

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

November 2013

06

241 – 288

Beiträge

Entziehung der Obsorge ohne Kindeswohlgefährdung?

Elke Heinrich und Matthias Pendl ⌚ 248

Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und
familienrechtlichen Rechtsgeschäften Joachim Pierer ⌚ 244

Public Shaming Minderjähriger Michaela Marous ⌚ 253

EF Kurz gesagt

Sachwalterschaft aus Sicht des Testamentserrichters

Andreas Tschugguel ⌚ 257

Kontaktregelung im Scheidungsvergleich Susanne Beck ⌚ 259

Rechtsprechung

Hemmung der Frist für Scheidungsklage ⌚ 264

„Playgirlgrenze“ im Unterhalt II

Edwin Gitschthaler ⌚ 267

Sind vier bedachte Testamentszeugen genug? ⌚ 273

Befangen im „Genderwahn“ ⌚ 281

Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften

EF-Z 2013/158

§§ 268 ff ABGB;
§ 102 EheG;
§ 4 EPGhöchst-
persönliche
Rechte;Vertretungs-
macht;Geschäfts-
fähigkeit;

Einwilligung

Selbst wenn ein Sachwalter mit der Besorgung aller Angelegenheiten einer behinderten Person betraut ist, gibt es Rechtsgeschäfte und Handlungen, die er dennoch nicht vornehmen darf. Höchstpersönliche Rechte der behinderten Person sind keiner Stellvertretung zugänglich. Nicht jede Frage hierzu kann mit dem Gesetz eindeutig beantwortet werden.

Von Joachim Pierer

A. Problemstellung

In L und Rsp ist anerkannt, dass höchstpersönliche Rechte aus dem Wirkungsbereich des SW ausgeschlossen sind, weil diese ihrem Wesen nach keine Stellvertretung erlauben.¹⁾ Dem Gesetz ist oft aber nicht ausdrücklich zu entnehmen, welche Rechte als höchstpersönlich anzusehen sind. Unklarheiten darüber, wie jüngst bei der Frage, ob ein SW Verfügungen über den Leichnam der besachwalteten Person treffen kann – zB eine „Körperspende“ –, treten immer wieder auf.²⁾ Eine taugliche Umschreibung, was im Sachwalterrecht unter einem höchstpersönlichen Recht zu verstehen ist, fehlt allerdings.³⁾ Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden, wo die Grenzen der Vertretungsmacht des SW bei erb- und familienrechtl Rechtsgeschäften liegen. In einem weiteren Beitrag wird diese Frage für Angelegenheiten der Personensorge behandelt werden.⁴⁾

Voranzustellen ist diesen Ausführungen, dass zuerst im Gesetz nach der Antwort gesucht werden muss, ob gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung zulässig ist. Erst danach ist ihre Zulässigkeit nach allgemeinen Prinzipien zu prüfen.

Direkte Stellvertretung ist bei Akten, „die derart von der höchstpersönlichen Entscheidung der Parteien abhängen, dass es dem Gesetz unerträglich erschien, einem fremden Willen verpflichtende Kraft zu verleihen“, ausgeschlossen.⁵⁾ Eine Konkretisierung des Begriffs der höchstpersönlichen Entscheidung ist dieser Beschreibung nicht zu entnehmen. Unter Hinzuziehung der Feststellungen von *Barth/Ganner*, dass der Ausübung von Rechten mit persönlichem Bezug gemeinsam sei, dass eine „individuelle, schwer „objektivierbare“ und daher für Dritte uU kaum nachvollziehbare Entscheidung zugrunde liegt,⁶⁾ sei hier eine Erweiterung dieser Umschreibung versucht:

Die Ausübung oder Nichtausübung von Handlungen und Rechten mit persönlichem Bezug basiert auf Gefühlen, inneren Überzeugungen, Zukunftsplänen, Moral- oder Wertvorstellungen, dem Zugehörigkeitsgefühl zu Orten, Personen oder Gruppen, der Weltanschauung, Interessen oder politischen Überzeugungen – oder einzelnen Elementen davon –, die nicht jenen eines durchschnittlichen Menschen entsprechen müssen, sondern sich individuell im Laufe des Lebens einer jeden einzelnen Person verschieden ausprägen und auch

verändern können und sich somit einer neutralen bzw objektivierbaren oder vernunftbasierten Beurteilung durch Dritte, und daraus folgend einer Ersatzvornahme durch jene, entziehen.

