

Referat von Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer, Institut für Zivilrecht der Universität Wien, bei der Veranstaltung des Vereins für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft vom 30. Juni 2004 im Justizministerium

## **20 Jahre Sachwalterrecht – Sinn, Zweck und Alternativen\***

### **I. Einleitung**

Gesetze haben ebenso wie der Mensch ihre Geburtstage und Jubiläen. Runde Geburtstage sind für den Menschen häufig Gelegenheit und Anlass für eine Rückschau und für Zukunftspläne. Beim Gesetz verhält es sich ähnlich: Das Jubiläum bietet Gelegenheit für das, was man modern „Standortbestimmung“ nennt, gibt zugleich aber Anlass zu Reflexionen, ob und in welchem Umfang das Normenwerk noch in der Lage ist, seinen Aufgaben nachzukommen. Dementsprechend soll in den folgenden Zeilen eine auf das Sachwalterrecht bezogene „Standortbestimmung“ unternommen werden, in der die Frage nach Sinn und Zweck der Sachwalterschaft und den daraus herzuleitenden Handlungspflichten des Sachwalters erörtert (II.); hieraus schließen sich einige Überlegungen über die Zukunftsperspektiven, in denen es – im Einklang mit aktuellen rechtspolitischen Überlegungen – um Alternativen zur Sachwalterschaft gehen wird (III.).

### **II. Standortbestimmung – Sinn und Zweck der Sachwalterschaft**

#### *1. Allgemeines*

§ 21 ABGB enthält den programmatischen Grundsatz, wonach „Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, ... unter dem besonderen Schutz der Gesetze [stehen]“. Das Sachwalterrecht ist die Verwirklichung dieses Grundsatzes; der Sachwalter ist also jenes Instrument, durch den das Gesetz den besonderen Schutz verwirklicht, den es den hilfebedürftigen Personen zukommen lassen will.

Die Qualität dieses Schutzes hängt davon ab, welche Tätigkeiten der Sachwalter zu verrichten hat, um dem Hilfebedürfnis der betroffenen Person zu entsprechen. Es geht also um die Frage nach den Aufgaben des Sachwalters. Sie werden zunächst in einem ersten Schritt durch das Gericht festgelegt. Das Gericht bestimmt den so genannten „Wirkungskreis“ des Sachwalters, dessen Rechtfertigung und zugleich Grenze in der Hilfebedürftigkeit des

---

\* Der folgende Text beruht auf dem Vortrag, den der Verfasser anlässlich der Festveranstaltung „20 Jahre Sachwalterrecht“ am 30. 6. 2004 im Bundesministerium für Justiz gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten; der Anmerkungsapparat wurde auf das Minimum beschränkt.

konkreten Betroffenen liegt. Der Wirkungskreis bezeichnet freilich nur einen allgemeinen Handlungsrahmen, innerhalb dessen der Sachwalter tätig zu werden hat. Er gibt freilich keine Auskunft darüber, welche Handlungen der Sachwalter *hic et nunc* vornehmen muss.

Nur in Ausnahmefällen enthält die Rechtsordnung konkrete Verhaltensordnungen, die der Sachwalter zu beachten hat. Erteilt das Gericht etwa dem Sachwalter eine Weisung, so handelt dieser rechtswidrig, wenn er unter Verletzung des Sorgfaltsgebots die Weisung nicht befolgt. Ergibt sich aus dem Gesetz, dass die Veranlagung von Vermögen ohne gerichtliche Genehmigung auf andere Art als nach § 230a und § 230b ABGB nicht zulässig ist (§ 154 Abs 3 iVm § 282 ABGB), so verletzt der Sachwalter – ungeachtet der Unwirksamkeit des Geschäfts – regelmäßig das Sorgfaltsgebot, wenn er Vermögenswerte des Behinderten in nicht genehmigte Veranlagungsformen investiert.

Ganz überwiegend fehlt es aber an vergleichbar konkreten Verhaltensanforderungen. Dies kann in der Alltagspraxis der Sachwalterschaft zu Zweifelsfragen führen, wie die folgenden Beispiele zeigen: Genügt es im Rahmen der Personensorge, wenn der Sachwalter den gebrechlichen Behinderten einmal pro Woche zu Hause besucht, um sich von dessen körperlichem Wohlbefinden zu überzeugen oder sind häufigere Kontrollen geboten? Ist es ausreichend, die Ersparnisse des Pfeglings auf einem Sparbuch zu deponieren oder darf – oder muss – sich der Sachwalter um ertragreichere Veranlagungsformen umsehen? Soll die kostspielige Miete einer großen Wohnung für den allein stehenden Behinderten aufrechterhalten oder eine Übersiedlung in eine andere Unterkunft vorgezogen werden? Wer als Sachwalter erwartet, auf so klare Fragen ebenso eindeutige Antworten im Gesetz zu finden, der wird enttäuscht werden. Gleichwohl sind diese Fragen von fundamentaler Bedeutung, weil von ihnen die Qualität der Sachwalterschaft, aber auch – im Falle einer Pflichtverletzung – eine mögliche Haftpflicht des Sachwalters abhängen kann.

