



## Die Neuregelung der Geschäftsfähigkeit im 2. Erwachsenenschutz-Gesetz

FELICITAS PARAPATITS / STEFAN PERNER\*

*Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG)<sup>1</sup> reformiert auch die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit. Neben terminologischen Anpassungen und kleineren inhaltlichen Eingriffen bei Minderjährigen wird vor allem die Geschäftsfähigkeit volljähriger Personen neu geregelt. Anders als bei Bestellung eines Sachwalters wird es eine automatische konstitutive Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit bei Erwachsenenvertretung künftig nicht mehr geben. Vielmehr kommt es auf die individuellen Fähigkeiten im konkreten Einzelfall an. Nur ausnahmsweise kann das Gericht einen „Genehmigungsvorbehalt“ anordnen, der zu einer konstitutiven Beschränkung der Geschäftsfähigkeit führt.*

### I: Grundlagen und Status quo

Unter dem Begriff der Handlungsfähigkeit wird traditionell die Fähigkeit einer Person verstanden, durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten zu begründen. Sie ist Ausprägung des **Prinzips der Selbstverantwortung**:<sup>2</sup> Wer handlungsfähig ist, übernimmt die rechtliche Verantwortung für das eigene Verhalten. Für den in diesem Beitrag primär relevanten Teilbereich der Handlungsfähigkeit, nämlich die Geschäftsfähigkeit, bedeutet dies, dass die Person an ihre Willenserklärung gebunden ist.

Nach dem schon seit der Stammfassung des Gesetzes in § 21 ABGB verankerten Grundprinzip soll nur rechtliche Verantwortung für sein eigenes Handeln tragen, wer seine „Angelegenheiten selbst besorgen“ kann. Das ist im Lichte der Selbstverantwortung konsequent: Nur wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns abschätzen und sich entsprechend verhalten kann, wird daran gebunden. Wer minderjährig ist oder bei wem dies aus anderen Gründen nicht zutrifft, ist daher nicht handlungsfähig (geschäftsfähig). Der Schutz dieser Personen hat Vorrang vor dem Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs.<sup>3</sup>

Um einer handlungsunfähigen Person dennoch die Teilhabe am Rechtsverkehr und den nötigen Schutz zur Wahrung ihrer Rechte zu gewährleisten, stellt die Rechtsordnung Vertretungsmodelle zur Verfügung.<sup>4</sup> Dies geschieht im Rahmen der Obsorge, der Sachwalterschaft (nunmehr Erwachsenenvertretung), der Vorsorgevollmacht und der Kuratel. Für Personen, die den besonderen Schutz genießen, sieht die Reform einen neuen Begriff vor: schutzberechtigte Personen.<sup>5</sup>

Für die Regelung der Handlungsfähigkeit gibt es grundsätzlich **zwei Systemansätze**. Einerseits kann das Gesetz auf den Einzelfall und die Fähigkeiten der Person in der konkreten Situation abstellen. Andererseits kann es sinnvoll sein, aus Gründen der Rechtssicherheit eine typisierte Betrachtung der Handlungsfähigkeit vorzunehmen.<sup>6</sup> Im ABGB werden beide Ansätze verwirklicht:<sup>7</sup>

Im Bereich der Geschäftsfähigkeit gibt es **typisierte Beschränkungen** bei den Altersgrenzen.<sup>8</sup> Auf die Fähigkeiten des konkreten Minderjährigen kommt es nicht an.<sup>9</sup> Auch ein besonders reifer 17-Jähriger ist in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Erst ab dem vollendeten 18. Lebensjahr liegt volle Geschäftsfähigkeit vor. Eine typisierte Beschränkung gibt es nach geltendem Recht auch bei einer Sachwalterbestellung. Nach § 280 Abs 1 ABGB idGF kann die vertretene Person innerhalb des Wirkungskreises des Sachwalters ohne dessen ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten. Dies gilt auch dann, wenn die Person im konkreten Einzelfall noch ausreichende individuelle Fähigkeiten besitzt. Daher spricht man in diesem Zusammenhang auch von einer konstitutiven Beschränkung der Geschäftsfähigkeit.<sup>10</sup>

Eine **individualisierende Betrachtung** nimmt das ABGB hingegen in zwei Bereichen vor:

- Bei Erwachsenen (für die kein Sachwalter bestellt ist) ist nämlich im Einzelfall zu prüfen, ob die handelnde Person ausreichende Fähigkeiten zum Abschluss des konkreten Rechtsgeschäfts besitzt.<sup>11</sup> Das Handeln vom im Einzelfall Geschäftsunfähigen ist also unwirksam.
- Außerdem kennt das ABGB bestimmte Bereiche, in denen die typisierte Betrachtung der Geschäftsfähigkeit (bei Minderjährigen und Beschwalteten) nicht gilt. In ausdrücklich angeführten Bereichen, die persönliche oder familiäre Angelegenheiten betreffen, wird jeweils auf die konkrete sogenannte **Einsichts- und Urteilsfähigkeit** abgestellt.<sup>12</sup> Solange diese gegeben ist, sind Alter oder Sachwalterbestellung irrelevant.

Der Begriff der „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ wurde mit dem KindRÄG 2001 (iZm der medizinischen Behandlung Minderjähriger) aus anderen Rechtsmaterien (zB dem UbG)

\* Dr. Felicitas Parapatits, LL.M. (Cantab) ist Richterin und Referentin der Abteilung für Familien-, Personen und Erbrecht im BMJ. Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner ist Leiter der Abteilung für Finanzmarktrecht an der JKU Linz.

<sup>1</sup> Paragrafenangaben beziehen sich, wenn nicht ausdrücklich anders angegeben, auf die jeweilige Fassung aufgrund des 2. ErwSchG.

<sup>2</sup> F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 99 ff; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup>, § 21 Rz 5.

<sup>3</sup> S nur OGH 9. 11. 1988, 1 Ob 32/88, EvBl 1989/88; 14. 7. 1992, 1 Ob 30/92, SZ 65/108; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 21 Rz 1 und 10 mwN.

<sup>4</sup> Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup>, § 21 Rz 8.

<sup>5</sup> § 21 Abs 1 ABGB; siehe dazu auch ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 8 und 16 f.

<sup>6</sup> F. Bydlinski, System 140; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup>, § 21 Rz 6; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 21 Rz 1 und 10.

<sup>7</sup> Vgl die ausführliche Darstellung bei Gitschthaler, Handlungsfähigkeit minderjähriger und beschwalteter Personen, ÖJZ 2004, 81 und 121; Weitzenböck, Das Recht der Handlungsfähigkeit im Wandel der Zeit – Von starren Grenzen zu beweglichen Modellen? in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), FS 200 Jahre ABGB (2011) 691.

<sup>8</sup> S §§ 170 und 171 ABGB idGF.

<sup>9</sup> S nur Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup>, § 170 Rz 2 mwN.

<sup>10</sup> S nur Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 280 Rz 2.

<sup>11</sup> Vgl dazu die stRsp, nach der nur derjenige (voll) geschäftsfähig ist, der die Tragweite und Auswirkungen seines Handelns abschätzen und dieser Einsicht gemäß disponieren kann (RIS-Justiz RS0009075 [T6, T8]; OGH 26. 5. 2000, 2 Ob 146/00k; 28. 8. 2013, 6 Ob 44/13h, JBl 2013, 720 mwN). Die Geschäftsfähigkeit ist schon dann ausgeschlossen, wenn die normale Freiheit der Willensentschließung durch eine auch nur vorübergehende geistige Störung aufgehoben ist, mag auch noch die Fähigkeit, das Rechtsgeschäft verstandesmäßig zu erfassen, vorhanden sein (RIS-Justiz RS0014623, OGH 28. 8. 2013, 6 Ob 44/13h, JBl 2013, 720 mwN).

