

# Teil 1: Allgemeiner Teil

## 1. Kapitel Einleitung

„Der Bruder steht aber unter Kuratel!“ Solche oder ähnliche Sätze hört man auch heute noch, wenn auch zugegeben immer seltener. Der Grund dafür liegt darin, dass das Recht der Kuratoren und das vormalige Sachwalterrecht, heute Erwachsenenschutzrecht, über viele Jahrzehnte hindurch miteinander untrennbar verbunden waren, eben unter dem Überbegriff „Kuratel“. Über weite Strecken sprechen wir von der Stammfassung des ABGB, wenn sich freilich auch die Begrifflichkeiten im Laufe der Zeit änderten. So stand gegebenenfalls eine natürliche Person genauso „unter Kuratel“ wie für einen Abwesenden ein Kurator zu bestellen war. Die Rechtsgrundlagen fußten auf denselben Grundgedanken: Die Person ist nicht in der Lage, ihre Angelegenheiten selbst zu erledigen und benötigt dazu einen Vertreter. Die Dynamik beider Rechtsgebiete war über viele Jahrzehnte hindurch auch durchaus überschaubar. Erst in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts zeigte sich, zurückgehend auf gesellschaftliche Veränderungen, dass mit den vorhandenen Mitteln zu den Kuratoren bei natürlichen Personen, die sich als nicht geschäftsfähig erwiesen, nicht das Auslangen gefunden werden konnte. So wurde mit dem SachwG 1983<sup>1</sup> die Sachwalterschaft geschaffen. Das Sachwalterrecht bestand ab diesem Zeitpunkt parallel zum Recht der Kuratoren, der erste Schritt der Trennung dieser Rechtsinstrumente war getan<sup>2</sup>. In der Bevölkerung halten sich aber so manche juristischen Wendungen länger, und so wurde die Begrifflichkeit der Kuratel auch noch Jahrzehnte später für Personen „unter Sachwalterschaft“ verwendet.

Das gesetzliche Umfeld für diese beiden Rechtsgebiete war vorerst wohlweislich dasselbe. So waren ab Inkrafttreten des SachwG 1983 Sachwalterschaft und Kuratel, und darüber hinaus nicht nur diese, sondern zusätzlich noch die Obsorge unverändert in einem gemeinsamen (dem damals vierten) Hauptstück geregelt; auch inhaltlich bestand eine Vielzahl von Parallelen. Erst deutlich später hat das SWRÄG 2006<sup>3</sup> die – bereits mit dem KindRÄG 2001 begonnene – Abkoppelung des Sachwalterrechts vom Kindschaftsrecht sowohl in inhaltlicher als auch in formaler Hinsicht vollzogen, und zwar durch die Schaffung eines eigenen (damals fünften, später sechsten)<sup>4</sup> Hauptstücks.<sup>5</sup> Die Kuratel wurde

---

1 BGBl 1983/136.

2 *Mondel*, Die Änderungen im Recht der Kuratoren durch das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, iFamZ 2017, 185 und in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erwachsenenschutzrecht (2018) Rz 15.1.

3 BGBl I 2006/92.

4 Die Nachreichung um eine Ziffer erfolgte durch das KindNamRÄG 2013.

5 Vgl die ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 6. Weiters *Schauer*, Schwerpunkte des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes (SWRÄG 2006), ÖJZ 2007, 175; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Vor §§ 268 ff Rz 1 und nunmehr *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> Vor § 277 Rz 1.

im Hauptstück über das Sachwalterrecht belassen. Im Gegensatz zur bis dahin in Geltung stehenden Überschrift des vierten Hauptstücks („Von der Obsorge einer anderen Person, der Sachwalterschaft und der Kuratel“) war in der Überschrift des (fünften, später) sechsten Hauptstücks („Von der Sachwalterschaft, der sonstigen gesetzlichen Vertretung und der Vorsorgevollmacht“) nicht mehr explizit der Terminus „Kurator“ angeführt. Durch den Wortlaut „sonstige gesetzliche Vertretung“ wurde ein Überbegriff für einen weitergehenden Anwendungsbereich geschaffen, welcher in concreto neben der Kuratel auch die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger inkludierte.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber des SWRÄG 2006 hat das Recht der Kuratel damit allerdings nicht eingeschränkt, sondern vielmehr unbeachtet gelassen; dies war exemplarisch für die inhaltliche Vernachlässigung dieses Rechtsgebiets, dazu wird im Rahmen dieses Werkes immer wieder verwiesen werden.

