

I. Allgemeiner Teil

Peter Barth/Michael Ganner

A. Überblick

1. Regelungsorte und Struktur

Mit dem 2. ErwSchG, welches am 1.7.2018 in Kraft getreten ist, wurde das Erwachsenenschutzrecht insgesamt neu strukturiert.¹ Die zentralen Regelungen des materiellen Rechts befinden sich im sechsten Hauptstück des ABGB in den §§ 239 bis 276.² Die Bezeichnung des Hauptstücks lautet: „Von der Vorsorgevollmacht und der Erwachsenenvertretung“. Damit wird auch schon zum Ausdruck gebracht, dass der Vorsorgevollmacht der Vorrang vor anderen Formen der Erwachsenenvertretung eingeräumt wird.

Das **sechste Hauptstück des ABGB** besteht aus folgenden fünf Abschnitten:³

- **Allgemeine Bestimmungen** (§§ 239 bis 259 ABGB): Diese enthalten Regelungen für alle Formen der Vertretung. Sie werden hier im Kap I. *Allgemeiner Teil* ausführlich besprochen.
Inhaltlich geht es dabei um die
 - Grundprinzipien des Erwachsenenschutzrechts, wie die möglichst uneingeschränkte Teilnahme am Rechtsverkehr, ua durch unterstützte Entscheidungsfindung, und den Vorrang der Selbstbestimmung sowohl bei der Wahl des Vertreters (zB durch Erwachsenenvertreter-Verfügung) als auch bei Entscheidungen im Einzelfall;
 - Entstehung, Änderung und Beendigung der Vertretung;
 - allgemeine Rechte und Pflichten, wie die Pflicht, regelmäßigen persönlichen Kontakt zu halten, die Verschwiegenheitspflicht sowie Anspruch auf Aufwandsersatz für den Vertreter und die Haftung bei Fehlverhalten;
 - Personensorge mit medizinischer Behandlung und Wohnortverlegung sowie um die
 - Vermögenssorge, also um die Verwaltung von Einkommen und Vermögen.
- **Vorsorgevollmacht** (§§ 260 bis 263 ABGB): Die Rechtslage hat sich mit dem 2. ErwSchG insofern geändert, als es nun nur mehr eine Form der Vorsorgevollmacht gibt

1 Das Kuratorenrecht ist in einem eigenen Abschnitt des ABGB, nämlich im siebenten Hauptstück in den §§ 277 bis 283 ABGB geregelt. Es betrifft Personen, die „noch nicht gezeugt, ungeboren, abwesend oder unbekannt“ sind sowie für andere schutzberechtigte Personen, deren Vertreter sich in Kollision befinden. Darauf wird hier nicht weiter eingegangen.

2 Vgl *Hopf*, Von der Sachwalterschaft zur Erwachsenenvertretung – 2. Erwachsenenschutz-Gesetz vom Ministerrat beschlossen, ÖJZ 2017/16, 97.

3 Vgl auch *Schweighofer*, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, EF-Z 2017/99.

(vorher gab es unterschiedliche Formvorschriften für einfache und für wichtige Angelegenheiten), dass die Registrierung des Wirksamwerdens der Vorsorgevollmacht im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) zwingende Voraussetzung für das Zustandekommen der Vertretungsbefugnis ist und dass eine Vorsorgevollmacht auch bei den Erwachsenenschutzvereinen, aber nicht mehr bei Gericht errichtet werden kann; siehe Kap V.

- **Gewählte Erwachsenenvertretung** (§§ 264 bis 267 ABGB): Diese Vertretungsform wurde mit dem 2. ErwSchG neu geschaffen, um Personen, die wegen eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit keine Vorsorgevollmacht mehr errichten können, die Möglichkeit zu eröffnen, dennoch selbst eine Vertretung zu wählen. Es handelt sich dabei also sozusagen um eine Vorsorgevollmacht „light“; siehe Kap VI.
- **Gesetzliche Erwachsenenvertretung** (§§ 268 bis 270 ABGB): Diese löst die bisher bestehende Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger ab. Inhaltlich wird der Angehörigenkreis um Geschwister, Neffen und Nichten sowie in einer Erwachsenenvertreter-Verfügung selbst gewählte Personen erweitert; die Registrierung im ÖZVV ist für das Zustandekommen der Vertretungsbefugnis konstitutiv. Sie endet nach drei Jahren automatisch; siehe Kap VII.
- **Gerichtliche Erwachsenenvertretung** (§§ 271 bis 276 ABGB): Sie löst die bisherige Sachwalterschaft ab. Sie soll der Ausnahmefall sein und kann nicht mehr für alle Angelegenheiten angeordnet werden. Sie endet nach drei Jahren automatisch; siehe Kap VIII.

Mit dem 2. ErwSchG wurden die **Erwachsenenschutzvereine**, früher Sachwaltervereine, zur Drehscheibe der Rechtsfürsorge ausgebaut. Ihre Beratungsfunktionen wurden insgesamt ausgeweitet und zusätzlich können bei ihnen nunmehr kostengünstig Vorsorgevollmachten und Vereinbarungen über die gewählte Erwachsenenvertretung geschlossen sowie Vorsorgevollmachten, der Eintritt des Vorsorgefalles und Erwachsenenvertretungen in das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis eingetragen werden. Darüber hinaus wird das sog „Clearing“ (in der Gesetzessprache: „Abklärung“) durch den örtlich zuständigen Verein im gerichtlichen Verfahren zur Bestellung (und Erneuerung) eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters verpflichtend. Geregelt ist dies vorwiegend im Erwachsenenschutzvereinsgesetz (ErwSchVG); siehe dazu Kap XI.

