

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

Jänner 2014

01

1 – 48

Beiträge

Entscheidungen zum Internationalen Familienrecht 2012/2013 *Marco Nademleinsky* ➔ 4

Die Ausschlagungsverpflichtung vor Anfall des Erbrechts

Gabriel Kogler ➔ 10

Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters

in Fragen der Personensorge *Joachim Pierer* ➔ 14

EF Kurz gesagt

Vier (gleichzeitig) bedachte Testamentszeugen:

Zeugnis(un)fähigkeit gemäß § 594 ABGB? *Andreas Tschugguel* ➔ 20

Rechtsprechung

Emanzipation – unterstützt von Prediger, Mediator und
Ehebruchspartner ➔ 24

Die Ehefrau in der Fiktionskette ➔ 26

Der „ehrenamtliche“ Verlassenschaftskurator?

Andreas Tschugguel ➔ 40

Beischlafunfähigkeit kein Ehenichtigkeitsgrund

Marco Nademleinsky/Ulrike Aichhorn ➔ 41

Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters in Fragen der Personensorge

EF-Z 2014/4

§§ 268 ff ABGB

höchstpersönliche Rechte;

Vertretungsmacht;

Geschäftsfähigkeit;

Einwilligung

Der Sachwalter gibt als Vertreter einer behinderten Person rechtserhebliche Erklärungen in deren Namen ab. Nach allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Grundsätzen sind höchstpersönliche Rechte davon jedoch ausgeschlossen. In Ausnahmesituationen, in denen Wohl und Leben der behinderten Person bedroht sind, kann dem Sachwalter dennoch Vertretungsmacht zukommen.

Von Joachim Pierer

A. Grundlage

Höchstpersönliche Rechte sind aus dem Wirkungskreis des SW ausgeschlossen, da diese ihrem Wesen nach keine Stellvertretung erlauben.¹⁾ Dem Gesetz ist oft aber nicht

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

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⁾ Der SW beehrte in diesem Fall, nachdem ihm der Sohn der besachwalteten Person vom angeblichen Wunsch des Vaters berichtet hatte, die pflegschaftsgerichtl Genehmigung der Körperspende, sodass der Körper der besachwalteten Person später nach dem Tod an die medizinische Universität Wien zur ärztlichen Weiterbildung sowie für die medizinische Wissenschaft vermacht werde. Das wurde aber von allen Instanzen aufgrund der Höchstpersönlichkeit der Verfügung abgelehnt.

B. Gesundheit und medizinische Behandlungen

1. Medizinische Behandlung

In eine medizinische Behandlung kann eine Person, die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist, soweit sie einsichts- und urteilsfähig ist, gem § 283 Abs 1 ABGB nur selbst einwilligen. Ansonsten ist die Zustimmung des SW erforderlich, wenn der vom Gericht bestimmte Wirkungsbereich die Besorgung dieser Angelegenheit umfasst. Einer medizinischen Behandlung, die gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist, kann der SW nicht alleine zustimmen. Gem § 283 Abs 2 ABGB muss durch einen vom behandelnden Arzt unabhängigen Arzt in einem ärztlichen Zeugnis bestätigt werden, dass die behinderte Person nicht über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt und die Vornahme der Behandlung zur Wahrung ihres Wohles erforderlich ist. Wenn ein solches Zeugnis nicht vorliegt oder die behinderte Person zu erkennen gibt, dass sie die Behandlung ablehnt, bedarf die Zustimmung durch den SW der Genehmigung des Gerichts. Verweigert allerdings der SW die Zustimmung zu einer Behandlung und wird dadurch das Wohl der behinderten Person gefährdet, kann das Gericht gem § 283 Abs 3 ABGB die Zustimmung des SW ersetzen oder die Sachwalterschaft einer anderen Person übertragen. In Notfällen, also wenn der mit der Einholung der Einwilligung, der Zustimmung oder der gerichtl E verbundene Aufschub das Leben der behinderten Person gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden wäre, ist gem § 283 Abs 3 ABGB keine Einwilligung notwendig.

Selbst wenn eine Person besachwaltet ist, kann die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hins medizinischer Behandlungen vorliegen. Unabhängig davon hat die behinderte Person gem § 281 Abs 2 ABGB das Recht, von beabsichtigten, ihre Person betreffenden wichtigen Maßnahmen vom SW rechtzeitig verständigt zu werden und sich hierzu in angemessener Frist zu äußern; diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl der behinderten Person nicht weniger entspricht.