**1.3** Das sechste Hauptstück erster Teil ABGB idF SWRÄG 2006 gliederte sich gem den Mat zum SWRÄG 2006<sup>7</sup> in zwei Teile, und zwar einen allgemeinen Teil und einen besonderen Teil. Demnach enthielt der „allgemeine Teil“

- die Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters oder Kurators (§§ 268 bis 272 aF ABGB),<sup>8</sup>
- die Bestellung und Bestellungshindernisse (§§ 273 f aF ABGB),
- eine (generalklauselartige) Anordnung für die Rechte und Pflichten eines Sachwalters und Kurators (§ 275 aF ABGB), weiters
- Bestimmungen über Entschädigung, Entgelt und Aufwandsatz (§ 276 aF ABGB),
- über die Haftung des Sachwalters und Kurators (§ 277 aF ABGB) sowie
- über die Änderung und Beendigung der Sachwalterschaft und Kuratel (§ 278 aF ABGB).

Daran schlossen im besonderen Teil die „besonderen Vorschriften für die Sachwalterschaft“ an.

Vier Paragraphen widmeten sich dabei den Voraussetzungen zur Bestellung verschiedener Kuratorenarten, und zwar § 269 aF ABGB dem Kurator für Ungeborene, § 270 aF ABGB dem Abwesenheitskurator und dem Kurator für unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft und die §§ 271 f aF ABGB dem Kollisionskurator. Es war unstrittig, dass der allgemeine Teil auf die im ABGB genannten Kuratoren, deren Bestellungs Voraussetzungen sich eben in den §§ 269–272 aF ABGB fanden, anwendbar ist.<sup>9</sup> Hinsichtlich der Kuratoren außerhalb des ABGB war diese Frage offen, wobei gute Gründe für eine analoge Anwendung sprachen.<sup>10</sup>

**1.4** In **verfahrensrechtlicher Hinsicht** wurde die Kuratel noch stiefmütterlicher behandelt. De lege lata existierte und existiert<sup>11</sup> kein die Kuratelen vereinender verfahrensrechtlicher

6 Siehe dazu die ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 9. Ausf Voraufage Rz 1/43.

7 ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 9; im Anschluss an diese 6 Ob 125/10 s EF 126.967 = EF-Z 2011/15 = iFamZ 2011/25 = NZ 2011, 117 (Mondel); Schauer, ÖJZ 2007, 175 (176).

8 Wobei richtigerweise der allgemeine Teil erst ab § 273 aF ABGB begann, weil die §§ 268 bis 272 aF ABGB die einzelnen Bestellungs Voraussetzungen enthielten.

9 Ausf Voraufage Rz 1/46.

10 Voraufage Rz 1/47 bis 1/50. Eine Gegenansicht dazu bestand nicht.

11 Diesbezüglich änderte sich durch das 2. ErwSchG nichts.

Anknüpfungspunkt; lediglich punktuelle Bezugnahmen sind vorhanden. Es muss daher mit den geringen vorhandenen Mitteln das Auslangen gefunden werden. Den einschlägigen Fragestellungen wird insb in Kapitel 3 nachgegangen.

Abseits der formalen Bedeutung eines „allgemeinen Teils“ für die Kuratel bedurfte es va 1.5 auch einer dahingehenden Beurteilung, inwieweit die Bestimmungen für die Kuratel inhaltlich maßgeblich sind. Dazu war festzustellen, dass der gesamte allgemeine Teil in inhaltlicher Hinsicht ausschließlich auf die Sachwalterschaft abstellte. Dies zeigte sich besonders deutlich bei Lektüre der Mat, bei welchen das Wort „Kurator“ jeweils in Klammer gesetzt, jedoch an keiner Stelle auf die Besonderheiten der Kuratel eingegangen wurde.<sup>12</sup> So waren einige Grundsätze, etwa die Zahl der Sachwalterschaften bzw Kuratelen in § 274 aF ABGB oder die Haftungsprinzipien des § 277 aF ABGB, auch brauchbarer Anwendungsmaßstab für die Kuratel, andere nicht. Besonders deutlich zeigte sich die fehlende inhaltliche Eignung bei § 276 aF ABGB (Entschädigung, Entgelt und Aufwandsersatz).<sup>13</sup> Denn die Entschädigung des Sachwalters bzw Kurators war auf zwei einander zu addierende Säulen aufgeteilt, und zwar aus den Einkünften und aus dem Vermögen. Einer Kuratel fehlten (und fehlen) aber solche für die Sachwalterschaft typischen Einkünfte, weshalb das Bilden von zwei Säulen de lege lata unmöglich war. Es wurde hier versucht, zu möglichst sachgerechten Lösungen zu gelangen, allerdings stets mit der ernüchternden Erkenntnis, dass eine exakte und dogmatisch fundierte Lösungsfindung letztlich unmöglich war.<sup>14</sup>

