



Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195  
1045 Wien  
T +43 (0)5 90 900-4282 | F +43 (0)5 90 900-243  
E [rp@wko.at](mailto:rp@wko.at)  
W <http://wko.at/rp>

via E-Mail: [team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)  
cc: [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom  
BMJ-Z4.973/0059-I 1/2016  
7.7.2016

Unser Zeichen, Sachbearbeiter  
Rp 747/16/AS/UG  
Dr. Artur Schuschnigg

Durchwahl  
4014

Datum  
7.9.2016

## Ministerialentwurf eines 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes - Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Übermittlung des Ministerialentwurfs eines 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes und geben zu diesem Entwurf nachstehende Stellungnahme ab:

Das grundlegende Ziel des 2. Erwachsenenschutz-Gesetzes, mit einer umfassenden Neugestaltung des Rechtsrahmens die Autonomie der Menschen, die nicht oder nur noch eingeschränkt in der Lage sind, ihre Angelegenheiten zu besorgen, mit einer vermehrten Orientierung an ihren Bedürfnissen, Wünschen und ihrem feststellbaren Willen zu fördern, ist grundsätzlich zu unterstützen.

Dieses Ziel sollte allerdings nicht für sich alleine verfolgt werden, sondern ist mit anderen Zielen der Rechtsordnung in bestmöglichem Ausgleich umzusetzen. Konkret ist aus Sicht der Wirtschaft besonders dem Schutz des Rechtsverkehrs, der (potentiellen) Vertragspartner, Rechnung zu tragen.

Bislang führt eine Sachwalterschaftsbestellung zu einer Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und kann eine betroffene Person innerhalb des Wirkungsbereiches ihres Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung grundsätzlich rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten. Dies gilt selbst dann, wenn die vertretene Person in einem „lichten Moment“ (lucidum intervallum) tatsächlich sehr wohl in der Lage wäre, die Bedeutung und die Folgen ihres Handelns im jeweiligen Zusammenhang zu verstehen und sich entsprechend zu verhalten.

Der konstitutive Verlust der Geschäftsfähigkeit tritt nach geltendem Recht auch dann ein, wenn der Sachwalter - contra § 268 Abs. 3 ABGB - für einen zu weiten Wirkungsbereich bestellt

wurde, etwa für alle Angelegenheiten, obwohl die betroffene Person noch einige Angelegenheiten selbst besorgen könnte (s. Materialien, 18).

Nach dem Gesetzesentwurf führt die Bestellung eines Vertreters nicht mehr konstitutiv zu einem Verlust der Geschäftsfähigkeit. Die gesetzliche Anordnung bedeutet nicht, dass die vertretene Person tatsächlich im Einzelfall handlungsfähig ist.<sup>1</sup> Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob diese Person entscheidungsfähig ist oder nicht. Eine Person kann für manche Arten von Rechtsgeschäften geschäftsfähig sein und für andere nicht („partielle Geschäftsfähigkeit“).

Nach dem vorgeschlagenen Konzept gilt daher das, was bisher vor der Bestellung oder außerhalb des Wirkungsbereichs eines Sachwalters galt und dort auch weiter gilt: Es muss im Einzelfall überprüft werden, ob die vertretene Person die in Frage stehende Rechtshandlung rechtswirksam vornehmen kann.

Der Rechtsverkehr wird durch diese Änderungen wesentlich tangiert, weswegen die rechtlichen und praktischen Auswirkungen auf den Rechtsverkehr im Detail zu überprüfen wären.

Aus den bestehenden Bestimmungen und den beabsichtigten Änderungen ergibt sich zur Geschäftsfähigkeit im Wesentlichen nachstehendes Bild:

a) Minderjährige unter sieben Jahren:

1. Sie sind grundsätzlich geschäftsunfähig (§ 170 Abs. 1).
2. Rechtsgeschäfte ausschließlich zu ihrem Vorteil sind rechtswirksam (§ 865 Abs. 2).
3. Rechtsgeschäfte, die altersüblich sind und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betreffen, sind mit Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam (§ 170 Abs. 3).

b) Minderjährige ab sieben Jahren bis unter 14 Jahren:

1. Sie sind grundsätzlich geschäftsunfähig (§ 170 Abs. 1).
2. Rechtsgeschäfte ausschließlich zu ihrem Vorteil sind rechtswirksam (§ 865 Abs. 2).
3. Rechtsgeschäfte, die altersüblich sind und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betreffen, sind mit Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam (§ 170 Abs. 3).
4. Die Wirksamkeit ihres rechtsgeschäftlichen Handelns setzt sonst die Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters - und allenfalls des Gerichts (§ 167 Abs. 3) - voraus. Der Vertragspartner ist an seine Vertragserklärung gebunden, bis die erforderlichen Genehmigungen erteilt werden - und wohl auch nicht mehr, wenn sie verweigert werden. Er kann eine angemessene Frist für die Entscheidung setzen (§ 865 Abs. 4 und 5).

c) Minderjährige ab 14 Jahren:

1. Sie sind grundsätzlich geschäftsunfähig (§ 170 Abs. 1).
2. Rechtsgeschäfte ausschließlich zu ihrem Vorteil sind rechtswirksam (§ 865 Abs. 2).

---

<sup>1</sup> Diesbezüglich sollte die Formulierung des § 243 Abs. 1 auch im Zusammenhang mit den diesbezüglichen Erläuterungen geprüft werden.

3. Rechtsgeschäfte, die altersüblich sind und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betreffen, sind mit Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam (§ 170 Abs. 3).
4. Über Sachen, die ihnen zur freien Verfügung überlassen worden sind, und über ihr Einkommen aus eigenem Erwerb können sie so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung ihrer Lebensbedürfnisse gefährdet wird (§ 170 Abs. 2).
5. Soweit nicht anderes bestimmt ist, können sie sich selbständig durch Vertrag zu Dienstleistungen verpflichten, ausgenommen zu Dienstleistungen auf Grund eines Lehr- oder sonstigen Ausbildungsvertrags. Der gesetzliche Vertreter des Kinds kann das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis aus wichtigem Grund vorzeitig lösen (§ 171).
6. Die Wirksamkeit ihres rechtsgeschäftlichen Handelns setzt sonst die Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters - und allenfalls des Gerichts (§ 167 Abs. 3) - voraus. Der Vertragspartner ist an seine Vertragserklärung gebunden, bis die erforderlichen Genehmigungen erteilt werden - und wohl auch nicht mehr, wenn sie verweigert werden. Er kann eine angemessene Frist für die Entscheidung setzen (§ 865 Abs. 4 und 5).

d) Volljährige sind grundsätzlich voll geschäftsfähig (Vermutung des § 865 Abs. 1).

e) Nicht geschäftsfähige Volljährige,

- die keinen Vertreter haben oder
- deren Rechtsgeschäft nicht in den Wirkungsbereich eines Vertreters fällt:
  1. Sie sind grundsätzlich geschäftsunfähig (§ 865 Abs. 3).
  2. Rechtsgeschäfte ausschließlich zu ihrem Vorteil sind rechtswirksam (§ 865 Abs. 2).
  3. Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die ihre Lebensverhältnisse nicht übersteigen, sind mit Erfüllung der den Volljährigen treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam (§ 243 Abs. 3).

f) Nicht geschäftsfähige Volljährige,

- die einen Vertreter mit einem das jeweilige Rechtsgeschäft umfassenden Wirkungsbereich haben:
  1. Sie sind grundsätzlich geschäftsunfähig.
  2. Rechtsgeschäfte ausschließlich zu ihrem Vorteil sind rechtswirksam (§ 865 Abs. 2).
  3. Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die ihre Lebensverhältnisse nicht übersteigen, sind mit Erfüllung der den Volljährigen treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam (§ 243 Abs. 3).
  4. Die Wirksamkeit ihres rechtsgeschäftlichen Handelns setzt sonst die Genehmigung ihres Vertreters - und allenfalls des Gerichts (Genehmigungsvorbehalt) - voraus. Der Vertragspartner ist an seine Vertragserklärung gebunden, bis die erforderlichen Genehmigungen erteilt werden - und wohl auch nicht mehr, wenn sie verweigert werden. Er kann eine angemessene Frist für die Entscheidung setzen (§ 865 Abs. 4 und 5).

Schon bisher war es im Rechtsverkehr mitunter nicht einfach festzustellen, ob und bejahendenfalls inwieweit der (potentielle) Vertragspartner Einschränkungen der an sich vollen Geschäftsfähigkeit unterworfen ist.

Weder der Gesetzesentwurf noch die Erläuterungen legen in allgemein klarer Weise dar, wie nun die Wahrnehmung der Geschäftsfähigkeit für den Rechtsverkehr tatsächlich praktisch handhabbar sein soll, obwohl dies für den jeweiligen (potentiellen) Vertragspartner von größter Bedeutung ist. Das Gesetz sieht keinen Schutz des Vertrauens in die gegebene Geschäftsfähigkeit vor. Eine noch größere Rechtsunsicherheit für die betroffenen Verkehrskreise ist zu befürchten.

Schon in der Vergangenheit ist es im Geschäftsverkehr immer wieder zu der Problematik gekommen, dass „besachwaltete“ Personen Aufträge erteilt haben, die Auftragnehmer von der Bestellung eines Sachwalters nichts wussten bzw. auch nicht wissen konnten. In weiterer Folge wurde das Rechtsgeschäft vom Sachwalter bestritten und aufgelöst, der Unternehmer blieb auf seinen Aufwendungen „sitzen“.

Zukünftig lässt die Bestellung des Erwachsenenvertreters/die Erteilung der Vorsorgevollmacht die (eingeschränkte) Geschäftsfähigkeit des Betroffenen unberührt. Der Betroffene kann also z.B. weiterhin über sein Konto und Depot verfügen, wobei das Risiko, ob die Entscheidungsfähigkeit und damit die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen für diese Dispositionen noch ausreicht, allein beim Vertragspartner liegt. Gleiches gilt, wenn der Betroffene Dispositionen des Erwachsenenvertreters widerspricht bzw. sie widerruft. Der Vertragspartner wird immer wieder mit der rechtlichen Problematik konfrontiert, ob die - im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehung abgegebene und damit nicht grundsätzlich unbeachtliche - Erklärung des Betroffenen wirksam ist.