## *2. Gegenstand und Ziel der Sachwalterschaft*

Die Klärung dieser und ähnlicher Fragen ist nur mit Blick auf Gegenstand und Ziel der Tätigkeit des Sachwalters möglich.

*Gegenstand* seiner Tätigkeit ist – sehr allgemein ausgedrückt – die *Personensorge* und die *Vermögensverwaltung*. Hierdurch werden zugleich die gegenüber dem Sachwalter geschützten Rechtsgutbereiche umschrieben. Dabei handelt es sich zum einen um die höchstpersönlichen Rechtsgüter des Behinderten, wie insbesondere sein Leben, seine Gesundheit und seine körperliche Unversehrtheit, aber auch um die Schaffung der Grundlagen einer den Bedürfnissen des Behinderten entsprechenden Lebensgestaltung, was

vor allem Wohnen, Arbeit und Freizeit betrifft. Zum anderen geht es um die Vermögensgüter des Behinderten. Aus den Regeln über die Vermögensveranlagung (§§ 230 ff ABGB) ergibt sich, dass auch das bloße Vermögen des Behinderten geschützt ist; dies korreliert mit dem Umstand, dass zwischen ihm und dem Sachwalter ein besonderes Rechtsverhältnis besteht<sup>1</sup>.

*Ziel* der Tätigkeit des Sachwalters ist die *Förderung des Wohls des Behinderten*. Letzteres ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich in allgemeiner Form angeordnet<sup>2</sup>, ergibt sich aber aus der mit der Bestellung des Sachwalters verbundenen Fürsorgefunktion, mit der der in § 21 ABGB programmatisch vorgesehene Schutz für pflegebedürftige Personen verwirklicht wird.

### 3. Das Wohl des Behinderten

#### a) Das Wohl des Behinderten als unbestimmter Rechtsbegriff

Als Zielvorgabe ist das Wohl des Behinderten die allgemeinste Richtschnur für die Tätigkeit des Sachwalters und bildet zugleich die Grundlage für die Ermittlung konkreter Verhaltensanforderungen. Der praktische Umgang mit dem Begriff wird jedoch durch seine inhaltliche Unbestimmtheit erschwert. Im deutschen Recht wird die Ansicht vertreten, es handle sich um „die Gesamtheit der Bewahrungs- und Entfaltungsinteressen“ des Betreuten<sup>3</sup>. Wenngleich auch diese Beschreibung recht allgemein gehalten ist, kann ihr im Zusammenhang mit den „*Bewahrungs- und Entfaltungsinteressen*“ wohl entnommen werden, dass der Sachwalter nicht nur verpflichtet ist, durch die Verhinderung nachteiliger Veränderungen der Rechtsgüter des Behinderten eine Schadensabwehr zu betreiben, sondern auch dazu angehalten ist, die Qualität und Quantität seiner Rechtsgüter zu verbessern. Wenn beispielsweise § 1901 Abs 4 BGB den Betreuer ausdrücklich dazu verpflichtet, „innerhalb seines Aufgabenkreises ... dazu beitragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern“, dann kann für das österreichische Recht nichts anderes gelten. Bezüglich der Vermögensverwaltung sieht bereits § 230 Abs 1 ABGB vor, dass das Vermögen nicht nur sicher, sondern auch fruchtbringend anzulegen ist. Im Sinne einer umfassenden Förderung des Wohls des Behinderten beschränkt sich die Pflicht zur Vermögenssorge nicht nur auf die Verwaltung des vorhandenen Vermögens, sondern erstreckt sich auch auf die Nutzung von Gelegenheiten zur Vermögensvermehrung. Dies gilt

---

<sup>1</sup> Vgl zum Schutz des bloßen Vermögens in Schuldverhältnissen *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/42 ff, II<sup>2</sup> 20 ff.

<sup>2</sup> Anders § 1901 Abs 2 BGB (zum Wohl des Betreuten als „Grundziel“ der Tätigkeit des Betreuers *Staudinger*<sup>13</sup>/*Bienwald* [1999] § 1901 Rz 3); vgl auch die gelegentliche Erwähnung des Wohls des Behinderten in § 273a Abs 1 ABGB.

<sup>3</sup> *MünchKommBGB*<sup>4</sup>/*Schwab*, § 1901 Rz 9.

insbesondere im Zusammenhang mit sozialrechtlichen Ansprüchen. Wenn für die Behinderten die Gelegenheit besteht, seine Vermögenslage durch die Beantragung einer Leistung aus der Sozialversicherung zu verbessern, dann wird es zu den Pflichten des Sachwalters gehören, die Gewährung der Leistung durch die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens herbeizuführen<sup>4</sup>.

