

AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN IM FAMILIENRECHT 01/2023

6Ob18/22y (betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell, Aufteilung der Familienbeihilfe je zur Hälfte):

Verfügen die Eltern über annähernd gleiche Einkommen, was auch noch dann angenommen wird, wenn das Einkommen des einen Elternteils das des anderen lediglich bis zu einem Drittel übersteigt, besteht kein (Regel-)Geldunterhaltsanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern andernfalls bleibt der besser verdienende Elternteil geldunterhaltspflichtig. In diesem Fall steht dem Kind weiterhin ein Restgeldunterhaltsanspruch gegen den leistungsfähigeren Elternteil zu, der den geringeren Lebensstandard, an dem das Kind beim anderen Elternteil partizipieren kann, ausgleicht. Dieser (laufende) Restgeldunterhaltsanspruch des Kindes gegenüber dem leistungsfähigeren Elternteil ist dadurch zu ermitteln, dass zunächst (fiktiv) die Ansprüche des Kindes gegenüber beiden Elternteilen nach der Prozentwertmethode zu ermitteln, sodann diese Ansprüche zu saldieren und schließlich der Saldo zu halbieren ist. Geht man nun im vorliegenden Fall von einem Monatsnettoeinkommen des Vaters von rund 4.700 EUR und einem solchen der Mutter von rund 2.300 EUR aus, so würden sich (bei einem jeweils 18%igen Anspruch des Kindes) fiktive Unterhaltsansprüche in Höhe von rund 850 bzw 420 EUR und somit ein Saldo von 430 EUR ergeben, der schließlich zu halbieren ist: Dem Kind stehen an Regelunterhaltsleistungen gegenüber dem leistungsfähigeren Vater monatlich rund 215 EUR zu; unter Berücksichtigung von Ungenauigkeiten und Schwankungen haben die Vorinstanzen aber – jedenfalls im Ergebnis – in etwa Monatsbeträge in dieser Höhe festgelegt.

Es entspricht weiters dem sogenannten betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell, dass im Fall der gleichteiligen Betreuung beider Eltern nicht nur die mit der Betreuung zusammenhängenden alltäglichen Kosten, sondern auch die zusätzlich notwendigen Aufwendungen zu gleichen Teilen zu tragen sind, soweit sie Unterhaltscharakter haben; andernfalls entsteht ein Ausgleichsanspruch gegen den minderleistenden Elternteil. Die von einem Elternteil erbrachten Naturalleistungen sind dann insofern auf einen Geldunterhaltsanspruch anzurechnen, als die Aufwendungen des einen Elternteils jene des anderen Elternteils im Verhältnis zur Betreuungssituation übersteigen

Die Familienbeihilfe und der gemeinsam ausgezahlte Kinderabsetzbetrag dienen bei gleichwertigen Betreuungsleistungen primär der Unterstützung der Betreuenden in finanzieller Sicht“. Wenn nun beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell beide Elternteile „nahezu gleichwertig“ betreuen,

dann kann dies im hier interessierenden Zusammenhang nur bedeuten, dass die Transferleistungen beiden Elternteilen (rechnerisch) jeweils zur Hälfte zugutekommen müssen.

[Zur Entscheidung](#)

1Ob238/21p (Tilgungsträger fällt unter Aufteilung, vor der Ehe aufgenommenen Fremdwährungskredit nicht):