Die wesentlichen Bestimmungen zum **Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis** (ÖZVV), in welches Vorsorgevollmachten (insb das Wirksamwerden dieser) und Erwachsenenvertretungen einzutragen sind, finden sich in der Notariatsordnung. § 140h NO normiert insb die Art und Weise der Eintragungen sowie die (Belehrungs- und Verständigungs-)Pflichten der eintragenden Personen und Stellen.

Neu geschaffen wurde auch eine **Liste von Notaren und Rechtsanwälten**, die zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeignet sind; siehe dazu unten E.3.d., 125.

Das **Verfahren** zur Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist nach wie vor im Außerstreitgesetz (AußStrG) geregelt; siehe Kap X.

Auch die Fähigkeit, eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft einzugehen, wurde, vergleichbar der Einsichts- und Urteilsfähigkeit (jetzt Entscheidungsfähigkeit), neu geregelt. Gleichzeitig wurde die erforderliche Zustimmung des Vertreters ersatzlos gestrichen (**Ehegesetz und Eingetragene Partnerschaft-Gesetz**). Eine Stellvertretung entscheidungsunfähiger Personen ist – angesichts der besonders persönlichen Wertungen, die mit einer solchen Entscheidung verbunden sind – daher nicht mehr vorgesehen.⁴

Darüber hinaus wurden **weitere Gesetze**, zum Großteil wegen der neuen Terminologie (insb hinsichtlich der Entscheidungsfähigkeit), geringfügig geändert: Kranken- und Kuranstaltengesetz, Unterbringungsgesetz, Namensänderungsgesetz, Zivilprozessordnung, Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz. Das Heimaufenthaltsgesetz wurde in seinem Anwendungsbereich auf Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger ausgedehnt.⁵

2. Selbstbestimmung und Stellvertretung

a) Selbstbestimmung und ABGB

Das **Vernunftrecht** bildet die konzeptionelle Basis des ABGB. Vgl etwa § 16 ABGB:

„Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

Aus dem Vernunftrecht leitet sich ein für das ABGB **zentrales, konstitutives Prinzip** ab, nämlich das der **persönlichen Freiheit**. Der Gesetzesverfasser *Zeiller* dazu wörtlich:⁶

„Alle noch so mannigfaltigen Rechte stehen übrigens, als von der Vernunft ertheilte Befugnisse, nothwendig in der genauesten Verbindung, vermöge welcher sie aus einander abgeleitet, und auf ein erstes, oberstes Recht zurück geföhret werden können, welches das Urrecht heißt. Dieses ist (§§. 2 – 6) das Recht der Persönlichkeit, d. i. das Recht, die Würde eines vernünftigen, freyhandelnden Wesens zu behaupten, oder auch das Recht der gesetzlichen Freyheit, d. h. zu allen, aber auch nur zu denjenigen Handlungen, bey denen ein geselliger Zustand gleichmäßig freyhandelnder Wesen Statt finden kann, (auch wohl in einer gewissen Rücksicht, jedoch minder bequem (§. 50), das Recht der gesetzlichen Gleichheit.) Denn nach dem oben angestellten Rechts-Princip muß jedes Recht den eben ausgedruckten wesentlichen Character an sich haben (§§. 3 – 6). Jedes Recht muß also stufenweise durch die Mittelbegriffe aus diesem Urrechte entwickelt, und jedes in Zweifel gezogene Recht aus demselben beurtheilt werden.“

Dass die persönliche Freiheit vom Recht stets mit Vorrang zu berücksichtigen ist, wird mit dem Terminus „**Favor Autonomiae**“⁷ oder mit der Formel „**in dubio pro libertate**“⁸ bezeichnet.

4 Vgl ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 60.

5 Das wir hier aber nicht besprochen; ausführlich dazu *Ganner*, Die neue Kontrolle von Freiheitsbeschränkungen in Einrichtungen zur Pflege und Erziehung Minderjähriger, iFamZ 2017, 194.

6 *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht³ (1819) 65 f (Anmerkungen getilgt).

7 *Benke/Barth* in Klang³ § 21 Rz 21.

8 *Schauer* in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1.02} § 17 Rz 1.