*b) Ansatzpunkte zur Konkretisierung*

Mit Blick auf das Wohl des Behinderten sind die Sorgfaltspflichten – wie auch sonst im Zusammenhang mit einem rechtsgutbezogenen Güterschutz<sup>5</sup> – durch *Interessenabwägungen* ermitteln. Dabei gilt: Je höherwertig das bedrohte Rechtsgut ist, und je größer die Gefahr ist, die ein Rechtsgut bedroht, desto höher sind die Anforderungen an die geschuldete Sorgfalt anzusetzen. Als Faktor, der die Sorgfaltsanforderung mindern kann, wirkt sich die Zumutbarkeit aus, wofür auch die Höhe des zur Schadensvermeidung erforderlichen Aufwands relevant ist. Bei der Bewertung der Rechtsgüter nehmen die höchstpersönlichen Rechtsgüter, vor allem das Leben und die Gesundheit, einen deutlich höheren Stellenwert ein als die Vermögensgüter.

Diese recht abstrakten Gedanken lassen sich anhand von einfachen Beispielen erläutern. Die Personensorge – das Gesetz verwendet diesen Begriff nicht mehr<sup>6</sup>, er soll hier aber wegen der Anschaulichkeit weiter verwendet werden – beschreibt das Gesetz so, dass der Sachwalter den persönlichen Kontakt mit der behinderten Person zu halten und sich darum zu bemühen hat, dass die gebotene ärztliche oder soziale Betreuung gewährt wird (§ 282 Abs 2 ABGB). Wie häufig und intensiv der persönliche Kontakt auszufallen hat, ist dem Gesetz aber nicht ausdrücklich zu entnehmen. Dementsprechend ist mit Blick auf das Wohl des Behinderten zu unterscheiden: Ist die behinderte Person *körperlich gesund* und *sozial integriert*, so werden an die Personensorge des Sachwalters keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sein. Ein Besuch in zwei- bis vierwöchigen Intervallen, bei denen sich der Sachwalter vom Wohlbefinden des Behinderten überzeugt, wird daher die Sorgfaltspflicht erfüllen. In Einzelfällen werden die Zeiträume zwischen den Besuchen vielleicht sogar noch länger sein können; der vollständige Entfall des persönlichen Kontakts entspricht aber keinesfalls dem Gesetz. Wenn der Behinderte *erkrankt* oder in einen sonst *stärker hilfebedürftigen Zustand gerät*, dann intensivieren sich die Handlungspflichten: Der Sachwalter wird dann – je nach den Bedürfnissen des Behinderten – häufigere

---

<sup>4</sup> Vgl freilich zum anzuwendenden Sorgfaltsstandard jüngst OGH 17. 3. 2004, 7 Ob 11/04z.

<sup>5</sup> Vgl nur *Koziol*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> I Rz 4 /28 ff.

<sup>6</sup> § 282 ABGB aF (vor dem KindRÄG 2001, BGBl I 2000/135) verpflichtete den Sachwalter ausdrücklich zur „Personensorge“.

Kontrollbesuche durchführen, sich um ärztliche Hilfe oder allenfalls um dessen stationäre Aufnahme in einem Krankenhaus bemühen müssen. Auch für die *Vermögenssorge* ist eine nach den Umständen des Einzelfalls differenzierende Betrachtung geboten: Wenn die Eltern des Behinderten leben, aber die Möglichkeit besteht, dass der Behinderte im Fall ihres Todes eine Waisenpension erhalten könnte, dann wird der Sachwalter sich in bestimmten Abständen davon überzeugen müssen, ob sich die relevanten Umstände geändert haben. Gibt es keinen Anhaltspunkt für das Ableben der Eltern, dann wird eine Kontrolle in größeren Intervallen – vielleicht einmal pro Jahr – ausreichend sein.