<sup>12</sup> Vgl dazu allgemein Fischer-Czermak, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302.



ins ABGB übernommen.<sup>13</sup> Er wurde in bestimmten höchstpersönlichen Bereichen statt der Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung für rechtserhebliches Handeln – und damit für die Handlungsfähigkeit – genannt. Die dahinterstehende Ratio ist, dass man in diesen sensiblen Bereichen keine starren Regeln möchte, sondern das Gesetz aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten **Selbstbestimmungsrechts** immer eine Prüfung der individuellen Fähigkeiten im konkreten Einzelfall vorsieht.<sup>14</sup> Dadurch kommt es zu einer Stärkung der Rechte der Betroffenen unter Berücksichtigung individueller Eigenschaften.<sup>15</sup> So bedarf es bei einer 13-jährigen oder einer volljährigen Person, für die in medizinischen Angelegenheiten ein Sachwalter bestellt ist, ihrer Zustimmung zu einer medizinischen Heilbehandlung, wenn sie im konkreten Fall einsichts- und urteilsfähig ist.<sup>16</sup>

Das **2. ErwSchG** verwirklicht weiterhin beide Beurteilungsansätze: Sowohl die typisierte Geschäftsunfähigkeit nach Altersgruppen als auch die individualisierende Beurteilung bei unvertretenen Erwachsenen werden im Grundsatz beibehalten. Der Gesetzgeber hat allerdings die Gelegenheit ergriffen, um das ABGB terminologisch zu modernisieren. Vor allem finden sich aber auch zahlreiche inhaltliche Neuerungen, die nicht bloß Detailfragen betreffen, sondern zu erheblichen Änderungen im Recht der Geschäftsfähigkeit führen werden. Dies ist in der Folge zu zeigen, wobei zunächst auf die primär terminologischen Änderungen einzugehen ist, bevor sich der Beitrag den inhaltlichen Änderungen widmet.

## II. Neue Terminologie

### A. Handlungsfähigkeit

Bislang kannte das ABGB keine ausdrückliche Definition der Handlungsfähigkeit. Die Handlungsfähigkeit bzw ihr Fehlen werden im geltenden Recht lediglich in machen Bestimmungen erwähnt (zB in §§ 21, 141 und 271 ABGB idgF). Der Reformgesetzgeber ändert dies und definiert in **§ 24 ABGB**<sup>17</sup> die Handlungsfähigkeit – in abstrakter Weise<sup>18</sup> – als die Fähigkeit einer Person, sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten.

Damit wird die Handlungsfähigkeit systematisch dem **rechtsgeschäftlichen Bereich** iWSt zugeordnet und der Deliktsfähigkeit auf einer Ebene gegenübergestellt.<sup>19</sup> Nach bisherigem Verständnis war die Deliktsfähigkeit hingegen ein

Unterfall der Handlungsfähigkeit.<sup>20</sup> Ansätze für das nunmehrige Verständnis zeigten sich freilich schon vor der Reform in den Überschriften der § 170 ABGB idgF („Handlungsfähigkeit des Kindes“) und § 176 ABGB idgF („Deliktsfähigkeit des Kindes“). Die Deliktsfähigkeit wird nach wie vor nicht eigens definiert, sondern nur in § 176 ABGB vorausgesetzt.

Die Handlungsfähigkeit ist ein Überbegriff für den gesamten rechtsgeschäftlichen Bereich im weiteren Sinn. Das ABGB kennt jedoch auch **spezielle Formen der Handlungsfähigkeit** für bestimmte Bereiche. Zu nennen sind hier die Testierfähigkeit in § 566 ABGB, die Ehefähigkeit in § 1 EheG und der große Bereich der Geschäftsfähigkeit in § 865 ABGB.

Dies hat vor allem den Hintergrund, dass für spezielle Bereiche zusätzliche oder verschiedene Voraussetzungen für die Handlungsfähigkeit bestehen können. So reicht es etwa im Bereich der Geschäftsfähigkeit idR nicht aus, dass eine Person entscheidungsfähig ist, sie muss auch ein bestimmtes Alter erreicht haben.

### B. Entscheidungsfähigkeit

Die rechtliche Verantwortung für das eigene Handeln zu tragen, setzt – im Lichte des in § 21 ABGB angeordneten besonderen Schutzes der Gesetze – voraus, dass die Person individuell verstehen kann, worauf sie sich einlässt, und sich auch danach verhalten kann. Diese Grundvoraussetzung für wirksames Handeln wird derzeit überwiegend Einsichts- und Urteilsfähigkeit genannt.<sup>21</sup> Hinzu können, wie bereits erwähnt, zusätzliche Kriterien wie zB ein gewisses Alter kommen.

Mit der Reform wird dieser unbestrittene Grundsatz in § 24 ABGB neu festgeschrieben.<sup>22</sup> Die Grundfähigkeit wird nun aber **Entscheidungsfähigkeit** genannt. Auch dieser Begriff wird – anders als die Einsichts- und Urteilsfähigkeit – ausdrücklich definiert. Entscheidungsfähig ist, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Bei einem Volljährigen wird die Entscheidungsfähigkeit vermutet (§ 24 Abs 2 ABGB). Die Entscheidungsfähigkeit beschreibt damit – anders als die abstrakte Handlungsfähigkeit – ein konkretes faktisches Können der Person, das situativ im Einzelfall vorliegen muss. Sie ist daher stets Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit. Nur ausnahmsweise verzichtet das Gesetz aus besonderen Gründen auf diese Voraussetzung.<sup>23</sup>

Die Entscheidungsfähigkeit umfasst drei Aspekte:<sup>24</sup>

1. Die kognitive Fähigkeit, den Grund und die Bedeutung der Rechtshandlung zu verstehen,
2. die Fähigkeit, seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen, und
3. die Fähigkeit, sich dem eigenen Willen entsprechend zu verhalten.

<sup>20</sup> Statt aller *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>5</sup> (2016) 27.

<sup>21</sup> So *Fischer-Czermak*, NZ 2004, 302 (304 ff); *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006) (Teil II), ÖJZ 2007, 217 (219); *Weitzenböck* in FS 200 Jahre ABGB 691 (704 f); *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>101</sup>, § 21 Rz 4 mwN zur Einordnung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit.

<sup>22</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

<sup>23</sup> S unten Pkt III.C.4. zu den Alltagsgeschäften nach § 242 Abs 3 ABGB.

<sup>24</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

<sup>13</sup> ErlRV 296 BlgNR 21. GP 29.

<sup>14</sup> ErlRV 296 BlgNR 21. GP 29.

<sup>15</sup> S nur *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (1. Teil), ÖJZ 2001, 485; *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup>, § 170 Rz 3.

<sup>16</sup> § 173 ABGB idgF; vgl dazu zB *Weitzenböck*, Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem KindRÄG 2001, insbesondere in Angelegenheiten der medizinischen Behandlung, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 1.

<sup>17</sup> Bislang aufgehoben durch dRGrBl 1939 I, 1186.

<sup>18</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 10.

<sup>19</sup> S ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5: Bei der Entscheidungsfähigkeit, die Grundlage der Handlungsfähigkeit ist, geht es darum, eine Entscheidung über die Vornahme oder Unterlassung einer Rechtshandlung zu treffen. Sie ist von der Deliktsfähigkeit zu unterscheiden, die beschreibt, wann eine Person wegen einer Schadenszufügung aus eigenem Verhalten ersatzpflichtig werden kann.



Letztere kann zB bei Suchtverhalten oder übermäßigen Ängsten fehlen.<sup>25</sup> Die Entscheidungsfähigkeit entspricht damit dem **bisherigen Verständnis der Einsichts- und Urteilsfähigkeit** als Grundfähigkeit für rechtserhebliches Handeln.<sup>26</sup> Auch in Zukunft kommt es nicht darauf an, jedes Detail einer rechtsgeschäftlichen Handlung, zB beim Abschluss eines komplizierten Investments, zu verstehen, sondern den rechtlichen Kern der Handlung zu erfassen. Bloße Unterfahrenheit oder unterdurchschnittliche Intelligenz wird etwa auch in Zukunft nicht zur Entscheidungsunfähigkeit führen.<sup>27</sup> Das Fehlen der Entscheidungsfähigkeit wird etwa bei psychischer Krankheit oder einer vergleichbare Beeinträchtigung anzunehmen sein, die bei dauerhaftem Vorliegen die Bestellung eines Erwachsenenvertreters rechtfertigt. Umfasst sind aber auch Schock- oder Rauschzustände. Die Mat weisen darauf hin, dass es nicht darauf ankommt, ob die getroffene Entscheidung vernünftig oder für andere nachvollziehbar ist. Es kommt nur darauf an, dass die Person eine bewusste Entscheidung – auch für eine unvernünftige Handlung – treffen kann. Es soll also gerade nicht darauf ankommen, ob die Gesellschaft das Verhalten gutheißt oder nachvollziehen kann.<sup>28</sup>

Der Wechsel vom Begriff Einsichts- und Urteilsfähigkeit zur Entscheidungsfähigkeit wird damit begründet, dass der Begriff im geltenden Recht nicht einheitlich eingeordnet wurde<sup>29</sup> und die neue Terminologie die Neuregelungen der Reform in diesem Bereich markieren soll.<sup>30</sup> Der Begriff passt außerdem besser, weil es darum geht, dass eine Person ihr Leben aktiv gestaltet.

