mehr von „psychischer Krankheit oder vergleichbarer Beeinträchtigung“ zu sprechen. Mit diesem Anliegen steht die Bezugnahme auf die Stammfassung und die dortige Aufzählung der Adressaten (Rasende, Wahnsinnige und Blödsinnige) nicht im Einklang. Diese Ausführungen sollten entfallen.

Wien, am 12. September 2016

**i.V. Dr. Lovrek**

Elektronisch gefertigt