Zudem soll die (auch den außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb erfassende) gerichtliche Erwachsenenvertretung nur subsidiär greifen. Vorrang haben sollen

- alle andere Formen der Unterstützung nach § 241, wobei dazu im Gesetz unklare Bezeichnungen (Gruppe von Gleichgestellten, betreutes Konto) verwendet werden, sowie
- die Vorsorgevollmacht, die gewählte und die gesetzliche Erwachsenenvertretung (alle beschränkt auf den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb).

Die Vielzahl der Vertretungsmöglichkeiten erschwert die Handhabung für die Vertragspartner und deren Mitarbeiter und erhöht die Fehleranfälligkeit.

Die Möglichkeit für das Gericht, die Vertreterbestellung mit einem Genehmigungsvorbehalt zu versehen, wird wenig Abhilfe bringen, weil sie nur bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung besteht und auch dort (so die Erläuterungen) nur im Ausnahmefall (Vermeidung der Gefahr für den Betroffenen, die aber ohnehin nicht gegeben ist, wenn es an der Geschäftsfähigkeit fehlt und daher die abgegebene Erklärung unwirksam ist) zur Anwendung kommen soll.

Probleme wird hier auch die Übergangsbestimmung in § 1503 Abs. 8 Z 10 aufwerfen, nach der die vor dem 1. Juli 2018 bestellten Sachwalter ab 1. Oktober 2018 als Erwachsenenvertretungen ohne Genehmigungsvorbehalt gelten, wenn bis dahin kein Genehmigungsvorbehalt ausgesprochen wurde.

Aus den angeführten Gründen sollte daher nochmals geprüft werden, ob nicht Lösungen möglich wären, in denen im Zuständigkeitsbereich der Erwachsenenvertreter entweder die Geschäftsfähigkeit der Betroffenen nicht gegeben ist oder zumindest in Bankgeschäften aller Art ein gesetzlicher Genehmigungsvorbehalt bei allen Arten der Erwachsenenvertretung (inkl. Vorsorgevollmacht) greift.

**Gefordert wird, dass für das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis ein unbürokratischer, einfacher und elektronischer Zugriff sichergestellt wird, um auch Unternehmen - ähnlich wie für die Ediktsdatei - eine freie Einsicht zu ermöglichen.**

Positiv anzumerken ist, dass zukünftig die Eintragung der Vorsorgevollmacht, der gewählten und der gesetzlichen Erwachsenenvertretung in das Vertretungsregister konstitutiv ist.

Notwendig wäre dabei die Klarstellung, dass der Schutz des Vertrauens auf die Richtigkeit der Eintragung auch die wirksame Erteilung der Vollmacht bzw. der der gewählten Erwachsenenvertretung zugrundeliegenden Vereinbarung inkludiert (das ist bei der Vorsorgevollmacht aktuell nicht der Fall).

In § 240 wird bestimmt, dass volljährige Personen, die auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfindung eingeschränkt sind, möglichst selbständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung am rechtlichen und geschäftlichen Verkehr teilnehmen können.

Es fehlt allerdings an einer Konkretisierung, welche psychischen Krankheiten oder vergleichbare Beeinträchtigungen in diesem Zusammenhang konkret erfasst sein sollen. Dies wird in der Regel zwingend zu einem Sachverständigengutachten führen, die schon nach dem geltenden Sachwalterschaftsrecht recht massiv kritisiert wurden.

Insbesondere wird die Frage, ob schon das Vorhandensein einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung die Entscheidungsfähigkeit einschränkt, eine Einzelfallentscheidung darstellen. Hier wäre anzuraten, auf nachvollziehbare Ansätze zurückzugreifen.

Eine Vertretung durch einen gesetzlichen Erwachsenenvertreter soll nur möglich sein, wenn es nicht andere Möglichkeiten zur Unterstützung gibt. Ist die Anführung der Familie noch nachvollziehbar, in der Praxis jedoch mitunter ungeeignet, sind etwa Gruppen von Gleichgestellten als eher unbestimmt und ungeeignet zu bewerten.

Erläuterungsbedürftig ist, weswegen eine gerichtliche Erwachsenenvertretung nach drei Jahren enden soll. Ist auf eine bestimmte Tätigkeit abzustellen, so wird diese kaum diesen Zeitraum in Anspruch nehmen. Ist eine Notwendigkeit einer dauerhaften Unterstützung gegeben, kann die Befristung wohl nur den Sinn einer Überprüfungsnotwendigkeit haben. Dies sollte aber nicht zu einer Unterbrechung der Vertretung führen.

Die Befristung auf drei Jahre bei einer gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertretung führt beispielsweise zu folgenden Problemen:

- An wen erfolgt die Postzustellung nach Ablauf der vorgesehenen drei Jahre?
- Wie sollen Dauerschuldverhältnisse fortgeführt werden, insbesondere wenn Erklärungen kurz nach Ablauf der Frist notwendig sind?
- Ergeben sich für den Versicherer, die Bank etc. Nachforschungspflichten nach Ablauf von drei Jahren?
- Muss der Vertragspartner eine neuerliche Bestellung anregen, wenn es zur Fortführung des Versicherungsverhältnisses notwendig ist?

Sofern die Angelegenheit, die die Vertretung begründet, wegfällt, ist selbstverständlich auch die Vertretung zu beenden.

Begrüßt wird, dass es bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung keine Vertretungen mehr für alle Angelegenheiten gibt, sondern zu definieren ist, für welche bestimmte Angelegenheit ein Erwachsenenvertreter zu bestellen ist.

Damit wird ein in der Vergangenheit oft auftretender Missbrauch schon vorweg verhindert.

Die Beauftragung eines Vertreters mit Angelegenheiten einer „Scheidung“ erscheint als zu weitreichend, da Scheidungen derart komplexe Themen sind, die auch einer besonderen Beweisführung bedürfen und es nicht der Regelfall ist, dass dem anderen Ehepartner ein Verschulden oder eine Ehwidrigkeit vorgeworfen werden kann.

#### **Weitere Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen:**

zu §§ 215 ff. ABGB - Sonderthematik Mündelgeld

- Verhältnis Einlagensicherung und Deckungsstock

Die Rechtfertigung für einen „doppelten Schutz“ der Mündelgeldeinlagen ist nicht mehr gegeben. Die Pflicht zur Bildung eines Deckungsstocks stammt aus einer Zeit, in der die gesetzliche Einlagensicherung noch überhaupt nicht bzw. in nur sehr geringem Umfang in der Form der Anlegerentschädigung bis 20.000 Euro bestand und es daher eines zusätzlichen Schutzes für Mündelgelder bedurfte.

Der Schutz der Einlagensicherung wurde sowohl von der Qualität, als auch vom Umfang her massiv verbessert. Das seit August 2015 bestehende Einlagensicherungsregime (Eisi) räumt jedem Einleger (inkl. Mündeln) einen Rechtsanspruch auf die Auszahlung von Einlagen bis zu 100.000 Euro ein. Dieser Rechtsanspruch ist binnen sieben Tagen durch die Einlagensicherung zu erfüllen. Der Deckungsstock hingegen bildet im Fall des Konkurses des Kreditinstituts ein Sondervermögen, das für den Fall verwertet wird, dass Mündeleinlagen nicht ausbezahlt werden können. Ein Masseverwalter kann aber keinen Deckungsstock innerhalb von sieben Tagen verkaufen.

Die Einlagensicherungsgesellschaften unterliegen zudem einer strengen Beaufsichtigung durch die FMA. Die Werthaltigkeit des Anspruchs wird durch aufzubauende ex ante Fonds, Sonderbeiträge der gesamten Kreditwirtschaft, wechselseitige Kreditvergabe- und Aufnahmeverpflichtungen und letztlich eine Staatsgarantie gewährleistet.

Der Schutz der Einlagensicherung im Vergleich zu Deckungsstockvermögenswerten ist daher höherwertiger. Deckungsstöcke für Mündeleinlagen bis 100.000 Euro, ziehen damit die Qualität des Eisi-Schutzes in Zweifel, womit auch das Vertrauen der Kunden in den Schutz der Einlagensicherung sinkt. Dies ist jedoch für eine funktionierende Retailbank existenziell.

Außerdem schmälern die für den Deckungsstock vorzuhaltenden Werte die zur Verfügung stehende Mittel der Bank, welche für Zwecke der Refinanzierung als Sicherheit zur Verfügung stehen bzw. gegeben werden müssen (z.B. bei EZB, OeNB, KfW). Das hat auch Auswirkungen auf die liquiden Assets im Zusammenhang mit den Liquiditätskennzahlen nach Basel III (LCR), zumal im Deckungsstock gesperrte Wertpapiere nicht zur Verfügung stehen.

Daher sollten Einlagen von Minderjährigen und besachwalteten Personen, die von der gesetzlichen Einlagensicherung umfasst sind, generell - also ohne dass ein Deckungsstock gebildet werden muss - als mündelsicher qualifiziert werden. Aus Zuordnungsgründen sollten nur Einlagen mit einem Inhaber - nicht mit mehreren Inhabern - anerkannt werden. Da die Einlagensicherung mit 100.000 Euro pro Person und Bank begrenzt ist, sollte der gesetzliche Vertreter bzw. Sachwalter dokumentieren, welche Einlagen von der Einlagensicherung umfasst sind. Für darüber hinausgehende Einlagen ist jedenfalls weiterhin ein Deckungsstock zu bilden.

- „Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG“ statt „Spareinlagen“

Vor dem Hintergrund der voranschreitenden Digitalisierung ist eine gesetzliche Klarstellung notwendig, dass neben Spareinlagen andere Formen von Einlagen wie z.B. jene auf Festgeldkonten oder generell Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG auf sonstigen Konten, mündelgeldgeeignet sind. Damit sollen die gesetzlichen Bestimmungen an technische Neuerungen und den damit einhergehenden geänderten Kundenbedürfnissen angepasst werden.