Bei der Konkretisierung der Verhaltenspflichten vor dem Hintergrund des Wohls des Behinderten ist auch dessen *tatsächlicher Wille* relevant. Selbstverständlich ist die behinderte Person nicht in der Lage, dem Sachwalter rechtsverbindliche Weisungen zu erteilen<sup>7</sup>; sie ist aber berechtigt, sich in allen Angelegenheiten zu äußern. Ihr dadurch zum Ausdruck gebrachter Wille ist zu berücksichtigen, wenn er ihrem Wohl nicht weniger entspricht als die Absicht des Sachwalters (§ 273a Abs 3 ABGB). Der Zweck der Bestimmung besteht darin, dass die Selbstbestimmung durch die Sachwalterbestellung nicht völlig beseitigt, sondern, soweit dies möglich ist, aufrechterhalten werden soll. Aus diesem Grund ist nach zutreffender Ansicht das Wort „berücksichtigen“ so zu verstehen, dass der Wille der behinderten Person Vorrang gegenüber dem Willen des Sachwalters genießt<sup>8</sup>, wenn zwischen dem Willen des behinderten und dem Willen des Sachwalters zumindest Gleichwertigkeit besteht<sup>9</sup>. Freilich macht auch diese Formel eine Interessenabwägung nicht entbehrlich. Denn die Bewertung des Willens des Behinderten und des Sachwalters ist nur in Hinblick auf die kollidierenden Rechtsgüter möglich. Dabei ist die Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Behinderten gegen die Gefährdung anderer, möglicherweise Rechtsgüter abzuwägen. So wird etwa der Wunsch des Behinderten nach einer bestimmten Art der Freizeitgestaltung nicht beachtlich sein, wenn damit eine Gefährdung seiner Gesundheit verbunden ist; ebenso wird der Wunsch nach einer kostspieligen Urlaubsreise nicht erfüllt werden können, wenn dadurch langfristig eine Gefährdung des Unterhalts droht<sup>10</sup>. Stets wird bei der Abwägung auch zu berücksichtigen sein, ob und inwieweit der Behinderte in der Lage ist, die von der Verwirklichung seines Wunsches ausgehenden Gefahren für andere Rechtsgüter zu erkennen und die möglichen Nachteile zu bewerten. Dies kann in Ausnahmefällen zur Folge haben, dass der Wille der Betroffenen gegenüber der Gefährdung anderer Rechtsgüter durchdringt.

---

<sup>7</sup> Entsprechende Willensäußerungen sind daher keine Willenserklärungen (*Steininger*, Zum Mitspracherecht Pflegebefohlener, FS Kralik [1986] 535 [538]; *Stabentheiner* in Rummel<sup>3</sup>, § 273a Rz 4).

<sup>8</sup> *Steininger*, FS Kralik 535.

<sup>9</sup> Vgl *Schlemmer* in Schwimann<sup>2</sup>, § 273a Rz 6; *Kremzow*, Österreichisches Sachwalterrecht (1984) 66.

<sup>10</sup> Vgl MünchKommBGB<sup>4</sup>/*Schwab*, § 1901 Rz 14 f.

#### *4. Zwischenergebnis*

Mit dem Zwischenergebnis, dass Gegenstand der Sachwalterschaft Personen- und Vermögenssorge sind und ihr Ziel die Förderung des Wohls des Behinderten ist, wollen wir die Standortbestimmung des geltenden Sachwalterrechts beschließen und uns den Zukunftsperspektiven zuwenden.

### **III. Zukunftsperspektiven – Alternativen zur Sachwalterschaft**

#### *1. Allgemeines*

Das Sachwalterrecht galt zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens zu Recht als modernes und wegweisendes Gesetz und hat auch, was für ein österreichisches Gesetz durchaus nicht der Regelfall ist, die Rechtsentwicklung in anderen Ländern, etwa in Deutschland beeinflusst. Gleichwohl geben sich ständig verändernde gesellschaftliche Rahmenbedingungen, insbesondere die steigende Lebenserwartung und die damit in Zusammenhang stehende Zunahme der Zahl der Sachwalterschaften, Anlass über die Entwicklung des Rechtsinstituts und über Alternativen nachzudenken. Es ist deshalb folgerichtig, wenn im Regierungsprogramm des Jahres 2002 auch ein Punkt „Verbesserungen im Sachwalter- und Unterbringungsrecht“ enthalten ist.

Ziel der Reformüberlegungen ist es offenbar, zwei Fliegen mit einem Streich zu erledigen: Zum einen soll die Selbstbestimmung des Betroffenen gestärkt werden; zum anderen soll – mit Blick auf die steigende Zahl der Sachwalterschaften – eine Entlastung der Gerichte erreicht werden. Dabei stehen zwei Rechtsinstitute zur Diskussion. Bereits seit längerem wird über die so genannte Vorsorgevollmacht nachgedacht; vor kurzer Zeit kam die Möglichkeit einer gesetzlichen Vertretung für nahe Angehörige hinzu.

#### *2. Vorsorgevollmacht*

##### *a) Begriff und Funktion*

Bei der Vorsorgevollmacht handelt es sich um eine Vollmacht, die der Betroffene bereits vorweg, noch im Zustand der Geschäftsfähigkeit und gleichsam auf „Vorrat“ erteilt, und die nach dem Verlust der Geschäftsfähigkeit ihre Wirksamkeit entfalten soll. Der Betroffene kann dadurch eine beliebige Person seines Vertrauens zu seinem Vertreter oder seiner Vertreterin bestellen und kann auch Weisungen über die Ausübung der Vertretungsmacht erteilen; beispielsweise über die Verwaltung seines Vermögens oder auch für die künftige Gestaltung seines Alltagslebens. Es liegt auf der Hand, dass die Vorsorgevollmacht die Selbstbestimmung des Betroffenen in hohem Maße verwirklicht und