Zwar zeigt sich eine Wertsteigerung der Liegenschaft bei der von der Antragsgegnerin gewählten Finanzierungsvariante anders als bei einer durch regelmäßige Ratenzahlungen bewirkten Verminderung der Kreditverbindlichkeiten nicht schon zum Aufteilungsstichtag. Ihrem Zweck nach dienen die während der ehelichen Gemeinschaft am Tilgungsträger angesparten Beträge aber ausschließlich der Abdeckung der von der Antragsgegnerin vor der Ehe eingegangenen Kreditverbindlichkeit und schlagen sich bei Fälligkeit des Fremdwährungskredits in einer entsprechenden Wertschöpfung betreffend die Liegenschaft nieder. Diese Wertschöpfung von der Aufteilung auszunehmen wäre schon deshalb nicht sachgerecht, weil der während der ehelichen Gemeinschaft angesparte Betrag ohne seine Zweckbindung zur Kredittilgung jedenfalls als eheliche Ersparnis einzubeziehen wäre. Damit ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen den am Tilgungsträger angesparten Betrag wertmäßig berücksichtigten. Dem hält die Antragsgegnerin im Wesentlichen den erheblichen Anstieg der Verbindlichkeit aus dem Fremdwährungskredit entgegen. Damit spricht sie aber schon deshalb keine erhebliche Rechtsfrage an, weil der in Rede stehende Fremdwährungskredit in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebensführung steht (vgl § 83 Abs 1 EheG) und daher auch nicht aus Billigkeitserwägungen berücksichtigt werden kann.

[Zur Entscheidung](#)

7Ob210/21i (§ 382c EO: Beweiswürdigung ist mangels Personalbeweis anfechtbar, Interessenabwägung ist zu begründen)

[Zur Entscheidung](#)

3Ob123/21s (Kinderbetreuungsgeld der Lebensgefährtin berechtigt nicht zur Herabsetzung der Belastungsgrenze)

Es geht hier um die Frage, ob der Mitbewohner (hier die Lebensgefährtin) des Unterhaltspflichtigen über eigene finanzielle Mittel verfügt, um sich an den gemeinsamen Lebenshaltungskosten zu beteiligen.

Dies ist jedenfalls für das pauschale Kinderbetreuungsgeld zu verneinen. Dieser Art des Kinderbetreuungsgeldes kommt existenzsichernder Charakter zu. Seine Zielsetzung besteht demnach darin, auch einkommensschwachen Eltern in den ersten Lebensjahren des Kindes eine

möglichst kindgerechte Betreuung zu ermöglichen. Das pauschale Kinderbetreuungsgeld ist daher zweckgebunden und soll der Familie ausschließlich zur häuslichen oder außerhäuslichen Betreuung des begünstigten Kindes zur Verfügung stehen.

Diese Zweckbestimmung gelangt auch dadurch zum Ausdruck, dass gemäß § 43 Abs 1 KBGG das pauschale Kinderbetreuungsgeld – so wie auch andere familienspezifische Beihilfen oder Unterstützungsleistungen, deren Zweck in der Sicherung des notwendigen Lebensunterhalts besteht – gemäß § 290 EO nicht pfändbar ist. Durch die Heranziehung solcher zweckgebundener Mittel zu anderen Zwecken würde nicht nur die gesetzliche Zielsetzung unterlaufen, sondern auch die Existenz der Empfänger gefährdet.

[Zur Entscheidung](#)

5Ob224/21h (einstweiliger Erwachsenenvertreter vor Erstanhörung: es ist auch ein Rechtsbeistand zu bestellen)

Wird – als Ausnahme – bereits vor Durchführung einer Erstanhörung ein einstweiliger Erwachsenenvertreter bestellt, weil entweder die Voraussetzungen des § 120 Abs 2 AußStrG vorliegen oder die betroffene Person durch ihr Verhalten eine Erstanhörung verhindert bzw. unbekanntes Aufenthaltsort ist, bedarf es zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen eines Rechtsbeistands nach § 119 AußStrG, der ihn vertritt und in seinem Namen Verfahrenshandlungen vornehmen (Rechtsmittel ergreifen) kann. Die Interessenlage entspricht insoweit jener im Verfahrensstadium nach Erstanhörung, sodass erkennbar eine planwidrige Regelungslücke vorliegt, die im Weg der Analogie zu schließen ist ([RS0008866](#)). Entgegen der Ansicht des Rechtsbeistands war seine Bestellung durch die Vorinstanzen schon deshalb geboten, weil bereits die Bestellung einer einstweiligen Erwachsenenvertreterin zur Besorgung dringender Angelegenheiten durch das Erstgericht eine Vertretung der betroffenen Person im Verfahren erforderlich machte.