Von der Einwilligung in die Behandlung selbst ist der Behandlungsvertrag mit dem Arzt zu unterscheiden,

den, den bei nicht vorhandener Geschäftsfähigkeit der SW als Vertreter der behinderten Person abschließt.³⁾

2. Schwangerschaftsabbruch

Nach § 96 StGB muss die Einwilligung der Schwangeren zum Abbruch ihrer Schwangerschaft vorliegen. Der Gesetzestext stellt ausdrücklich auf die Einwilligung der Schwangeren ab, um die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung zu unterstreichen.⁴⁾ Die Einwilligung in einen Schwangerschaftsabbruch ist also ein höchstpersönliches Recht.⁵⁾ Ist die besachwaltete schwangere Person nicht vollständig einsichts- und urteilsfähig, so ist deren Wille zu beachten, sodass ein Schwangerschaftsabbruch grds nicht gegen den Willen der werdenden Mutter durchgeführt werden darf.⁶⁾

Problematisch sind jene Fälle, in denen die Schwangere aufgrund fehlender Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht selbst einwilligen kann. Nur dann stellt sich die Frage der Substitution der Entscheidung der Schwangeren. Dem höchstpersönlichen Entscheidungsrecht kann das Streben nach Bewahrung des Lebens und der Gesundheit gegenüberstehen, dem ist dann das größere Gewicht beizumessen, wenn die Unterlassung des Eingriffs (also kein Schwangerschaftsabbruch) eine entsprechende Gefährdung dieser Güter herbeiführt.⁷⁾ Die Angelegenheit des Schwangerschaftsabbruchs muss vom Wirkungskreis des SW umfasst sein. Erforderlich ist auch eine gerichtl Genehmigung, die sich aber auf die Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Einwilligung zu beschränken hat.⁸⁾

Der OGH hat in der E 7 Ob 355/97 z⁹⁾ also die Frage, ob ein Schwangerschaftsabbruch bei einer jegliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit entbehrenden Frau durch Erklärung des SW und Gerichtsentscheidung ersetzbar ist, grds bejaht. Das Kriterium des Fehlens jeglicher Einsichts- und Urteilsfähigkeit resultierte aus dem vorliegenden Sachverhalt, weil die Betroffene nach einem Unfall im Koma lag und die Schwangerschaft erst im Krankenhaus entdeckt wurde.

Zu beachten ist, dass nach drei Monaten Schwangerschaftsdauer („Fristenlösung“) jedenfalls ein Tatbestand des § 97 Abs 1 Z 2 StGB¹⁰⁾ erfüllt sein muss, damit der Schwangerschaftsabbruch straflos bleibt. Die Frage, wie innerhalb der ersten drei Monate der Schwangerschaft ohne Anzeichen für eine medizinische und eugenische Indikation zu entscheiden wäre, hat der OGH in

2) 1 Ob 222/12 x EF-Z 2013/90 = JBI 2013,166, s näher *Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften, EF-Z 2013/158.

3) Vgl dazu *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht (2012) Kap. 1.1.8.3.

4) *Eder-Rieder* in *WK² StGB* § 96 Rz 12.

5) Die Höchstpersönlichkeit bejahend, aber dennoch die alleinige Entscheidung eines SW zulassend 7 Ob 355/97 z SZ 70/235.

6) *Kopetzki*, Glosse zu 7 Ob 355/97 z, RdM 1998, 56; *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts² 215 („Vetorecht“) mwN.

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

8) 7 Ob 355/97 z SZ 70/235.

9) SZ 70/235.

10) § 97 Abs 1 Z 2 StGB: Wenn der Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung einer nicht anders abwendbaren ernststen Gefahr für das Leben oder eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren erforderlich ist oder eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde, und in allen diesen Fällen der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird. Auch gehört noch zur Z 2, dass die Schwangere zur Zeit der Schwängerung unmündig gewesen ist, doch auch diese Frage hat der OGH offengelassen.

der erwähnten Entscheidung bewusst offengelassen. Wenn aber der OGH auf das Vorliegen von Gründen höherer Ordnung wie Streben nach Bewahrung des Lebens und der Gesundheit abstellt, könnte man mE durchaus daraus schließen, dass ohne Vorliegen einer medizinischen oder eugenischen Indikation iSd § 97 Abs 1 Z 2 StGB die E anders ausgefallen wäre.¹¹⁾

