ÖSTERREICHISCHE
NOTARIATSKAMMER

An das
Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 30.5.2018
GZ: 258/18

BMVRDJ-Z4.973/0044-I 1/2018

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Firmenbuchgesetz, das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsgesetz, das Gerichtsorganisationsgesetz, das IPR-Gesetz, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, das Konsumentenschutzgesetz, das Landpachtgesetz, das Mietrechtsgesetz, die Notariatsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Tiroler Höfegesetz, das Unternehmensgesetzbuch, das Verfahrenshilfeanträge-Übermittlungsgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das Verwaltungsstrafgesetz 1991, das Vollzugsgebührengesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002, die Zivilprozessordnung, das Erwachsenenschutzvereinsgesetz und das Justizbetreuungsagentur-Gesetz geändert werden (Erwachsenenschutz-Anpassungsgesetz – ErwSchAG);

Begutachtungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 9. Mai 2018, bei der Österreichischen Notariatskammer am selben Tage eingelangt, hat das Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz den Entwurf eines Erwachsenenschutz-Anpassungsgesetzes (ErwSchAG) übermittelt und ersucht, dazu bis 30. Mai 2018 eine Stellungnahme abzugeben.

Die Österreichische Notariatskammer bedankt sich für die Möglichkeit, sich zum vorliegenden Entwurf äußern zu können, und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben:

Österreichische Notariatskammer
Landesgerichtsstraße 20, 1010 Wien, Telefon +43 1 40245090, Telefax +43 1 4063475
DVR 0042846, kammer@notar.or.at, www.notar.at

Der Informationspflicht laut Datenschutz-Grundverordnung wird mit folgender Datenschutzerklärung (www.notar.at/oenk-dse) entsprochen.
Bei Bedarf ist auch eine postalische Übermittlung möglich.

1. Zu Artikel 1 – Anregung zur Streichung des § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB:

Die Österreichische Notariatskammer ersucht eindringlich, die Möglichkeit des gegenständlichen Anpassungsgesetzes zu nutzen, um § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB idF 2. ErwSchG, welcher die (Nicht-)Berücksichtigung von Verbindlichkeiten zum Inhalt hat, zu streichen und § 283 Abs 1 Satz 3 in der Form des Ministerialentwurfes zum 2. ErwSchG („Bei der Ermittlung des Wertes des Vermögens sind Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen.“) an der geeigneten Stelle in § 283 Abs 1 oder Abs 2 wiederum zu implementieren. Es sollen damit im Ergebnis für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Entschädigung des Kurators Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt werden.

Dies wird wie folgt begründet:

Der Ministerialentwurf zum 2. ErwSchG sah für den Erwachsenenvertreter in § 276 ABGB und für den Kurator in § 283 ABGB vor, dass zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Entschädigung Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen sind.

Im Zuge des Begutachtungsverfahrens wurde zur **Entschädigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters** (und inhaltlich nur zu diesem) von mehreren Stellen bzw Institutionen (beispielsweise das VertretungsNetz - Sachwalterschaft, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung, die Caritas Österreich, das Landesgericht Feldkirch und der Oberste Gerichtshof [dieser verweist bei § 283 ABGB bloß auf die Ausführungen zu § 276 ABGB, was nicht einen inhaltlichen Gleichlauf zur Frage des Abzugs bei Verbindlichkeiten zur Kuratorentschädigung impliziert]) gefordert, dass für die Ermittlung des Wertes des Vermögens die Verbindlichkeiten grundsätzlich berücksichtigt werden sollten. Damit wurde auf eine bestimmte Problematik bei vertretenen Personen eingegangen, die verschuldet sind. Das BMVRDJ ist dementsprechend den überwiegenden Stellungnahmen nachgekommen und hat in der Regierungsvorlage zum 2. ErwSchG § 276 ABGB - bewusst - abgeändert; dies ist aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage - zu Recht - angeführt. Diese Argumentation ist für die Österreichische Notariatskammer durchaus nachvollziehbar und es wird § 276 ABGB in der Fassung 2. ErwSchG daher auch durchaus akzeptiert und es erfolgt kein diesbezügliches Änderungsersuchen.

Gleichzeitig hat das BMVRDJ aber - ohne dass eine inhaltlich begründete Forderung im Zuge des Begutachtungsverfahrens zum 2. ErwSchG erhoben wurde - diese Wertung auch für Kuratoren übernommen und § 283 ABG in gleicher Weise wie § 276 ABGB gegenüber dem Ministerialentwurf zum 2. ErwSchG, also im Sinne einer grundsätzlichen Berücksichtigung der Verbindlichkeiten, geändert. Es ist allerdings zu konstatieren, dass aus folgenden Gründen diesbezüglich keine Parallelwertung zum Erwachsenenvertreter besteht:

1. Im Recht der Kuratoren existiert keine solche „verschuldete Person“ mit vergleichbarem Schutzbedürfnis wie im Erwachsenenschutzrecht, deren Interessenberücksichtigung von den diversen kritischen Stimmen im Begutachtungsverfahren gefordert wurde.