[Zur Entscheidung](#)

6Ob32/22g Unterhaltsanspruch gegen Ehegatten fällt in die Bemessungsgrundlage zur Bemessung des Kindesunterhalts)

Wie bereits zum Revisionsrekurs der Mutter ausgeführt, ist ein fiktiver Geldunterhaltsanspruch des Unterhaltspflichtigen gegenüber seinem besser verdienenden Ehegatten als Bestandteil der Unterhaltsbemessungsgrundlage für ein Kind heranzuziehen. Diese Rechtsprechung gilt auch für den Fall, dass der Unterhaltspflichtige überhaupt kein unterhaltsrelevantes Eigeneinkommen bezieht, sondern zur Gänze auf Naturalunterhaltsleistungen eines Ehegatten angewiesen ist ([4 Ob 67/21p](#)). Wenn daher Unterhaltspflichtige ohne irgendwelche finanziellen Mittel zu einer Unterhaltsleistung verpflichtet werden können, muss dies genauso im vorliegenden Fall gelten. Eine

Belastungsgrenze kommt in Anspannungsfällen – wie ebenfalls bereits zum Revisionsrekurs der Mutter ausgeführt – nicht in Betracht.

Zur Entscheidung

10Ob21/21t (keine Detektivkosten wenn Ehebruch vorgeworfen und noch keine Äußerung des Gegners erfolgt)

Das bloß vorsorgliche Bedürfnis an der Erlangung von Beweismitteln im Ehescheidungsverfahren kann jedoch so lange keine Haftung des Ehestörers für Überwachungskosten rechtfertigen, als der untreue Ehepartner den an ihn herangetragenen Vorwurf einer außerehelichen Beziehung nicht bestritten und eine solche Bestreitung auch nicht angedroht hat. Da die damalige Ehefrau des Klägers zum Vorbringen in der Scheidungsklage noch nicht Stellung genommen hatte, war die vorsorgliche Beauftragung des Detektivbüros durch den Kläger nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich.

Zur Entscheidung

3Ob28/22x (Mutter muss Kind zum Sachverständigen bringen und zur Mitwirkung positiv motivieren)

Der Umstand, dass das Kind sich am Tag der geplanten Befundaufnahme durch den Sachverständigen – wie schon im Dezember 2018 anlässlich des bisher letzten Versuchs der Ausübung eines begleiteten Kontakts durch den Vater – beharrlich weigerte, aus dem Auto der Mutter auszusteigen, lässt sich allerdings nur entweder auf eine massive Beeinflussung (Instrumentalisierung) des Minderjährigen durch die Mutter oder aber darauf zurückführen, dass diese nicht willens oder in der Lage war, ihr neun Jahre altes Kind zur Wahrnehmung des Termins zu bewegen. Beide Alternativen begründen massive Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Mutter, indizieren diese doch ihr Unvermögen, auch nur einen Beitrag dafür leisten zu können/zu wollen, die für das Kind wichtigen Möglichkeiten einer gedeihlichen Beziehung zu seinem Vater objektiv und fachlich fundiert beurteilen zu können.

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren die Mutter nötigenfalls unter Einsatz von Zwangsmitteln nach § 79 AußStrG dazu zu verhalten haben, das Kind dem Sachverständigen zum Zweck einer brauchbaren Befundaufnahme einschließlich Interaktionsbeobachtung mit dem Vater vorzustellen. Dies setzt nicht bloß voraus, dass die Mutter ihren Sohn zum Termin hinbringt, sondern diesen auch zur Mitwirkung positiv motiviert. Nach einer solcherart ermöglichten Gutachtenserstattung wird dann auf der dadurch verbreiterten Sachverhaltsgrundlage neuerlich über die Anträge der Eltern zu entscheiden sein. Sollte sich im weiteren Verfahren der bislang indizierte Eindruck eines objektiv unkonstruktiven, das Kindeswohl beeinträchtigenden Verhaltens der Mutter

verdichten, werden die Voraussetzungen einer Obsorgeübertragung an den Vater oder allenfalls die Möglichkeit einer im Revisionsrekurs konkret in den Raum gestellten Obsorgeübertragung an die mütterlichen oder väterlichen Großeltern zu prüfen sein, um dem Kind dadurch eine Beziehung zu beiden Elternteilen zu ermöglichen.