Trotz Bejahung der Höchstpersönlichkeit kann die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch substituiert werden, wenn „Gründe höherer Ordnung“ wie Gesundheit, Leben oder Wohl der besachwalteten Person vorliegen. Für Situationen, in denen Gesundheit, Leben und Wohl der besachwalteten Person bedroht sind, wurde vom Gesetzgeber mit Sondernormen – gerade was höchstpersönliche Rechte betrifft – vorgesorgt. Eine generelle Annahme der Möglichkeit einer Substitution der höchstpersönlichen Entscheidung würde mit dem vom Gesetzgeber geschaffenen System, gesetzl Vertretung in höchstpersönlichen Angelegenheiten nur in einzelnen Ausnahmefällen zuzulassen, kollidieren. Das spricht mE gegen die Annahme, dass ein SW einem Schwangerschaftsabbruch zustimmen kann, ohne dass die erste oder zweite Indikation des § 97 Abs 1 Z 2 StGB vorliegen. Liegt eine solche Indikation während der ersten drei Monate der Schwangerschaft vor, ist die Zulässigkeit der Entscheidung durch den SW in der eben dargestellten Konstellation gegeben.

3. Dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit

Eine einsichts- und urteilsfähige behinderte Person kann einer medizinischen Maßnahme, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit ihrer Person zum Ziel hat, höchstpersönlich zustimmen.¹²⁾ Der SW dagegen kann gem § 284 Satz 1 ABGB einer solchen Maßnahme nicht zustimmen.¹³⁾ § 284 ABGB enthält aber auch einen sehr eng umschriebenen Ausnahmetatbestand. Der SW kann einer solchen Maßnahme nur dann zustimmen, wenn wegen eines dauerhaften körperlichen Leidens eine ernste Gefahr für das Leben oder einer schweren Schädigung der Gesundheit der behinderten Person besteht und das Gericht die Zustimmung genehmigt. Zu beachten ist, dass der SW, der diese Maßnahme dem Gericht zur Genehmigung vorlegt, die behinderte Person gem § 131 AußStrG nicht selbst vor Gericht vertreten darf.

4. Ästhetische Behandlung oder Operation

Eine ästhetische Behandlung oder Operation iS des ÄsthOpG¹⁴⁾ darf an Personen, denen infolge einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung zur Vertretung hinsichtlich medizinischer Behandlungen ein SW bestellt ist, grds nur durchgeführt werden, wenn die einsichts- und urteilsfähige besachwaltete Person selbst einwilligt. Nach entsprechender umfassender ärztlicher Aufklärung muss die Person in der Lage sein, Wesen, Bedeutung, Tragweite und Risiken der ästhetischen Behandlung oder Operation einzusehen und ihren Willen danach zu bestimmen.¹⁵⁾ Die Zustimmung ist nachweislich und schriftlich gem § 6 Abs 2 ÄsthOpG zu erteilen. Bei Vorliegen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist also – wie in anderen Fällen der Einwilligung in körperliche Eingriffe – nur

die Erklärung der betroffenen Person maßgebend. Ist der Patient nicht einsichts- und urteilsfähig, kann der SW nach umfassender ärztlicher Aufklärung in die Vornahme des Eingriffs einwilligen. Diese Bestimmungen sind iZm den allgemeinen Bestimmungen über die Sachwalterschaft im ABGB zu sehen. Daher kann der SW einer ästhetischen Behandlung oder Operation nur iVm § 283 Abs 2 ABGB zustimmen.¹⁶⁾

5. Forschung an der Person

Forschungen, die mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit der behinderten Person verbunden sind, kann der SW gem § 284 ABGB grds nicht zustimmen. Ausnahmsweise kann er mit gerichtl Genehmigung seine Zustimmung erteilen, wenn die Forschung für Gesundheit oder Wohlbefinden von unmittelbarem Nutzen der behinderten Person sein kann. Da der Wortlaut nicht auf die Forschungsergebnisse, sondern auf die Forschung selbst abstellt, muss diese bereits einen potenziellen Nutzen (arg „kann“) haben.¹⁷⁾ Sondervorschriften, wie etwa § 43 AMG,¹⁸⁾ der strenge Regeln für die klinische Prüfung von Arzneimitteln an besachwalteten Personen festlegt, sollen nach den Materialien allerdings unberührt bleiben.¹⁹⁾ Das ist schlüssig, weil § 284 ABGB nur Forschung verbietet, die mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit der behinderten Person verbunden ist.