Hinzu kommt, dass aufgrund des besonderen Wunsches diverser Gerichte, Sachwalter und anderer gesetzlicher Vertreter schon jetzt oftmals eine Veranlagung von Mündelgeld in Nicht-Spareinlagen gewünscht wird. Dies soll - im Gegensatz zur Veranlagung auf Mündelgeldspareinlagen - eine einfachere und schnellere Handhabung mit Mündelgeldern ermöglichen.

Außerdem wird für die Veranlagung in mündelsicheren Wertpapieren regelmäßig ein Verrechnungskonto benötigt. Die darauf gutgeschriebenen Erträge der mündelsicheren Wertpapiere liegen - nach der derzeitigen Gesetzeslage - bis zur Wiederveranlagung auf einem nicht zur Veranlagung von Mündelgeldern geeigneten Konto.

Aufgrund dieser Ausführungen und der Tatsache, dass Spareinlagen im Hinblick auf die Mündelsicherheit im Vergleich zu anderen Konten keine spezifischen Vorteile haben, ist es zweckmäßig, den Begriff „Spareinlagen“ durch „Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG“ zu ersetzen. Damit wird klargestellt, dass sowohl im Einlagengeschäft als auch im Girogeschäft Gelder mündelsicher veranlagt werden können.

- Lebensversicherungen mit Deckungsstock gemäß § 300 Abs. 1 Z 1 VAG berücksichtigen

Weiters sollen auch Lebensversicherungen, die im klassischen Deckungsstock gemäß § 300 Abs. 1 Z 1 VAG betrieben werden, als mündelsicher gelten. Bei der klassischen Lebensversicherung erfolgt die Veranlagung der Prämienzahlungen (einmalige oder laufende) im klassischen Deckungsstock. Von der Prämie werden Versicherungssteuer, die Risikoprämien und die rechnungsmäßigen Kosten des jeweiligen Tarifs abgezogen. Nach Abzug der Versicherungssteuer, Risikoprämien und Kosten verbleibt die Sparprämie, mit der der Versicherungsnehmer an der weiteren Entwicklung des Deckungsstocks teilnimmt.

Der Versicherungsnehmer erhält auf seine Deckungsrückstellung als jeweiliger „Stand“ seiner Beteiligung eine Erhöhung, die aus zwei Komponenten besteht. Die erste Komponente ist der Garantiezins, welcher die Deckungsrückstellung jährlich um den bei Vertragsabschluss vereinbarten Garantiezins erhöht. Der Garantiezins wird von der FMA mit der Versicherungsunternehmen-Höchstzinssatzverordnung - VU-HZV festgelegt und beträgt für Vertragsabschlüsse ab 1.1.2016 maximal 1 %. Die zweite Komponente sind Gewinnanteile, die aus dem Kosten-, Zins- und Risikogewinn bestehen.

Bei der Gewinnbeteiligung insgesamt ist zu beachten, dass sie in jedem Geschäftsjahr mindestens 85 % der Mindestbemessungsgrundlage gemäß § 4 der Lebensversicherung-Gewinnbeteiligungsverordnung - LV-GBV zu betragen hat. Die einzelnen Posten dieser Berechnung zeigen, dass die Versicherungsnehmer am Erfolg des Versicherungsbetriebs in der klassischen Lebensversicherung "beteiligt" sind; und zwar an allen Gewinnquellen, insbesondere an, Kosten-, Risiko- und Veranlagungsgewinnen.

Über den klassischen Deckungsstock wird ein Risikoausgleich im Kollektiv und über die Zeit erzielt. Im Kollektiv erfolgt der Risikoausgleich deshalb, weil Veranlagungen breit diversifiziert und Versicherungsleistungen von der Risikogemeinschaft getragen werden. Über die Zeit erfolgt der Risikoausgleich, weil der Versicherungsnehmer mit seinem "Beitritt" zum Deckungsstock sofort an Veranlagungen partizipiert, die bereits vor seinem Beitritt mit den Prämien anderer Versicherungsnehmer erworben wurden.

Für die Veranlagung im klassischen Deckungsstock gibt die FMA mit der Versicherungsunternehmen Kapitalanlageverordnung - VU-KAV einen regulatorischen Rahmen vor. Diese Vorschriften bewirken eine sehr risikoarme und auf Werterhalt ausgerichtete Veranlagungspolitik sowie eine breite Streuung der veranlagten Kundengelder. Das Kapital in diesem Deckungsstock stellt auch Sondervermögen dar, das selbst im Konkursfall der Versicherung dem Zugriff anderer Gläubiger entzogen ist.

Für die Überwachung des Deckungsstocks wird von der FMA ein Treuhänder bestellt. Der Treuhänder hat im Rahmen der Überwachung des Deckungsstocks die Einhaltung des Deckungserfordernisses durch das Versicherungsunternehmen mindestens quartalsweise zu prüfen sowie die ordnungsgemäße Führung des Deckungsstockverzeichnisses zu prüfen und der FMA unverzüglich alle Umstände anzuzeigen, die geeignet sind, Bedenken hinsichtlich der Erfüllung des Deckungserfordernisses hervorzurufen.

Über die dem Deckungsstock gewidmeten Vermögenswerte darf auch nur mit schriftlicher Zustimmung des Treuhänders verfügt werden. Eine Veräußerung, Abtretung oder Belastung ohne seine Zustimmung ist rechtsunwirksam.

Wir schlagen daher vor, die Wortlaute von § 215 f. ABGB wie folgt anzupassen:

§ 215 Abs. 1 ABGB sollte lauten:

„(1) Soweit Geld eines Kindes (Mündelgeld) nicht, dem Gesetz entsprechend, für besondere Zwecke zu verwenden ist, ist es unverzüglich sicher und möglichst fruchtbringend durch Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG, den Erwerb von Wertpapieren (Forderungen), die Gewährung von Krediten, den Erwerb von Liegenschaften, den Erwerb klassischer Lebensversicherungen gem. § 300 Abs. 1 Z 1 VAG oder in anderer Weise nach den folgenden Bestimmungen anzulegen.“

§ 216 ABGB sollte lauten:

„Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG bei einem Kreditinstitut, das zur Entgegennahme von Spareinlagen berechtigt ist, sind zur Anlegung von Mündelgeld geeignet, wenn

1. die Einlagen gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BWG auf den Namen des Kindes lauten und ausdrücklich die Bezeichnung „Mündelgeld“ tragen, und
2. für die Verzinsung und Rückzahlung dieser Einlagen, soweit diese nicht durch die Einlagensicherung im Sinne des ESAEG gedeckt sind, ein vom Kreditinstitut gebildeter, jederzeit mit der jeweiligen Höhe solcher Einlagen übereinstimmender unbelasteter Deckungsstock haftet, und

3. der Deckungsstock ausschließlich in mündelsicheren Wertpapieren (§ 217), in Hypothekarforderungen mit gesetzmäßiger Sicherheit (§ 218), in Forderungen, für die der Bund oder ein Land haftet, oder in Bargeld besteht.“

#### Weitere Anmerkung betreffend Mündelgeld

##### *zu § 164*

In den Erläuternden Bemerkungen zum § 164 ABGB wird klargestellt, dass der § 224 des erwähnten Gesetzes nicht für Eltern, Pflegeeltern und Großeltern gilt. Es wäre besser diese Personen komplett im Wortlaut anzuführen, um Missverständnisse zu vermeiden und andererseits auch verstärkt zum Ausdruck zu bringen, dass diese Personen nicht der Genehmigungspflicht des § 224 unterliegen, da letzterer Paragraph ja global vom gesetzlichen Vertreter spricht, was bei isoliertem Lesen des § 224 eine andere Betrachtungsweise hinsichtlich einer gerichtlichen Genehmigungspflicht ergeben könnte.

##### *zu § 216- Mündelsichere Spareinlagen*

§ 216 sollte, da die Erläuternden Bemerkungen zum Ausdruck bringen, dass auch ausländische Kreditinstitute mitumfasst sein sollen, klarstellen, ob es sich um in Österreich tätige ausländische Institute (mit ausländischer Beteiligung) handelt oder solche, die in Österreich gar keinen Geschäftsbetrieb haben. In diesem Fall möchten wir auf mögliche rechtliche und praktische Abwicklungsprobleme in Pflegschaftssachen und mögliche EU-rechtliche Implikationen hinweisen.

##### *zu § 224- Entgegennahme von Zahlungen*

Diese Bestimmung enthält eine Betragsänderung auf 15.000 Euro. Diesbezüglich bestehen keine Bedenken, jedoch empfehlen wir bezüglich der gesetzlichen Vertreter eine Klarstellung (siehe Anmerkungen zu § 164).

##### *zu § 241 ABGB*

Gemäß § 241 Abs. 1 ist ein Vertreter u.a. dann zu bestellen, wenn dies „zur Wahrung [der] Rechte und Interessen [der betroffenen Person] unvermeidlich ist“. Dieser Grundsatz wird jedoch sogleich von Abs. 2 eingeschränkt, wonach ein Vertreter dann nicht zu bestellen ist, wenn die betroffene Person „entsprechend unterstützt“ wird.

Selbst wenn eine Person also derart in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt ist, dass sie nicht mehr in der Lage ist, ihre eigenen Rechte und Interessen zu wahren, kann für sie dennoch kein Erwachsenenvertreter tätig werden, sofern sie z.B. durch „nahe stehende Personen [...] entsprechend unterstützt“ wird. Hierzu bestehen aus unserer Sicht erhebliche Bedenken.

##### Beispiele aus der Bankenpraxis:

Kundenbetreuer sehen sich häufig mit Personen fortgeschrittenen Alters konfrontiert, die aufgrund einer geistigen Beeinträchtigung nicht mehr in der Lage sind, sich um ihre Vermögensangelegenheiten zu kümmern. Die Personen beheben z.B. täglich sehr hohe Bargeldbeträge, können sich aber am nächsten Tag nicht mehr an die Behebung erinnern, geschweige denn daran, wo das Geld verblieben ist.