## C. Geschäftsfähigkeit

Wie die Handlungsfähigkeit wird durch die Reform nun auch die Geschäftsfähigkeit ausdrücklich im ABGB definiert. Nach **§ 865 Abs 1 ABGB** versteht man darunter die Fähigkeit einer Person, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten. Die Geschäftsfähigkeit ist somit ein Unterfall der Handlungsfähigkeit, nämlich die Handlungsfähigkeit in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten.<sup>31</sup> Ihre prozessuale Schwester findet sie in der Prozessfähigkeit, an der inhaltlich nichts geändert wird. Auch nach der Reform kann daher vor Gericht grundsätzlich selbständig handeln, wer (für das dem Verfahren zugrunde liegende Geschäft) geschäftsfähig ist (s § 1 ZPO nF und zu Minderjährigen § 2 ZPO; im Wirkungsbereich eines Erwachsenenvertreters oder eines Vorsorgebevollmächtigten kann nur dieser handeln, wenn sein Wirkungsbereich die Vertretung vor Gericht umfasst, § 1 Abs 2 ZPO nF).<sup>32</sup>

<sup>25</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9 mit Verweis auf *Amelung*, ZStW 1992, 528; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht II 818 ff, und ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 21.

<sup>26</sup> Vgl auch ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 5: Der Begriff der „Entscheidungsfähigkeit“ erfüllt im Wesentlichen dieselbe Funktion wie der bisherige Begriff „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“.

<sup>27</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9 und 53; vgl zur derzeitigen Rechtslage RIS-Justiz RS0014615; OGH 19. 3. 1958, 5 Ob 68/58, EvBl 1958/219, *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 865 Rz 3.

<sup>28</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

<sup>29</sup> Vgl dazu zB *Benke/Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*, ABGB<sup>3</sup>, § 21 Rz 60 mwN; *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2002, 293 (295); *Gitschthaler*, ÖJZ 2004, 81 und 121; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter (2005) 239 ff; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 531; *Weitzenböck* in *Ferrari/Hopf*, Reform 5.

<sup>30</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

<sup>31</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 53.

<sup>32</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 78 f.

Im Einklang mit der Definition der Handlungsfähigkeit sieht auch § 865 Abs 1 ABGB vor, dass die individuelle **Entscheidungsfähigkeit** Voraussetzung für die Geschäftsfähigkeit ist und dass die Geschäftsfähigkeit bei Volljährigen vermutet wird. Zusätzlich tritt eine abstrakte Betrachtung bei den Altersstufen für Minderjährige und iZm der gerichtlichen Erwachsenenvertretung (derzeit: Sachwalterschaft) hinzu.

Diese Neuordnung des § 865 ABGB **ändert nichts am grundsätzlichen Verständnis** der Geschäftsfähigkeit. Daher kann auch weiterhin von voller und partieller Geschäftsfähigkeit gesprochen werden (während bei Minderjährigen der Begriff beschränkte Geschäftsfähigkeit verwendet wird).<sup>33</sup> Partiiell geschäftsfähig ist eine volljährige Person dann, wenn sie für bestimmte (idR einfachere) rechtsgeschäftliche Handlungen noch entscheidungsfähig ist und für andere (idR schwierigere) rechtsgeschäftliche Handlungen nicht mehr.

Auch hinter den mit der Reform verbundenen Schlagworten **geschäftsfähig durch Unterstützung**<sup>34</sup> verbirgt sich kein neues Konzept. Die unterstützte Person ist nach den normalen Wertungen des ABGB geschäftsfähig. Das Besondere besteht nur darin, dass sie der Unterstützung durch andere Personen oder Hilfsmittel bedarf, um entscheidungsfähig – und damit geschäftsfähig – zu sein.

### Beispiel

Eine Person, die einen komplizierten Vertrag nicht versteht, kann durch die Übersetzung des Vertrags in einfache Sprache in die Lage versetzt werden, eine eigene, informierte Entscheidung zu treffen. Durch die Unterstützung kann sie im Einzelfall die Bedeutung und die Folgen ihres Handelns iZm dem Vertragsabschluss verstehen, ihren Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten.

Nicht zum Bereich der Geschäftsfähigkeit iSd § 865 ABGB gehören rechtsgeschäftliche Angelegenheiten, bei denen das Gesetz aufgrund des **persönlichkeitsrechtlichen Bezugs** *nur* auf die Entscheidungsfähigkeit (derzeit Einsichts- und Urteilsfähigkeit) abstellt (zB medizinische Behandlungen), sowie rechtsgeschäftliche Angelegenheiten, für die es sonst Sonderbestimmungen gibt und die damit wie die Geschäftsfähigkeit Unterfälle der Handlungsfähigkeit sind (Testierfähigkeit, Ehefähigkeit).

## III. Inhaltliche Änderungen

### A. Vorbemerkung

Mit Blick auf die inhaltlichen Änderungen durch das 2. ErwSchG ist zu unterscheiden: Die Geschäftsfähigkeit **Minderjähriger** (§§ 170 ff, 865 ABGB) bleibt durch die Reform im Wesentlichen unangetastet. Zwar wurde § 865 ABGB neu gegliedert und umformuliert (zu Minderjährigen s Abs 1 und 4), damit sind aber (zu einer Ausnahme s Pkt III.B.) keine inhaltlichen Änderungen verbunden. Insb bleiben die drei bekannten Altersstufen (0–7, 7–14, 14–18) bestehen; auch bei § 170 Abs 3 und § 170 Abs 2 ABGB ergeben sich keine Änderungen.

<sup>33</sup> S nur *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup>, § 865 Rz 4 ff.

<sup>34</sup> S ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 9.



Für **volljährige geschäftsunfähige Personen** bringt die Reform hingegen mehrere – teils durchaus erhebliche – Änderungen, die in der Folge zu behandeln sind (s Pkt III.C.). Zunächst ist aber noch auf eine Änderung einzugehen, die für Minderjährige und Volljährige gleichermaßen Bedeutung hat.

## B. § 865 Abs 2 ABGB – bloß zum Vorteil gemachtes Versprechen

Nach bisheriger Rechtslage kann ein Unter-7-Jähriger oder ein Volljähriger, der völlig geschäftsunfähig ist, ein bloß zu seinem Vorteil gemachtes Versprechen nicht annehmen.<sup>35</sup> So etwa, wenn einem 6-Jährigen ein Geldgeschenk von 100 Euro gemacht werden soll. Das Rechtsgeschäft ist gänzlich nichtig; auch der Geschenkgeber ist in keinem Fall gebunden, die Eltern des Kindes können daher auch nicht nachträglich genehmigen.<sup>36</sup>

Für eine solche Einschränkung gibt es keine sachliche Rechtfertigung, weil kein Schutzbedürfnis für Minderjährige zu sehen ist.<sup>37</sup> Der Reformgesetzgeber ordnet daher an, dass **jede Person** ein bloß zum Vorteil gemachtes Versprechen annehmen kann (§ 865 Abs 2 ABGB). Dies gilt daher auch für Unter-7-Jährige und volljährige geschäftsunfähige Personen.

Voraussetzung ist freilich eine **Annahme**, also eine nach außen tretende rechtsgeschäftliche Erklärung und somit auch ein Mindestmaß an Entscheidungsfähigkeit. Die Voraussetzungen sind bei ausschließlich vorteilhaften Geschäften zwar sehr gering anzusetzen, dennoch wird etwa ein einjähriges Kind ein solches Versprechen nicht annehmen können.