B. Einzelfälle erb- und familienrechtlicher Rechtsgeschäfte

1. Rechtsgeschäfte von Todes wegen

Errichtet eine besachwaltete Person ein Testament, ist besonderes Augenmerk auf die Testierfähigkeit und allfällige Formvorschriften zu legen. So kann das Gericht anordnen, dass die behinderte Person nur mündlich vor Gericht oder einem Notar testieren kann (§ 568 ABGB iVm § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG). Dann kann die besachwaltete Person nur im Notfall ihren letzten Willen auf andere Art erklären (§ 597 ABGB). Hat das Gericht keine Beschränkungen verfügt, stehen der besachwalteten Person alle Rechtsgeschäfte von Todes wegen offen. Das Vorliegen von Testierfähigkeit ist stets notwendig, diese wird nicht durch die Einhaltung bestimmter Formpflichten ersetzt. Die Erklärung des letzten Willens ist aber immer – egal ob besachwaltet oder nicht – ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Dies ergibt sich neben den Formpflichten aus § 564 ABGB, wonach der Erbl den Erben selbst einsetzen muss. Als Konkretisierung dieser Anordnung stellt § 564 HS 2 ABGB klar, dass die Ernennung eines Erben nicht dem Anspruch eines Dritten überlassen werden kann, also Stellvertretung ausgeschlossen ist. Auch geht aus § 568 ABGB klar hervor, dass die besachwaltete Person nur selbst, und nicht deren SW für sie, testieren kann.

Auch bezüglich des Erbvertrags (§§ 1249 ff ABGB) muss gelten, dass aufgrund der Höchstpersönlichkeit

1) *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) 36; *W. Tschuguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 268 Rz 5; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 268 ABGB Rz 10; 7 Ob 355/97 z SZ 70/235 = RIS-Justiz RS0103635.

2) 1 Ob 222/12 x EF-Z 2013/90 = JBl 2013,166.

3) *Ofner*, Widerruf einer Privatstiftung durch den Sachwalter des Stifters, NZ 2001, 270 (271).

4) Zu den Grenzen der Vertretung bei medizinischen Behandlungen und weiteren Aspekten s *Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters in Fragen der Personensorge, in einem der nächsten Hefte der EF-Z.

5) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2006) 199.

6) *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 152.

Stellvertretung durch den SW nicht möglich ist.⁷⁾ Erbverträge treffen in der Absicht, „wozu“, und im Gegenstand, „worüber“ sie errichtet werden, mit Testamenten und insb mit wechselseitigen Testamenten zusammen.⁸⁾ Gegen eine Beiziehung des SW spricht auch der Wortlaut des § 1250 ABGB, der zwar vom „pflegebefohlenen Ehegatten“ spricht, jedoch nur die gerichtl Genehmigung voraussetzt.⁹⁾ Nach § 1249 ABGB müssen die Formerfordernisse für ein schriftliches Testament erfüllt sein. Neben der gerichtl Genehmigung wird nach dem Gesetzeswortlaut die Mitwirkung eines anderen gesetzl Vertreters nicht verlangt.¹⁰⁾ Die praktische Bedeutung des Erbvertrags dürfte mittlerweile aber sehr gering sein.¹¹⁾

2. Verlöbnis

Wie die Eheschließung ist auch das Verlöbnis eine höchstpersönliche Entscheidung und Stellvertretung durch den SW daher unzulässig.¹²⁾ Bei der Entscheidung, eine Ehe eingehen zu wollen, lassen sich die künftigen Eheleute im Regelfall von Gefühlen, inneren Überzeugungen und persönlichen Zukunftsplänen und anderen von Dritten nicht objektiv nachvollziehbaren Kriterien leiten, sodass alles andere als eine höchstpersönliche Entscheidung ausscheiden muss. Als Vertrag¹³⁾ ist für den Abschluss eines gültigen Verlöbnisses Geschäftsfähigkeit erforderlich. Zur Frage des Wirkungsbereiches des SW s sogleich bei der Eheschließung.