dadurch zugleich dem Prinzip der Subsidiarität Rechnung trägt, das schon das geltende Sachwalterrecht prägt: Ein Sachwalter soll und darf hiernach nicht bestellt werden, wenn die betroffene Person ihre Angelegenheiten auf andere Weise, also beispielsweise durch einen selbst gewählten Vertreter, besorgen kann. Meines Erachtens ist die Vorsorgevollmacht als Instrument zur Vermeidung einer Sachwalterbestellung bereits nach geltendem Recht einsetzbar<sup>11</sup>. Dennoch empfiehlt sich eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, weil die Vorsorgevollmacht auf diese Weise mit einer höheren Verbreitung rechnen könnte, und weil auf einige Besonderheiten dieses Rechtsinstitut Bedacht genommen werden könnte. Über die Zweckmäßigkeit der Vorsorgevollmacht und einer gesetzlichen Regelung dürfte auch – soweit ich sehe – im Grundsatz auch Konsens bestehen.

### *b) Umfang*

Manche Einzelfragen erscheinen freilich streitig. Ich möchte zwei hervorheben. Eine Frage betrifft die mögliche Reichweite der Vorsorgevollmacht, insbesondere in Hinblick auf die Einwilligung bei Heilbehandlungen. Meines Erachtens sollte die Möglichkeit der Vorsorgevollmacht weit gezogen werden. Wenn schon der Betroffene einer Person seines Vertrauens das Recht einräumt, an seiner Stelle für ihn wirksame Rechtshandlungen vorzunehmen, dann sollte ihm die Befugnis zustehen, über den Umfang dieser Vollmacht zu entscheiden. Die Einwilligung zu Heilbehandlungen sollte hiervon nicht ausgeschlossen sein. Es ist aber daran zu denken, in besonders gravierenden Fällen eine Genehmigung des Gerichts einzuholen<sup>12</sup>.

### *c) Form*

Die zweite Frage betrifft die Form der Vorsorgevollmacht. Hier besteht ein rechtspolitischer Zielkonflikt. Auf der einen Seite besteht ein Bedürfnis nach Beratung und Beweissicherung, denen durch die Einhaltung bestimmter Formen am besten Rechnung getragen werden kann. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass die Glaubwürdigkeit der Vollmacht für Dritte, gegenüber denen der Bevollmächtigte später auftritt, gesteigert wird, wenn der Bevollmächtigte eine vertrauenserweckende Urkunde vorlegen kann. Auf der anderen Seite können allzu große Beschwerlichkeiten, die bei der Errichtung der Vollmacht zu überwinden sind, und die dabei anfallenden Kosten abschreckend wirken.

---

<sup>11</sup> Dazu *Schauer*, „Vorsorgevollmacht“ für das österreichische Recht? – Rechtspolitische Bemerkungen zur geplanten Reform des Sachwalterrechts, RZ 1998, 100 (102 f); zustimmend *Memmer*, Patiententestament und Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten, in Kopetzki (Hrsg), Antizipierte Patientenverfügungen (2000) 1 (23 f).

<sup>12</sup> So etwa im deutschen Recht § 1904 Abs 2 BGB.

Meines Erachtens wird um die Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten nicht herumzukommen sein. Dafür spricht bereits, dass bei der Vorsorgevollmacht ein ähnlicher Bedarf nach Übereilungsschutz und Beweissicherheit besteht wie bei einer letztwilligen Verfügung. Daraus folgt aber nicht, dass dieselben Formen wie bei letztwilligen Verfügungen gelten müssen. Richtigerweise besteht zum einen ein Beratungsbedarf, der dem Vollmachtgeber die Tragweite seiner Handlung vor Augen führen und ihm die Gelegenheit zu einer maßgeschneiderten Anordnung bieten soll. Zum anderen gibt es ein Bedürfnis nach einer Beglaubigung, durch die Identität des Errichters und das Datum der Errichtung festgehalten wird. Die Beglaubigung wird wohl jenen Einrichtungen zu übertragen sein, die diese Aufgabe traditionell wahrnehmen, nämlich den Gerichten und den Notaren. Beratung und Beglaubigung müssten aber nicht notwendigerweise in einer Hand liegen. Man könnte sich beispielsweise eine Lösung vorstellen, wonach die Beratung von einem Sachwalterverein durchgeführt wird, der bei der Errichtung der Vollmacht behilflich ist und dem Vollmachtgeber sodann eine Bestätigung über die Beratung erteilt, mit der der Vollmachtgeber eine Beglaubigung bei Gericht oder Notar erhält.

Mit der Frage der Form hängt auch die immer wieder diskutierte Frage einer *Registrierung* zusammen. Ein zentrales Register für Vorsorgevollmachten könnte beispielsweise den Vorteil haben, dass jeweils die jüngste Fassung einer Vollmacht ermittelt werden könnte. Die Organisation eines solchen Registers und die Frage der Erfassung von Vorsorgevollmachten sollten mit den Mitteln der modernen Elektronik leicht lösbar sein. Eine aus meiner Sicht noch offene Frage ist die Zugänglichkeit eines solchen Registers für Dritte, weil hier das Informationsinteresse des Dritten mit dem Persönlichkeitsschutz des Betroffenen in Konflikt geraten kann.