## C. Volljährige

### 1. § 865 Abs 3 ABGB – Genehmigung durch den Vertreter

Bislang wird bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen von geschäftsunfähigen volljährigen Personen mit einem Vertreter unterschieden: Hat die vertretene Person nicht einmal den Vernunftgebrauch eines 7-Jährigen, so sind ihre Erklärungen nichtig und können nicht genehmigt werden. Bei anderen vertretenen Personen führt die Abgabe einer Willensklärung zur schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts. Genehmigt der Vertreter, so wird das Geschäft rückwirkend gültig.<sup>38</sup>

Diese Unterscheidung muss künftig nicht mehr getroffen werden (§ 865 Abs 3 ABGB). Sobald es einen Vertreter für die volljährige Person gibt, sind alle Erklärungen der geschäftsunfähigen (s Pkt III.C.2.) volljährigen Person im Wirkungsbereich des Vertreters **schwebend unwirksam**. Dies bringt sowohl für die vertretene Person als auch für den rechtsgeschäftlichen Verkehr Vorteile: Der Vertreter kann dem Willen der vertretenen Person zum Durchbruch verhelfen. Gleichzeitig besteht keine Gefahr für die vertretene Person, weil der Vertreter es in der Hand hat, die Genehmigung zum Wohl der vertretenen Person zu verweigern. Aber auch für den potenziellen Vertragspartner, der in dieser

Situation auf den gültigen Abschluss des Geschäfts vertraut, bringt die Neuregelung Vorteile. Er hat die Chance, dass der Vertreter das Geschäft genehmigt, während das Geschäft nach geltendem Recht jedenfalls unwirksam – und damit sein Vertrauen enttäuscht – ist.

Aus einem Umkehrschluss zu § 865 Abs 3 ABGB folgt nun ausdrücklich aus dem Gesetz, dass eine Genehmigung nur bei Willenserklärungen in Betracht kommt, die **während der aufrechten Vertretung** abgegeben werden („es sei denn, sie haben für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter“).<sup>39</sup> Eine „nachträgliche“ Genehmigung durch einen erst nach Abgabe der Willenserklärung bestellten Vertreter ist nach wie vor nicht möglich, wie die Mat ausdrücklich betonen.<sup>40</sup>

### 2. § 242 Abs 1 ABGB – Paradigmenwechsel bei der Erwachsenenvertretung

Nach geltendem Recht führt eine **Sachwalterbestellung** zum **konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit** im Wirkungsbereich des Sachwalters: Die vertretene Person kann im Wirkungsbereich des Sachwalters jedenfalls nicht mehr selbständig handeln. Damit wird einer abstrakten Betrachtung der Vorzug gegenüber einer individuellen Sichtweise, die auf die tatsächlichen Fähigkeiten abstellt, gegeben. Dies gilt auch dann, wenn die vertretene Person einen sog „lichten Moment“ hat (zB bei stark schwankenden Krankheitsbildern) oder der Wirkungsbereich des Sachwalters zu weit gefasst ist und die vertretene Person bestimmte (einfache) Rechtsgeschäfte tatsächlich noch selbst abschließen kann.<sup>41</sup> Ein solch „überschießender“ Wirkungsbereich kann insb bei der Bestellung eines Sachwalters für alle Angelegenheiten vorliegen. Derzeit ist in Österreich ungefähr die Hälfte aller Sachwalter für diesen umfassenden Wirkungsbereich bestellt.<sup>42</sup>

Diese Rechtslage gab im Lichte der **UN-Behindertenrechtskonvention** (UN-BRK) Anlass zu **Kritik**. Ihr Art 12 verpflichtet die Staaten, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, behinderten Menschen die Unterstützung zukommen zu lassen, die nötig ist, damit sie ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit ausüben können. Zum Teil wurde die Auffassung vertreten, dass das österreichische Recht in Hinblick auf den konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit angepasst werden muss.<sup>43</sup> Allerdings gibt die UN-BRK auch vor, dass die Staaten Sicherungsmaßnahmen treffen müssen, um einen angemessenen Schutz Betroffener zu garantieren.

<sup>39</sup> Dies entspricht dem geltenden Recht: *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm<sup>3</sup>, § 865 Rz 6; OGH 3. 7. 2007, 5 Ob 34/07x; 22. 3. 2002, 1 Ob 280/01k; 1. 12. 1999, 9 ObA 284/99a; vgl dazu auch die Mat und die darin ausgeführten Überlegungen, warum der Gesetzgeber die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung nicht eingeführt hat: ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 54 f.

<sup>40</sup> Daher ist auch die vereinzelt gebliebene Entscheidung des OGH vom 22. 2. 2012, 3 Ob 4/12b, NZ 2013, 283 (*Hoyer*), in der offenbar entgegen der hRsp von der Zulässigkeit einer solchen „nachträglichen“ Genehmigung ausgegangen wurde, überholt; zu diesem Widerspruch vgl auch *Kolmasch* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm<sup>3</sup>, § 865 Rz 6.

<sup>41</sup> S nur RIS-Justiz RS0125589; OGH 21. 12. 2009, 8 Ob 125/09d, iFamZ 2010/192, 276 (*Parapatits*).

<sup>42</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 3.

<sup>43</sup> Zum Anpassungsbedarf durch die UN-BRK zB *Schauer*, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht, iFamZ 2011, 258; *R. Müller*, Entwicklungsbedarf des Sachwalterrechts aufgrund der UN-Behindertenrechtskonvention, iFamZ 2013, 241.

<sup>35</sup> S nur *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup>, § 865 Rz 4 ff.

<sup>36</sup> *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup>, § 865 Rz 6.

<sup>37</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 54.

<sup>38</sup> S nur *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,03</sup>, § 865 Rz 8 mwN.



Der Reformgesetzgeber musste daher eine Balance zwischen der Selbstbestimmung und den notwendigen Schutzmaßnahmen finden. Als Vorbild diente ihm die **deutsche Regelung** im Betreuungsrecht, nach der es keinen konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit mit Bestellung eines Vertreters mehr gibt. Nur in Ausnahmefällen der besonderen Gefährdung besteht die Möglichkeit des „Einwilligungsvorbehalts“, wodurch die Erklärungen der betreuten Person nur mit Einwilligung des Betreuers gültig sind.<sup>44</sup>

Der Reformgesetzgeber übernimmt beide Gedanken in **§ 242 Abs 1 ABGB**:

1. Die Vertretung durch einen (gewählten, gesetzlichen oder gerichtlichen) Erwachsenenvertreter oder Vorsorgebevollmächtigten führt nicht *per se* zu einem konstitutiven Verlust der Handlungsfähigkeit. Die – vorhandene oder nicht vorhandene – Handlungsfähigkeit bleibt vielmehr unberührt. Das Vorhandensein eines Vertreters allein reicht für den konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit noch nicht aus, soll der Vertreter der vertretenen Person doch in erster Linie nur zur Teilhabe am Rechtsverkehr verhelfen. Ob die vertretene Person selbst eine gültige Willenserklärung abgeben kann, wird daher in Zukunft auch bei Vorhandensein eines Erwachsenenvertreters<sup>45</sup> grundsätzlich im Einzelfall geprüft. Insofern ist die Situation mit der einer Person vor einer Sachwalterbestellung nach geltendem Recht ident.<sup>46</sup> Auch hier muss geprüft werden, ob sich die vorhandene Beeinträchtigung im Einzelfall ausgewirkt hat oder nicht.
2. Tritt aber ein besonderes Gefährdungsmoment hinzu, kann eine Rechtfertigung dafür vorliegen, dass der vertretenen Person (zu ihrem Schutz!) auch die Geschäftsfähigkeit konstitutiv entzogen wird. Dem Pflschaftsgericht soll daher im Fall der gerichtlichen Erwachsenenvertretung die Möglichkeit eingeräumt werden, ausnahmsweise anzuordnen, dass die Wirksamkeit von bestimmten rechtsgeschäftlichen Handlungen der betroffenen Person die Genehmigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters voraussetzt (**Genehmigungsvorbehalt**; s dazu Pkt III.C.3.). Darüber hinaus soll es bei der gewählten Erwachsenenvertretung möglich sein, dass die vertretene Person ihr eigenes rechtsgeschäftliches Verhalten von der Genehmigung des Erwachsenenvertreters abhängig macht. Ansonsten kommt es bei volljährigen Personen ausschließlich darauf an, ob sie im Rechtsverkehr die erforderliche Geschäftsfähigkeit aufweisen oder nicht.