Als „vernünftiges“ Wesen ist der Mensch Person. Dies gilt – so *Zeiller* ausdrücklich – auch dann, wenn dem Individuum „der gegenwärtige **Gebrauch der Vernunft mangelt**“:⁹

„Jedes sinnlich vernünftige Wesen, weil es als Selbstzweck (eben da), als ein Subject von Rechten und Pflichten (§§. 8 u. 6), betrachtet werden muß, ist eine Person. Ohne Zweifel müssen also alle Wesen, welche die, für uns erkennbaren, äußeren Zeichen der Menschheit, d. i. des möglichen Vernunftgebrauches haben, obschon ihnen, wie den Ungebornen, den Unmündigen, Blödsinnigen, Wahnsinnigen, der gegenwärtige Gebrauch der Vernunft mangelt, dennoch, weil sie zur Erreichung des vollständigen höchsten Gutes, der Sittlichkeit und Glückseligkeit, berufen sind, als Personen geachtet, und Rechte bey ihnen anerkannt, werden (§. 2).“

Für Menschen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, muss das Recht den **Zustand gleicher persönlicher Freiheit gewährleisten**; insofern ist § 21 Abs 1 entsprechend der für das ABGB konstitutiven Rolle des Prinzips der persönlichen Freiheit zu verstehen.¹⁰ Vgl *Zeiller*.¹¹

„Vorzüglich äußert sich das ursprüngliche Recht, für andere zu sorgen (vorig. §.), wenn sie bey dem Mangel des reifen Alters, der nöthigen Organisation, in einer bleibenden oder vorübergehenden Geistesverwirrung, (wie Unmündige, Wahnsinnige, Volltrunkene, höchst Melancholische u. s. w.), nicht einmahl des gemeinen Vernunftgebrauches fähig sind; folglich sich weder Zwecke vorsetzen, und die Mittel hierzu anwenden, noch von ihrer freyen Willkühr, somit auch nicht von ihrem Rechte auf Unabhängigkeit (§. 42) Gebrauch machen können. Wer sich an die Stelle solcher Unglücklichen, allenfalls selbst mittelst gegen ihre Person gerichteten Zwanges, versetzt, und nur das für sie thut, was sie bey ihrem Verstandesgebrauche selbst thun würden, oder doch thun sollten, verletzt nicht, er schützt vielmehr ihre Rechte, welche sie zu schützen unvermögend sind, und handelt also rechtlich. Jede Verfügung über solche Menschen, als wären sie bloße Mittel für fremde Zwecke (Sachen), würde sich hingegen sofort als widerrechtlich darstellen (§. 41).“

b) Selbstbestimmung und Grundrechte

Die Grundrechte garantieren individuelle Selbstbestimmung. Ihnen liegt ein **anthropologisches Menschenbild** zugrunde, wonach der Mensch als bewusstes Subjekt sein Handeln zielgerichtet selbst bestimmen kann und als Gemeinschaftswesen das Wohlergehen von Einzelnen und gesellschaftlichen Gruppen deshalb verfolgt, weil er auf deren Unterstützung angewiesen ist.

Das Selbstbestimmungsrecht stellt vor diesem Hintergrund betrachtet ein **Freiheitsrecht** dar, nämlich das Recht, in eigenen Angelegenheiten frei, also nach subjektiven, von der Rechtsordnung nicht überprüfbareren Kriterien und daher allenfalls auch „unvernünftig“ zu entscheiden. Entscheidende Grundlage der Selbstbestimmung ist die freie Willensbildung und -äußerung und in der Folge die Akzeptanz des individuellen Willens durch die Rechtsordnung, indem mit der freien Willenserklärung unmittelbar Rechtsfolgen verbunden werden. Aus dem Gleichheitsgrundsatz wiederum ergibt sich, dass entscheidungsunfähige Personen nicht schlechter gestellt werden dürfen als andere.

⁹ *Zeiller*, Natürliches Privatrecht 67.

¹⁰ Siehe insb *Benke/Barth* in *Klang*³ § 21 Rz 24 f.

¹¹ *Zeiller*, Natürliches Privatrecht 73 f.

Während das PflEG in Ausübung seiner (hoheitlichen) Tätigkeit unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, kommt ihnen im Verhältnis etwa zwischen Erwachsenenvertreter bzw. Vorsorgebevollmächtigtem und vertretener Person nur eine mittelbare **Drittwirkung** zu. Demnach müssen aber die einfachgesetzlichen (Spezial-) Regelungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben standhalten. Sie sind folglich auch verfassungskonform zu interpretieren.¹²

c) Erwachsenenschutz im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Fürsorge

Das Erwachsenenschutzrecht konkretisiert das dem ABGB innewohnende **Rechtsprinzip der persönlichen Freiheit** sowie das **grundrechtlich vorgegebene Verständnis von Selbstbestimmung**: Erstens indem als **oberstes Prinzip** die **selbstbestimmte Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse** und die Erhaltung der Autonomie von volljährigen Personen, die in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, normiert wird (insb § 239 Abs 1 und § 240 Abs 2 ABGB).¹³ Zweitens durch die Definition und die Strukturierung der Handlungsfähigkeit (ua § 24 ABGB) und drittens durch jene Vorschriften, die Menschen berechtigen und verpflichten, nicht voll Handlungsfähige zu unterstützen und allenfalls zu vertreten (siehe §§ 239 Abs 2, 240 Abs 1, 240, 252 Abs 2 und 3 ABGB).¹⁴

Das Erwachsenenschutzrecht befindet sich dabei naturgemäß im **Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Fürsorge**. Selbstbestimmung setzt Selbstverantwortung und das Inkaufnehmen damit verbundener Risiken voraus.¹⁵ **Persönliche Risiken** sind eine wesentliche Grundlage für Lebensqualität, auch wenn diese manchmal unerwünschte Folgen nach sich ziehen. Die Grundrechte und daher auch das Selbstbestimmungsrecht stehen allen Personen unabhängig von ihren geistigen und körperlichen Fähigkeiten zu. Daher kommt auch Personen mit einem Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten grundsätzlich uneingeschränkt das Recht auf Selbstbestimmung und persönliche Risiken zu.