3. Eheschließung

Die Ehe wird gem § 17 Abs 1 EheG dadurch geschlossen, dass die Verlobten vor dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen. Die Erklärung, eine Ehe eingehen zu wollen, ist also höchstpersönlich abzugeben. Personen, denen ein SW bestellt ist, sind gem § 102 Abs 2 EheG nur beschränkt ehgeschäftsfähig, sodass dem Wortlaut nach die Eingehung einer Ehe immer der Einwilligung des SW bedarf, die bei dessen ungerechtfertigter Weigerung aber vom Gericht ersetzt werden kann (§ 3 EheG). Richtigerweise ist die Zustimmung des SW aber nur dann erforderlich, wenn Eheangelegenheiten zum gerichtl festgelegten Wirkungsbereich des SW zählen.¹⁴⁾ Der OGH stellte zuletzt auf den aus dem Wirkungsbereich des SW resultierenden Schutzbereich für den Betroffenen ab, was zu einem sachgerechten Ergebnis führt.¹⁵⁾ Demnach ist nicht die Sachwalterbestellung das entscheidende Kriterium, sondern der Wirkungsbereich des SW. Der OGH spricht in dieser E von einer sachlich gerechtfertigten Anwendung des § 102 Abs 2 EheG im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt.

Die mit § 102 Abs 2 EheG (und auch §§ 141 und 191 ABGB) vergleichbare Bestimmung des § 24 NRWO 1971 wurde vom VfGH aufgehoben. § 24 NRWO 1971 knüpfte den Ausschluss vom Wahlrecht einzig und allein an den behördlichen Formalakt der Bestellung eines SW und nahm dabei auf die unterschiedlichen Gründe dieser Maßnahme in keiner wie immer gearteten Weise Rücksicht. Für den hier relevanten Bereich des Sachwalterschaftsrechts ist nach dem VfGH eine derart beschaffene Rechtsfolgenfestlegung schon im Hinblick auf die weitgefassten Voraussetzungen der

Norm des § 268 ABGB – die breitgefächert abgestufte Aufgaben der SW je nach dem Ausmaß der Behinderung der Schutzbefohlenen nennt und vorsieht – mit dem auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitsgebot des Art 7 Abs 1 B-VG nicht zu vereinbaren.¹⁶⁾

Zu beachten ist, dass die Einwilligung des SW gem § 23 PStV¹⁷⁾ persönlich vor dem Standesbeamten bzw der Bezirksverwaltungsbehörde abzugeben oder in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde vorzulegen ist.

4. Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft

Nach § 4 Abs 2 EPG bedarf eine volljährige Person, die in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, zur Begründung einer eingetragenen Partnerschaft (EP) der Einwilligung der mit der gesetzl Vertretung betrauten Person. Im EPG fehlt eine dem § 102 EheG entsprechende Definition, wer als beschränkt geschäftsfähig gilt.¹⁸⁾ Die Materialien zählen hier beispielhaft Personen unter Sachwalterschaft auf.¹⁹⁾ Es ist zwar richtig, dass Personen unter Sachwalterschaft in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, dies gem § 280 Abs 1 ABGB allerdings nur so weit, wie der Wirkungsbereich des SW reicht. Daraus folgt, dass der SW einer Person, die eine EP eingehen möchte, nur dann zustimmen muss, wenn er mit dieser Angelegenheit vom Gericht betraut wurde, sie also in seinen Wirkungsbereich fällt. Aus verschiedensten gesetzl Bestimmungen lässt sich das Prinzip, dass der SW strikt an seinen vom Gericht bestimmten Wirkungsbereich gebunden ist, ableiten.²⁰⁾ Diese Bestimmungen sind auch ein eindrücklicher Beweis dafür, welche

7) So auch *M. Bydliński in RummeP* § 1249 ABGB Rz 4 und § 1250 ABGB Rz 1; *Fucik in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1249 Rz 5 und § 1250 Rz 2; zweifelnd *Hopfl/Kathrein*, Eherecht² § 1250 ABGB Anm 3 („ferner muss wohl auch der gesetzliche Vertreter beigezogen werden“), sich darauf berufend *Koch in KBB*³ § 1250 ABGB Rz 2; aA ohne erkennbare Begründung 2 Ob 247/48 SZ 22/25 (vgl dazu bereits *M. Bydliński in RummeP* § 1249 ABGB Rz 4).

8) *Zeiller*, Kommentar III (1813) 632.