**Der Gesetzgeber des 2. ErwSchG hat all diese Regelungsdefizite im Recht der Kuratoren erkannt, aufgegriffen und schließlich behoben,** und zwar in einer vorbildlichen Art und Weise. Mit Inkrafttreten des 2. ErwSchG ist für das Recht der Kuratel eine neue Ära angebrochen. Die Mat<sup>15</sup> fassen die Grundüberlegungen präzise wie folgt zusammen und sind dabei sinnbildlich für die Neuaufbereitung dieser Materie: 1.6

„Die Kuratel ist im ABGB derzeit gemeinsam mit den Bestimmungen zur Sachwalterschaft, Vorsorgevollmacht und gesetzlichen Angehörigenvertretung unter der Überschrift „Von der Sachwalterschaft, der sonstigen gesetzlichen Vertretung und der Vorsorgevollmacht“ im sechsten Hauptstück geregelt. Schon bisher wurde kritisiert, dass die allgemeinen Bestimmungen dieses Hauptstücks nahezu ausschließlich auf das Sachwalterrecht zugeschnitten sind und eine Anwendung auf das Institut der Kuratel schwierig oder gar nicht möglich ist (dazu ausführlich *Mondel, Die Kuratoren im österreichischen Recht*<sup>2</sup> [2013]). 1.7

12 Wiederholt wurde auf den „Pflegebefohlenen“ (jetzt: „schutzberechtigte Person“) in einem Sinne abgestellt, wie er nur als hilfs- und vertretungsbedürftige Person in der Sachwalterschaft zu verstehen war: Sein „Wohl sei zu beachten“, ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 13 (in Bezug auf § 275 aF ABGB) sowie im Gesetzestext des § 278 Abs 1 aF ABGB, auf die „familiäre Beistandspflicht“ sei zu achten, ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 13 (in Bezug auf § 274 aF ABGB) und „auf die Lebenssituation des Betroffenen“ sei Bedacht zu nehmen, ErläutRV SWRÄG 2006, 1420 BlgNR 22. GP 14 (in Bezug auf § 278 Abs 3 aF ABGB), als einige exemplarische Beispiele.

13 Voraufgabe Rz 1/52.

14 Ausf dazu Voraufgabe Rz 2/64 ff.

15 ErläutRV 2. ErwSchG, 1461 BlgNR 25. GP 46 f.

Durch die umfassende Reform des Sachwalterrechts (nunmehr Erwachsenenvertretungsrechts) wird dieser Befund noch verstärkt. Es empfiehlt sich daher, die Bestimmungen zur Kuratel aus dem sechsten Hauptstück herauszulösen und ein eigenes siebentes Hauptstück mit dem Titel „Von der Kuratel“ zu bilden. Dieses soll die bisherigen im sechsten Hauptstück geregelten Kuratorentypen (§§ 269 bis 272 ABGB) übersichtlicher und klarer regeln. Dabei wird größtenteils auf die bestehenden Regelungen zurückgegriffen, notwendige Anpassungen werden aber vorgenommen und an einigen Stellen werden neue Bestimmungen eingeführt.“

**1.8 Zum formalen Aspekt der Änderungen durch das 2. ErwSchG:** Die Umstrukturierung und Schaffung eines eigenen Hauptstücks für die Kuratel durch das 2. ErwSchG ist sowohl dogmatisch als auch für die Praxis ausschließlich ein Gewinn. Verlierer gibt es hier nicht. Es wurde für das Recht der Kuratoren ein eigener Raum geschaffen, ohne dass es wechselseitiger Rücksichtnahmen der Rechtsinstitute der Erwachsenenvertretung und der Kuratel bedarf. IS der immer loseren Verbindung derselben würden sich gemeinsame Bestimmungen auch immer schwieriger gestalten. **Das Erwachsenenschutzrecht und das Recht der Kuratoren können daher seit Inkrafttreten des 2. ErwSchG getrennte Wege gehen.** Was die innere Strukturierung des 7. Hauptstücks in der heutigen Form betrifft, hat der Gesetzgeber des 2. ErwSchG das Konzept teilweise abgeändert. So **enthält das 7. Hauptstück die Bestellungs Voraussetzungen** für die genannten Kuratorenarten, sowie einen **allgemeinen Teil**, der für alle Kuratoren anwendbar ist. Hinsichtlich der Aufteilung der einzelnen Paragraphen wurde ein neuer Weg beschritten: Die Bestellungs Voraussetzungen aller ABGB-Kuratoren sind heute in einer einzigen Bestimmung, und zwar in § 277 ABGB, zusammengefasst und gegenüber den Vorgängerbestimmungen (und zwar den §§ 269–272 aF ABGB) deutlich gestrafft. Dem allgemeinen Teil wird im Anschluss daran (§§ 278 bis 284 ABGB) breiterer Raum gewidmet.<sup>16</sup>