Das Spannungsverhältnis wird im Ergebnis wie folgt gelöst: Der Vertreter ist an subjektive und allenfalls „**unvernünftige**“ **Entscheidungen** gebunden, wenn sie dem Wohl der betroffenen Person nicht erheblich schaden (vgl § 241 Abs 2 letzter Satz ABGB). Im Handlungsfähigkeitsrecht ist wiederum – zum Schutz der vertretenen Person – vorgesehen, dass Entscheidungen idR nicht verbindlich sind, wenn sie **in entscheidungsunfähigem Zustand** getroffen werden.¹⁶

12 *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 213 ff; *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht³, Art 116 Abs 2 B-VG III.1. mwN; vgl BVerfGE 7, 198 (205); 25, 256 (263).

13 ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 17.

14 *Benke/Barth* in Klang³ § 21 Rz 25.

15 In diesem Sinne wohl schon *Gierke*, wenn er postuliert: „... kein Recht ohne Pflicht“; Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889) 17.

16 Davon ausgenommen sind etwa der Widerruf einer Vorsorgevollmacht oder einer gewählten Erwachsenenvertretung sowie der Widerspruch gegen eine gesetzliche Erwachsenenvertretung (§ 246 ABGB) und der Widerruf einer Patientenverfügung (§ 10 Abs 2 PatVG).

d) Selbstbestimmung durch Unterstützung

aa) Allgemeines

Fehlende oder eingeschränkte Entscheidungsfähigkeit und erheblich selbstschädigende „Unvernunft“ sind oftmals **nicht unabänderliche Phänomene**; vielmehr können Menschen durch geeignete Unterstützung in die Lage versetzt werden, ihre Entscheidungen selbst – ohne Gefahr für sich selbst – zu treffen.

Das neue Erwachsenenschutzrecht setzt hier die Vorgaben der **UN-Behindertenrechtskonvention**, die die Reform des Erwachsenenschutzrechts angestoßen und diese inhaltlich grundlegend beeinflusst hat,¹⁷ um. Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, „Menschen mit Behinderung“ die Unterstützung zukommen zu lassen, die nötig ist, damit sie ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ausüben können. Demnach muss nicht nur von der Rechtsordnung das Recht auf Selbstbestimmung anerkannt und dieses gegen Eingriffe geschützt werden. Es bedarf vielmehr der Sicherstellung von **Unterstützungsmöglichkeiten**, damit die betroffenen Personen selbstbestimmt handeln und leben können. Das ist in § 239 Abs 1 ABGB gemeint, wenn es dort heißt „möglichst selbständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung, ihre Angelegenheiten selbst besorgen können“. Es handelt sich hierbei um eine programmatische Bestimmung, welche klarstellt, dass jemand primär jene Unterstützung erhalten muss, die erforderlich ist, damit er selbst eine Entscheidung treffen und damit seine Angelegenheiten selbst besorgen kann, und dass erst sekundär, wenn also auch trotz Unterstützung Entscheidungsfähigkeit nicht erreicht werden kann, eine Stellvertreterentscheidung zulässig ist.¹⁸

Oberstes Prinzip des Erwachsenenschutzrechts ist – wie gezeigt (c.) – die **selbstbestimmte Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse** und die Erhaltung der Autonomie von volljährigen Personen, die in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind (§ 239 ABGB).¹⁹ Aus diesem obersten Prinzip folgt ein **weiterer zentraler Grundsatz des Erwachsenenschutzrechts**: die – bereits dem bis dato geltenden Recht innewohnende²⁰ – **Subsidiarität der Stellvertretung** gegenüber der autonomen Entscheidung durch die betroffene Person. Sie ist aber unter dem Einfluss der UN-Behindertenrechtskonvention deutlich erweitert worden. Diese erlegt den Mitgliedsstaaten nämlich eine „**Zugangverschaffungspflicht**“ auf: Es genügt nicht, dass derzeit kein anderes Mittel als Stellvertretung vorhanden ist, das die betroffene Person in die Lage versetzt, ihre Angelegenheiten zu besorgen, Unterstützungsressourcen, die Stellvertretung vermeiden können, sind vielmehr bereitzustellen.²¹ Diese völkerrechtliche Verpflichtung trifft nicht den Bund, angesprochen sind hier aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund

17 Vgl auch Barth, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz – die wichtigsten Änderungen aus der Sicht der Pflege (Teil I und II), ÖZPR 2017/50 (80) und 2017/68 (114); Hübelbauer, Reform des Sachwalterschaftsrechtes/ 2. Erwachsenenschutzgesetz, ZfG 2017, 4.

18 Am deutlichsten kommt das im Gesetz konkret bei der medizinischen Behandlung gem § 252 Abs 2 ABGB zum Ausdruck; vgl Ganner, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung, iFamZ 2014, 67.

19 ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 17.

20 Siehe § 268 Abs 2 ABGB aF; Traar/Pesendorfer/Fritz/Barth, Sachwalterrecht und Patientenverfügung (2015) § 268 ABGB Rz 19.