### *3. Gesetzliche Vertretung durch Angehörige*

#### *a) Grundsätzliches*

Auch die gesetzliche Vertretung durch Angehörige lässt sich grundsätzlich mit der Subsidiarität der Sachwalterschaft begründen. Denn es ist offenkundig, dass der Sachwalterschaft insoweit entbehrlich wird, als ein gesetzlich vertretungsberechtigter Angehöriger die Angelegenheiten der betroffenen Person besorgen kann. Dennoch besteht ein wesentlicher Unterschied zur Vorsorgevollmacht. Die Vorsorgevollmacht beruht auf dem erklärten Willen des Betroffenen und dient somit der Verwirklichung seiner Selbstbestimmung. Für die gesetzliche Vertretung durch Angehörige gilt dies nicht. Sie lässt sich bestenfalls auf den vermuteten Willen des Betroffenen zurückführen und kann deshalb



nicht als Instrument der Selbstbestimmung angesehen werden<sup>13</sup>. Damit soll freilich nicht gesagt werden, dass nahe Angehörige nicht dazu geeignet wären, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen; in aller Regel wird das Gegenteil zutreffen. Freilich besteht schon nach dem geltenden Recht kein Hindernis, einen nahen Angehörigen im Falle ihrer Eignung zum Sachwalter zu bestellen. Wenn das Modell der gesetzlichen Vertretung auf die Prüfung und die Bestellung durch das Gericht verzichtet, dann zeigt sich zugleich, dass der Zweck dieses Modells wohl ausschließlich oder überwiegend in der Entlastung der Gerichte liegt. Häufig ist zu hören, es gehe bei der gesetzlichen Vertretung nur um einen Nachvollzug der gesellschaftlichen Realität; denn schon jetzt würden Angelegenheiten des Betroffenen in mehr oder weniger weit reichendem Umfang de facto von seinen Angehörigen besorgt<sup>14</sup>. Ein solcher „Nachvollzug“ ist freilich, für sich allein genommen, noch keine hinreichende Legitimationsgrundlage für den Gesetzgeber, dessen Aufgabe nicht in der Abbildung der Lebenswirklichkeit, sondern in der Abwägung des Schutzes der beteiligten Interessen liegt.

Im Schutz der Interessen des Betroffenen liegt denn auch die Problematik der gesetzlichen Vertretung durch die Angehörigen. Dies verdeutlicht der Vergleich mit der Sachwalterschaft: Das Sachwalterrecht ist durch ein hohes Maß an Individualität geprägt. Der Richter entscheidet nach Maßgabe der Bedürfnisse des individuellen Betroffenen; und er bestellt jene Person zum Sachwalter, der dafür individuell geeignet ist. Dieser individuelle Zugang geht durch die gesetzliche Vertretung verloren, weil es auf die Kenntnisse und Fähigkeiten des Angehörigen und – noch gewichtiger – auf das Vertrauensverhältnis, das zum Betroffenen bestand, nicht ankommt. Erfolg oder Misserfolg der gesetzlichen Vertretung hängt also entscheidend von den sozialen Beziehungen zwischen den Beteiligten, insbesondere von ihrem Verantwortungsbewusstsein ab. Gewiss wird die gesetzliche Vertretung in vielen Fällen ohne Probleme verlaufen und dem Wohl des Betroffenen förderlich sein. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass es in einer bestimmten Zahl von Fällen, die keine ganz zu vernachlässigende Größe darstellen dürfte, zu einer Ausübung der Vertretungsmacht kommen kann, die nicht im Interesse des Betroffenen liegt. Die möglichen Gründe reichen vom Desinteresse und Sorglosigkeit des Angehörigen über Eigeninteressen, die mit den Interessen des Betroffenen kollidieren, bis hin zu absichtlichen Schädigungen, die als Folge früherer Zerwürfnisse möglich erscheinen. Wegen des vollständigen Wegfalls der gerichtlichen Kontrolle bei Beginn und während der aufrechten Dauer des Vertretungsverhältnisses, die für das Sachwalterrecht prägend ist und bei der gesetzlichen

---

<sup>13</sup> Vgl auch *Gödicke*, Gesetzliche Vertretungsmacht für Angehörige, FamRZ 2003, 1894 (1895).

<sup>14</sup> So etwa der deutsche Entwurf eines Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (FN 15), BT-Drucksache 15/2494, 15 f; kritisch *Gödicke*, FamRZ 2003, 1897.

Vertretung auch nicht durch einen Selbstbestimmungsakt des Betroffenen aufgewogen wird, wie er der Vorsorgevollmacht zugrunde liegt, ist tendenziell mit einem Anstieg von Missbrauch und einem Verlust an Betreuungsqualität zu rechnen.