**1.9 Zum inhaltlichen Aspekt der Änderungen durch das 2. ErwSchG:** Wie die Mat bereits verdeutlichen, war es erklärtes Ziel des Gesetzgebers des 2. ErwSchG, keinerlei maßgebliche inhaltliche Änderungen im Recht der Kuratel vorzunehmen. Vielmehr wurde der bisherige Stand in Lehre und Rsp kodifiziert. Lediglich dort, wo der bisherige Meinungsstand – insbesondere auf Grund der unzureichenden Gesetzeslage – strittig bzw offen war (dies betraf insb Fragen zur Entschädigung, weiters zur Beendigung der Kuratel sowie zur Übernahme einer Kuratel durch eine juristische Person),<sup>17</sup> galt es, Entscheidungen zu treffen. Auch diese Entscheidung des Gesetzgebers ist ausschließlich positiv, und zwar aus folgenden Gründen:<sup>18</sup>

- Es gab keinen ersichtlichen Bedarf, inhaltlich in das Recht der Kuratel einzugreifen – im Gegenteil, die Rechtsinstitute etwa der Kollisionskuratel oder der Abwesenheitskuratel hatten sich in ihrer bisherigen Ausprägung durchwegs bewährt.
- Die Loslösung des Rechts der Kuratel vom Recht der Erwachsenenvertretung auf Grund der tatsächlich auseinanderdriftenden Wertungsinhalte und die Eingliederung der Kuratel in ein eigenes Hauptstück war sinnvoll. Damit gingen Übersichtlichkeit

<sup>16</sup> Mondel, iFamZ 2017, 185 (186).

<sup>17</sup> Ebenso Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> Vor § 277 Rz 2.

<sup>18</sup> Dazu bereits Mondel, iFamZ 2017, 185 (186).

und Rechtsklarheit einher. Zukünftige Anpassungen beider Rechtsbereiche können voneinander getrennt vorgenommen werden.

Dem – im AußStrG geregelten – **Verlassenschaftskurator** hat sich der Gesetzgeber anlässlich der Reform des Erwachsenenschutzrechts nicht angenommen. Im Hinblick darauf, dass der Meinungsstand in der Lit, was dessen Bestellungs Voraussetzungen betrifft, einigermaßen gesichert ist, und dass im Übrigen der bereits genannte „Allgemeine Teil“ (§§ 278 bis 284 ABGB) auf den Verlassenschaftskurator unmittelbar anzuwenden ist und damit keine eklatante Regelungslücke entsteht, ist dies aber nicht zu bedauern. Vielmehr profitiert auch die Verlassenschaftskuratel von den geplanten allgemeinen Bestimmungen zum Recht der Kuratoren.<sup>19</sup> **1.10**

Die Suche nach **Grundprinzipien**, die alle **Kuratoren** einen, gestaltet sich indes unverändert schwierig. Das hängt damit zusammen, dass das Recht der Kuratel einigermaßen inhomogen ist. So haben nicht nur jene Kuratoren, deren Bestellungsgrundlage § 277 ABGB bildet, unterschiedliche Aufgabengebiete. Es kommt noch hinzu, dass auch außerhalb des ABGB sich Voraussetzungen zur Bestellung (anderer) Kuratoren finden. So hat die Verlassenschaftskuratel ihre Grundlage im AußStrG, die Stiftungskuratel im PSG (bzw BStFG) oder die Bestimmungen über den prozessualen Abwesenheitskurator in der ZPO. Der Einsatzbereich differiert also durchaus. Dennoch sind durchaus einige Gemeinsamkeiten festzustellen: **1.11**

Das wesentliche gemeinsame Merkmal sämtlicher Kuratelen ist ein mehr oder weniger stark ausgeprägter **Grad an Schutzbedürftigkeit eines Kuranden**. Spricht man vom „Recht der Kuratel“, indiziert dies bereits seinem Sprachverständnis nach eine gewisse Schutzbedürftigkeit des Kuranden. Gem § 21 Abs 1 ABGB stehen schutzberechtigte Personen unter dem besonderen Schutz der Gesetze. Von der Rsp wurde wiederholt auf den Fürsorgecharakter dieser Bestimmung hingewiesen.<sup>20</sup> Der Wortlaut des § 21 umfasst natürliche Personen. Kuratelen können aber auch für juristische Personen bestehen, vgl den Verlassenschaftskurator als Vertreter der juristischen Person „Verlassenschaft“ oder den Stiftungskurator nach dem PSG als Vertreter der Vorstiftung bzw Privatstiftung. Für die Verlassenschaft wird dabei – immerhin – eine Subsumtion unter § 21 ABGB vertreten,<sup>21</sup> was insb aus der „Rechtsfürsorgepflicht“ des Verlassenschaftsgerichts (auch in seiner Funktion als nach dem AußStrG 1854 gleichzeitig fungierendes Pflegschaftsgericht) abgeleitet wird; beim Stiftungskurator ist diese Frage offen. Wie auch immer, letztlich handelt es sich hier im Wesentlichen um eine theoretische Frage. Denn § 21 ABGB als programmatische Norm vermag keinen maßgeblichen Einfluss zu nehmen. Wie weit der **1.12**

19 Mondel, iFamZ 2017, 185 (190) mwN; Mondel in Deixler-Hübner/Schauer, Erwachsenenschutzrecht Rz 15.8. Für die analoge Anwendung der allgemeinen Bestimmungen für den Verlassenschaftskurator auch Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> Vor § 277 Rz 3 und Stefula in KBB<sup>6</sup> § 277 Rz 1.