Welche Auswirkungen hat die neue Rechtslage in der Praxis?

Ist die vertretene Person **selbst entscheidungsfähig**, dann ist das Geschäft auch im Wirkungsbereich des Erwach-

senenvertreters gültig. Dies ist ein Ausdruck der Selbstbestimmung und bringt auch keine Schutzdefizite, weil die Person weiß, was sie tut und daher im Lichte der Selbstverantwortung an ihr Handeln gebunden werden kann. Sie wird wie eine Person ohne Erwachsenenvertreter behandelt. Ist die vertretene Person **nicht entscheidungsfähig**, ist das Geschäft unwirksam. Im Wirkungsbereich des Erwachsenenvertreters hat dieser die Möglichkeit, das Geschäft nachträglich zu genehmigen. Dabei muss sich der Vertreter insb von den Wünschen der vertretenen Person leiten lassen, um ihrem Selbstbestimmungsrecht möglichst gerecht zu werden (vgl § 241 ABGB).

Wird das Geschäft genehmigt, dann ist einerseits dem Willen der vertretenen Person zum Durchbruch verholfen, und andererseits wurde die „Sinnhaftigkeit“ des Geschäfts durch den Vertreter noch einmal überprüft. Genehmigt der Vertreter das Geschäft nicht und beruft sich der Vertreter oder die vertretene Person auf die Ungültigkeit, so wird zunächst der Geschäftspartner darüber zu informieren sein. Akzeptiert er die Berufung auf die Entscheidungsunfähigkeit der vertretenen Person nicht, hat die vertretene Person den gerichtlichen Weg zu beschreiten.<sup>47</sup>

Die **Beweislast**, für den Abschluss des Rechtsgeschäftes nicht entscheidungsfähig gewesen zu sein, liegt dabei bei der vertretenen Person.<sup>48</sup> Freilich wird dieser Beweis oft gelingen, weil zu den verschiedenen Formen der Erwachsenenvertretung jeweils Nachweise der Entscheidungsunfähigkeit gefordert werden, weshalb objektiv nachvollziehbare Informationen vorliegen. Wiederholte aufwendige Gerichtsprozesse, die mit Diskussionen über die Entscheidungsfähigkeit verbunden sind, könnten freilich für die Anordnung einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung mit Genehmigungsvorbehalt sprechen.

### 3. § 242 Abs 2 ABGB – Genehmigungsvorbehalt

#### a. Ausnahmsweise abstrakte Beschränkung

§ 242 Abs 2 ABGB sieht vor, dass das Gericht im Wirkungsbereich der gerichtlichen Erwachsenenvertretung einen Genehmigungsvorbehalt anzuordnen hat, soweit dies zur Abwendung einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für die vertretene Person erforderlich ist. Damit bedürfen die rechtsgeschäftlichen Handlungen der vertretenen Person zur Wirksamkeit der Genehmigung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters (und in bestimmten Fällen auch des Gerichts). Die vertretene Person wird dadurch materiell so behandelt wie bisher bei aufrechter Sachwalterbestellung (abstrakte Beschränkung). Selbst wenn die vertretene Person im Einzelfall entscheidungsfähig ist, ist ihre Erklärung schwebend unwirksam und muss genehmigt werden.<sup>49</sup>

Der Genehmigungsvorbehalt ist – wie oben erwähnt – dem deutschen Einwilligungsvorbehalt nachempfunden und soll nach dem Willen des Gesetzgebers die **ultima ratio** darstellen. In Deutschland wird der Einwilligungsvorbehalt etwa nur in ca 5 % bis 10 % der Betreuungsfälle angeord-

<sup>44</sup> § 1903 BGB: Soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die betreute Person oder ihr Vermögen erforderlich ist, hat das Betreuungsgericht einen sog „Einwilligungsvorbehalt“ anzuordnen.

<sup>45</sup> Schon bislang führte die Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten oder einen nächsten Angehörigen (nunmehr: gesetzliche Erwachsenenvertretung) nicht zu einem konstitutiven Verlust der Geschäftsfähigkeit, vielmehr war die Vertretungsmacht davon abhängig, ob die vertretene Person tatsächlich nicht mehr selbst handeln konnte, also tatsächlich geschäftsunfähig war. Dies führt nach geltendem Recht zu einer gewissen Unsicherheit, weil der Umfang der Vertretungsmacht je nach konkretem Zustand der vertretenen Person von Tag zu Tag anders sein konnte. Diese Unsicherheit wird mit der neuen konstitutiven Eintragung in das ÖZVV beseitigt.

<sup>46</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 20 f.

<sup>47</sup> Freilich ist iZm Verbrauchergeschäften auf die Möglichkeit von Schlichtungsstellen im Vorfeld hinzuweisen, s Scheuer, Neuerungen in der Verbraucherschlichtung durch das Alternative-Streitbeilegung-Gesetz (ASStG) BGBl I 2015/105, ZVR 2016/64; Infos unter [www.verbraucherschlichtung.at](http://www.verbraucherschlichtung.at).

<sup>48</sup> So zur geltenden Rechtslage RIS-Justiz RS0014645; OGH 22. 2. 2011, 8 Ob 146/10v; 11. 11. 2010, 3 Ob 201/10w.

<sup>49</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.



net.<sup>50</sup> Die strengen Anforderungen stellen sicher, dass den Voraussetzungen der UN-BRK (Selbstbestimmung) Genüge getan wird.<sup>51</sup> Besteht überhaupt keine Gefahr der Selbstschädigung, dann ist eine bloß vorsorgliche abstrakte Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im Lichte der Konvention überschießend und daher unzulässig.

#### b. Nur bei gerichtlicher Erwachsenenvertretung

Der Genehmigungsvorbehalt kann vom Gericht nur bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung angeordnet werden, **nicht** dagegen bei **gewählter** oder **gesetzlicher** Erwachsenenvertretung sowie bei der **Vorsorgevollmacht**.

Hinter dieser Differenzierung steht die Überlegung, dass bei den anderen Vertretungsformen ein jederzeitiger **Widerruf** oder ein **Widerspruch** der vertretenen Person möglich ist (§ 246 Abs 1 Z 3, 4 und 5 ABGB). Für die Beachtlichkeit dieser Äußerung reicht der natürliche Wille der vertretenen Person (§ 246 Abs 1 vorletzter und letzter Satz ABGB). Vor diesem Hintergrund ist ein Genehmigungsvorbehalt, der ja vor allem bei Meinungsverschiedenheiten relevant wird, kaum zweckmäßig, könnte der Vertretene doch das Vertretungsverhältnis jederzeit auflösen.<sup>52</sup> In diesen Konstellationen wird der Wechsel in die gerichtliche Erwachsenenvertretung daher wohl praktisch unvermeidbar sein.

Eine Ausnahme besteht nur bei der Form der gewählten Erwachsenenvertretung, bei der eine **Berücksichtigung des Willens der vertretenen Person** ausdrücklich vereinbart wird (Vereinbarung der Co-Decision; § 265 Abs 2 ABGB). Die vertretene Person kann hier auch vereinbaren, dass ihre eigene Erklärung nur mit Genehmigung des gewählten Erwachsenenvertreters rechtswirksam ist. Durch diese – ausnahmsweise mögliche<sup>53</sup> – Selbstbeschränkung kann sich die vertretene Person einen Genehmigungsvorbehalt gleichsam selbst wählen.<sup>54</sup>

Wird ein Genehmigungsvorbehalt vom Gericht angeordnet, so bleibt dieser – um Schutzlücken zu vermeiden – auch dann bestehen, wenn die gerichtliche Erwachsenenvertretung auf eine andere Person übertragen wird. Freilich ist der Genehmigungsvorbehalt vom Gericht wieder aufzuheben, sobald er nicht mehr erforderlich ist (§ 243 Abs 2 letzter Satz ABGB).