9) In Zusammenschau mit Notariatsaktspflicht und schriftlicher Testamentsform ersetzt die gerichtl Genehmigung die Testiererefordernisse der §§ 568f ABGB, s *Fischer-Czermak in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge (2010) § 20 Rz 49 mwN.

10) Vgl bereits *Lenhoff in Klang III*¹ 812 f.

11) *Fucik in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1249 Rz 10.

12) *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 448.

13) Vgl *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 447 mwN.

14) Für eine teleologische Reduktion (Zustimmung nur, sofern der SW mit der Besorgung dieser bzw aller Angelegenheiten betraut wurde) *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR (2001) § 3 EheG Rz 2 ff; *Stabentheiner in RummeP* EheG § 3 Rz 1 a und *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 450 mwN und Auflistung der Gegenstimmen.

15) 7 Ob 199/04 x SZ 2004/181. *Schauer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 120 Rz 32 (in Druck) weist auf die Übereinstimmung von Wortlaut und subjektivem Willen des Gesetzgebers hin, wonach eine teleologische Reduktion nicht in Betracht komme und verfassungsrechtl Bedenken nur mehr vom VfGH überprüft werden können.

16) VfGH G 109/87 Slg 11.489.

17) Personenstandsverordnung, BGBl 1983/629 idF BGBl II 2010/1. Zu beachten ist, dass mit 1. 11. 2013 das neue Personenstandsgesetz 2013, BGBl I 2013/16, in Kraft getreten ist.

18) Unter beschränkt Geschäftsfähigen sind gem § 102 Abs 2 EheG Personen zu verstehen, denen ein SW nach § 268 ABGB bestellt ist.

19) ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 3.

20) Neben § 280 Abs 1 ABGB und § 123 Abs 1 Z 3 AußStrG lassen sich zum Beleg dafür auch noch § 283 Abs 1, § 284 a Abs 2 ABGB; § 106 Abs 1 ASVG; § 43 Abs 1 AMG; § 71 Abs 1 BSVG; § 48 Abs 1 B-KUVG; §§ 10, 16 Abs 4, § 18 Abs 1, § 25 Abs 2 BPGG; § 7 Abs 3 ÄsthOpG; § 69 Abs 2 Z 3 GTG; § 75 Abs 1 GSVG; §§ 6, 9 Abs 1, § 15 Abs 2 KGEG; § 7 Abs 3 MeldeG; § 5 Abs 1, § 35 Abs 2, § 36 Abs 2 UbG und § 32 Abs 1 UGB anführen.

Wertungen und Prinzipien der Gesetzgeber bei der Schaffung jüngerer Normen hinsichtlich unter Sachwalterschaft stehender Personen vor Augen hatte. Diesen entgegenstehende Bestimmungen, welche auf die bloße Tatsache einer Sachwalterbestellung abstellen, sind dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die vorzunehmenden Handlungen vom Wirkungskreis des SW und dem daraus resultierenden Schutzbereich umfasst sein müssen.²¹⁾

5. Beendigung einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft

Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte, also eine Person unter Sachwalterschaft, bedarf zur Erhebung eines Scheidungsbegehrens der Zustimmung des SW.²²⁾ Gleiches gilt auch für Nichtigerklärung und Aufhebung der Ehe.²³⁾ Insgesamt muss aber wie bei der Zustimmung zur Eheschließung gelten, dass diese Angelegenheit vom Wirkungskreis des SW umfasst sein muss.

Neben der strittigen Scheidung kann eine solche auch einvernehmlich erfolgen. Die Erklärung des Einvernehmens nach § 55 a Abs 1 EheG setzt einen Willensentschluss und damit die Einsichts- und Urteilsfähigkeit beider Ehegatten voraus, ist höchstpersönlich, also keiner Vertretung zugänglich, und kann daher nicht vom SW oder PflegschaftsG ersetzt werden.²⁴⁾ Auch wenn also Angelegenheiten betreffend Eheschließung und deren Beendigung in den Wirkungskreis des SW fallen, muss die Erklärung des Einvernehmens von der behinderten Person selbst kommen. Diese Erklärung kann allerdings nur dann abgegeben werden, wenn die besachwaltete Person einsichts- und urteilsfähig ist. Ist das nicht der Fall, kommt eine einvernehmliche Scheidung nicht in Betracht, weil weder der SW noch das Gericht diese Erklärung ersetzen können. Ein SW kann daher kein Scheidungsbegehren gem § 55 a EheG namens der besachwalteten Person erheben.