20 1 Ob 298/00 f JBl 2002, 308; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 21 Rz 1 mwN; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 21 Rz 2.

21 Für viele etwa 4 Ob 37/97 p NZ 1997, 245; 1 Ob 30/92 EF 69.095 = SZ 65/108; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>5</sup> § 21 Rz 1; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 21 Rz 3/2.

Grad der Schutzbedürftigkeit des Kuranden tatsächlich reicht, ergibt sich vielmehr aus den jeweiligen Materiengesetzen.<sup>22</sup>

- 1.13** Hinsichtlich des Aufgabenbereichs kann insoweit eine Gemeinsamkeit festgestellt werden, als diese im Wesentlichen aus der Vertretung einer natürlichen oder juristischen Person bzw Vermögensmasse besteht. Dabei **vertritt** der **Kurator** den Kuranden **nur in vermögensrechtlichen Angelegenheiten** (im weitesten Sinn), niemals zur Fragen der Obsorge von Minderjährigen bzw Personensorge von Personen, für die Erwachsenenvertreter bestellt ist.
- 1.14** Bei der Suche nach sämtliche Kuratelen verbindenden Kriterien fällt schließlich ein stets vorhandenes enges **Zusammenspiel zwischen dem Kurator und dem Gericht** ins Auge, wobei der Kurator den „operativen Teil“ und das Gericht den „überwachenden Teil“ übernimmt. Folgende verbindende Merkmale sind dazu festzustellen:
- In sämtlichen Fällen wird ein Kurator vom Gericht (bzw allenfalls von einer anderen Behörde)<sup>23</sup> bestellt und auch von diesem enthoben.
  - Die Tätigkeit des Kurators obliegt einer gerichtlichen (bzw behördlichen) Aufsicht.
- 1.15** Schließlich verbleibt die Erkenntnis, dass die Interessen des Kuranden zu wahren sind, und zwar sowohl durch das Gericht als auch – natürlich – durch den Kurator selbst. Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zum Erwachsenenschutzrecht, welches auf das „Wohl“ der betroffenen Person abstellt. So entsprach es schon vor Inkrafttreten des 2. ErwSchG dem Meinungsstand<sup>24</sup> und wurde spätestens mit Erlassung desselben zweifelsfrei festgelegt,<sup>25</sup> dass das „**Wohl der vertretenen Person**“ mit der Kuratel insofern **schwer greifbar** ist, als diese stets rein vermögensrechtliche Ansprüche zum Gegenstand hat. Das „Wohl“ zielt bei wörtlicher Interpretation eher auf die emotionale als auf die (bloß) wirtschaftliche Seite ab. Eine solche ist aber im Recht der Kuratoren nicht maßgeblich. Für das Recht der Kuratoren wurde deshalb die „Wahrung der Interessen des Kuranden“ als Überbegriff und somit als vereinendes Merkmal geschaffen.

22 So ist etwa – ohne bereits hier auf Details einzugehen – allgemein verständlich, dass der Rechtsfürsorgemaßstab beim Kollisionskurator ein anderer ist als der beim Stiftungskurator nach dem PSG.

23 Einen solchen seltenen Ausnahmefall bildet insb der Stiftungskurator nach dem BStFG.

24 Voraufgabe, Einleitung 6 sowie Rz 2/3.

25 Vgl ErläutRV 2. ErwSchG, 1461 BlgNR 25. GP 50.

## 2. Kapitel

# Inländische Gerichtsbarkeit, Anwendbares Recht und Zuständigkeit

### Übersicht

	Rz
I. Inländische Gerichtsbarkeit . . . . .	2.1
II. Anwendbares Recht . . . . .	2.9
III. Zuständigkeit . . . . .	2.13
A. Abgrenzung Außerstreitgericht – Prozessgericht . . . . .	2.13
B. Der Prozesskurator nach § 8 ZPO . . . . .	2.18
C. Zuständigkeitsfragen innerhalb der Außerstreitgerichte . . . . .	2.28
1. § 5 Abs 2 AußStrG als zentrale Zuständigkeitsnorm . . . . .	2.28
2. Weitere Grundlagen zur Zuständigkeit innerhalb der Außerstreitgerichte . . . . .	2.31
3. § 5 Abs 2 AußStrG ist keine eigene Bestellungsgrundlage für Kuratoren – Vorschläge de lege ferenda zur Klarstellung . . . . .	2.35
D. Sachliche und örtliche Zuständigkeit . . . . .	2.44
E. Funktionelle Zuständigkeit . . . . .	2.51