#### c. Rechtsgeschäftliche Handlungen oder Verwaltungsverfahren

Der Genehmigungsvorbehalt kann sich einerseits auf die Wirksamkeit „bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen“ im Wirkungsbereich des gerichtlichen Erwachsenenvertreters beziehen. Der Umfang des Genehmigungsbereichs muss bestimmt bezeichnet werden. Grundsätzlich spricht aber nichts dagegen, dass der Genehmigungsvorbehalt im

**gesamten Wirkungsbereich** des Vertreters angeordnet wird, vorausgesetzt, dass die Gefährdungslage im gesamten Wirkungsbereich besteht.

Gegenstand des Genehmigungsvorbehalts können jedoch nur solche rechtsgeschäftliche Handlungen sein, die die Geschäftsfähigkeit voraussetzen. Der Genehmigungsvorbehalt kann – wie bisher die Sachwalterbestellung – also nur die Geschäftsfähigkeit konstitutiv beschränken. **Keine Auswirkung** hat der Genehmigungsvorbehalt daher in Bereichen, in denen allein auf die Entscheidungsfähigkeit (früher Einsichts- und Urteilsfähigkeit) abgestellt wird.<sup>55</sup> Das bedeutet, dass zB nie ein Genehmigungsvorbehalt für die Zustimmung zu medizinischen Behandlungen angeordnet werden kann. Die Rechtslage entspricht geltendem Recht, ist doch der Sachwalter auch heute in diesen Bereichen nicht vertretungsbefugt, wenn die vertretene Person noch ausreichend einsichts- und urteilsfähig ist.

Andererseits kann sich der Genehmigungsvorbehalt auch auf Verfahrenshandlungen vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten beziehen. Für diese Verfahrenshandlungen gilt nämlich die besondere Regelung des § 1 ZPO nF nicht. Daher wäre – ohne die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts – die vertretene Person im Verwaltungsverfahren trotz Bestellung eines Erwachsenenvertreters grundsätzlich abstrakt verfahrensfähig.<sup>56</sup>

#### d. Ernstliche und erhebliche Gefahr

Ein Genehmigungsvorbehalt ist vom Gericht bei einer bestehenden Gefährdungssituation anzuordnen. Die Anordnung kann bereits im Beschluss über die Bestellung des gerichtlichen Erwachsenenvertreters getroffen werden.<sup>57</sup> Die Gefahr muss ernstlich und erheblich sein.<sup>58</sup>

Das bedeutet nach den Mat, dass es eindeutige Anhaltspunkte für das Bestehen einer Gefahr geben muss (ernstlich) und die drohende Gefahr erheblich sein muss. Es kann sich dabei zwar sowohl um eine Gefährdung der körperlichen Integrität handeln als auch eine Gefährdung des Vermögens. Da der Genehmigungsvorbehalt geeignet sein muss, die Gefahr zu beseitigen, werden aber wohl iaR drohende **Vermögensnachteile** umfasst sein. Freilich geht es immer nur um Vermögensnachteile der vertretenen Person. Der Schutz von Dritten kann – wie auch für die Bestellung eines Sachwalters (gerichtlichen Erwachsenenvertreters)<sup>59</sup> – niemals die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts rechtfertigen.<sup>60</sup>

Worin kann der Vermögensnachteil, der einen Genehmigungsvorbehalt rechtfertigt, nun in der Praxis bestehen? Es wird vor allem darum gehen, dass die Gefahr droht, dass die vertretene Person nachteilige Geschäfte abschließt und diese nicht oder nur in **aufwendigen Gerichtsverfahren** rückabgewickelt werden können (zB bei stark schwankenden Zuständen des Betroffenen).<sup>61</sup> Die Argumentation, dass

<sup>50</sup> Im Jahr 2013 gab es bei einer Gesamtzahl von ca 1,3 Mio Betreuten nur 13.278 Entscheidungen über die Anordnung, Erweiterung oder Verlängerung des Einwilligungsvorbehalts; s *Deinert*, *Betreuungszahlen 2013*, *BtPrax* 2014, 256 (257); *G. Müller in Bamberger/Roth*, *BGB*<sup>92</sup>, § 1903 Rz 1.

<sup>51</sup> Zur deutschen Rechtslage *Schmahl*, *Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz*, in *Coester-Waltjen/Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg), *Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes* (2013) 27.

<sup>52</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.

<sup>53</sup> Im allgemeinen Stellvertretungsrecht ist dies nicht möglich: *Perner in Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.02</sup>, § 1006 Rz 3; *Schauer*, *Verwalterbestellung und konkurrierendes Verwaltungshandeln von Miteigentümern*, wobl 1999, 384 (390).

<sup>54</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 39.

<sup>55</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

<sup>56</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

<sup>57</sup> § 123 AufStRG nF. Zur Anordnung oder Aufhebung eines Genehmigungsvorbehalts außerhalb eines Bestellungsverfahrens s § 129 AufStRG nF.

<sup>58</sup> Das Gesetz verwendet hier die Terminologie des § 4 Z 1 HeimAufG und § 3 Z 1 UbG.

<sup>59</sup> S nur OGH 30. 5. 2006, 3 Ob 43/06d; 2. 4. 2016, 5 Ob 204/15h, iFamZ 2016/149, 222 (*Parapatits*).

<sup>60</sup> Vgl ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.

<sup>61</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 21.



die vertretene Person ohnehin keinen Nachteil erleiden könne, weil sie geschäftsunfähig war und die abgeschlossenen Geschäfte daher schwebend unwirksam sind, ist unzulässig. Dabei würden nämlich das Prozessrisiko, die (auch nur vorläufige) Tragung von Prozesskosten und sonstige Beschwerlichkeiten übersehen, die eine Prozessführung für die vertretene Person mit sich bringen kann. In Zukunft muss das Gericht – außerhalb des Genehmigungsvorbehalts – die Geschäftsfähigkeit im Einzelfall nach den individuellen Fähigkeiten und dem konkreten Geschäft beurteilen. Insofern stellen sich dieselben Fragen wie nach geltender Rechtslage zu Geschäften, die vor Sachwalterbestellung abgeschlossen wurden.

Voraussetzung ist aber, dass **konkrete Anhaltspunkte** für eine Gefährdung vorliegen. Ist die vertretene Person zB gar nicht mobil oder gibt überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen ab, so steht eine Selbstschädigung nicht im Raum. Auch die Tatsache, dass eine vertretene Person über Vermögen, zB auch Liegenschaften, verfügt, ist für sich genommen noch nicht ausreichend für die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts. Bestellt die vertretene Person aber etwa laufend Waren im Internet, die sie nicht benötigt und die ihre Vermögenssituation übersteigen, dann könnte eine solche Gefährdung sehr wohl bestehen.

Schließlich muss die drohende Gefahr **erheblich** sein. Während die Erheblichkeit für die Gefährdung bei § 241 ABGB (Berücksichtigung der Wünsche der betroffenen Person bei Entscheidungen des Vertreters) auf das einzelne Geschäft abstellt, kommt es beim Genehmigungsvorbehalt auf die in der Zukunft insgesamt drohende Gefahr an. Damit wird das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das schon im geltenden Recht bei der Sachwalterbestellung eine große Rolle spielt,<sup>62</sup> noch stärker im ABGB verankert. Schon bisher war immer zu prüfen, ob Art, Umfang und/oder Schwere des in Betracht kommenden Nachteils die Bestellung eines Sachwalters rechtfertigen. Nicht jeder drohende (Prozess-)Aufwand reicht schon für die Annahme eines relevanten Nachteils, dem durch eine Sachwalterbestellung begegnet werden soll, aus. Konsequenterweise wird nach der Reform auch nicht jeder Nachteil für die Anordnung eines Genehmigungsvorbehalts ausreichen.