In solchen Fällen ist es für den Schutz der betroffenen Personen kontraproduktiv, anstelle einer Vertretung auf eine „entsprechende Unterstützung“ abzustellen: Weder unterliegt diese einer gerichtlichen Kontrolle bzw. ist in einem amtlichen Register eingetragen, noch ist für die Bank erkennbar, ob die Begleitperson tatsächlich im Interesse des Betroffenen handelt, oder nicht vielleicht danach trachtet, sie zu übervorteilen oder am Vermögen zu schädigen („Neffentrick“, Erbschleicher, Social Engineering usw.).

Ein weiteres Beispiel aus der Praxis, das sich so tatsächlich zugetragen hat: Eine ältere Kundin wurde in Begleitung mehrerer Personen in einer Bankfiliale vorstellig. Die Begleiter gaben sich als Nachbarn aus, die mit der Bank über das Vermögen der Dame sprechen wollten. Die Kundin sei nämlich aufgrund eines Schlaganfalls nicht mehr in der Lage, sich um ihre Geldangelegenheiten zu kümmern. Da Deutsch nicht die Muttersprache der Kundin war, boten sich die Nachbarn auch gleich als Übersetzer an. Die Kundin machte nicht den Eindruck, dass sie eingeschüchtert wäre oder bedroht werden würde. Wie wäre dieser Fall nach der Gesetzeslage laut vorliegendem Entwurf zu behandeln? Hätte die Bank darauf vertrauen dürfen, dass die Nachbarn eine „entsprechende Unterstützung“ bieten? Hätte die Bank guten Gewissens dabei zusehen dürfen, wie die Dame ihr gesamtes Geld behebt und den Nachbarn - in deren Gegenwart sich die Kundin ja wohlfühlen schien - überreicht?

Wie aus den obigen Beispielen ersichtlich ist, bestehen erhebliche Bedenken gegen die „Unterstützung“. Für einen Dritten - den Geschäftspartner - wird sich nie feststellen lassen, ob eine betroffene Person „ausreichend unterstützt“ ist oder nicht. Erschwerend kommt hinzu, dass die Aufzählung des § 241 Abs. 3 bloß demonstrativ ist („insbesondere“). Anders als beim Erwachsenenvertreter oder der Vorsorgevollmacht gibt es kein Register, auf dessen Einträge der Geschäftspartner vertrauen darf.

Doch selbst wenn für einen Dritten im Einzelfall erkennbar sein sollte, dass die Unterstützung „ausreichend“ ist: Mangels gerichtlicher Kontrolle ist nicht gewährleistet, dass der „Unterstützer“ im besten Interesse des Betroffenen handelt. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auch auf die Judikatur zum sog Bankanschlussdelikt, wonach Banken gegenüber ihren Kunden bei der Abwicklung von Bankgeschäften nicht nur eine Verkehrssicherungspflicht nach Deliktsrecht trifft, die auch den Personenschutz umfasst. Der Kunde kann sich auch auf die Vertragshaftung wegen Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten stützen. Die schuldhaftige Verletzung derartiger vertraglicher und vorvertraglicher Pflichten löst Schadenersatzansprüche aus. Ein Geschäftsinhaber, also auch eine Bank, muss alle erkennbaren Gefahrenquellen, die sich aus dem Geschäftsbetrieb ergeben, ausschalten (OGH 23.06.2005, 6 Ob 77/05z m.w.N). Besonders bei hohen Geldbehebungen werden die Banken daher wohl (zu ihrer eigenen Sicherheit und besonders zum Schutz des Kundenvermögens) jede Kooperation mit „Unterstützern“ verweigern, und stattdessen auf die Möglichkeit zurückgreifen, eine gerichtliche Erwachsenenvertretung anzuregen.

Unklar ist auch, was unter einem „betreuten Konto“ zu verstehen ist. Hierbei handelt es sich um kein standardisiertes Bankenprodukt. Wenn das „betreute Konto“ Eingang ins Gesetz finden soll, muss jedenfalls eine Legaldefinition erfolgen, andernfalls ist der Text in der jetzigen Fassung abzulehnen. Sofern der treibende Gedanke hinter dem „betreuten Konto“ der sein sollte, dass die Bank die Kontogebahrung „überwacht“ und Fürsorgepflichten wahrnehmen soll, ist dem entgegenzuhalten, dass sich weder aus dem ZaDiG, noch aus sonstigen Bestimmungen Warnpflichten oder Informationspflichten ableiten lassen. Ganz im Gegenteil: Der Gesetzgeber ist in Punkto Zahlungsverkehr auf eine rasche und unmittelbare Abwicklung bedacht.

Es kann auch keinesfalls die Bank selbst sein, die als Sozialarbeiter auftritt und das Konto „betreut“. Hier fehlen eindeutig die Ressourcen und das Knowhow der Bankmitarbeiter. Sofern aber die Kreditwirtschaft doch verpflichtet werden sollte, dieses aufzubauen, müsste das betreute Konto entsprechend hoch bepreist werden.

Ebenso ist unklar, welche rechtliche Qualität der „entsprechenden Unterstützung“ zukommen soll. Um eine Form der (gesetzlichen) Stellvertretung scheint es sich nicht zu handeln (vgl. § 1034). Vielmehr ist wohl an eine rein beratende Funktion gedacht. Im Zusammenhang z.B. mit der Eröffnung eines Girokontos (Basiskontos) durch einen jungen Erwachsenen scheint dies gerade noch vorstellbar: Ein Sozialarbeiter, der auch als „Unterstützer“ fungiert, begleitet die betroffene Person, ist bei der Kontoeröffnung anwesend und lässt sich gemeinsam mit ihr vom Kundenbetreuer die Funktionsweise des Produkts erklären.

Z.B. bei der Aufnahme eines Kredites, der Realisierung eines Wertpapierdepots o.ä. ist es aus unserer Sicht aber nicht ausreichend, dass eine in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigte Person lediglich in Begleitung eines „Unterstützers“ vorstellig wird. Außerdem stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn die betroffene Person einmal ohne Beisein des „Unterstützers“ am Rechtsverkehr teilnimmt, d.h. ob das Beisein als eine Art Formerfordernis zu betrachten ist.

Darüber hinaus müsste eine Bank gegenüber einem „Unterstützer“ ausdrücklich und schriftlich vom Bankgeheimnis entbunden werden. Aus unserer Sicht ist eine Entbindung vom Bankgeheimnis aber kein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens, sodass eine in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkte Person nicht fähig wäre, eine solche abzugeben.

Freilich könnte der „Unterstützer“ als gewillkürter Stellvertreter auftreten, der entsprechend - rechtsgeschäftlich - bevollmächtigt wird. Hier stellt sich aber die Frage, weshalb dann überhaupt die Rechtsfigur des „Unterstützers“ eingeführt wird, wenn ohnehin auf das reguläre Stellvertreterrecht zurückgegriffen werden muss. Die weitere, schwerwiegendere, Frage ist aber, wie eine Person, die nicht (vollständig) entscheidungsfähig ist, die für die Bevollmächtigung erforderliche Willenserklärung abgeben soll. Bis zu welchem Grad an Entscheidungsunfähigkeit soll dies noch möglich sein und wie soll der Dritte (der Geschäftspartner) feststellen, ob dieser Grad noch vorliegt?

Doch selbst wenn die betreute Person physisch und psychisch noch in der Lage ist, die für eine Bevollmächtigung erforderliche Willenserklärung abzugeben: Aus Sicherheitsgründen benötigt die Bankenpraxis stets einen schriftlichen Nachweis der Bevollmächtigung (Bevollmächtigungsurkunde im Original). Die Kontrolle erfolgt sodann durch einen Abgleich der in der Bank hinterlegten Unterschrift mit der Unterschrift auf der Bevollmächtigungsurkunde.

Erfahrungsgemäß ist es aber insbesondere bei älteren und bettlägerigen Personen oft der Fall, dass ihre motorischen Fähigkeiten etwas eingeschränkt sind, und sich dadurch ihre Handschrift geändert hat, d.h., dass ein Abgleich der Unterschriften nicht möglich ist. In solchen Fällen lässt sich für uns nicht nachvollziehen, ob die erschienene Person tatsächlich bevollmächtigt ist oder ob es sich um einen Fall der Urkundenfälschung (Unterschriftenfälschung) handelt. Aus Sicherheitsgründen wird von der Bank in solchen Fällen eine notarielle Beglaubigung der Unterschrift verlangt. Dabei handelt es sich freilich um eine Bürde, welche den Alltag der betroffenen Person zusätzlich erschwert. Anders lässt sich jedoch der Schutz des Vermögens der Betroffenen nicht sicherstellen.

## zu § 242 ABGB

§ 242 sieht vor, dass Vorsorgebevollmächtigte oder Erwachsenenvertreter danach zu trachten haben, dass die vertretene Person ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann (Abs. 1). Weiters haben sie bei Entscheidungen die Äußerungen der vertretenen Person zu berücksichtigen, es sei denn, ihr Wohl wäre hierdurch gefährdet (Abs. 2). Diese Bestimmung wirft erhebliche Bedenken betreffend die Rechtssicherheit des Geschäftsverkehrs auf.

## Beispiel aus der Bankenpraxis:

In der Bankenpraxis kommt es häufig vor, dass ein Sachwalter oder Vorsorgebevollmächtigter eine Entscheidung trifft, die das Vermögen der besachwalteten Person betrifft (z.B. Zusammenlegung des Vermögens zu einer einzigen Bank, Auflösung eines Wertpapierdepots, Verkauf einzelner Wertpapiere, Schließung eines Safes). Die besachwalteten Personen sind mit diesen Entscheidungen ihrer Vertreter manchmal nicht einverstanden, werden in der Filiale vorstellig, und möchten die Handlungen des Sachwalters wieder rückgängig machen. Dies häufig über mehrere Tage hinweg. Ob die Beweggründe dafür irrational (d.h. einer psychischen Beeinträchtigung geschuldet) oder gerechtfertigt sind, lässt sich für die Bank zumeist nicht nachvollziehen.