#### *b) Einzelfragen*

Neben der grundsätzlichen Problematik ergeben sich auch verschiedene Einzelfragen, für deren Lösung der bereits vorliegende Entwurf zu einer gleichartigen Novelle des deutschen Rechts<sup>15</sup> bestimmte Lösungsansätze liefern kann. Die Fragen betreffen zum einen die Reichweite der Vertretungsmacht, das Verhältnis zum Betroffenen und das Verhältnis zum Dritten.

Bezüglich der *Reichweite der Vertretungsmacht* erscheint Vorsicht geboten. Im vermögensrechtlichen Bereich sollte die Vertretungsmacht auf bestimmte Fälle des Alltagslebens beschränkt sein. Der Entwurf zum deutschen Recht behilft sich mit einer taxativen Aufzählung bestimmter Rechtshandlungen (§ 1358 Abs 2 BGB idF Entw). Dies bringt zwar die Problematik mit sich, die solchen Aufzählungen immanent sind, dass sie wie schlecht sitzende Anzüge im Einzelfall ein wenig zwicken oder zu weit sein können, ist aber mit Blick auf die Rechtssicherheit, die der Dritte einfordern wird, eine vertretbare Lösung. Ob der im österreichischen Recht dem Vernehmen nach reflektierte Gedanke, dass der gesetzliche Vertreter zu rein berechtigenden Rechtshandlungen befähigt sein soll, bereits hinreichend präzise ist, dürfte noch näherer Reflexion. Eine ohne gerichtliche Genehmigung auszuübende Vertretung bei der Einwilligung in Heilbehandlungen erscheint nur in nicht gravierenden Fällen denkbar (vgl § 1358a Abs 1 idF Entw)<sup>16</sup>. Tendenziell sollte die Vertretungsmacht freilich möglichst eng gehalten werden<sup>17</sup>.

Im *Verhältnis zum Betroffenen* sollte beachtet werden, dass dieser – wenn er den Angehörigen schon nicht zu seinem Vertreter bestellt hat – zumindest die Möglichkeit haben muss, dessen Tätigwerden zu verhindern. Der deutsche Entwurf schließt dementsprechend die Vertretungsmacht aus, wenn der Betroffene „einen entgegenstehenden Willen geäußert“ hat (§ 1358 Abs 1 letzter Satz idF Entw). In der Begründung zum Entwurf erfahren wir dazu nur, dass es hierzu keiner Geschäftsfähigkeit bedarf und dass dieser Wille keiner bestimmten

---

<sup>15</sup> Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (... Betreuungsrechtsänderungsgesetz - ... BtÄndG), Gesetzentwurf des Bundesrates vom 12. 2. 2004, Bundestags-Drucksache 15/2494. Die im Text folgenden Zitate des BGB mit dem Beisatz „idF Entw“ beziehen sich auf diesen Entwurf.

<sup>16</sup> Vgl auch die Kritik bei *Gödicke*, FamRZ 2003, 1899 f.

<sup>17</sup> Anders der deutsche Entwurf, dessen Katalog der von der Vertretungsmacht erfassten Rechtshandlungen im Bereich des Vermögensrechts verhältnismäßig weit gezogen ist (§ 1358 Abs 2 BGB idF Entw [FN 15]; dazu *Gödicke*, FamRZ 2003, 1896 f).

Person erklärt werden muss<sup>18</sup>. Den Anforderungen der Rechtssicherheit genügt diese Regel meines Erachtens nicht. Denn ein Minimum an Einsichtsfähigkeit wird auch bei der Äußerung des entgegenstehenden Willens zu verlangen; ihr Vorhandensein kann jedoch im Einzelfall zweifelhaft sein. Dazu kommt, dass der Angehörige von der Äußerung des entgegenstehenden Willens möglicherweise gar keine Kenntnis hat.

Diese Defizite im Innenverhältnis überspielt der deutsche Entwurf aber dadurch, dass er im *Verhältnis zum Dritten* einen weitreichenden Vertrauensschutz gewährt. Der Angehörige gilt nämlich gegenüber dem Dritten als vertretungsbefugt, wenn er – etwas vereinfacht ausgedrückt – ausdrücklich und schriftlich erklärt, dass die Voraussetzungen der Vertretungsmacht vorliegen und überdies ein ärztliches Zeugnis über die Handlungsunfähigkeit des Betroffenen vorlegt<sup>19</sup>. Auch dies ist nicht unproblematisch.

Bemerkenswert ist zunächst, dass das Zeugnis über die Handlungsfähigkeit von einem Arzt ausgestellt wird, obwohl die Beurteilung der Handlungsfähigkeit im Allgemeinen als Rechtsfrage verstanden wird, über die der Richter, wenngleich in der Regel gestützt auf ein Gutachten eines ärztlichen Sachverständigen, zu entscheiden hat. Es wird sich auch erst weisen müssen, ob in der Tat viele Ärzte bereit sein werden, über die medizinische Diagnose hinaus auch die Handlungsunfähigkeit als solche zu bestätigen.