6. Genetische Analysen und Genterapie

Eine genetische Analyse (des Typs 2, 3 oder 4) iS des GTG²⁰⁾ einschließlich einer genetischen Analyse im Rahmen einer pränatalen Untersuchung darf gem § 69 Abs 1 GTG nur nach Vorliegen einer schriftlichen Bestätigung der zu untersuchenden Person durchgeführt werden, dass sie zuvor durch einen in Humangenetik/medizinische Genetik ausgebildeten Facharzt oder einen für das Indikationsgebiet zuständigen Facharzt über deren Wesen, Tragweite und Aussagekraft aufgeklärt worden ist und aufgrund eines auf diesem Wissen beruhenden freien Einverständnisses der genetischen Analyse zugestimmt hat. Diese Bestätigung hat gem § 69 Abs 2 Z 3 GTG für eine Person, der ein SW bestellt ist, dessen Wirkungsbereich die Zustimmung zur genetischen Analyse umfasst, der SW zu erteilen. Gem § 283 Abs 1 ABGB hat allerdings die behinderte Person, sofern sie einsichts- und urteilsfähig ist, nur selbst das

11) Vgl aber *Kopetzki*, Glosse zu 7 Ob 355/97 z, RdM 1998, 56, der aus der inneren Logik der Entscheidungsbegründung ableitet, dass bei völliger Entscheidungsunfähigkeit kein anderes Ergebnis zu erwarten sei. Vgl zum Schwangerschaftsabbruch auch *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts² 212 ff.

12) 4 Ob 59/12 y, iFamZ 2012, 303; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 284 Rz 1.

13) Nicht erfasst werden sollen nach den Materialien jene Fälle, in denen der Eintritt der Fortpflanzungsunfähigkeit notwendige Begleiterscheinung einer anderen unabwendbaren medizinischen Behandlung ist (ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 31).

14) Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen, BGBl I 2012/80.

15) Hier findet sich eine Definition der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Gesetz.

16) Vgl ErläutRV 1807 BlgNR 24. GP 11.

17) *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 284 Rz 2.

18) Arzneimittelgesetz idF BGBl I 2013/48.

19) ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 21.

20) Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510.

Recht, einer Behandlung zuzustimmen. Die Regelung des § 283 ABGB ist als lex posterior vorrangig anzuwenden, was dazu führt, dass nur bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Personen wieder § 69 Abs 2 Z 3 GTG zur Anwendung gelangt.²¹⁾ Dieses Ergebnis entspricht auch dem späteren § 7 Abs 3 Satz 2 ÄsthOpG.

7. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht

Unter der Überschrift „Höchstpersönliches Recht, Fähigkeit der Person“ regelt § 3 PatVG, dass eine Patientenverfügung nur höchstpersönlich durch den einsichts- und urteilsfähigen Patienten errichtet werden kann. Eine wie auch immer geartete Stellvertretung scheidet demnach aus.²²⁾

Die Vorsorgevollmacht kann ebenfalls nur höchstpersönlich erteilt werden.²³⁾ Sie muss gem § 284 f Abs 2 ABGB vom Vollmachtgeber eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden. Kann der Vollmachtgeber nicht selbst schreiben bzw unterschreiben, so enthält § 284 f Abs 2 ABGB weitere Kriterien, um einer Vorsorgevollmacht zur Gültigkeit zu verhelfen. Das Vorhandensein einer geeigneten Vorsorgevollmacht ist gem § 268 Abs 2 Satz 2 und § 284 g ABGB ein Hinderungsgrund für die Bestellung eines SW. Da die Vorsorgevollmacht nur eine besondere Art der Vollmacht ist, kommt allgemeines Vollmachtsrecht zur Anwendung, sofern §§ 284 f ff ABGB keine spezielleren Regelungen enthalten.²⁴⁾ Demnach ist die bereits erfolgte Bestellung eines SW kein Hindernis für die Errichtung einer Vorsorgevollmacht. Dies unter der Voraussetzung, dass die dafür notwendige Geschäftsfähigkeit beim Vollmachtgeber vorliegt, was im Einzelfall zu prüfen ist. Die Tatsache der Sachwalterbestellung kann nur ein Indiz für fehlende Geschäftsfähigkeit hins der Errichtung einer Vorsorgevollmacht sein. Dies insb dann, wenn der SW mit der Besorgung aller Angelegenheiten einer behinderten Person betraut wurde.