In diesem Beispiel besteht aber bisher zumindest insofern Rechtssicherheit, als die Entscheidung des Sachwalters gültig ist. Nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf wäre dies aber nicht mehr der Fall. Die Bank dürfte nicht darauf vertrauen, dass die Entscheidung des Vertreters endgültig ist. Stattdessen könnte (müsste?) sie annehmen, dass die vertretene Person deshalb die Entscheidung rückgängig machen möchte, weil der Vertreter eventuell keine Rücksprache mit ihr gehalten oder ihr nicht die Möglichkeit gegeben hat, sich in angemessener Frist zu äußern. Es bestünde kein Vertrauensschutz mehr. Dies ist jedoch in Geldangelegenheiten, wo einmal gesetzte Handlungen nicht mehr ohne Schaden rückgängig gemacht werden können (z.B. Barhebung und anschließendes Vernichten des Geldes, Verkauf eines Wertpapiers zur Unzeit) mehr als unvorteilhaft und dem Geschäftsverkehr nicht zuträglich.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 242 ABGB

...

(3) Nimmt ein Vorsorgebevollmächtigter oder Erwachsenenvertreter eine Vertretungshandlung vor, darf ein Dritter drauf vertrauen, dass den Bestimmungen des Abs. 1 und Abs. 2 Genüge getan wurde. Das Vertrauen des Dritten ist nicht geschützt, wenn ihm bekannt oder fahrlässig unbekannt ist, dass dies nicht der Fall ist.“

## zu § 243 ABGB u.a.

Gemäß § 123 Abs. 1 Z 5 AußStrG hat der Beschluss, mit dem ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt wird, gegebenenfalls die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts zu erhalten.

Dies ist aus Gründen der Rechtssicherheit zwar zu begrüßen, aus Sicht insb. der Bankenpraxis aber noch nicht ausreichend. Vielmehr bedarf es einer weiteren Konkretisierung. Vor allem sind die betroffenen Geschäfte ausdrücklich zu benennen: Nicht ausreichend wäre z.B. der bloße Hinweis, dass ein „Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens“

besteht. Stattdessen müsste der Hinweis z.B. lauten, dass ein „Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich aller Dispositionen über das Wertpapierdepot mit der Nummer \*\*\* bei der \*\*\* Bank besteht“.

Es muss auch klargestellt werden, ob die Genehmigung vor oder nach Abschluss des Geschäfts einzuholen ist. Zum Schutz der betroffenen Person ist der ersten Variante (Vorabgenehmigung) der Vorzug zu gegeben: So lässt sich verhindern, dass wirtschaftlich nachteilige Vermögensdispositionen getätigt werden, die nicht wieder rückgängig gemacht werden können.

Zum Beispiel:

- Verkauf eines Wertpapiers; das Gericht untersagt den Verkauf des Wertpapiers nachträglich; ein Nachkauf wäre nun aber nur noch zu einem höheren Kurs möglich;
- Behebung einer größeren Summe Geldes, das Gericht untersagt die Behebung jedoch nachträglich, das behobene Bargeld ist nunmehr nicht mehr auffindbar.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 243 ABGB

...

(2) Soweit dies zur Abwendung einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für die vertretene Person erforderlich ist, hat das Gericht im Wirkungsbereich der gerichtlichen Erwachsenenvertretung anzuordnen, dass die Wirksamkeit bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen der vertretenen Person oder bestimmter Verfahrenshandlungen bei Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten wie nach § 865 Abs. 3 und Abs. 5 die vorherige Genehmigung des Erwachsenenvertreters und in den Fällen des § 258 Abs. 3 auch ~~jene~~ die vorherige Genehmigung des Gerichts voraussetzt. Der Genehmigungsvorbehalt bleibt ungeachtet der Übertragung einer Erwachsenenvertretung im Sinn des § 246 Abs. 3 Z 2 bestehen; er ist vom Gericht jederzeit aufzuheben, wenn er nicht mehr erforderlich ist.“

„§ 123 AußStrG

(1) ...

5. gegebenenfalls die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts (§ 243 Abs. 2 ABGB) unter ausdrücklicher Nennung der betroffenen rechtsgeschäftlichen Handlungen oder Verfahrenshandlungen und ...“

„§ 132a AußStrG

...

(3) Entscheidungen des Gerichts im Sinne des Absatz 1 sind sofort vollstreckbar.“

Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die die Lebensverhältnisse nicht übersteigen, sind mit Erfüllung der den an sich nicht geschäftsfähigen Volljährigen treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam. Nach den Materialien sollen davon Rechtsgeschäfte umfasst sein, die der Alltag gewöhnlich mit sich bringt, daher z.B. die Anschaffung persönlicher Kleidungsstücke, Kinobesuche, die Reparatur von Haushaltsgeräten wie etwa einer Waschmaschine, der Kauf von kleineren Einrichtungsgegenständen oder die Buchung eines Urlaubs. Dauerschuldverhältnisse würden nur dann den Tatbestand des § 243 Abs. 3 erfüllen, wenn sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden und die volljährige Person ihre Pflichten im Vorhinein erfüllt.

Zum einen besteht keine Rechtssicherheit, was unter der Wendung „Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens“ zu verstehen sein wird.

So müsste z.B. auch der Kundenbetreuer in der Bank die betroffene Person vor jeder Geldbehebung „befragen“, wofür sie denn den Geldbetrag benötigt, und danach auch die Entscheidung treffen, ob die geplante Anschaffung ein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens ist und die Lebensverhältnisse der betroffenen Person nicht übersteigt. Diese Entscheidung kann ein

Kundenbetreuer in der Praxis jedoch nicht treffen. Würde der Kundenbetreuer eine Fehlentscheidung treffen, wäre die Leistung durch die Bank nicht schuldbefreiend erfolgt.

Zum anderen scheinen diese Ausführungen zu eng zu sein. So ist nicht ganz nachvollziehbar, weswegen zwar die Buchung eines Urlaubs zulässig erscheint, jedoch nur die Reparatur, aber nicht der Kauf einer Waschmaschine. Allgemein als bekannt angenommen werden kann, dass ein Urlaub sehr schnell die Kosten einer neuen Waschmaschine überschreiten kann.

Die angeführten Beispiele stellen zudem auf eine eher pauschale Betrachtungsweise ab und lassen eine Differenzierung in Bezug auf die jeweiligen Lebensverhältnisse außer Betracht. Vor allem bei reinen Bargeschäften könnte eine stärkere Orientierung am beabsichtigten Gesetzeswortlaut zu einer Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs führen.

Ebenso ist die Einschränkung zu Dauerschuldverhältnissen ein wenig lebensfremd. Mag zwar auch der Abschluss eines Wohnungsmietvertrags ein wenig heikel sein, so ist denn doch ein „08/15“-Kontoführungsvertrag, über den der Geldfluss für die Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens abgewickelt werden könnten, nicht per se als besonders belastend einzustufen - und ist diese Einschränkung dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen.

Aus Sicht des Arbeitsrechts etwa könnte sich die Problematik insbesondere bei der Zustellung von Beendigungserklärungen stellen. Wird während des aufrechten Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer ein Erwachsenenvertreter bestellt und soll in weiterer Folge das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden, so stellt sich die Frage, wem wirksam die Beendigungserklärung zuzustellen ist. Insbesondere bei widersprechenden Erklärungen ist die praktische Vorgangsweise für den Arbeitgeber erschwert.

Die Problematik des Rechtsgeschäfts des täglichen Lebens ist freilich keine neue. Schon im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger gab es umfangreiche Diskussionen, wie dieser unbestimmte Rechtsbegriff im Bankgeschäft auszulegen ist. Das Ergebnis war ein Informationsblatt, das von Vertretern des Bundesministeriums für Justiz gemeinsam mit der Wirtschaftskammer Österreich, der Kreditwirtschaft und den vier Sachwaltervereinen erstellt wurde. Es wäre begrüßenswert, die dort gefundenen Ergebnisse auch auf die neue Rechtslage zu übertragen.

Aus Sicht der Banken sollte im Sinne ihrer Rechtssicherheit folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 243 ABGB

...

(3) Schließt eine volljährige Person, die nicht entscheidungsfähig ist, ein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens, das ihre Lebensverhältnisse nicht übersteigt, so wird dieses – unabhängig von der Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts im Sinn des Abs. 2 – mit der Erfüllung der sie treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam. Im Hinblick auf Geldbezüge von einem Konto oder Sparbuch gilt der vorstehende Satz unter der Maßgabe, dass die Geldbezüge den erhöhten allgemeinen Grundbetrag des Existenzminimums (§ 291a Abs. 2 Z 1 EO) monatlich nicht überschreiten dürfen.“

zu § 250 ABGB

Die Materialien zu § 270 (S. 35) stimmen nicht mit dem Gesetzeswortlaut überein: An der genannten Stelle halten die Materialien fest, dass eine „Verpflichtung“ des gesetzlichen Erwachsenenvertreters besteht, „in wichtigen Angelegenheiten der Personen- und Vermögens-

sorge eine gerichtliche Genehmigung einzuholen“. Im Entwurf ist dies jedoch bloß für „wichtige Angelegenheiten der Personensorge“ vorgesehen (§ 250 Abs. 3).

Bei der Vermögenssorge ist dies aber nicht festgehalten. Zwar bestimmt § 258 Abs. 3 ABGB, dass Vertretungshandlungen in Vermögensangelegenheiten im außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb der Genehmigung des Gerichts bedürfen; aus den Materialien lässt sich jedoch schließen, dass der Begriff der „wichtigen Maßnahmen“ mit dem des „außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs“ nicht deckungsgleich ist.