2. Im Erwachsenenschutzrecht wird die Entschädigung unverändert aus zwei Säulen ermittelt, und zwar die Entschädigung aus Einkünften und die Entschädigung aus Vermögen, und

werden diese addiert. Nun erfolgte aber beim Erwachsenenschutzrecht nur an einer dieser beiden Säulen, der Entschädigung aus Vermögen, eine Änderung, im Recht der Kuratoren hingegen an der einzigen Säule, was eine deutliche Schlechterstellung des Kurators gegenüber dem Erwachsenenvertreter ergibt.

3. In einigen Fällen wird gerade wegen einer bestehenden Überschuldung ein Kurator bestellt, insbesondere ein Verlassenschaftskurator bei überschuldeten Nachlässen. Nach der neuen Rechtslage würde das stets bedeuten, dass dem Kurator bei einer Überschuldung grundsätzlich keinerlei Bemessungsgrundlage zur Geltendmachung einer Entschädigung zur Verfügung stehen würde, es sei denn, „wenn die Tätigkeit des Kurators wegen der bestehenden Verbindlichkeiten mit einem besonderen Aufwand verbunden war."

Die bisherige Bestimmung zur Entschädigung des Kurators, § 276 aF ABGB, war aus diversen Gründen inhaltlich für die Bestimmung einer Entschädigung des Kurators kaum geeignet. Es waren aus dem Gesetzestext unterschiedliche Interpretationen ablesbar; die historische Interpretation vermochte keinerlei weiteren Anhaltspunkt zu geben. In der weitaus überwiegenden Rechtsprechung der Landesgerichte (welche maßgeblich ist, weil jene Frage nicht an den OGH herangetragen werden kann) hat sich allerdings gezeigt, dass jene Interpretation des Gesetzestextes als maßgeblich angesehen wurde, die eine möglichst geringe Entschädigung des Kurators zum Ergebnis hatte, vgl die umfangreichen Nachweise bei *Mondel*, Kuratoren Rz 2/76 ff. Es ist daher davon auszugehen, dass die Zulassung der Berücksichtigung von Schulden bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage äußerst restriktiv gehandhabt werden wird. Es wird also eine solche „Beweislastumkehr" dem Kurator in den meisten Fällen nicht gelingen und er wäre auf eine (deutlich) geringere oder in vielen Fällen gar keine Entschädigung verwiesen. Dies kann nicht Intention der Entschädigungsbestimmung sein.

Die angesprochene Regelung widerspricht dem § 283 ABGB idF 2. ErwSchG zugrunde liegenden und in den ErlRV zum 2. ErwSchG hervorgehobenen Gedanken, dass die Entschädigung des Kurators in Beziehung zu seinem Aufwand und auch zu seinem Haftungsrisiko gesetzt werden soll. Dies ist nämlich gerade nicht der Fall, wenn etwa der mit einer Liegenschaftsverwaltung verbundene Aufwand und das damit verbundene Risiko aufgrund andererseits bestehender Verbindlichkeiten keinen Niederschlag in der Bemessung der Entschädigung findet. Insbesondere am Beispiel des Verlassenschaftskurators - für welchen das Siebente Hauptstück des ersten Teils zweifelsfrei analog anwendbar sein wird - zeigt sich, dass aus dem Blickwinkel des Kurators es geradezu paradox ist, dass seine Entschädigung niedriger bemessen werden soll, wenn zu seinem Aufwand betreffend die Nachlassaktiva noch die Auseinandersetzung mit Nachlassgläubigern hinzukommt. Nachlassverbindlichkeiten neutralisieren den Aufwand und die rechtliche Verantwortung des Kurators nicht, sondern erhöhen diese sogar. Gerade bei überschuldeten Verlassenschaften, die durch den Verlassenschaftskurator abgewickelt werden und bei welchen nicht mehr potentielle Erbeninteressen, sondern Gläubigerinteressen hinter der Verlassenschaft stehen, wäre eine grundsätzlich unentgeltliche Tätigkeit des Kurators im Interesse der Gläubiger sachlich nicht gerechtfertigt. In diesen Fällen ist die Interessenlage insgesamt einem Insolvenzverfahren und die Funktion des Kurators jener einer Insolvenzverwalters vergleichbar.