Anders verhält es sich nach der Rsp bei der strittigen Scheidung. Auch der Erhebung einer Scheidungsklage wohnt selbstverständlich ein höchstpersönliches Element inne.²⁵⁾ Da aber das Einvernehmen zw den Ehegatten bei Erhebung einer Scheidungsklage gerade keine Voraussetzung ist, die Sinnhaftigkeit der Klageerhebung im gerichtl Genehmigungsverfahren und die materielle Berechtigung im kontradiktorischen Verfahren beurteilt werde, sei insgesamt „keine so spezifisch höchstpersönliche“ Willensbildung gefordert, die zwingend die persönliche voraussetze.²⁶⁾ Der OGH wollte also vermeiden, dass letztendlich die „Untrennbarkeit“ der Ehe einer (inzwischen) geschäftsunfähigen Person vorliegt. Demnach kann – so der OGH – der SW mit gerichtl Genehmigung Scheidungsklage erheben.

Wenn der OGH die sonstige „Untrennbarkeit“ der Ehe eines (inzwischen) Geschäftsunfähigen als Begründung ins Treffen führt,²⁷⁾ so spricht er damit nur eine Rechtsfolge an, die der Verlust der Geschäftsfähigkeit generell nach sich zieht. Mit dem gleichen Argument müsste man einem SW, oder überhaupt einem Stellvertreter, erlauben, etwa namens einer geschäftsunfähigen Person ein Testament zu errichten oder zu heiraten, weil beides für geschäftsunfähige Personen ebenfalls nicht mehr möglich ist. Für die Substitution einer

höchstpersönlichen Entscheidung hat der OGH aber bereits Regeln aufgestellt. Es sind Situationen, in denen Gesundheit, Leben (und Wohl) der besachwalteten Person bedroht sind, wo ausnahmsweise eine höchstpersönliche Entscheidung im materiellen Sinne²⁸⁾ substituiert werden kann.²⁹⁾

Der Erhebung einer Scheidungsklage geht eine sehr persönliche Entscheidung voraus, nämlich der actus contrarius zur – höchstpersönlichen – Entscheidung, die Ehe einzugehen. Genauso wie das Einvernehmen nach § 55 a EheG einen Willensentschluss der beteiligten Parteien voraussetzt,³⁰⁾ ist dies auch beim bloßen Entschluss, die Ehescheidung zu begehren, der Fall. Erst nachdem der Entschluss gefasst wurde, sich scheiden zu lassen, kann dies juristisch – oftmals zwingend – durch Prozessvertreter umgesetzt werden. Diesbezüglich, also zur Fassung des Scheidungswillens, kann man aber keinem gewillkürten Stellvertreter Vollmacht erteilen.³¹⁾ Der höchstpersönliche Charakter der Erhebung eines Scheidungsbegehrens ist einer materiellen Höchstpersönlichkeit wurde daher – mE zu Recht – im Fall OGH 5 Ob 94/05 t³²⁾ vom Erst- und auch vom RekG bejaht, vom OGH allerdings verneint.³³⁾

Die Bedürfnisse besachwalteter Personen sind individuell verschieden. Das kann bei der Bestellung eines SW zur Prozessführung beginnen und beim Wachkomapatienten enden. Gerade bei Personen, welche selbst – möglicherweise bloß vorübergehend – nicht zu Willensäußerungen fähig sind, kann die Anwendung dieser Rsp zu Ergebnissen führen, die dem Wohl oder Willen der besachwalteten Person widersprechen. Ein SW und auch das Gericht, dem diese Frage zur Genehmigung vorgelegt wird, können nicht mit letzter Gewissheit sagen, ob die bspw bloß vorübergehend äußerungsunfähige Person die Scheidung vom seit längerer Zeit getrennt lebenden Ehegatten gewollt hätte, einen Seitensprung verziehen hätte oder ob das zur sofortigen Scheidung geführt hätte. Die Gerichte entscheiden hier berechtigterweise sehr restriktiv.³⁴⁾

21) Vgl zur Annahme an Kindes statt die zutreffenden Ausführungen von Höllwerth in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 179 ABGB Rz 4; nach KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15 nunmehr § 191 ABGB. Zur Annahme an Kindes statt s auch unten B.8. Siehe aber auch FN 15.