#### 4. § 242 Abs 3 ABGB – Alltagsgeschäfte

##### a. *Derzeitige Rechtslage: §§ 170 Abs 3 und 280 Abs 2 ABGB idGF*

Nach geltendem Recht (§ 280 Abs 2 ABGB idGF) kann eine unter Sachwalterschaft stehende Person im Rahmen des Wirkungskreises des Sachwalters **geringfügige Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens** selbst – also ohne Genehmigung des Sachwalters – abschließen (obwohl die Geschäftsfähigkeit im Wirkungskreis des Sachwalters konstitutiv beschränkt ist). Ausnahmsweise wird für die Beurteilung der Wirksamkeit auch nicht auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Person abgestellt, auf die individuellen Fähigkeiten der Person kommt es nämlich nicht an.<sup>63</sup> Entscheidend ist nur, dass

die Person nach außen ihren Willen kundtut und ihre Pflichten erfüllt hat.

Für Personen ohne Sachwalter gilt nach § 865 ABGB derzeit der an sich auf Minderjährige zugeschnittene § 170 Abs 3 ABGB, der eine inhaltsgleiche Regelung enthält („Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahre, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind – außer in den Fällen des § 170 Abs 3 – unfähig, ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen.“).<sup>64</sup> Bei sinngemäßer Anwendung auf Volljährige ist naturgemäß auf das Kriterium der „Altersüblichkeit“ des § 170 Abs 3 ABGB zu verzichten.

##### b. § 242 Abs 3 ABGB

Ratio der derzeit geltenden Regelung ist, dass die unter Sachwalterschaft stehende Person nicht für jede alltägliche Rechtshandlung, wie den Einkauf von Lebensmitteln oder einen Kinobesuch, die Zustimmung des Sachwalters brauchen soll. Durch die Neuregelung wird der **Anwendungsbereich** für die Alltagsgeschäftsfähigkeit in mehrfacher Hinsicht **ausgedehnt**.<sup>65</sup>

Zunächst sind davon nunmehr alle volljährigen, entscheidungsunfähigen Personen umfasst. Es kommt nicht mehr darauf an, dass die Person bereits einen Sachwalter (nunmehr: gerichtlichen Erwachsenenvertreter) hat. Daher ist § 242 Abs 3 ABGB nunmehr die einzige relevante Norm für volljährige entscheidungsunfähige Personen und ersetzt sowohl § 170 Abs 3 als auch § 280 Abs 2 ABGB idGF. § 865 Abs 3 ABGB verweist konsequent auf § 242 Abs 3 ABGB.

Von Bedeutung sind aber vor allem die inhaltlichen Ausweitungen der Reform: Von der Neuregelung sollen künftig alle Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens umfasst sein, die den Lebensverhältnissen der volljährigen Person entsprechen. Sie soll dadurch in die Lage versetzt werden, den **Alltag** – so weit wie möglich – alleine zu **meistern**. Dies ist als Ausprägung des mit der Reform verstärkten Grundsatzes der möglichst weiten Selbstbestimmung zu sehen. Damit in engem Zusammenhang steht § 258 Abs 2 ABGB, wonach der Erwachsenenvertreter dafür zu sorgen hat, dass die vertretene Person die für die Bewältigung des Alltags notwendigen finanziellen Mittel hat (Überlassung von Bargeld, Zugriff auf Konto).<sup>66</sup> Gewünscht ist, dass der Erwachsenenvertreter der vertretenen Person ihre Alltagsgeschäfte so weit wie möglich zur selbständigen Verantwortung überlässt. Hier wird es darauf ankommen, wie sich die vertretene Person konkret verhält. Da der Gesetzgeber die Selbstbestimmung stärken möchte, hat der Erwachsenenvertreter die Verpflichtung, auszuprobieren, wie weit die vertretene Person den Alltag selbst meistern kann. Ausgenommen sind Fälle, in denen dies offensichtlich nicht funktionieren kann. Umgekehrt kann dem Erwachsenenvertreter konsequenterweise kein Vorwurf gemacht werden, wenn dieser Versuch scheitert. Freilich wird der Erwachsenenvertreter in diesem Fall unverzüglich zu reagieren haben.

<sup>62</sup> OGH 2. 4. 2016, 5 Ob 204/15h, iFamZ 2016/149, 222 (Parapatits); 16. 7. 1998, 6 Ob 195/98i; vgl auch LG Salzburg 19. 12. 2001, 21 R 335/01p, EFSlg 96.794.

<sup>63</sup> Die Person muss den „Gebrauch der Vernunft“ also nicht haben; s § 865 ABGB idGF; so auch Barth/Ganner in Barth/Ganner (Hrsg), Handbuch des Sachwalterrechts<sup>2</sup> (2010) 109; Stabentheiner in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup>, § 280 Rz 6.

<sup>64</sup> Vgl dazu Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,03</sup>, § 865 Rz 2.

<sup>65</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

<sup>66</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 23.



Worin bestehen die Erweiterungen nun konkret? Der Gesetzgeber streicht das bisherige Kriterium der Geringfügigkeit und weitet den Begriff des Alltagsgeschäfts aus. Er hat sich bei dieser Ausweitung an der bisherigen Formulierung und damit am **bisherigen Umfang der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger** orientiert (§ 284b ABGB idGF). Diese lehnt sich wiederum an die Schlüsselgewalt des Ehegatten an (§ 96 ABGB),<sup>67</sup> wobei sie aber über diese hinausgeht, weil sich die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger nicht auf Alltagsgeschäfte für den gemeinsamen Haushalt beschränkt.

Daher kann auf den Meinungsstand zu diesen Bestimmungen zurückgegriffen werden. Nach den **Mat** sollen Rechtsgeschäfte umfasst sein, „die der Alltag gewöhnlich mit sich bringt“.<sup>68</sup> Umfasst ist, was zur Haushaltsführung gehört: Reparatur von Haushaltsgeräten (zB einer Waschmaschine), Kauf von kleineren Einrichtungsgegenständen oder Heizöl, Montage einer Wohnraumtüre.<sup>69</sup> Daneben sind auch Rechtsgeschäfte betroffen, die die Grundbedürfnisse der Person decken, wie der Kauf von Lebensmitteln und persönlicher Kleidungsstücke. Auch die alltägliche Freizeitgestaltung, also etwa ein Kinobesuch oder die Buchung eines Urlaubs, werden erfasst.<sup>70</sup>

Der Begriff der Alltagsgeschäfte ist damit weiter als im Anwendungsbereich des § 170 Abs 3 ABGB, wo es darauf ankommt, dass sich ein alterstypisches Geschäft regelmäßig, also „alltäglich“ wiederholt bzw wiederholen kann, wie der Kauf einer Wurstsemmel oder eines Schokoladenriegels.<sup>71</sup> Bei den Alltagsgeschäften des (§ 284b ABGB idGF und des) § 242 Abs 3 ABGB ist die Ratio eine andere. Der Alltag soll – wie auch bei der Schlüsselgewalt, dort allerdings auf die Haushaltsführung beschränkt – an sich damit abgedeckt werden. Daher sind auch Rechtsgeschäfte umfasst, die nur ab und zu getätigt werden, aber dennoch gewöhnlich zum Alltag gehören (zB Kauf eines Staubsaugers oder eines elektrischen Rasierapparats).

**Nicht umfasst** sind jedoch „ungewöhnliche“ Geschäfte, zB der Kauf eines Autos. Diese Rechtsgeschäfte kennzeichnet nämlich nicht nur die Tatsache, dass sie nicht regelmäßig oder häufig getätigt werden, sondern auch, dass es um größere Geldsummen geht und um Entscheidungen, für die grundlegendere Überlegungen notwendig sind. Ob ein Rechtsgeschäft unter den Begriff der Alltagsgeschäfte in diesem Sinne gehört, ist auch für den Vertragspartner erkennbar.

Die Frage, ob das konkrete Geschäft sinnvoll oder üblich ist, ist bei der Qualifikation als Alltagsgeschäft wohl nicht entscheidend. Nimmt die vertretene Person daher etwa täglich mehrfach ein Taxi von A nach B oder kauft sie dreimal dieselbe Zeitung, so liegen jeweils Alltagsgeschäfte vor. Handelt es sich um kostspielige Geschäfte, die das Wohl der

vertretenen Person gefährden, so sind jedoch in der Folge zwei Konsequenzen denkbar:

- Erstens könnten die Geschäft nicht den Lebensverhältnissen der volljährigen Person entsprechen (s dazu gleich) und daher schwebend unwirksam sein.
- Zweitens wird der Erwachsenenvertreter, wenn er davon erfährt, die notwendigen Verfügungen hinsichtlich der finanziellen Mittel treffen müssen, die der volljährigen Person zur eigenen freien Verfügung stehen (vgl § 258 ABGB).