8. Körperspende

Es gibt die Möglichkeit, durch Erklärung unter Lebenden seinen Körper nach dem Ableben einer medizinischen Universität zur ärztlichen Weiterbildung sowie für die medizinische Wissenschaft zur Verfügung zu stellen. Die medizinischen Universitäten in Österreich bieten dazu eigene vorgedruckte Formulare an. Eine solche Verfügung, was mit dem eigenen Körper nach dem Tod geschehen soll, kann nur die betreffende Person selbst treffen, sodass nur deren rechtsgeschäftl Wille maßgeblich ist.²⁵⁾ Einem SW kommen hier keine Befugnisse zu. Zudem erlischt die Sachwalterschaft gem § 278 Abs 2 ABGB mit dem Tod des Pflegebefohlenen, sodass dieser auch danach keine Verfügungen treffen kann. Aufgrund des höchstpersönlichen Charakters kann der SW eine derartige Verfügung der besachwalteten Person, was nach dem Tod mit deren Körper geschehen soll, nicht für die betreffende Person widerrufen.

C. Sonstiges

1. Bestimmung des Wohnorts

Über ihren Wohnort entscheidet eine behinderte Person, soweit sie einsichts- und urteilsfähig ist, gem

§ 284 a Abs 1 ABGB selbst. Davon unabhängig liegt es am SW, sofern er damit betraut ist, Mietverträge oÄ für die behinderte Person abzuschließen bzw zu genehmigen. Ansonsten – also bei Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit – hat der SW die Aufgabe der Wohnortbestimmung zu besorgen, soweit dies zur Wahrung des Wohles (vgl § 275 Abs 1 Satz 2 ABGB) der behinderten Person erforderlich ist und sein Wirkungskreis die Besorgung dieser Angelegenheit umfasst. Soll der Wohnort der behinderten Person dauerhaft geändert werden, so bedarf dies gem § 284 a Abs 2 ABGB der Genehmigung des Gerichts. Gegenstand der Genehmigung ist die Entscheidung des SW über die Wohnortverlegung und betrifft damit nur das Innenverhältnis zw dem SW und der behinderten Person.²⁶⁾ Um den Unterschied dieser Regelung gegenüber dem Kindschaftsrecht auszudrücken, wo den Eltern das Recht zukommt, den Aufenthalt ihrer Kinder zu bestimmen,²⁷⁾ wählte der Gesetzgeber hier die Formulierung der „Wohnortbestimmung“. Damit sollte klargestellt werden, dass der SW den Aufenthalt der besachwalteten Person „im engeren räumlichen und sozialen Umfeld“ nicht bestimmen kann und soll.²⁸⁾ Daran ändert mE auch der neue § 162 Abs 2 ABGB²⁹⁾ nichts, der nun auch ausdrücklich die Bestimmung des Wohnorts des Kindes durch die Eltern regelt.

Der Abschluss eines Heimvertrags iSd §§ 27 b ff KSChG durch den SW bedarf dagegen gem § 27 d KSChG keiner gerichtl Genehmigung, wenn der Heimvertrag die inhaltlichen und formellen Voraussetzungen des § 27 d Abs 1 – 5 KSChG erfüllt und das Entgelt in den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der behinderten Person Deckung findet oder durch die Sozialhilfe getragen wird.

Zwangmaßnahmen, durch die die Freiheit der behinderten Person beschränkt wird, kann der SW nicht zustimmen.³⁰⁾ Hier ist auf die spezielleren Normen des UbG oder des HeimAufG zu verweisen.

2. Unterbringung auf Verlangen

Nach dem UbG ist eine Unterbringung auf Verlangen einer Person grds möglich. Eine Person, der ein SW bestellt ist, dessen Wirkungskreis Willenserklärungen zur Unterbringung in einer psychiatrischen Abteilung um-

21) *Stormann*, Medizinische Behandlung und problematische Einwilligungsfähigkeit, in FS Hopf (2007) 232; dies allerdings unter Berücksichtigung des § 283 Abs 2 ABGB.

22) So auch ErläutRV 1299 BlgNR 22. GP 5.

23) ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 28; vgl *Schauer*, Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, FamZ 2006, 148 (149), der auf die Möglichkeit der Stellvertretung beim Notariatsakt hinweist, die Höchstpersönlichkeit aber auch mit den Materialien und dem persönlichen Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten bestehen muss, herleitet.

24) ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 29; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 284 f Rz 17.

25) 1 Ob 222/12 x EF-Z 2013/90 = JBl 2013, 166.

26) *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil I), ÖJZ 2007, 173 (183 f).

27) § 146 b ABGB idF vor KindNamRÄG 2013; nunmehr § 162 ABGB, der durch das KindNamRÄG 2013 umformuliert und um die Abs 2 und 3 ergänzt wurde.

28) ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 22.

29) IdF KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15.