### I. Inländische Gerichtsbarkeit

Die inländische Gerichtsbarkeit für Obsorge, Erwachsenenvertretung und Kuratel ist in **2.1** § 110 JN geregelt. Demnach ist inländische Gerichtsbarkeit gegeben, wenn der Minderjährige oder die sonstige schutzberechtigte Person

1. österreichischer Staatsbürger ist (Z 1) oder
2. den gewöhnlichen Aufenthalt oder, soweit es um dringende Maßnahmen geht, zumindest den Aufenthalt im Inland hat (Z 2) oder
3. Vermögen im Inland hat, soweit es um dieses Vermögen betreffende Maßnahmen geht (Z 3).<sup>26</sup>

Hier zeigt sich erstmals das Erfordernis einer getrennten Betrachtung aufgrund der verschiedenen Kuratortypen. Gemeinsame Grundlage ist jeweils, dass die genannte Begriffsbestimmung den „Kuranden“ erfassen muss, um unter die inländische Gerichtsbarkeit zu **2.2**

---

26 Wenn der Schuldner (und zwar eine ausländische Bank nach Auflösung einer inländischen Zweigniederlassung) eines Sparguthabens keinen Sitz im Inland (mehr) hat, fehlen die Voraussetzungen für die internationale Zuständigkeit nach § 110 Abs 1 Z 3 JN: 1 Ob 146/18 d EvBl 2019, 429 = NZ 2019, 233 (Mayr). Es besteht daher keine inländische Gerichtsbarkeit für die Bestellung eines Abwesenheitskurators.



fallen. Dies ist einfach ermittelbar, wenn der Kurand hinreichend bekannt ist, wie etwa bei der **Kollisionskuratel**.<sup>27</sup>

### 2.3 Bei anderen Kuratelen ist zu differenzieren:

- Bei der **Abwesenheitskuratel** ist der Anwendungsbereich des § 110 JN insofern eingeschränkt, als – im Gegensatz zu Z 1 und 3 – begriffsmäßig die Anwendung der Z 2 ausgeschlossen ist; schließlich ist über den Verbleib des Abwesenden nichts bekannt, und damit auch nicht, ob er seinen (gewöhnlichen) Aufenthalt im Inland hat. Eine § 67 JN vergleichbare Regelung, wonach subsidiär der letzte Wohnsitz oder der letzte Aufenthalt im Inland herangezogen werden kann, existiert nicht. Bei der Bestellung eines Abwesenheitskurators nach der ZPO<sup>28</sup> ist § 110 JN nicht anwendbar, da es sich um kein Geschäft außer Streitsachen handelt;<sup>29</sup> vielmehr erfolgt eine Beurteilung aufgrund der allgemeinen Bestimmung des § 27 a JN (samt dortigem Verweis des Erfordernisses auf die örtliche Zuständigkeit). Wird von der zuständigen Behörde des Heimatstaats eines Ausländers, der im Inland Liegenschaften besitzt, ein Abwesenheitskurator bestellt, ist dies kein Grund zur Einstellung der im Inland anhängigen Kuratel.<sup>30</sup>
- Für die **Kuratel für Ungeborene** würde bei bloßer Wortinterpretation des § 110 JN die inländische Gerichtsbarkeit ausscheiden. Dieses unbefriedigende Ergebnis ist allerdings durch § 22 ABGB zu schließen: Der dort manifestierte „Schutz der Gesetze“, der ungeborenen Kindern zukommt, ist wohl als programmatische Bestimmung zu sehen,<sup>31</sup> aber letztlich iVm § 277 Abs 1 Z 2 ABGB dennoch (und gerade deshalb) die Grundlage dafür, unter „Schutz der Gesetze“ selbstverständlich auch die Verfahrensgesetze, hier eben § 110 JN, zu verstehen. Dies ändert freilich nichts am Umstand, dass dem Ungeborenen nur eine beschränkte und durch die Lebendgeburt bedingte Teilrechtsfähigkeit eingeräumt wird;<sup>32</sup> dies ist vielmehr nur Ausfluss der inhaltlichen Erfassung dieser Kuratel.
- Einer extensiven Auslegung des § 110 JN bedarf es mE dann, wenn es sich beim „Kuranden“ um eine unbekannte Personengemeinschaft handelt, welche nur durch das (Nicht-)Zustehen eines bestimmten Rechts miteinander verbunden ist. Dies ist namentlich beim **Kurator für unbekannte Personen** nach § 277 Abs 1 Z 4 ABGB der Fall. Hier fallen Z 1 und 2 des § 110 JN naturgemäß aus.<sup>33</sup> Bildet den Grund für die Bestellung eines Kurators ein vorhandenes „Vermögen“, ist Z 3 unmittelbar anwend-