Siehe dazu wieder die Erläuterungen zu § 270: „in wichtigen Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge [ist] eine gerichtliche Genehmigung einzuholen“ und für „Maßnahmen im Bereich der außerordentlichen Wirtschaftsverwaltung ist überdies ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter zu bestellen“. Im Entwurf fehlt somit die Stelle, in der sich - laut den Materialien - ergeben sollte, dass wichtige Angelegenheiten der Vermögenssorge vom Gericht genehmigt werden müssen. Am Rande sei auch angemerkt, dass es sich bei „wichtigen Angelegenheiten“ ohnehin um einen unklaren Gesetzesbegriff handelt, der in der Praxis zu Auslegungsschwierigkeiten führen wird.

Wir ersuchen, den aufgezeigten Widerspruch zu bereinigen.

zu § 258 ABGB u.a.

Die Pflicht zu entscheiden, ob ein Geschäft dem ordentlichen oder außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb zugehörig ist, muss in der Sphäre des Vertreters liegen. Dieser kennt die Lebensverhältnisse und Bedürfnisse der betroffenen Person besser als jeder Vertragspartner.

Auch über die finanziellen Verhältnisse weiß der Vertreter besser Bescheid: Es ist durchaus möglich - und kommt in der Praxis häufig vor -, dass eine Person z.B. mit mehreren Kreditinstituten in Geschäftsbeziehung steht. Die einzelne Bank verfügt daher nicht über einen Gesamtüberblick über das Vermögen ihrer Kunden. Dazu kommen noch Werte, die nicht bankenlagernd sind (z.B. Immobilien, Münzsammlung) bzw. von dessen Existenz die Bank trotz Bankenlagerung keine Kenntnis hat (Inhalt eines Safes oder Schließfaches). Einen Gesamtüberblick kann sich nur der Vertreter verschaffen.

Auch die für jede Person individuell zu entscheidende Frage, ob ein Geschäft zum ordentlichen oder außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, muss daher letztendlich der Vertreter treffen. Er muss für die Entscheidung auch letztverantwortlich sein.

In diesem Zusammenhang könnte eine analoge Anwendung des § 224 in Betracht kommen; das heißt, dass bei Transaktionen bis zu 10.000 Euro (bzw. laut Entwurf 15.000 Euro) jedenfalls davon ausgegangen werden darf, dass ein Geschäft im Rahmen des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs liegt. Hier möchten wir jedoch auf die vielfältigen Probleme hinzuweisen, die bei mehreren (Teil-)Zahlungen auftreten, die in Summe den Schwellenwert übersteigen (vgl. *Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 224 Rz 3*).

Grundsätzlich ist anzumerken, dass es schwer ist, die Begrifflichkeiten des Entwurfs auseinanderzuhalten und zu gliedern. So stellt sich die Frage, worin - in finanziellen Belangen - der Unterschied zwischen Geschäften des „außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs“ (z.B. §§ 258 Abs. 3, 265 Abs. 3 Z 2) einerseits, und „das Vermögen betreffenden wichtigen Maßnahmen“

(§ 242 Abs. 2) andererseits liegt. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine einheitliche Terminologie wünschenswert.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Definition, wann ein Geschäft des ordentlichen oder außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs vorliegt, nicht den Geschäftspartnern überlassen werden kann/darf. Es muss aus unserer Sicht eine klare gesetzliche Regelung geben (z.B. mittels Betragsgrenze).

zu § 260 ABGB

Es soll unter anderem gesetzlich vorgesehen werden, dass „die in der Praxis schon übliche Kombination von Vollmacht und Vorsorgevollmacht“ möglich ist. Bereits in der Vergangenheit hat es immer wieder Probleme betreffend diese Kombination und diesbezüglich auch Gespräche mit Vertretern der Notare gegeben. In der Praxis werden z.B. der Bank oft inhaltlich weitreichende Notariatsakte unter dem Titel „Vorsorgevollmacht“ vorgelegt, die allgemein gehaltene, unbeschränkte Vollmachtbefugnisse enthalten, welche mit sofortiger Wirkung in Kraft treten sollen.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass eine (Vorsorge-) Vollmacht, welche gegenüber einem Kreditinstitut sofort wirksam sein soll, dem Erfordernis einer bankmäßigen Spezialvollmacht entsprechen muss. Das heißt, dass die bestehenden Konten, Depots usw. mit Kontonummer, -wortlaut und kontoführender Bank angeführt sein müssen. Nur bei einer Vorsorgevollmacht, bei welcher der Vorsorgefall bereits eingetreten ist und deren Wirksamkeit im ÖZVV registriert wurde, genügt es, wenn in der Vollmacht allgemein die Verfügung über Konten usw. angegeben ist.

Eine Vollmacht muss diesen Anforderungen (Spezialvollmacht, wenn sofortige Geltung) entsprechen, ansonsten kann sie von der Bank nicht akzeptiert werden.

zu § 262 ABGB

Die Banken begrüßen die Neuerung, dass es keine eigen- oder fremdhändige Errichtung mehr geben soll, sondern eine Vorsorgevollmacht immer vor einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einem Erwachsenenschutzverein zu errichten ist.

zu § 264 ABGB

Diese Bestimmung schafft die Möglichkeit eines gewählten Erwachsenenvertreters bei eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit. Hierbei muss der Wählende die (weitreichende) Entscheidung in Grundzügen (unklarer Begriff) verstehen, er muss also nicht genau wissen, worauf er sich einlässt. Es ist wohl ein schwieriges Unterfangen, ein ärztliches Attest zu so einem Themenbereich zu erlangen (also nicht entscheidungsfähig in etlichen Belangen, aber zur Abgabe einer Erklärung betreffend gewählte Erwachsenenvertretung in Grundzügen schon). Zwar werden die Folgen dieses neu geschaffenen Rechtsinstituts wegen der Anwendbarkeit nur auf den außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb (abgesehen von Pflegebedarf) etwas gemildert, dennoch ist die Abgabe einer Willenserklärung zu etwas, das man nur in Grundzügen versteht, aus rechtlicher Sicht problematisch.

zu § 265 ABGB u. a.

Gemäß § 265 Abs. 2 kann die Vereinbarung über die gewählte Erwachsenenvertretung grundsätzlich vorsehen, dass der Erwachsenenvertreter nur im Einvernehmen mit der vertretenen Person rechtswirksam Vertretungshandlungen vornehmen kann. Hierzu gilt dasselbe wie zum Genehmigungsvorbehalt Gesagte: Das „Einvernehmen“ muss zeitlich jedenfalls vor der rechtsgeschäftlichen Handlung erfolgen und schriftlich nachgewiesen werden.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 265

...

(2) Die Vereinbarung über die gewählte Erwachsenenvertretung kann – ausgenommen die Vertretung vor Gericht – vorsehen, dass der Erwachsenenvertreter nur im Einvernehmen mit der vertretenen Person rechtswirksam Vertretungshandlungen vornehmen kann. Das Einvernehmen muss vor Setzung der Handlung hergestellt und im Geschäftsverkehr schriftlich nachgewiesen werden.“

Zu § 265 Abs. 3 ist anzumerken, dass das Zusammenspiel zwischen Z 2 und den übrigen Ziffern unklar ist: Um ein Rechtsgeschäft zur Deckung des Pflege- und Betreuungsbedarfs (Z 4) erfüllen zu können, ist es zwangsläufig erforderlich, dass der gewählte Erwachsenenvertreter auch auf das Vermögen der betroffenen Person zugreifen kann (die Materialien nennen als Beispiel ausdrücklich die „Anschaffung eines oft sehr kostspieligen Pflegebetts“). Dasselbe gilt etwa für den Abschluss von Verträgen über die medizinische Behandlung (Z 5, z.B. Kostenzuschuss zur Heilbehandlung) oder zur Änderung des Wohnortes (Z 6, z.B. Hinterlegung der Kautions). Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass von den in den Z 1 und 3 bis 7 genannten Angelegenheiten stets auch die damit erforderlichen finanziellen Gebarungen umfasst sind. Das eben Gesagte gilt sinngemäß auch für § 269.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 265

...

(5) Vom Wirkungsbereich der in Abs. 3 Z 1 und 3 bis 7 geregelten Angelegenheiten sind immer auch Verfügungen über die Einkünfte, das Vermögen und die Verbindlichkeiten der vertretenen Person mitumfasst.“

„§ 269

...

(3) Vom Wirkungsbereich der in Abs. 1 Z 1 und 3 bis 6 geregelten Angelegenheiten sind immer auch Verfügungen über die Einkünfte, das Vermögen und die Verbindlichkeiten der vertretenen Person mitumfasst.“

zu § 267 ABGB u. a.

Um für die betroffene Person nachteilige Folgen zu vermeiden und damit die Abwicklung von finanziellen Angelegenheiten rechtzeitig vorgenommen werden kann, ist empfehlenswert, dass die Erwachsenenvertreter dahingehend belehrt werden, die Vertretung umgehend beim Kreditinstitut der betreuten Person anzuzeigen. Damit ist sichergestellt, dass die Bank rechtzeitig die erforderlichen Maßnahmen setzen kann (Legitimierung und Anlegen des Vertreters im System usw.) und diese nicht erst dann getroffen werden müssen, wenn der Erwachsenenvertreter z.B. erstmalig bei der Bank vorstellig wird, wenn er eine zeitkritische Zahlung tätigen muss.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 267

...

(3) Nach erfolgter Eintragung im Sinne des Abs. 1, ist der Erwachsenenvertreter dahingehend zu belehren, die Stellen, bei denen das Vermögen der vertretenen Person erliegt (wie insbesondere Kreditinstitute und Versicherungen), unverzüglich über die Registrierung und den Umfang der Erwachsenenvertretung zu informieren.“

„§ 270

...