21 Ausführlich Müller, Fürsorge versus Selbstbestimmung, iFamZ 2017, 327 (334).

und Bundesländern Zweitere.²² Vor diesem Hintergrund werden in § 239 ABGB die Bedeutung der Selbstbestimmung und Unterstützung sowie in § 240 ABGB der Nachrang der Stellvertretung betont. Die Alternativen zur Vertretung, Unterstützungsmaßnahmen und die unterstützte Entscheidungsfindung werden in weiterer Folge aber nicht näher geregelt, sondern vielmehr vorausgesetzt. Ausführlich zum Subsidiaritätsprinzip siehe Kap VIII.B.1.e., 765.

bb) Beispiele für Unterstützungsmöglichkeiten

§ 239 Abs 2 ABGB zählt immerhin beispielhaft auf, welche Unterstützungsmöglichkeiten in Betracht kommen, ohne dabei nicht genannte auszuschließen. Ziel ist die Selbstbestimmung. Dafür ist (fast) jedes legale Mittel recht. Konkret genannt werden:

- die Unterstützung durch die **Familie**, durch **Pflegeeinrichtungen**, Einrichtungen der **Behindertenhilfe** und **soziale und psychosoziale Dienste** sowie durch **andere nahe stehende Personen**, durch Gruppen von Gleichgestellten (sog „**Peer-groups**“) oder **Beratungsstellen**;

Soziale Netzwerke, die sich aus Angehörigen, Freunden, Nachbarn und Arbeitskollegen zusammensetzen können, sind wohl (immer noch) das wichtigste Instrument zur Selbstermächtigung von Menschen, auch von jenen mit psychischer Krankheit oder vergleichbaren Beeinträchtigungen ihrer Entscheidungsfähigkeit. Bei Letzteren geht es vielfach darum, ihnen den Zugang zu ihren Netzwerken nicht „abzuschneiden“ (zB durch abrupte Wohnortwechsel) bzw alters- oder krankheitsbedingte „Barrieren“ abzubauen.²³ In Deutschland übernehmen teilweise sog „Seniorenbüros“ (und zwar durch dort ehrenamtlich tätige Menschen) eine Vermittlungsfunktion, um Personen mit „Handicaps“ eine gesellschaftliche Teilhabe zu ermöglichen.²⁴

- das „**betreute Konto**“, welches in der Praxis zB von Schuldnerberatungen angeboten wird: Dieses Instrument soll Menschen, die in einem Betreuungsverhältnis stehen und die Schwierigkeiten haben, Zahlungsprioritäten zu erkennen und einzuhalten, und dadurch von Wohnungslosigkeit bedroht sind, helfen, ihre existenznotwendigen Zahlungen zu bewältigen. Es werden bei einer Partnerbank zwei Konten auf den Namen des Kunden eröffnet: ein Eingangskonto und ein Auszahlungskonto. Auf dem Eingangskonto ist der Betreuer zeichnungsberechtigt, über das Auszahlungskonto verfügt nur der Kunde. Vom Eingangskonto werden die wichtigen Zahlungen (zB für Miete, Energie) getätigt, der Rest geht an das Auszahlungskonto und steht dem Kunden zur freien Verfügung;²⁵
- der „**Vorsorgedialog**“: Der Vorsorgedialog für Alten- und Pflegeheime stellt den betreuenden Personen (Pflegepersonal und Ärzten) einen strukturierten Kommunikationsprozess für die Durchführung von Gesprächen mit den Bewohnern zur letzten Lebenszeit zur Verfügung. Dieses Kommunikationsinstrument nimmt die Selbstbe-

²² Barth, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ 2017, 143 (145 f) und Einleitungskapitel C.1., 6.

²³ Vgl Engel, „Gemeinsam statt einsam?“ – Das soziale Netzwerk als Ressource bei der unterstützten Entscheidungsfindung, BrPrax 2016, 172.

²⁴ Boefner, Engagement von Ehrenamtlichen in der Begleitung älterer Menschen im Vorfeld rechtlicher Betreuung, BtPrax 2018, 53 (55).

²⁵ Ausführlich Maly, Unterstützung beim Umgang mit Geld, iFamZ 2018, 170; vgl dazu auch Schweighofer/Koppensteiner/Zierl, Ausblick auf das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, ÖZPR 2016/89, 150 ff und Götsch/Knoll, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz aus Sicht der Bankenpraxis, ÖBA 2017, 298 (300).

stimmung der Bewohner ernst und stärkt sie. Gleichzeitig unterstützt der Vorsorgedialog Pflege und Ärzte bei ethisch schwierigen Entscheidungen am Lebensende, zB in aktuellen Krisensituationen oder wenn das Sterben absehbar ist.²⁶

Es gibt weitere – im Gesetz nicht genannte – Unterstützungsformen, die die Stellvertretung entbehrlich machen können. Allen voran ist hier die sog „**Persönliche Assistenz**“ zu nennen. Persönliche Assistenz umfasst alle Bereiche des täglichen Lebens, in denen Unterstützungsbedarf bzw Hilfebedarf besteht, wie Körperpflege, die alltägliche Lebensführung, Unterstützung im Haushalt und Mobilitätshilfe, aber auch Behördengänge, Kommunikationshilfe und vieles mehr. Die betroffenen Personen wählen ihre Assistenten selbstständig aus. Sie äußern Wünsche und Ziele und bestimmen Dauer, Ort, Art und Umfang der Assistenzleistungen.²⁷