22) 1 Ob 518/96 SZ 69/75; 7 Ob 230/01 a; 5 Ob 94/05 t EF 111.871; 2 Ob 48/12 s iFamZ 2012, 178.

23) Zur Nichtigerklärung 7 Ob 230/01 a.

24) 1 Ob 518/96 SZ 69/75.

25) Das hat auch der OGH bejaht, aber dennoch anders entschieden (s sogleich zu 5 Ob 94/05 t EF 111.871).

26) 5 Ob 94/05 t EF 111.871.

27) 5 Ob 94/05 t EF 111.871.

28) Siehe unten FN 31.

29) 7 Ob 355/97 z SZ 70/235.

30) Vgl 1 Ob 518/96 SZ 69/75.

31) Insofern müsste man drei „Arten der Höchstpersönlichkeit“ unterscheiden: 1. Akte formeller und gleichzeitig materieller Höchstpersönlichkeit, wo ausschließlich höchstpersönliches Handeln in Frage kommt; 2. Akte materieller Höchstpersönlichkeit, wo ein höchstpersönlich gefasster Wille durch Vertreter mittels Vollmacht bzw Spezialvollmacht umgesetzt werden kann, und 3. Akte, wo Dritte die an sich höchstpersönliche Entscheidung einer Person ersetzen.

32) EF 111.871.

33) Für Höchstpersönlichkeit des Scheidungsklagerechts auch *Kerschner*, Familienrecht⁴ (2010) 11; auch für *Kremzow* zählt Eingehung und Scheidung einer Ehe zu den höchstpersönlichen Angelegenheiten, die Vertretung durch den SW schon begrifflich nicht erlauben (*Kremzow*, Sachwalterrecht [1984] 160).

34) Vgl 5 Ob 2/08 t Zak 2008, 132: Eine Frau lag nach einem Unfall im Wachkoma, das Gericht bestellte ihren Lebensgefährten zum SW. Dieser begehrte die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der

Bei der Auflösung einer EP durch eine besachwal- tete Person ist die Zustimmung des SW nur erforder- lich, sofern dieser Bereich vom Wirkungskreis und dem daraus resultierenden Schutzbereich des SW um- fasst ist. Obige Ausführungen müssen sinngemäß auch für die EP gelten.

6. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

Gem § 8 Abs 1 FMedG darf eine medizinisch unter- stützte Fortpflanzung bei Ehegatten nur mit deren schriftlicher Zustimmung durchgeführt werden. Abs 2 dieser Bestimmung stellt klar, dass auch ein beschränkt handlungsfähiger Ehegatte die Zustimmung selbst, also höchstpersönlich, zu erklären hat. Allerdings ist zusätz- lich die Einwilligung des gesetzl Vertreters, also des SW, notwendig, sofern diese Angelegenheit in seinen Wir- kungskreis fällt.³⁵⁾

7. Vaterschaftsanerkenntnis

a) Die **Anerkennung der Vaterschaft** erfolgt gem § 145 Abs 1 ABGB durch persönliche Erklärung. Dem muss der SW allerdings gem § 141 Abs 1 ABGB zustim- men.³⁶⁾ Nach dem Wortlaut des § 141 ABGB kommt es nicht auf den Wirkungskreis des SW an, was vom Gesetzgeber als „sachgerecht“ empfunden wurde, weil auch § 3 EheG – iVm § 102 Abs 2 EheG – nicht nach dem Wirkungsbereich differenziert.³⁷⁾ Diese Ansicht wird tw unterstützt, aber auch kritisiert.³⁸⁾

b) **Mitwirkung der Mutter:** Die Mutter eines Kindes kann, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Le- ben ist, gegen das Vaterschaftsanerkenntnis innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis von dessen Rechtswir- samkeit gem § 146 Abs 1 ABGB bei Gericht Wider- spruch erheben. Bei einem durchbrechenden Vater- schaftsanerkenntnis gem § 147 ABGB zu einem nicht eigenberechtigten Kind muss die einsichts- und urteils- fähige Mutter selbst den Anerkennenden als Vater be- zeichnen. Für das Handeln der Mutter wird in diesen Angelegenheiten daher Einsichts- und Urteilsfähigkeit gefordert. Damit wollte der Gesetzgeber ausdrücken, dass es sich um höchstpersönliche Rechte der Mutter handelt.³⁹⁾ §§ 141, 142 ABGB sind hier daher nicht an- wendbar, Stellvertretung und Zustimmung des SW sind ausgeschlossen.⁴⁰⁾