30) *Barth*, Das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, FamZ 2006, 138 (144).

fasst, darf gem § 5 Abs 1 UbG auf eigenes Verlangen nur untergebracht werden, wenn auch der SW zustimmt. Es kommt hier auf eine höchstpersönliche Willenserklärung des Aufnahmewerbers an.³¹⁾ Eine Unterbringung ohne Verlangen kann vom SW – wie von jeder anderen Person – unter Zuhilfenahme der Polizei und des Amtsarztes angeordnet werden.

3. Wahl der Religion

Eltern können ihr Kind gem § 167 ABGB beim Eintritt in eine Kirche oder Religionsgesellschaft und beim Austritt aus einer solchen im Rahmen ihres Erziehungsrechts wirksam vertreten.³²⁾ Nach Vollendung des 14. Lj steht dem Kind gem § 5 RelKEG³³⁾ die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will.

Bei der Entscheidung für oder gegen eine Religion lässt sich eine Person im Regelfall von Gefühlen, inneren Überzeugungen, Moral- und Wertvorstellungen und anderen von Dritten nicht objektiv nachvollziehbaren Kriterien leiten, weshalb Stellvertretung – von der gesetzl angeordneten Ausnahme in § 167 ABGB abgesehen – nicht in Frage kommt.³⁴⁾ Als höchstpersönliches Recht³⁵⁾ der besachwalteten Person ist die Religionszugehörigkeit daher keiner Stellvertretung zugänglich. Bei Vorliegen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit kann aber eine besachwaltete Person wie ein mündiger Mj über ihre Religionszugehörigkeit wirksam entscheiden.

Ein etwaiger Vereinsbeitritt oder das Eingehen einer Zahlungsverpflichtung bedarf dagegen der Beiziehung des SW, sofern diese Verpflichtungen bzw Rechtsgeschäfte – aber nicht die Wahl der Religion an sich – vom Wirkungskreis umfasst ist.³⁶⁾

4. Auswahl einer Vertrauensperson iSd § 27 e KSchG

Bewohner von Altenheimen, Pflegeheimen und anderen Einrichtungen haben gem § 27 e Abs 1 KSchG das Recht, dem Träger jederzeit eine Vertrauensperson namhaft zu machen. Aus § 27 e KSchG ergibt sich, dass die Vertrauensperson dem Heimbewohner insb bei Problemen mit der Einrichtung helfen und die Kommunikation verbessern soll.³⁷⁾ Bei der Namhaftmachung handelt es sich um keinen rechtsgeschäftlichen Akt, sodass die Voraussetzungen einer wirksamen Vollmachtenerteilung nicht vorliegen müssen; vielmehr genügt es, dass der Bewohner seinen natürlichen Willen zum Ausdruck bringt.³⁸⁾ Die Wahl einer Vertrauensperson ist mE das höchstpersönliche Recht des Heimbewohners.³⁹⁾ Bei der Entscheidung, einer Person besonderes Vertrauen zu schenken, spielt die Gefühlssphäre eine gewichtige Rolle. Diese Wahl würde einem – möglicherweise außenstehenden – Dritten denkbar schwer fallen, zumal sich dieser bloß auf Vermutungen und Indizien, wie etwa das Vorliegen eines Verwandtschaftsverhältnisses, verlassen müsste, was dem Gesetzeszweck widersprechen würde. Gerade wenn für den Bewohner eine ihm nicht nahestehende Person zum SW bestellt wurde (vgl § 279 Abs 3 ABGB), ist es umso wichtiger, die Auswahl der Vertrauensperson der besachwalteten Person selbst zu überlassen.

5. Wahrnehmung politischer Rechte

Das Wahlrecht ist ein persönliches Recht (s bspw Art 23 a, 26 Abs 1, Art 95 Abs 1, Art 117 Abs 2, Art 60 Abs 1 B-VG), sodass Stellvertretung ausscheidet.⁴⁰⁾ Gleiches gilt für Volksabstimmungen, Volksbefragungen und Volksbegehren.⁴¹⁾ § 24 NRWO 1971, wonach besachwaltete Personen vom Wahlrecht ausgeschlossen waren, hat der VfGH aufgehoben.⁴²⁾

6. Datenschutzrechtliche Einwilligung

In Beschränkungen des gem § 1 DSGVO grundrechtlich gesicherten Anspruchs auf Geheimhaltung personenbezogener Daten – soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht – kann gem § 1 Abs 2 DSGVO eingewilligt werden. Diese Zustimmung ist gem § 4 Z 14 DSGVO die gültige, insb ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Die Einwilligung ist ein höchstpersönliches Recht⁴³⁾ und kann daher nicht vom SW für den Betroffenen wahrgenommen werden. Sofern lebenswichtige Interessen einer nicht einsichts- und urteilsfähigen besachwalteten Person betroffen sind, ist die Zustimmung gem § 1 Abs 2 DSGVO ohnedies nicht erforderlich.