Aber auch im Fall einer positiven Verlassenschaft, die zwischendurch von einem Verlassenschaftskurator vertreten wird, ist die Interessenlage mit jener bei einer Erwachsenenvertretung qualitativ nicht vergleichbar. Bei der Erwachsenenvertretung ist im Rahmen der Entschädigungsbemessung das besondere Schutzbedürfnis der vertretenen Person zu berücksichtigen, weil das persönliche Vermögen der vertretenen Person zur Bemessung herangezogen wird und die Entschädigung auch aus dem persönlichen Vermögen des Vertretenen entnommen wird. Die Verlassenschaft als "vertretene Person" hat hingegen keine eigenen konkreten Interessen; in ihr spiegeln sich nur indirekt die wirtschaftlichen, nicht aber unmittelbar existenziellen Interessen von Erben, Gläubigern oder dem Bund (bei Erbenlosigkeit) wider. Die Verlassenschaft ist für sich betrachtet keine schutzbedürftige Person, deren eigene unmittelbare Interessen bei der Entschädigungsbemessung zu wahren wären. Aus diesem Grund ist es mangels spezifischen Schutzbedürfnisses der vertretenen Verlassenschaft gerechtfertigt - und in Parallelwertung zur IO sogar geboten - die Entschädigung durchwegs, und zwar unabhängig von allfälligen andererseits bestehenden Verbindlichkeiten, in Bezug zum Aufwand und Haftungsrisikos Kurators zu setzen, indem die Entschädigung von den Nachlassaktiva bemessen wird.

Nur ausnahmsweise kann es gerechtfertigt erscheinen, dass Nachlassaktiva aufgrund bestehender Verbindlichkeiten nicht in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden; etwa dann, wenn ein und dieselbe Person Schuldner und Gläubiger der Verlassenschaft ist und eine Kompensationsmöglichkeit besteht (zB Kontoguthaben und aushaftender Kredit bei einer Bank).

Die Begründung für das Ersuchen um Abänderung des § 283 ABGB idF 2. ErwSchG lässt sich damit wie folgt zusammenfassen:

1. Diverse Stellungnahmen im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zum Ministerialentwurf des 2. ErwSchG haben gefordert, dass für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage aus Vermögen **für den Erwachsenenvertreter** Verbindlichkeiten grundsätzlich berücksichtigt werden sollen (nur im Ausnahmefall solle das Gegenteil gelten).

2. Das BMVRDJ ist dieser Forderung nachgekommen und hat dementsprechend § 276 ABGB im Rahmen der Erstellung der Regierungsvorlage zum 2. ErwSchG abgeändert. Dies wird von der Österreichischen Notariatskammer auch nicht beanstandet. Gleichzeitig wurde aber - „im Gleichklang“ - § 283 ABGB abgeändert, ohne dass dies in einer dieser Stellungnahmen gefordert wurde. Es gibt somit - soweit ersichtlich - **keine Institution oder Person, welche die diesbezügliche Abänderung des § 283 ABGB im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zum 2. ErwSchG gefordert hätte**.

3. Dieser Befund entspricht der inhaltlichen Forderung, „verschuldete Personen“ besonders zu berücksichtigen und ist zu § 276 ABGB durchaus sachgerecht. Eine solche **„verschuldete Person“ kann aber nur eine schutzbedürftige Person, für die ein gerichtlicher Erwachsenenvertreter bestellt ist, sein,** nicht aber eine solche, für die ein Kurator bestellt ist. Dies entspricht dem Gedanken der bloß vermögensrechtlichen Komponente bei der Kuratel, anders als im Erwachsenenschutzrecht, welches als eine wesentliche Komponente die Fürsorge zum Inhalt hat.

4. Die Auswirkungen der Änderung im Recht der Kuratoren sind in zweifacher Hinsicht massiv:

    a. Durch die Änderung des § 276 ABGB wurde **im Erwachsenenschutzrecht bloß eine von zwei zu addierenden Säulen** der Entschädigung zu Ungunsten des Erwachsenenvertreters **abgeändert, im Recht der Kuratoren hingegen die einzige Säule**.

    b. Im Recht der Kuratoren ist deutlich **häufiger** als im Recht der Erwachsenenvertretung **ein mit Schulden behaftetes Vermögen oder gar ein „Minusvermögen" vorhanden**. Man denke bloß an jene vielen Verlassenschaftskuratelen bei überschuldeten Verlassenschaften. Hier bliebe **in vielen Fällen nur eine deutlich geringere bzw gar keine Bemessungsgrundlage für eine Entschädigung** übrig. Die ausnahmsweise Berücksichtigung wie in § 283 Abs 2 Satz 3 ABGB idF 2. ErwSchG vorgesehen wird - in exakter Analyse der bisher vorhandenen Rsp der Landesgerichte zu Kuratorentschädigungen - nur in den seltensten Fällen zur Anwendung kommen.