Die übrigen Voraussetzungen der gesetzlichen Vertretung sind nach dem Entwurf zum deutschen Recht das Fehlen einer anderweitigen Vertretung des Betroffenen, das Fehlen eines entgegenstehenden Willens des Betroffenen und – wenn der Angehörige der Ehegatte ist<sup>20</sup> – der Umstand, dass die Ehegatten nicht getrennt leben. Dem Dritten ist in aller Regel nicht bekannt, ob diese Voraussetzungen vorliegen. Dem Gesetzgeber stehen bezüglich des Vertrauensschutzes des Dritten grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen<sup>21</sup>: Es könnte eine gerichtliche Überprüfung der Voraussetzungen der Vertretungsmacht verlangt werden, aufgrund derer der vertretungsberechtigte Ehegatte eine gerichtlich bestätigte Urkunde erhält, die dem Dritten als Vertrauensgrundlage dienen kann. Bei Vorhandensein einer solchen Urkunde würde das Vertrauen des Dritten geschützt. Die andere Möglichkeit besteht darin, sich mit der bloßen Erklärung des Ehegatten zufrieden zu geben. Der deutsche Entwurf

---

<sup>18</sup> BT-Drucksache 15/2494, 24.

<sup>19</sup> Dieses Zeugnis muss bescheinigen, dass die Untersuchung nicht länger als sechs Monate zurückliegt und bei der Untersuchung muss „soweit wie möglich“ ihr Zweck erläutert worden ist (§ 1358 Abs 3 Z 2 idF Entw [FN 15]).

<sup>20</sup> In Angelegenheiten der „Gesundheitssorge“ sind nach dem Entwurf zum deutschen Recht subsidiär auch volljährige Kinder und Eltern vertretungsbefugt (§ 1618b Abs 1 BGB idF Entw [FN 15]).

<sup>21</sup> Vgl auch *Gödicke*, FamRZ 2003, 1895 f.

entscheidet sich, wie soeben dargelegt, für den zweiten Weg (§ 1358 Abs 3 BGB idF Entw)<sup>22</sup>. Dies ist zwar auf der Grundlage der vollständigen Privatisierung der Angehörigenfürsorge folgerichtig, weist aber auf ein gravierendes Problem hin. Die bloße Selbstberührung einer Person, sie sei Vertreter eines anderen, genügt sonst für den Schutz eines Dritten in der Regel nicht. Nach den bekannten Grundsätzen der Anscheins- und Duldungsvollmacht wird stets eine Zurechnung des Vertrauenstatbestands zum angeblich Vertretenen verlangt<sup>23</sup>. Wenn der deutsche Entwurf auf diese Zurechnung verzichtet, dann nähert er die Vertretungsmacht der Angehörigen dem reinen Rechtsscheinprinzip an, das für den vermeintlich Vertretenen wegen des Fehlens der Zurechnung besondere Gefahren aufweist. Wer es gleichwohl für angemessen erachtet, im Verhältnis zwischen dem Betroffenen und seinem Angehörigen solche Gefahren in Kauf zu nehmen, muss dafür gute Gründe haben. Solche sind aber nicht erkennbar, im Gegenteil: Nach dem beschriebenen Modell des deutschen Entwurfs wäre es beispielsweise möglich, dass der Angehörige aufgrund des durch seine eigene Erklärung erzeugten Rechtsscheins seiner Vertretungsbefugnis tätig wird, obwohl der Betroffene schon früher eine andere Person wirksam zum Vertreter bestellt hat. Die auf einer Vorsorgevollmacht beruhende Planung des Betroffenen könnte auf diese Weise zunichte gemacht werden, wofür es auch keinen Unterschied darstellt, ob der handelnde Angehörige vom Vorhandensein der Vorsorgevollmacht Kenntnis hatte oder nicht.

### *c) Schlussbemerkung*

Gegenüber der gesetzlichen Vertretung durch nahe Angehörige bestehen also sowohl in grundsätzlicher Hinsicht als auch bezüglich mancher Einzelfragen Bedenken. Gleichwohl ist es aufgrund der derzeitigen Reformüberlegungen möglich, dass sie verwirklicht wird. Der Zweck dieser kurzen Überlegungen konnte deshalb nur darin bestehen, auf einige Probleme hinzuweisen, damit die Entwicklung sachgerechter Lösungen noch gelingen kann. Dann können wir die Hoffnung haben, in 20 Jahren den 40. Geburtstags des Sachwalterrechts mit der gleichen Freude zu begehen wie das diesjährige Jubiläum.

---

<sup>22</sup> Geschützt wird das Vertrauen des Dritten freilich nur dann, wenn dieser das Fehlen der Voraussetzungen der Vertretungsmacht weder kannte noch kennen musste (§ 1358 Abs 3 aE, § 1358a Abs 2 aE, § 1618b Abs 2 aE BGB idF Entw [FN 15]).

<sup>23</sup> Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>12</sup> I 187.