7. Änderung des Namens

Eine Namensänderung nach dem NÄG muss eigens beantragt werden. Ist der AST in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, hat gem § 1 Abs 2 NÄG der gesetzl Vertreter den Antrag einzubringen. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der besachwalteten Person reicht nur so weit, wie dem SW bestimmte Aufgaben übertragen sind.

Die Einbringung des Antrags auf Namensänderung bedarf gem § 1 Abs 2 Satz 2 NÄG der persönlichen Zustimmung des AST, wenn dieser das 14. Lj vollendet hat. Innerhalb des Wirkungskreises des SW sind behinderte Personen hinsichtlich ihrer Geschäftsfähigkeit aber den 7- bis 14-Jährigen gleichgestellt.⁴⁴⁾ Für diese Altersklasse vermutet das Gesetz das Vorliegen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit aber noch nicht. Während der Gesetzgeber früher noch auf starre Altersgrenzen abgestellt

31) Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts² (2005) Rn 238.

32) Die Wahl der Religion fälschlicherweise als „absolut höchstpersönliches Recht“ bezeichnend Zierl, Sachwalterrecht Kurzkommentar (2007) 55, 57. Die Unterscheidung zw „relativen“ und „absolut“ höchstpersönlichen Rechten ist mE ohnedies fragwürdig.

33) BG über die religiöse Kindererziehung, BGBl 1985/155.

34) Auch die ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 13 zählen dies zu den höchstpersönlich vorzunehmenden Rechtshandlungen.

35) So auch Kremzow, Sachwalterrecht (1984) 101.

36) Vgl Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts² 269.

37) Barth/Engel, Das neue Heimvertragsrecht, ÖJZ 2004, 581 (586).

38) LG Innsbruck FamZ 2006/37.

39) So bereits ohne Begründung Zierl, Sachwalterrecht Kurzkommentar (2007) 56; Ganner in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 27 e KSchG Rz 1.

40) VfGH 16. 3. 1985 G 18/85, Slg 10.412.

41) Siehe § 8 VAbstG, § 8 VolksbefrG und § 13 VBefG.

42) VfGH 7. 10. 1987 G 109/87, Slg 11.489.

43) Marous, Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, EF-Z 2013, 105 (107); vgl zum Problembereich der personenbezogenen Daten auch Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts² 227 ff.

44) Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 865 Rz 8; das Alter der besachwalteten Person ist irrelevant, es geht nur um die Geschäftsfähigkeit, die gleich einem 7- bis 14-Jährigen ist.

hat, werden diese nach und nach durch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ersetzt.⁴⁵⁾ Das Vorliegen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird zwar erst ab dem 14. Lj vermutet,⁴⁶⁾ kann aber auch schon früher vorliegen. Diesen Überlegungen folgend, ist § 1 Abs 2 NÄG so auszulegen, dass die Zustimmung einer besachwalteten Person erforderlich ist, sofern bei ihr Einsichts- und Urteilsfähigkeit hinsichtlich der Namensänderung vorhanden ist. Liegt diese nicht vor, so kann eine Namensänderung auch ohne Zustimmung der behinderten Person erfolgen.⁴⁷⁾ Die Änderung des Namens durch den SW muss allerdings immer gerichtl genehmigt werden.⁴⁸⁾

8. Änderung der Staatsbürgerschaft

Anträge auf Verleihung und Erstreckung der Verleihung der Staatsbürgerschaft gem § 19 StbG sind grds persönlich zu stellen. Soweit der ASt allerdings nicht selbst „handlungsfähig“ ist, hat den Antrag gem § 19 Abs 2 StbG sein gesetzl Vertreter, also der SW, sofern dies in seinen Wirkungskreis fällt, einzubringen.