Zur Entscheidung

4Ob222/21g (Übertragung der Alleinobsorge an den Vater wenn die Mutter das Kind wegen Covid von Schule abmeldet und nicht für Privatunterricht sorgt)

Die – getrennt lebenden – Eltern üben die gemeinsame Obsorge über den Minderjährigen aus. Die Mutter lehnt die allgemein gültigen Corona-Maßnahmen der Schule (Maske, Tests, Abstand) ab und meldete ihren Sohn deshalb zum häuslichen Unterricht gemäß § 11 Schulpflichtgesetz an, ohne tatsächlich einen adäquaten Ersatz zum Schulunterricht zu bieten.

In einer Schulbesuchsverweigerung seitens der Obsorgeberechtigten kann eine Kindeswohlgefährdung liegen (vgl. [RS0132340](#)). Im Übrigen ist aus den §§ 137 Abs 2, 138 Z 1 und 160 Abs 1 ABGB ein umfassender Auftrag an obsorgeberechtigte Personen zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit von minderjährigen Kindern abzuleiten. Die Vorinstanzen sind übereinstimmend zum Ergebnis gekommen, dass in den hier relevanten Bereichen die (Allein-)Obsorge und damit Entscheidungsgewalt des Vaters über die Aspekte des Schulbesuchs und der medizinischen Versorgung eher dem Wohl des Minderjährigen entspricht als jene der Mutter. Darin liegt keine unvertretbare, vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung.

Zur Entscheidung

6Ob162/21y (keine Einsicht in Handakt der FGH)

Der nicht bei Gericht erliegende Handakt (bzw. der elektronisch geführte Akt) der FGH erfüllt demnach nicht den Begriff des Prozessakts des § 219 ZPO (§ 22 AußStrG) und § 170 Geo und ist schon aus diesem Grund vom Recht der Parteien auf Akteneinsicht nicht umfasst. Eine Übersendung des Handakts der FGH an das Gericht ist nicht vorgesehen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Berichte weder als Zeugenaussagen noch als Sachverständigengutachten zu qualifizieren sind ([9 Ob 20/17g](#); *Frohner in Schneider/Verweijen*, AußStrG § 106c Rz 28; *Höllwerth in Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013, 301), sondern als Beweismittel eigener Art und daher der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen ([7 Ob 129/15v](#); *Frohner aaO*). Als solche Beweismittel sui generis sind die Ausführungen der FGH widerlegbar (LG Innsbruck EFSIlg 148.167). Wenngleich das Entkräften oder Falsifizieren des Berichts der FGH vor allem durch ein Sachverständigengutachten gelingen können wird, darf den Beteiligten doch nicht das Recht genommen werden, Widersprüche oder Fehler auch in einer

mündlichen Verhandlung aufzuzeigen und das Berichtssubstrat zu hinterfragen, um die Beweiskraft des Berichts in Zweifel zu stellen. Auch wenn der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Außerstreitverfahren im Allgemeinen nicht gilt ([RS0006370](#); [RS0006319](#)), weswegen eine mündliche Erörterung der Beweisergebnisse grundsätzlich nicht zwingend erforderlich ist, widerspräche eine solch strenge Handhabung dem Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung, dem insbesondere durch eine lebensnahe Beweiswürdigung entsprochen werden kann (*Höllwerth in Gitschthaler, KindNamRÄG 2013, 307*). Der Mutter wäre es somit freigestanden, die Berichterstattung der FGH im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zum Zwecke der Erörterung des Berichtssubstrats zu beantragen.