Eine mögliche Form der Unterstützung sind auch die sog „**Unterstützerkreise**“, die bereits gelegentlich im Rahmen der „persönlichen Zukunftsplanung“ zum Einsatz kommen. Bei einer persönlichen Zukunftsplanung denken mehrere Menschen gemeinsam über das Leben einer Person nach: die Person selbst, ihre Familie, Freunde und Fachleute (die „Unterstützer“). Dabei geht es darum, der betroffenen Person dabei zu helfen herauszufinden, was ihr im Leben besonders wichtig ist, damit es ihr gut geht, welche Unterstützung sie dabei benötigt und wer dabei wie helfen kann.²⁸ Unterstützer können aber auch in anderen Strukturen bereitgestellt werden, so als – auch ehrenamtlich – in Einrichtungen oder Beratungsstellen tätige Personen, deren Aufgabe es ist, Bewohner der Einrichtung zB bei der Beantragung von Gebührenbefreiungen oder Sozialleistungen zu unterstützen.²⁹

Auch **technische Unterstützungssysteme** sind – idR wohl im Verbund mit menschlicher Unterstützung – ein möglicher Weg: zB Hausnotrufsysteme iSe „Inaktivitätsreaktion“, Spracherkennung, „Alles-aus-Schalter“, intelligente Belichtungssysteme, all dies in Kombination mit einem menschlichen Ansprechpartner, der „365/7/24“ verfügbar ist.³⁰

§ 27e Abs 1 KSchG räumt Heimbewohnern das Recht ein, dem Heimträger gegenüber jederzeit eine **Vertrauensperson** namhaft zu machen. Die Vertrauensperson soll dem Bewohner beistehen und ihn im Verkehr mit dem Heimträger unterstützen (siehe die §§ 27e Abs 2, 27g Abs 1 und 3, 27h Abs 1 zweiter Satz KSchG). Der Heimträger hat die Verpflichtung, sich in wichtigen Angelegenheiten an diese Vertrauensperson zu wenden.

26 Siehe näher *Eisl*, Der Vorsorgedialog zur Stärkung der Selbstbestimmung am Lebensende, iFamZ 2018, 173 und *Kletečka-Pulker/Leitner*, Der Vorsorgedialog (VSD) – Beachtliche Patientenverfügung oder aktuelle Behandlungsablehnung? RdM 2017, 264. Vgl auch *Bühler/Stolz*, „Gesundheitliche Versorgungsplanung“ im Pflegeheim – Bedeutung für das Selbstbestimmungsrecht schwer erkrankter Menschen und ihrer rechtlichen Betreuer, BtPrax 2016, 133.

27 ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 18.

28 ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 18; *Ganner*, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht – Teil 2, BtPrax 2013, 222 (223); *Müller/Benthien*, Wunsch und Wille – Mit Persönlicher Zukunftsplanung (PZP) die Zukunft nach eigenen Wünschen gestalten, BtPrax 2014, 149.

29 In Deutschland wird aktuell die Bereitstellung von Unterstützern in ehrenamtlichen Teams durch die Bundesarbeitsgemeinschaft Seniorenbüros, einem Dachverband von mehr als 400 Seniorenbüros, erprobt (siehe *Boefner*, Engagement von Ehrenamtlichen in der Begleitung älterer Menschen im Vorfeld rechtlicher Betreuung: Voraussetzungen, Möglichkeiten, Grenzen, BtPrax 2018, 53).

30 *Klasen/Klasen*, Mit technischer Unterstützung selbstbestimmt und in Würde alt werden? BtPrax 2018, 179 (182 f).



A. Überblick

Die gesetzliche Pflicht, Vertrauenspersonen einzubeziehen, besteht zwar nur in zivilrechtlichen Angelegenheiten, wie etwa bei Vertragsanpassungen oder Vertragsverletzungen. Sinnvoll ist natürlich auch die Einbeziehung der Vertrauensperson in anderen für die betroffene Person bedeutenden Angelegenheiten. Freilich verleiht allein die Namhaftmachung einer Vertrauensperson dieser noch nicht Vertretungsmacht. Soweit Vertretungsakte zu setzen sind, also etwa einvernehmliche Vertragsänderungen vorgenommen werden sollen, ist der Betroffene durch seine Vertrauensperson nur dann ausreichend in die Lage versetzt, diese Angelegenheit im erforderlichen Ausmaß zu besorgen, wenn er entweder ohnedies seinen Vertreter namhaft gemacht oder die Vertrauensperson zusätzlich wirksam bevollmächtigt hat.³¹ Primär ist es aber Aufgabe der Vertrauensperson, die vertretene Person so zu unterstützen und beraten, dass diese selbst eine wirksame und informierte Entscheidung treffen kann.