27 Nach 5 Ob 1533/93 ZfRV 1993/80 ist die inländische Gerichtsbarkeit zur Bestellung eines Kollisionskurators und Genehmigung eines zwischen Kind und Eltern abzuschließenden Vertrags über die Übertragung einer in Österreich gelegenen Liegenschaft nicht gegeben, wenn die Minderjährige, eine Staatsbürgerin der Bundesrepublik Deutschland, mit ihren Eltern ständig in der Bundesrepublik Deutschland lebt und in Österreich kein Vermögen hat; als Vorinstanz ebenso LGZ Wien 43 R 5/93 EF 72.814. Ebenso *Fuchs* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 110 JN Rz 7.

28 Vgl insb §§ 8, 116 ZPO.

29 § 109 JN ist Teil des Dritten Teils der JN, beginnend mit § 104 a JN, mit dem Titel „Von der Gerichtsbarkeit in Geschäften außer Streitsachen“.

30 5 Ob 19/65 JBl 1965, 368.

31 Siehe etwa *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 22 Rz 2.

32 *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 22 Rz 2 mwN.

33 9 Ob 57/19 a ZFR 2020, 260, im Anschluss an die Voraufgabe.



bar. Darüber hinaus ist es mE zumindest erwägenswert, nicht allzu eng am Begriff des „Vermögens“ zu kleben, sondern diesen durchaus in sachgerechter Weise zu erweitern, so insb um „Rechte“, die die Grundlage zur Bestellung eines Kurators für unbekannte Personen bilden.<sup>34</sup> Andernfalls verbliebe in vielen Fällen kein Anwendungsbereich für den Kurator für unbekannte Personen.<sup>35</sup>

- Ist Kurand eine **juristische Person** oder ein (iS der Formulierung des § 109 Abs 1 letzter HS JN) **von der natürlichen Person verschiedenes parteifähiges Gebilde**, bildet der inländische Sitz (bzw der sonstige Anknüpfungspunkt) derselben bzw desselben die Grundlage für die internationale Zuständigkeit.<sup>36</sup> Hier ist insb an die Verlassenschaftskuratel und die Stiftungskuratel zu denken. Im ersten Fall richtet sich die inländische Gerichtsbarkeit zur Bestellung eines Verlassenschaftskurators nach dem Vorliegen der inländischen Gerichtsbarkeit nach § 106 JN (samt Hinweis auf Art 75 Abs 1 EuErbVO). Beim Stiftungskurator (für die Privatstiftung) ergibt sich die inländische Gerichtsbarkeit mE bereits unmittelbar aus § 110 Abs 1 Z 3 JN, jedenfalls aber aus § 40 PSG iVm § 27 a Abs 1 JN.

Gem § 110 Abs 2 JN kann das Gericht von der Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens absehen, wenn der österreichische Kurand seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder sein Vermögen im Ausland hat oder wenn es sich um einen ausländischen Kuranden handelt, sofern durch die im Ausland getroffenen oder zu erwartenden Maßnahmen die Rechte und Interessen des Kuranden ausreichend gewahrt werden.<sup>37</sup> Ob trotz des Bestehens der inländischen Gerichtsbarkeit nach § 110 Abs 1 JN ein Verfahren nicht eingeleitet oder nicht fortgesetzt wird, ist nach vollkommen hA vom (gebundenen) Ermessen des Gerichts abhängig, das sich nur am Wohl des Minderjährigen oder der sonstigen schutzberechtigten Person zu orientieren hat.<sup>38</sup>

2.4

Der **Mangel der internationalen Zuständigkeit**, der auch durch eine Parteienvereinbarung oder durch rügelose Einlassung nicht beseitigt werden kann, ist nach § 42 Abs 1 JN jederzeit von Amts wegen wahrzunehmen und stellt einen Nichtigkeitsgrund dar. Die unprorogable internationale Unzuständigkeit führt daher zur Nichtigkeit des durchgeführten Verfahrens. Nach Rechtskraft der Entscheidung kann die unprorogable internationale Unzuständigkeit – im Unterschied zum Mangel der inländischen Gerichtsbarkeit aufgrund einer Immunität – allerdings nicht mehr wahrgenommen werden.<sup>39</sup> Da sowohl

2.5

34 Vgl etwa das zur Kuratel für unbekannte Personen angeführte Beispiel der behördlichen Auflösung des Vereins und der damit verbundenen Ausschaltung der bisherigen Vereinsorgane von der Durchführung der Vermögensabwicklung.

35 Offen lassend 9 Ob 57/19a ZFR 2020, 260 (unter Bezugnahme auf die Voraufgabe Rz 1/3; in der aktuellen Auflage erfolgte eine leichte Abänderung).