8. Adoption

a) **Annehmende Person:** Nach § 191 Abs 1 ABGB kön- nen nur eigenberechtigte Personen an Kindes statt an- nehmen, was Personen, die nicht voll geschäftsfähig sind, ausschließt.⁴¹⁾ Darunter fallen auch Personen, den- nen ein SW für irgendeine Angelegenheit bestellt ist.⁴²⁾ Die dazu geäußerte Kritik von *Höllwerth*, diese Bestim- mung sei verfassungswidrig und teleologisch auf jene Fälle zu reduzieren, in denen der Wirkungskreis des SW auch die Adoption umfasst, trifft mE völlig zu.⁴³⁾ Die Problematik ist hier mit jener der §§ 3, 102 EheG und § 141 ABGB vergleichbar.⁴⁴⁾ Der Abschluss eines Adoptionsvertrags durch einen gewillkürten Vertreter mit einer auf die konkrete Adoption lautende Spezial- vollmacht ist zulässig.⁴⁵⁾

Die Bestellung eines SW für eine einzige Angelegen- heit nimmt der betroffenen Person nach dem Gesetzes- wortlaut die Möglichkeit, ein Wahlkind anzunehmen.

Dies ist weder mit dem Subsidiaritätsprinzip noch mit anderen Prinzipien des Sachwalterrechts vereinbar.⁴⁶⁾ Gegner einer teleologischen Reduktion dieser Bestim- mung führen ins Treffen, dass eine Adoption durch geistig behinderte oder psychisch kranke Personen dem Zweck der Adoption widersprechen würde, die möglicherweise Handlungen setzen, die das Wohl des Wahlkindes gefährden.⁴⁷⁾ Dem ist zweifellos in der Hin- sicht zuzustimmen, dass Personen, die eine Gefahr für das Wohl des Wahlkindes darstellen könnten, eine An- nahme an Kindes statt nicht möglich sein soll. Ein SW kann aber auch nur für einen bestimmten Rechtsstreit bestellt werden, wenn die betroffene Person eine weit über das gewöhnliche Maß hinausgehende Uneinsich- tigkeit an den Tag legt und sich dadurch eigene Vermö- gensschäden zufügt.⁴⁸⁾ Hinsichtlich solcher Gründe für eine Sachwalterbestellung ist mE fraglich, ob ein völli- ger Ausschluss von der bloßen Möglichkeit, ein Kind adoptieren zu dürfen, gerechtfertigt erscheint.

b) **Wahlkind:** Die Annahme an Kindes statt kommt gem § 192 Abs 1 ABGB durch schriftlichen Vertrag zw dem Annehmenden und dem Wahlkind und durch gerichtl Bewilligung auf Antrag eines Vertragsteils zu- stande. Das nicht eigenberechtigte Wahlkind schließt gem § 192 Abs 2 ABGB den Vertrag durch seinen ge- setz Vertreter, dieser bedarf hiezu keiner gerichtl Ge- nehmigung. Bei „konsequenter“ Anwendung der im vo- rigen Punkt dargestellten Rechtslage müsste das für ein volljähriges Wahlkind, dem bspw ein SW einzig für die Führung eines Prozesses bestellt ist, bedeuten: Aufgrund der Sachwalterbestellung ist das Wahlkind nicht eigen- berechtigt, somit muss der gesetzl Vertreter den Adop- tionsvertrag abschließen. Die beschränkte Geschäftsfä- higkeit der besachwalteten Person ergibt sich gem § 280 Abs 1 ABGB aber aus dem Wirkungskreis des SW. Ist der Abschluss von Adoptionsverträgen – wie in diesem Beispiel – nicht vom Wirkungskreis des SW umfasst, ist die besachwaltete Person in dieser Angele- genheit geschäftsfähig. Ein volljähriges besachwaltetes Wahlkind ist also nur dann nicht eigenberechtigt iSD

Scheidungsklage. Obwohl die Frau mehr als 20 Jahre von ihrem Ehemann getrennt und in einer neuen Beziehung lebte, versagte das Gericht die Genehmigung. Das Gericht ging davon aus, dass für die Frau selbst – wenn überhaupt – wohl nur eine einvernehmliche Scheidung in Frage gekommen wäre.

35) ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 19 („hiezue befugter Sachwalter“).

36) Dies deshalb, weil § 141 ABGB, der die Handlungsfähigkeit in Ab- stammungssachen regelt, auf die fehlende Eigenberechtigung ab- stellt.

37) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 15 f.

38) Unterstützend *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 138 b ABGB Rz 4; dagegen *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB- ON^{1,02} § 141 Rz 3 mwN; s zu dieser Problematik auch oben bei B.3. und FN 20.

39) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 4 f und 26 f.

40) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 25.

41) 7 Ob 328/01 p SZ 2002/14.

42) Vgl 2 Ob 560/90 EvBl 1990/173; 4 Ob 167/01 i; 7 Ob 328/01 p SZ 2002/14.

43) *Höllwerth* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 179 ABGB Rz 4.

44) Siehe zu dieser Problematik (Abstellen auf die bloße Tatsache der Sachwalterbestellung) auch oben bei B.3. und FN 20.

45) 7 Ob 328/01 p SZ 2002/14.

46) Vgl zur Subsidiarität RIS-Justiz RS0049088; *Höllwerth* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 179 ABGB Rz 4; zu allgemeinen Aspekten dieser Problematik auch oben bei B.3. und FN 20.

47) *Simotta*, Zweifelsfragen der „Eigenberechtigung“, ÖJZ 1990, 724 (727 f).

48) 1 Ob 125/07 z EF 117.098.

§ 192 ABGB, wenn der Wirkungsbereich des SW den Abschluss eines Adoptionsvertrags umfasst.⁴⁹⁾

c) Zustimmungsberechtigte: Nach § 195 Abs 1 ABGB kommt den Eltern des mj Wahlkindes (sofern sie nicht den Annahmevertrag als gesetzl Vertreter geschlossen haben), dem Ehegatten oder eingetragenen Partner des Wahlkindes und des Annehmenden und dem Wahlkind selbst ab Vollendung des 14. Lebensjahrs ein Zustimmungsrecht zu. Dieses Zustimmungsrecht wird als höchstpersönlich bezeichnet, sodass es auch im Fall einer Sachwalterbestellung nicht auf eine andere Person übergehen kann.⁵⁰⁾ Da gem § 86 Abs 2 AußStrG aber eine Vollmacht zur Abgabe einer Zustimmungserklärung erteilt werden kann, wird die Ein-

ordnung des Zustimmungsrechts als höchstpersönliches Recht als irreführend bezeichnet.⁵¹⁾ Betrachtet man den erforderlichen Inhalt der Vollmacht gem Abs 3 leg cit, so wird klar, dass dem Bevollmächtigten ohnedies wenig Spielraum bleibt und der Vollmachtserteilung bereits ein Willensentschluss des Vollmachtgebers hins der Zustimmung vorausgegangen sein muss.⁵²⁾ Daher muss der Vollmachtgeber selbst zustimmungsfähig – also geschäftsfähig – sein.

49) So auch *Simotta*, ÖJZ 1990, 724 (728).

50) 7 Ob 687/79 EF 33.650.

51) *Kozial/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 554.

52) Dies spricht für das Erfordernis materieller Höchstpersönlichkeit.

→ In Kürze

Der Grundsatz, dass höchstpersönliche Rechte keine Stellvertretung erlauben, gilt auch im Sachwalterrecht, selbst wenn ein Sachwalter mit der Besorgung aller Angelegenheiten einer behinderten Person betraut wurde. Entscheidungen, welche sich aufgrund ihres Charakters einer Ersatzvornahme durch Dritte entziehen, sind immer der behinderten Person selbst vorbehalten. Dazu muss Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich dieser Entscheidung vorliegen. Ist dem Gesetz

der höchstpersönliche Charakter nicht ausdrücklich zu entnehmen, ist dieser nach allgemeinen Kriterien zu bestimmen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Joachim Pierer ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.
E-Mail: joachim.pierer@univie.ac.at