(4) Nach erfolgter Eintragung im Sinne des Abs. 1, ist der Erwachsenenvertreter dahingehend zu belehren, die Stellen, bei denen das Vermögen der vertretenen Person erliegt (wie insbesondere Kreditinstitute und Versicherungen), unverzüglich über die Registrierung und den Umfang der Erwachsenenvertretung zu informieren.“

Die Erläuternden Bemerkungen zu § 267 betreffend Registrierung der gewählten Erwachsenenvertretung enthalten einen Verweis auf § 140 Abs. 5 der NO. Der Notar braucht also ein ärztliches Attest für die Registrierung.

Überraschend sind jedoch die folgenden Ausführungen in den Bemerkungen: „Die eintragende Person hat sich ... mittels persönlichen Eindrucks zu versichern, dass die Voraussetzungen ... vorliegen. Hat sie Zweifel, so kann sie die Vorlage eines ärztlichen Attestes verlangen.“

Folgt man diesen Ausführungen, so würde dies bedeuten, dass für Rechtsanwälte und Erwachsenenschutzverein die Vorlage eines ärztlichen Attestes vor Registrierung nicht zwingend ist.

zu § 271 ABGB

Gemäß § 271 Abs. 2 soll es offensichtlich eine Restmenge an Angelegenheiten geben, für die nie ein „Erwachsenenvertreter“ bestellt werden kann. Es ist jedoch fraglich, wie dann für eine betroffene Person, die z.B. im Wachkoma liegt, die genannten Angelegenheiten erledigt werden sollen. Der Wortlaut des Gesetzesentwurfs sieht diesbezüglich keine Ausnahme vor. Anders jedoch die Materialien, wo festgehalten ist, dass die „Bestellung eines Erwachsenenvertreterers [...] jedoch für diejenigen Personen nicht ausgeschlossen [ist], die kein solches Betreuungsnetz haben: Denn ohne umfassende Betreuung können Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens de facto sehr wohl überfordern. Dies kann etwa bei allein stehenden Personen der Fall sein, denen jede Orientierung fehlt, was sie tatsächlich brauchen“. Hier widersprechen die Materialien dem Gesetzestext.

Beispiele aus der Bankenpraxis - Probleme des Stellvertretungsrechts

Der Grundsatz, von dem der Gesetzesentwurf und die Materialien auszugehen scheinen, ist wohl der, dass sich etwaige vorhandenen Betreuer (Pflegepersonal, Sozialarbeiter, Verwandte usw.) um die in § 271 Abs. 2 aufgezählten Agenden kümmern sollen (vgl. die Erläuterungen zu § 271). Aus Sicht des Stellvertretungsrechts kann es sich dabei aber nur um eine gewillkürte Stellvertretung handeln, der eine Bevollmächtigung zugrundezuliegen hat (e contrario § 1034). Hier stellt sich wiederum die schon angerissene Frage, wie eine betreute Person, die z.B. im Wachkoma liegt oder aus anderen Gründen vollständig entscheidungsunfähig ist, die für die Bevollmächtigung erforderliche Willenserklärung abgeben soll. Es gibt somit Fälle, in denen es für die betroffene Person faktisch unmöglich ist, ihre Alltagsgeschäfte selbst zu erledigen. Dafür hat der Gesetzesentwurf jedoch keine Vorsorge getroffen. Es wird somit zu Situationen kommen, in denen niemand auf das Geld der betroffenen Person zu greifen kann.

Doch selbst wenn die betreute Person (psychisch und physisch) noch in der Lage ist, die für eine Bevollmächtigung erforderliche Willenserklärung abzugeben, ergeben sich die Probleme, auf die wir bereits bei der „Unterstützung“ hingewiesen haben (keine Möglichkeit eines Unterschriftenabgleichs, Gefahr der Urkundenfälschung usw.).

Abschließend merken wir an, dass in Abs. 2 lediglich vom „Erwachsenenvertreter“ die Rede ist, ohne erklärenden Zusatz. Anhand der Systematik - § 271 befindet sich im Abschnitt über die gerichtliche Erwachsenenvertretung - ließe sich zwar schließen, dass nur der gerichtliche Erwachsenenvertreter gemeint ist. Um Unklarheiten zu vermeiden, sollte dies jedoch auch in Abs. 2 ergänzt werden.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 271

...

(2) Zur Erledigung von Rechtsgeschäften des täglichen Lebens einer umfassend betreuten volljährigen Person oder zur Verwaltung des dieser bei Übernahme der Kosten für ihre Pflege und Betreuung durch die öffentliche Hand verbleibenden gesetzlichen Freibetrags kann nur in begründeten, schwerwiegenden Ausnahmefällen ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter nicht bestellt werden.“

zu § 272 ABGB

Gemäß § 272 Abs. 2 ABGB ist die gerichtliche Erwachsenenvertretung nach Erledigung der übertragenen Angelegenheit einzuschränken bzw. zu beenden, worauf der Erwachsenenvertreter unverzüglich bei Gericht „hinzuwirken“ hat. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte klargestellt werden, welche Konsequenzen damit verbunden sind, würde der Erwachsenenvertreter nicht auf die Beendigung/Einschränkung hinwirken.

Außerdem sollte klargestellt werden, dass Dritte für etwaige Versäumnisse des Erwachsenenvertreters nicht zur Rechenschaft gezogen werden können. Ein Beispiel: Dem Erwachsenenvertreter wird die Angelegenheit übertragen, sich um die Sanierung der Wohnräumlichkeiten der betroffenen Person zu kümmern, und in diesem Zusammenhang auch über ihr Vermögen zu verfügen. Für z.B. die Bank ist es unmöglich festzustellen, wann das Projekt beendet ist und wie lange dem Erwachsenenvertreter Zugriff auf das Vermögen der betroffenen Person gewährt werden darf.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 272

...

(2) Nach Erledigung der übertragenen Angelegenheit ist die gerichtliche Erwachsenenvertretung einzuschränken bzw. zu beenden. Darauf hat der Erwachsenenvertreter unverzüglich bei Gericht hinzuwirken. Solange der Erwachsenenvertreter im Geschäftsverkehr nicht ausdrücklich auf die Einschränkung bzw. Beendigung hinweist, darf ein Dritter darauf vertrauen, dass die übertragene Angelegenheit noch nicht erledigt ist. Das Vertrauen des Dritten ist jedoch nicht geschützt, wenn ihm die Einschränkung bzw. Beendigung bekannt oder fahrlässig unbekannt ist.“

zu § 865 ABGB

Wie einleitend erwähnt, begrüßen wir zwar den Vorstoß, das "Schwarz-Weiß-Denken" im Betreuungsrecht aufzugeben, und ein flexibleres, den individuellen Bedürfnissen der betroffenen Personen gerecht werdendes Betreuungssystem zu schaffen. Die Vielzahl an neu geschaf-

fenen „Schattierungen“ wird jedoch zur Folge haben, dass im Geschäftsverkehr erhebliche Rechtsunsicherheit entstehen wird.

Für das Gegenüber ist es im Geschäftsverkehr unmöglich festzustellen, zu welchem Grad eine betroffene Person in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt ist; ob der „Unterstützer“ ihr wohlgesinnt ist, ob es sich um ein Geschäft des täglichen Lebens handelt, ob anstatt des gesetzlichen nicht doch ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt werden sollte; ob das Einvernehmen hergestellt wurde, ob der gerichtliche Erwachsenenvertreter bereits auf die Beendigung „hingewirkt“ hat usw.

So vorteilhaft - und selbstverständlich begrüßenswert - die neu geschaffenen Variationen auch sind, bringen sie doch leider erhebliche Rechtsrisiken mit sich. Um das erforderliche Gleichgewicht wieder herzustellen, muss für die Wirtschaft jedenfalls Rechtssicherheit geschaffen werden.

Wir schlagen daher vor, den Wortlaut des § 865 ABGB wie folgt anzupassen:

„§ 865

...

(3) Rechtsgeschäftliches Handeln von nicht geschäftsfähigen Volljährigen ist zur Gänze unwirksam, es sei denn, sie haben für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter. In diesem Fall ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung des Vertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam. Abs. 2 und § 243 Abs. 3 bleiben unberührt. Leistungen an den vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter haben stets schuldbefreiende Wirkung.

...

(5) Bis die nach Abs. 3 zweiter Satz und 4 erforderlichen Genehmigungen erteilt werden, ist der andere Teil an seine Vertragserklärung gebunden, er kann aber für die Erteilung der Genehmigung durch den Vertreter eine angemessene Frist setzen.“

zu § 117a AußStrG

Wir weisen auf den dritten Absatz in den Erläuterungen des § 117a hin, in denen von einer überwiegend medizinischen Betrachtung bei Bestellung eines Sachwalters und dass es jedenfalls eines fachärztlichen Gutachtens bedurfte, die Rede ist.

Sollte die Meinung vertreten werden, dass dies künftig nicht mehr der Fall sein sollte, so sprechen wir uns dezidiert dagegen aus.

Für den Fall, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt dann doch die fehlende Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses herausstellen sollte, so wären mit diesem abgeschlossene Geschäfte allenfalls nichtigkeitsbedroht (weil seinerzeit kein Gutachten verlangt werden musste).

zu § 118 AußStrG

Hier wird die Möglichkeit geschaffen, dass das Gericht ohne eigene Wahrnehmung (= Anhörung) nach Abklärung (im Sinn einer Empfehlung desselben?) mit dem Erwachsenenschutzverein zum Ergebnis kommt, dass das Verfahren nicht fortzusetzen ist. Eine Entscheidung ohne eigene Wahrnehmung sehen wir kritisch.

## zu § 120a AußStrG

Es soll ein Sachverständigengutachten nur erforderlich sein, wenn es das Gericht für erforderlich hält; den Erläuternden Bemerkungen ist zu entnehmen, dass das Gericht von einem Gutachten absehen kann wenn „Befunde vorliegen, die aktuell sein sollen“.

Aktuelle fachärztliche Befunde sind aus unserer Sicht ein zwingendes Minimum, wir würden allerdings aus Sicherheitsgründen das zwingende Gutachten präferieren.