36 Mayr in *Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 110 JN Rz 2; *Fucik in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 110 JN Rz 5. Dies gilt aber bspw nicht für eine deutsche Bank, die vormalig ein Zweigniederlassung in Österreich hatte, vgl nochmals 9 Ob 57/19a ZFR 2020, 260.

37 Zu den Auslegungsschwierigkeiten des § 110 Abs 2 JN ausf *Schwimann*, Inländische Gerichtsbarkeit für Personenrechts-, Familienrechts- und Unterhaltssachen, JBl 1990, 760.

38 Vgl *Mayr in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 110 JN Rz 3, *Fucik in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 110 JN Rz 7 ff und *Fuchs in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 110 JN Rz 9, jeweils mwN.

39 9 Ob 57/19a ZFR 2020, 260; *Garber in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 42 JN Rz 4; *Mayr in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 42 JN Rz 3.

der Beschluss über die Bestellung wie auch über die Enthebung eines Kurators rechtsgestaltende Beschlüsse sind, ist eine bereits **zum Zeitpunkt des Bestellungsbeschlusses fehlende internationale Zuständigkeit mit dessen Rechtskraft jedenfalls geheilt** und darf im Rahmen des vom Bestellungsbeschluss gedeckten Verfahrens nicht mehr von Amts wegen aufgegriffen werden. Daraus folgt, dass ab Heilung der Unzuständigkeit die Sache rechtmäßig beim angerufenen Gericht anhängig ist.<sup>40</sup>

**2.6 § 112 JN enthält keine eigenständige Regelung im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit.** Bildet den Anlass für die intendierte Kuratorbestellung ein Gerichtsverfahren, so richtet sich die internationale Zuständigkeit nach der *lex fori*, also der Rechtsordnung des Staates, dessen Gericht angerufen wird; mangelt es demnach an der internationalen Zuständigkeit in der Hauptsache, so fehlt es auch an jener für die Kuratel.<sup>41</sup> § 112 JN hat vielmehr die sachliche und örtliche Zuständigkeit zum Inhalt, dazu unten Rz 2.44ff.

**2.7 Europäischen Rechtsakten<sup>42</sup> bzw multilateralen Abkommen<sup>43</sup>** kommt der Anwendungsvorrang vor autonomen einfachgesetzlichen Bestimmungen zu, also im gegebenen Kontext insb vor jenen der JN wie auch des AußStrG.<sup>44</sup> Derzeit haben keine dieser Übereinkommen die Kuratel unmittelbar zum Inhalt, sie sind aber teilweise mittelbar maßgeblich, vgl etwa Art 1 Abs 2 lit b, c und e (lit c und e bloß hinsichtlich der Kollisionskuratel) der Brüssel II a-VO. Auch bilateralen Abkommen kommt grundsätzlich ein Anwendungsvorrang zu; sie sind allerdings in weitem Ausmaß durch die neuere Entwicklung unionsrechtlicher oder multilateraler Pflegschaftsinstrumente überholt.<sup>45</sup>

**2.8** Innerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO<sup>46</sup> sind hinsichtlich der Zuständigkeit die Art 4 ff maßgeblich.<sup>47</sup> Diese sind daher auch für die Bestellung von Kuratoren im

40 9 Ob 57/19a ZFR 2020, 260.

41 *Fuchs in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer*, IZVR Kindschaftssachen Kap 51 Allgemeiner Teil (2014) Rz 51.

42 Hier ist etwa auf die Brüssel II a-VO (VO [EG] 2201/2003 des Rates v 27. 11. 2003 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung Nr 1347/2000) als thematisch nächster Rechtsakt zu verweisen, dazu *Klauser/Horn*, Brüssel II a-Verordnung in Kraft, *ecolex* 2004, 910, *Fuchs in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 110 JN Rz 12ff und *Mayr in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 110 JN Rz 6 mwN.

43 Wie etwa das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen v 5. 10. 1961, BGBl 1975/446), dazu *Mayr in Rechberger/Klicka*, ZPO<sup>5</sup> § 110 JN Rz 8ff mwN.

44 LGZ Wien 42 R 375/15 EF 147.236 unter Hinweis auf den Meinungsstand; *Fuchs in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> § 100 Rz 48 hinsichtlich der Brüssel IIa-VO.

45 *Fucik in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 110 JN Rz 49ff mwN.

46 VO (EU) 650/2012 v 4. 7. 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Diese ist auf Todesfälle ab dem 17. 8. 2015 anzuwenden.

47 Ausf zur internationalen Zuständigkeit *Bajons in Schauer/Scheuba* (Hrsg), Europäische Erbrechtsverordnung (2013) 29 und *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer*, EuErbVO<sup>2</sup> (2020) Art 4 ff.