Die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts hängt neben der Qualifizierung als Alltagsgeschäft weiters davon ab, ob es den Lebensverhältnissen der volljährigen Person entspricht (Pkt III.C.4.c.) und ob die volljährige Person ihre Pflichten vollständig erfüllt (Pkt III.C.4.d.). Außerdem hat das Gericht nach § 242 Abs 3 ABGB auch die Möglichkeit, einen Genehmigungsvorbehalt anzuordnen, der die Alltagsgeschäfte umfasst.<sup>72</sup> Ist ein Genehmigungsvorbehalt auch für diesen Bereich angeordnet, so bedarf es zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts – unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – jedenfalls der Genehmigung des Vertreters.

#### c. Lebensverhältnisse der volljährigen Person

Das Rechtsgeschäft muss den Lebensverhältnissen der volljährigen Person entsprechen, um wirksam zu sein. Die **Mat** zur Angehörigenvertretung sprechen davon, dass die Kosten das Monatseinkommen des Betroffenen nicht zu sehr belasten dürfen.<sup>73</sup> Diese Aussage kann grundsätzlich auch für die Neuregelung herangezogen werden. Gemeint ist also, dass das **Einkommen des Betroffenen** den Maßstab bildet. Dabei ist zu beachten, dass die Grundbedürfnisse (Wohnen, Essen, angemessene Kleidung) im Regelfall vorrangig Deckung finden müssen. Bei einem bescheidenen Monatseinkommen wird etwa der Kauf einer Luxushandtasche oder einer teuren Uhr nicht den Lebensverhältnissen entsprechen. Ob ein Rechtsgeschäft den Lebensverhältnissen entspricht, ist objektiv zu beurteilen, weil es hier um den Schutz des Entscheidungsunfähigen geht. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Geschäftspartner erkennen kann, dass die volljährige Person „über ihre Verhältnisse lebt“.

#### d. Vollständige Erfüllung

Letztlich hängt die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts davon ab, dass die volljährige Person ihre Pflichten vollständig erfüllt. Es entsteht also **keine Erfüllungsverpflichtung** der volljährigen Person, erst mit der vollständigen Erfüllung wird das Geschäft rückwirkend wirksam. Es sollen damit nur solche Rechtsgeschäfte gültig sein, bei denen die Leistung überhaupt vollständig erbracht werden kann, die sich der Betroffene also „tatsächlich leisten kann“, weshalb man davon ausgehen wird müssen, dass der Betroffene über das Geld Verfügungsberechtigt sein muss. Erwirbt der Geschäftsunfähige

<sup>67</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

<sup>68</sup> ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 23 zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger und ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22 zum 2. ErwSchG.

<sup>69</sup> Dazu RV 1420 BlgNR 22. GP 23 unter Berufung auf *Stabentheiner in Rummel, ABGB*<sup>3</sup>, § 96 Rz 3.

<sup>70</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

<sup>71</sup> *Hopf in KBB, ABGB*<sup>4</sup>, § 170 Rz 5.

<sup>72</sup> Dies als Reaktion auf Kritik im Begutachtungsverfahren. Der ursprüngliche Ministerialentwurf sah diese Möglichkeit noch nicht vor; s ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 23.

<sup>73</sup> ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 23.



Waren mit gestohlenem Geld, kommt das Rechtsgeschäft daher (unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Kriterien) nicht zustande.

Die vollständige Erfüllung wird bei Zielschuldverhältnissen meist unproblematisch vorzunehmen (und zu beurteilen) sein. Bei Dauerschuldverhältnissen ist eine solche oft nicht möglich, weil im Vorhinein vielfach nicht feststeht, wie lange das Rechtsverhältnis bestehen wird und welche Leistungen die volljährige Person erbringen muss.

### Beispiele

Ein unbefristeter Mobilfunkvertrag fällt daher ebenso wie die unbefristete Mitgliedschaft in einem Fitnesscenter nicht darunter. Anders ist die Lage aber bei einem Prepaid-Mobilfunkvertrag oder dann, wenn zB eine Mitgliedschaft für einen bestimmten Zeitraum eingegangen wird und der Umfang der Verpflichtung der volljährigen Person dadurch feststeht. Zahlt die volljährige Person im Vorhinein, so wird der Vertrag dadurch gültig. Bei einer Ratenzahlung wird der Vertrag erst mit Zahlung der letzten Rate wirksam.<sup>74</sup>

## IV. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber hat mit dem 2. ErwSchG neben der Erwachsenenvertretung auch das Recht der Handlungsfähigkeit reformiert. Dabei orientiert er sich am **bisherigen System des ABGB**: Sowohl die typisierte Geschäftsunfähigkeit

nach Altersgruppen als auch die individualisierende Beurteilung bei unvertretenen Erwachsenen werden im Grundsatz beibehalten.

Der Gesetzgeber hat allerdings die Gelegenheit ergriffen, um das ABGB **terminologisch zu modernisieren**. Darüber hinaus finden sich zahlreiche inhaltliche Neuerungen, die zu erheblichen Änderungen im Recht der Geschäftsfähigkeit führen werden. Die beiden wichtigsten betreffen die **Geschäftsfähigkeit volljähriger Personen**:

1. § 242 Abs 3 ABGB erweitert die Geschäftsfähigkeit entscheidungsunfähiger Volljähriger bei **Alltagsgeschäften**. Anders als nach der bisherigen Rechtslage kommt es insb nicht mehr auf die Geringfügigkeit des Geschäfts an, sondern darauf, ob das Rechtsgeschäft den Lebensverhältnissen der volljährigen Person entspricht.
2. Die Bestellung eines Sachwalters nimmt dem Betroffenen in seinem Wirkungskreis nach geltendem Recht automatisch die Geschäftsfähigkeit. § 242 Abs 1 ABGB bringt einen Paradigmenwechsel: Die Bestellung des Erwachsenenvertreters bewirkt künftig **keine konstitutive Beschränkung** der Geschäftsfähigkeit. Vielmehr kommt es auch nach Bestellung eines Erwachsenenvertreters auf die Entscheidungsfähigkeit im Einzelfall an. Nur ausnahmsweise kann das Gericht (bei der gerichtlichen Erwachsenenvertretung) die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen durch einen Genehmigungsvorbehalt konstitutiv beschränken (§ 242 Abs 2 ABGB).

<sup>74</sup> Vgl auch ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 22.

	„ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen“	Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens	Sonstige Rechtsgeschäfte
<b>Unter 7 Jahren</b>	Ja (NEU)	Ja	Nichtig
<b>7–14 Jahre</b>	Ja	Ja	Schwebend unwirksam
<b>14–18 Jahre</b>	Ja	Ja	§ 170 Abs 2 und § 171 ABGB, sonst schwebend unwirksam
<b>Geschäftsunfähiger ohne Vertreter/außerhalb des Wirkungsbereichs des Vertreters</b>	Ja (NEU)	Ja (teilweise NEU: Erweiterung)	Nichtig
<b>Vertretener im Wirkungsbereich des Vertreters</b>	Ja	Ja (teilweise NEU: Erweiterung)	Schwebend unwirksam, wenn für das konkrete Geschäft <b>geschäftsunfähig</b> (NEU: auch wenn nur Fähigkeiten eines Kindes unter 7 Jahren); wirksam, wenn für das konkrete Geschäft <b>geschäftsfähig</b> (NEU)
<b>Vertretener im Wirkungsbereich des Vertreters, wenn Genehmigungsvorbehalt (NEU)</b>	Ja	Ja (außer der Genehmigungsvorbehalt ist explizit auch für diese Geschäfte angeordnet)	Schwebend unwirksam, unabhängig von der konkret vorhandenen Geschäftsfähigkeit

Tab: Übersicht zur Neuregelung der Geschäftsfähigkeit