Als Korrektiv, wenn die Tätigkeit des Kurators nach Art oder Umfang mit einem bloß geringen Aufwand an Zeit und Mühe verbunden ist oder der Kurand ein besonders hohes Vermögen hat, verbleibt schließlich immer noch die Minderungsmöglichkeit nach § 283 Abs 2 Satz 1 ABGB idF 2. ErwSchG, womit für jede Kuratel eine angemessene Entschädigung durch das Gericht ermittelt werden kann. Das System wäre in sich sodann stimmig.

Es wird daher dringend ersucht, § 283 ABGB dahingehend abzuändern, dass für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Entschädigung des Kurators Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen sind.

2. Zu Artikel 16 – Anregung zur <u>ersatzlosen</u> Streichung der Wortfolge „durch die rechtskräftige Bestellung eines Sachwalters oder" in § 19 Abs 1 lit g NO:

Im vorliegenden Entwurf ist vorgesehen, in § 19 Abs 1 lit g NO die Wortfolge *„durch die rechtskräftige Bestellung eines Sachwalters"* durch die Wortfolge *„mit dem Beginn einer gesetzlichen Vertretung im Sinne des § 1034 ABGB"* zu ersetzen. Es sollte sohin mit dem Beginn einer gesetzlichen Vertretung im Sinne des § 1034 ABGB das Amt des betroffenen Notars erlöschen. Die Österreichische Notariatskammer lehnt diese Änderung ab und regt die ersatzlosen Streichung der Wortfolge *„durch die rechtskräftige Bestellung eines Sachwalters oder"* in § 19 Abs 1 lit g NO aus folgenden Gründen dringend an:

Bereits derzeit besteht die Problematik, dass eine rechtskräftige Sachwalterbestellung den Amtsverlust jedenfalls begründet, auch wenn ein betroffener Notar zB. aufgrund eines Unfalles einige Monate in künstlichen Tiefschlaf versetzt werden muss und lediglich für medizinische Entscheidungen in diesem Zeitraum ein Sachwalter bestellt wird. Auch diesem Fall erlischt das Amt des betroffenen Notars

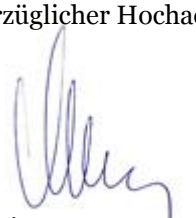
aufgrund der Sachwalterbestellung, obwohl in einem solchen Fall die Bestellung eines Notarsubstituten für die Dauer der Genesung des betroffenen Notars die sachgerechtere Lösung wäre.

Die nun ins Auge gefasste Regelung würde dieses Problem noch einmal verschärfen, da aufgrund des Verweises auf § 1034 ABGB alle Formen der Erwachsenenvertretung einen Amtsverlust bedeuten würden, obwohl diese gerade im Sinne des neuen Erwachsenenschutzrechts in der Regel zeitlich begrenzt und vorübergehend die Vertretung einer betroffenen Person sicherstellen sollten. So würde beispielsweise auch die Registrierung des Eintritts des Vorsorgefalles bei einer Vorsorgevollmacht, wenn auch nur für den medizinischen Bereich und für die Dauer einer Krankheitsphase, bereits das Erlöschen des Amtes des betroffenen Notars bedeuten, obwohl der betroffene Notar nach der Krankheitsphase sein Amt ohne jede Einschränkung wieder ausüben könnte. Diese Rechtsfolge wäre völlig überschießend und dem Sachverhalt in keiner Weise angemessen.

Für den Fall, dass ein Notar zB. auch aufgrund eines geistigen Gebrechens auf Dauer sein Amt nicht mehr ausüben kann, ist in der NO das Erlöschen des Amtes gemäß §§ 183 iVm 19 Abs 1 lit g 2. Fall NO vorgesehen. Eine ersatzlose Streichung der hier in Frage stehenden Wortfolge würde an dieser Regelung nichts ändern. Für die vorübergehende Verhinderung eines Notars auch aufgrund einer Einschränkung durch eine Krankheit (worunter auch psychische Krankheiten oder Folgen eines Unfalls zu verstehen wären) ordnet die NO hingegen die Bestellung eines Notarsubstituten an (§ 119 NO) und wäre daher die ersatzlose Streichung der Wortfolge *„durch die rechtskräftige Bestellung eines Sachwalters oder“* in § 19 Abs 1 lit g NO sachgerecht und stimmig.

Die Österreichische Notariatskammer ersucht daher, entsprechend ihrer Anregung die in Frage stehende Wortfolge ersatzlos zu streichen.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Hon.-Prof. Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner
(Präsident)