Weitere Unterstützungsmaßnahmen, die die **Verständigung mit kommunikationseingeschränkten Personen** wesentlich erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen, können je nach Fall sein: der Gebrauch von Leichter Sprache,³² von Fotos und Symbolen,³³ von Lauten, Gesten, Gebärden, und Berührungen oder von plastischen Modellen zum Angreifen („Begreifen“), der Einsatz von nicht-technischen (Karten, Objekte), speziellen kommunikationspsychologischen Modellen³⁴ und technischen Hilfsmitteln (Taster mit Sprachausgabe, Sprachcomputer, Tablets ua), und die Unterstützung durch Gebärdensprachdolmetscher.³⁵

cc) Unterstützte Entscheidungsfindung

Unterstützte Entscheidungsfindung kann in einem weiten Sinn als Ergebnis von Unterstützungsmaßnahmen bezeichnet werden, wenn sie die betroffene Person in die Lage versetzen, die Entscheidung selbst zu treffen. Als Terminus Technicus verwendet, beschreibt „Unterstützte Entscheidungsfindung“ nur Formen der Unterstützung, die bestimmten Qualitätsstandards entsprechen. Zu den zentralen Merkmalen unterstützter Entscheidungsfindung siehe *Mayrhofer* (die Hervorhebungen stammen von den Autoren):³⁶

- Die rechtliche **Handlungsfähigkeit** der Person mit Unterstützungsbedarf wird durch die Ernennung einer entscheidungsunterstützenden Person oder eines ebensolchen Personenkreises **nicht beeinträchtigt** (dh, sie behält die volle Geschäftsfähigkeit).
- Die Unterstützungsbeziehung ist **freiwillig** und kann nach Belieben durch die Person mit Unterstützungsbedarf beendet werden.
- Die unterstützte Person **partizipiert aktiv** an der Entscheidungsfindung und soll iSd Selbstbestimmung bei der Realisierung ihres Willens unterstützt werden.
- Entscheidungen, die mittels unterstützter Entscheidungsfindung getroffen werden, sind **rechtlich verbindlich** und durchsetzbar (zB gegenüber Banken, sozialen Institutionen etc).“

31 Siehe näher *Barth/Engel*, Heimrecht § 27e KSchG Rz 1–3.

32 Siehe dazu etwa die Regeln des Netzwerks Leichte Sprache unter <http://www.leichte-sprache.org/die-regeln/>.

33 ZB die Symbolbibliothek PCS mit der Software Boardmaker von *Mayer-Johnson* ua.

34 *Kosuch*, Unterstützte Entscheidungsfindung aus (kommunikations)psychologischer Sicht – Zwei Modelle für die Betreuungsgestaltung, *BtPrax* 2018, 213.

35 Siehe *BMVRDJ*, Konsenspapier Erwachsenenschutzrecht für Gesundheitsberufe (2018) 8 f.

36 *Mayrhofer*, Begriffsbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung, *iFamZ* 2014, 64 (64); *Mayrhofer/Hammerschick/Bühler/Reidinger* (Hrsg), Vom vertretenen zum unterstützten Rechtssubjekt (2016) 16 f.

Das Erwachsenenschutzrecht räumt, den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention folgend, der unterstützten Entscheidungsfindung **gegenüber der Stellvertreterentscheidung** den **Vorrang** ein. In allen Fällen, in denen eine unterstützte Entscheidungsfindung möglich ist und dadurch eine Stellvertreterentscheidung vermieden werden kann, ist diese grundsätzlich auch vorzusehen.³⁷ § 239 Abs 1 ABGB („erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung“) und § 239 Abs 2 ABGB mit der beispielhaften Nennung von Möglichkeiten der Unterstützung sind in diesem Sinn zu verstehen.³⁸

Aus Art 12 des Übereinkommens wird teilweise abgeleitet, dass eine **Vertreterentscheidung überhaupt nicht zulässig** und dass mit dem Übereinkommen der Wandel vom „substitute decision-making“ zum „supported decision-making“ – zumindest rechtlich – vollzogen worden sei und die Vertragsstaaten daher alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen hätten, damit Personen mit Behinderungen in allen Fällen ihre Entscheidungen selbst treffen könnten.³⁹ Die juristische Fachliteratur beantwortet die Frage, ob eine stellvertretende Entscheidung im Lichte des Übereinkommens – unter bestimmten Umständen und als ultima ratio – zulässig ist, aber zu Recht mit ja.⁴⁰ Dem folgt auch das Erwachsenenschutzrecht und sieht daher weiterhin die Möglichkeit der Stellvertretung vor. Das ist auch im Interesse der betroffenen Personen.⁴¹ Eine Rechtsordnung, die in wichtigen Fällen, in denen eine Entscheidung durch die betroffene Person auch mit Unterstützung nicht erreicht werden kann, keine Stellvertreterentscheidung vorsieht, würde gegen eine Reihe von Grundrechten sowie von Bestimmungen der UN-Behindertenrechtskonvention verstoßen. Gem Art 12 Abs 4 dieser Konvention müssen etwa die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen gegen Missbrauch vorsehen.⁴² Siehe dazu auch Einleitungskapitel B.1., 3.

Das Erwachsenenschutzrecht sieht die **unterstützte Entscheidungsfindung konkret in folgenden Fällen** vor:

- im Rahmen der **Befähigung zur Selbstbestimmung**; § 241 Abs 1 2. Teil ABGB: „so weit wie möglich in die Lage zu versetzen, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen“; (siehe dazu I.F.4., 133) und
- bei der **medizinischen Behandlung** gem § 252 Abs 2 ABGB; siehe dazu Kap II.D., 228.