## zu § 123 AußStrG

In Abs. 2 wird unter anderem festgehalten, dass das Gericht auch aussprechen kann, dass neben der Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters andere Vertretungen aufrecht bleiben sollen. Hier sollte unseres Erachtens nach schon im Gesetzeswortlaut klargestellt sein, dass dies nur für Teilbereiche Gültigkeit haben kann, die nicht bereits von der gerichtlichen Erwachsenenvertretung umfasst sind.

## zu § 126 AußStrG

§ 126 regelt die Eintragung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung in öffentliche Bücher und Register. Die Eintragung der gesetzlichen und gewählten Erwachsenenvertretung wurde - soweit von uns ersichtlich - nicht geregelt.

## zu § 128 AußStrG

§ 246 Abs. 1 Z 5 ABGB sieht vor, dass die gesetzliche oder gerichtliche Erwachsenenvertretung mit Ablauf von drei Jahren ipso iure endet, wobei jedoch beim gerichtlichen Erwachsenenvertreter die Möglichkeit eines Erneuerungsverfahrens besteht (§§ 123 Abs. 1 Z 4, 128 Abs. 2 AußStrG). Damit im Geschäftsverkehr Rechtssicherheit besteht, ist es unerlässlich zu wissen, ob eine Erwachsenenvertretung erloschen ist oder nicht.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

"§ 128

...

(5) Ein Beschluss, mit dem gemäß Abs. 4 die Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung festgestellt wird, ist allen Personen, die mit der betroffenen Person aktenkundig in einer aufrechten Geschäftsbeziehung stehen, zuzustellen.“

Im Fall der Änderung bzw. Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung im Sinne des § 128 ist es richtiger Weise zwingend, dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck über die betroffene Person verschafft. Es ist daher nicht sachlich nachvollziehbar, warum dies im Zusammenhang mit § 118 anders gesehen wird.

## zu § 129 AußStrG

Die hier vorgenommene Differenzierung zwischen Anordnung und Aufhebung eines Genehmigungsvorbehaltes (bei ersterer persönlicher Eindruck des Gerichtes zwingend, bei letzterer nicht) erscheint im Lichte des Schutzes der Betroffenen nicht gerechtfertigt.

zu § 132 Z 3 AußStrG

§ 258 Abs. 3 ABGB bestimmt, dass Vertretungshandlungen eines Erwachsenenvertreters in Vermögensangelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Der entsprechende 10. Abschnitt des AußStrG gilt jedoch nur für die gerichtlichen Erwachsenenvertreter (§ 132 Z 3). Wir gehen davon aus, dass es sich dabei um ein legistisches Versehen handelt.

Falls der Anwendungsbereich aber tatsächlich auf gerichtliche Erwachsenenvertreter beschränkt sein sollte, stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Beschränkung. Aus unserer Sicht ist es nicht nachvollziehbar, weshalb die gewählten und gesetzlichen Vertreter ohne Kontrolle im Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs walten dürften.

Außerdem widerspräche dies § 258 Abs. 3 ABGB, wonach Vertretungshandlungen eines Erwachsenenvertreters in Vermögensangelegenheiten zu ihrer Rechtswirksamkeit der Genehmigung des Gerichtes bedürfen, sofern die Vermögensangelegenheit nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehört.

Aus den oben genannten Gründen sollte folgende Anpassung vorgenommen werden:

„§ 132

...

2. volljährige Personen mit einem gewählten, gesetzlichen oder gerichtlichen Erwachsenenvertreter, wenn dieser mit der Verwaltung des Vermögens der vertretenen Person betraut sind ist; ...“

### **Totenfürsorge:**

Entgegen unseren bisherigen Bemühungen umfasst der gegenständliche Entwurf keinerlei Begleitregelungen zum Themenkreis Totenfürsorge:

Mit dem Tod des Vertretenen erlischt die Vertretungsbefugnis. Der Sachwalter hat keine Möglichkeit mehr, sich zulässigerweise um all jene Angelegenheiten zu kümmern, die ein Todesfall auslöst (insb. Bestattung). Häufig ist in diesen Fällen für derartige Maßnahmen keine Vorsorge getroffen worden. Die Konten des Verstorbenen sind gesperrt, so dass aus diesen die unmittelbar anfallenden Kosten nicht beglichen werden können. Bis der Nachlass abgehandelt ist, dauert es eine geraume Zeit.

Bei Sterbefällen fallen Kosten / Gebühren an, die vom Bestatter sofort getragen werden müssen, wie z.B. Spital-, Beschau-, Standesamt-, Benützungs- (für Aufbahnhalle) und Überführungsgebühr.

Wurde die Bezahlung der Beerdigungskosten nicht im Vorhinein geregelt, muss der Bestatter die Abhandlung des Nachlasses abwarten. So dauert es Monate, bis er das von ihm für sämtliche Gebühren ausgelegte Geld zurückerhält. Dies stellt eine für die Bestatterbetriebe finanziell zeitlich und umfangmäßig nicht kalkulierbare Situation dar.

Deshalb fordern wir die Aufnahme einer Regelung, nach der der Erwachsenenvertreter das Recht und auch die Pflicht hat, die notwendigen Schritte für eine adäquate Bestattung bereits zu Lebzeiten des Vertretenen in die Wege zu leiten:

Für die anfallenden Kosten sollte aus dem Vermögen des Verstorbenen durch den Vertreter Vorsorge getroffen werden. Er hat den Überblick über die finanzielle Situation, wodurch gewährleistet werden kann, dass nur Beauftragungen erfolgen, die entsprechend finanziell gedeckt sind.

Aufgrund der zunehmenden Anonymität, insbesondere in Ballungsräumen, steigt die Zahl der Fälle, in denen keine ausreichenden Informationen (Angehörige, Familiengrab, Vorsorgeversicherung etc.) für eine pietätvolle, dem Wunsch des Verstorbenen entsprechende Bestattung vorliegen. Um dies innerhalb der landesgesetzlich vorgesehen Bestattungsfristen zu gewährleisten, erscheint es adäquat und sinnvoll, bereits zu Lebzeiten der betroffenen Person den Vertreter zu berechtigen und zu verpflichten, ein vereinheitlichtes Formular anzulegen und den Dokumenten des Vertretenen beizulegen.

Das Formular sollte zumindest nachfolgende Daten beinhalten:

personenbezogene Pflichtdaten:

- eindeutige Identität Name und Geburtsdaten (= Datum und Ort)
- Wo sind die persönlichen Dokumente für den Bestatter im Anlassfall zu holen bzw. wer gibt diese dem Bestatter?
- eindeutige Willenserklärung des künftig Verstorbenen über die Art der Bestattung
  - Erdbestattung oder
  - Feuerbestattung oder
  - Vermächtnis des Körpers für wissenschaftliche Zwecke (gültiger Vertrag mit dem Anatomischen Institut oder Körperwelten)
    - welches Institut in Österreich (Graz, Wien, Innsbruck oder Salzburg)
    - Beilage (Kopie) der Vereinbarung bzw. der Anatomie-Karte

Andersartiger Wunsch?

- gibt es (irgendwelche) (Bluts-)verwandte?
- eindeutige Willenserklärung des künftig Verstorbenen über die Art der Trauerfeierlichkeit(en)
  - konfessionelle oder nicht konfessionelle Begräbnis- oder Trauerfeier
    - Glaubensgemeinschaftszugehörigkeit
  - Gibt es eine Grabstelle? Wo? Grabnummer? Benützungsberechtigter?
  - musikalische oder stille Gestaltung der Trauerfeier
  - Verständigung von Personen über den Tod des Beschwalteten
- Vorsorge für die Bestattungsdurchführung getroffen?
  - Nein
  - Ja
    - Wer hat diese wo gemacht?
    - Welche Leistungen beinhaltet diese Vorsorge?
    - Gibt es dazu einen Vertrag oder/und Versicherungspolizze bzw. wer hat diesen Vertrag/Polizze und übergibt diese dem Bestatter?

Durch derartige Pflichten wäre die organisatorische und finanzielle Problematik wesentlich entschärft.

### Exkurs: Änderung der Geo

Wir regen an, den § 68 Abs. 2 Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz idgF (Geo) ersatzlos aufzuheben. § 68 Abs. 2 leg cit sieht vor, dass für „die Ausfertigung von Beschlüssen, womit eine Ausfolgung bewilligt oder über Werte verfügt wird, die bei [...] Sparkassen, Banken [...] oder anderen Stellen erliegen [...] ein besonderes Gerichtssiegel in eckiger Form zu verwenden [ist]; für den Abdruck ist rote Farbe zu benützen“. Der Beschluss ist auch eigenhändig zu unterfertigen.

In der Praxis stellen die Banken immer wieder fest, dass vielen Rechtsanwälten, Notaren und selbst einigen Gerichten selbst unbekannt ist, dass diese Bestimmung existiert. Es bedeutet insbesondere für die betroffenen Kunden einen Mehraufwand, wenn diese mit Freigabebeschlüssen - die sogar Rechtskraftbestätigung tragen - bei der Bank vorstellig werden, von diesen jedoch wieder zum Gericht zurück geschickt werden, um einen sogenannten „Rotsiegelbeschluss“ einzuholen.

Insbesondere in Hinblick auf die Digitalisierung des Rechtsverkehrs (WEB-ERV, elektronische Ausfertigung) und der erklärten Absicht des Gesetzgebers, mit der Praxis der Rotsiegelbeschlüsse „aufzuräumen“ (ErlRV 224 BlgNR XXII. GP 97; *Bittner in Rechberger* (Hrsg.), *Außer-StrG<sup>2</sup> § 179 Rz 2*; a.A. jedoch *Danzl, Geo<sup>6</sup> § 68 Rz 8*) sollte daher auch die Geo angepasst werden. Alternativ wäre begrüßenswert, dass zumindest die Wortfolge "Sparkassen, Banken" aus der genannten Bestimmung gestrichen wird.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Christoph Leitl  
Präsident

Mag. Anna Maria Hochhauser  
Generalsekretärin