Für den Fall der Beibehaltung der Staatsbürgerschaft bei Erwerb einer fremden (§ 28 StbG) und beim Verzicht auf die österr Staatsbürgerschaft (§§ 37, 38 StbG) ist der Antrag vom eigenberechtigten Staatsbürger persönlich zu unterfertigen. Ist der Staatsbürger nicht eigenberechtigt, so hat diesen Antrag durch Verweis in § 38 Abs 1 StbG auf § 28 Abs 4 StbG der gesetzl Vertreter persönlich oder mit dessen schriftlicher Zustimmung eine dritte Person zu unterfertigen. Darüber hinaus muss ein mj Staatsbürger, der das 14. Lj vollendet hat, gem § 28 Abs 4 StbG selbst zustimmen. Fallen Staatsbürgerschaftsangelegenheiten in den Wirkungskreis des SW,⁴⁹⁾ so bedarf dessen Antrag oder seine Zustimmung auch der Genehmigung des Vormundschafts- oder PflschaftsG.⁵⁰⁾ Ob auch die behinderte Person wie ein mündiger Mj zustimmen muss, hängt von ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab (vgl oben bei der Namensänderung [C.7]).

9. Recht am eigenen Bild, Briefschutz

Bildnisse von Personen dürfen gem § 78 UrhG weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnete Interessen des Abgebildeten oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen verletzt würden. Die Einwilligung durch den SW anstelle der betroffe-

nen Person kommt nicht in Betracht.⁵¹⁾ Selbst wenn man die Möglichkeit der Zustimmung durch den SW für die behinderte Person bejahen würde, so steht die Einwilligung zur Veröffentlichung von Bildnissen, die berechnete Interessen der abgebildeten besachwalteten Person verletzen, im klaren Widerspruch zum Auftrag des SW, das Wohl des Pflegebefohlenen bestmöglich zu fördern (§ 275 Abs 1 Satz 2 ABGB). Die Veröffentlichung von Abbildungen, die Personen unter Sachwalterschaft in Situationen zeigen, die durch die Krankheit geprägt sind, ist daher mE ohne persönliche Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen Person nicht zulässig.⁵²⁾

Gleiches muss hinsichtlich der Einwilligung für den Briefschutz gem § 77 UrhG gelten.

D. Durchsetzung von höchstpersönlichen Rechten

Ein SW kann – bis auf eigens geregelte Ausnahmen – höchstpersönliche Rechte nicht im Namen der besachwalteten Person wahrnehmen. Zur Frage der Verfolgung von Rechtsverletzungen bzw zur Rechtsdurchsetzung kann die reichhaltige Rsp zum Gebiet der Persönlichkeitsrechte herangezogen werden. Zwar gelten diese als höchstpersönlich und sind somit grds keiner Stellvertretung zugänglich, die Rechtsdurchsetzung ist dagegen aber nicht vertretungsfeindlich.⁵³⁾ Diesbezüglich erfolgte ohnehin nur eine Klarstellung, dass auch die Durchsetzung höchstpersönlicher Rechte von Geschäftsunfähigen nicht vertretungsfeindlich ist. Andernfalls wären besachwaltete Personen Rechtsverletzungen hilflos ausgeliefert. Der SW muss aber die Genehmigung des Gerichts (§ 275 Abs 2 ABGB) einholen.

45) Jüngstes Beispiel ist § 172 ABGB idF KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15.

46) Vgl § 141 Abs 1, § 156 Abs 2 und § 173 Abs 1 ABGB.

47) Dies haben bereits *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts² 239 richtigerweise angedeutet („denkbar wäre“).

48) ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 14.

49) *Mussger/Fessler/Szymanski/Keller*, Österreichisches Staatsbürgerschaftsrecht⁶ 118.

50) § 28 Abs 4 StbG und auch ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 14, die beispielhaft Erwerb oder Verzicht auf eine Staatsangehörigkeit als eine durch das Gericht genehmigungspflichtige Handlung aufzählen.

51) *Dokalik*, Mein Baby ist ein Star! FamZ 2006, 4 (7); ihm zust *Kodek in Kucsko*, urheber.recht § 78 Pkt 3.4.1 zum ges Vertreter.

52) Vgl zur deutschen Rechtslage *Fricke in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³, dKunstUrhG § 23 Rn 41.

53) 6 Ob 106/03 m SZ 2003/105; 2 Ob 48/12 s iFamZ 2012, 178.

→ In Kürze

Die Vertretungsbefugnis eines Sachwalters gelangt dort an ihre Grenzen, wo sie Fragen der Persönlichkeit bzw Person des Betroffenen berührt. Die besachwaltete Person kann hinsichtlich höchstpersönlicher Rechte und Entscheidungen nur selbst handeln. Dazu ist im konkreten Einzelfall das Vorliegen von Einsichts- und Urteilsfähigkeit nötig, ansonsten muss die Rechtsausübung unterbleiben. In Ausnahmefällen kann ein Sachwalter dennoch für die betroffene Person handeln.

→ Zum Thema

Über den Autor:

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