37 *Universität Innsbruck* (Hrsg), Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs, Rz 401 (<https://broschuerenservice.sozialministerium.at/Home/Download?publicationId=278>, 20.11.2018).

38 Zu verschiedenen Modellen der unterstützten Entscheidungsfindung siehe *Ganner*, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes, in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit*, Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012 (2013) 41 (44); *Mayrhofer*, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung, in *Österreichisches Komitee für Soziale Arbeit*, Selbstbestimmung statt Fremdbestimmung – Dokumentation der Jahreskonferenz (2013) 32; *Ganner*, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung – Vom Verhaltenskodex bis zu zum Representation Agreement, iFamZ 2014, 67.

39 So insb *Lachwitz*, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BtPrax 2008, 143 (146) und *Buchner*, „Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!“, iFamZ 2009, 120 (122).

40 So eine große Anzahl von Beiträgen in *Arai/Becker/Lipp* (Hrsg), Adult Guardianship Law for the 21st Century (2013), in denen selbstverständlich von der Grundrechtskonformität der jeweiligen Erwachsenenschutzsysteme mit Stellvertreterentscheidung (USA, England, Kanada, Deutschland, Hong Kong, Japan, Australien etc) ausgegangen wird; ausdrücklich dort *Lipp* 108; aber auch *Aichele*, BtPrax 2010, 199 (203); *Schauer*, iFamZ 2011, 258; *Ganner/Barth*, BtPrax 2010, 204.

41 So insb auch *Schauer*, iFamZ 2011, 258 (260) und OGH 3 Ob 97/13f iFamZ 2013/135, 182.

42 Vgl *Universität Innsbruck* (Hrsg), Gutachten Rz 401.



B. Anwendungsbereich des Erwachsenenschutzrechts

1. Erfasster Personenkreis

a) Allgemeines

§ 239 Abs 1 ABGB enthält nicht nur das Grundprogramm des Erwachsenenschutzrechts („Unterstützte Entscheidungsfindung vor Stellvertretung“), sondern steckt auch den Anwendungsbereich des sechsten Hauptstücks ab: Dieses soll auf „volljährige Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind“, Anwendung finden.

b) Volljährige Person

aa) Mensch

Als volljährige Person, die psychisch krank oder vergleichbar in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt ist, kann nur ein Mensch angesehen werden (siehe § 16 ABGB). Juristische Personen werden daher vom Erwachsenenschutzrecht als „vertretene Person“ keinesfalls erfasst.⁴³ Sie können aber als Vertreter (Erwachsenenschutzverein) tätig werden.

bb) Alter

Bereits durch das KindRÄG 2001 wurde die Sachwalterschaft als ein Instrument des Rechtsschutzes für erwachsene Personen vorgesehen und wurden **Minderjährige** aus dem persönlichen Anwendungsbereich der §§ 273 ff ABGB aF ausgenommen.⁴⁴ Dies gilt weiterhin (daher ist auch vom „Erwachsenenschutzrecht“ die Rede). Für Minderjährige kann damit kein Erwachsenenvertreter zum Einsatz kommen (zur Frage, ob Minderjährige eine Vorsorgevollmacht errichten können, siehe Kap V.B.1., 599).

In § 175 ABGB idF vor dem 2. ErwSchG war ein (**konstitutiver**) **gerichtlicher Ausspruch** über das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vorgesehen, falls diesen in Folge einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung (oder auch einer entwicklungsbedingten Verzögerung) die für eine einzelne oder einen Kreis von Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit fehlte.⁴⁵ Diese Bestimmung wurde durch das 2. ErwSchG aufgehoben. Zu den Gründen hierfür siehe die Erläuterungen zur Regierungsvorlage des 2. ErwSchG:

„§ 175 wurde mit dem KindRÄG 2001 (in Gestalt des § 154b ABGB alter Fassung) als Ausgleich dafür eingeführt, dass es nicht mehr möglich sein sollte, für Minderjährige einen Sachwalter zu bestellen (ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 60). Einen vergleichbaren konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit und – zusätzlich – auch der Einsichts- und Urteilsfähigkeit sollte § 154b bewerkstelligen. Nunmehr soll aber die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters keinen automatischen Verlust der Handlungsfähigkeit mehr nach sich ziehen (siehe § 242 Abs. 1 des Entwurfs). Es ist vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob das Gegenüber entschei-

43 Die Kuratel kann dagegen auch für juristische Personen zum Einsatz kommen; siehe ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 47.

44 Vor dem KindRÄG 2001 war nicht völlig geklärt, ob eine Sachwalterbestellung für Kinder unter sieben Jahren und Personen zwischen sieben und 14 Jahren zulässig ist; siehe ua *Maurer/Tschugguel*, Sachwalterrecht² § 273 Rz 7; *Schauer*, Anmerkungen zum neuen Sachwalterrecht, NZ 1983, 49 (50); *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) 24; *Stabentheiner*, Ein Überblick über das neue Sachwalterrecht, AnwBl 1985, 287.

45 Siehe *Hopf* in KBB³ § 154b Rz 1 und 2; *Barth* in Klang³ § 154b insb Rz 15 mwN.