[Zur Entscheidung](#)

8Ob3/22g (§ 55a EheG: Teilausfertigung des Vergleiches betreffend eine Liegenschaft für die Urkundensammlung ist möglich, es besteht ein Anspruch auf Ausstellung)

Das Grundbuchsgesetz kann daher auf Basis der oben wiedergegebenen Erwägungen zu dem Schluss kommen, dass es sich nach Einsicht in den gesamten Scheidungsfolgenvergleich – trotz fehlender gesetzlicher Grundlage – mit der Veröffentlichung einer Teilausfertigung in der Urkundensammlung begnügt, um dem Grundrecht der Antragsteller auf Schutz persönlicher Daten im Sinn des Art 8 EMRK Rechnung zu tragen.

Obleich der Einantwortungsbeschluss eine Entscheidung des Gerichts ist, der Scheidungsfolgenvergleich hingegen – in einem gewissen Umfang – von den Parteien ausgestaltet und allenfalls von vornherein aufgesplittet werden kann, gelten die Erwägungen, die zur Einführung des § 178 Abs 4 AußStrG geführt haben („Diskretionsmaxime“), auch und gerade für letzteren. Berücksichtigt man die zitierte Rechtsprechung des EGMR und das Bemühen des Gesetzgebers, mit § 178 Abs 4 AußStrG die Möglichkeit zu schaffen, persönliche Daten nicht publik machen zu müssen, ist nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des § 140 Abs 2 AußStrG anzunehmen, dass im Verfahren über die Scheidung der Ehe im Einvernehmen eine ungewollte Regelungslücke vorliegt. Diese Lücke ist durch Analogie zu schließen. Andernfalls wären die Parteien auf den guten Willen der Familiengerichte angewiesen, in deren Belieben es stünde, die (für das Grundbuchsgesetz) beantragten Teilausfertigungen des Scheidungsfolgenvergleichs – weil sie, wie das Rekursgericht und der Revisionsrekurswerber zu Recht hervorheben, nicht verboten sind – doch herzustellen. Die Vorlage einer vollständigen Ausfertigung mit anschließender Veröffentlichung einer Teilausfertigung (statt einer geschwärzten Ausfertigung) scheint aber auch den Bedürfnissen des Grundbuchs am ehesten gerecht zu werden.

[Zur Entscheidung](#)

4Ob38/22z (Privatentnahmen, wenn auch auf Grund von Gewinnen in Vorperioden, erhöhen die Bemessungsgrundlage)

Nach der Rechtsprechung schlägt selbst die kostenlose Überlassung eines „Firmen-PKW“, der auch privat genutzt werden kann, bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu Buche ([1 Ob 143/02i](#)). Wenn daher die Vorinstanzen die Privatentnahme des Vaters zwecks Anschaffung eines (offenbar privaten Zwecken dienenden) Motorrads in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezog, ist dies nicht zu beanstanden. Der Einwand des Vaters, der dieser Anschaffung zugrunde liegende Betrag rühre aus einer früheren Erwerbsperiode her, ist unbeachtlich, weil die tatsächlichen Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen im jeweiligen (der Unterhaltsbemessung zugrunde liegenden) Zeitraum maßgebend sind ([6 Ob 112/11f](#) mwN).

Zur Entscheidung

8Ob62/22h (Maßnahme nach § 107 Abs 3 AußStrG: Gegner nicht beschwert)

Durch das Unterbleiben einer Maßnahmenanordnung gemäß § 107 Abs 3 AußStrG gegen den Vater wird in die Rechtssphäre der Mutter nicht eingegriffen. Es liegt auch keine formelle Beschwerde im Sinne der Abweisung eines von der Mutter auf Verhängung einer Maßnahme gestellten Antrags vor.

Zur Entscheidung

8Ob12/22f (Bereicherungsanspruch für Arbeiten, auch von Verwandten, am Haus vor Eheschließung)

Die Parteien lebten von 1992 bis 1. 1. 2019 in einer Lebensgemeinschaft und waren von 2004 bis zur Scheidung im Juni 2019 miteinander verheiratet. In den Jahren 1994 bis 1999 renovierten sie unter Mithilfe von Verwandten ein altes Bauernhaus auf einer im Miteigentum der Eltern des Beklagten stehenden Liegenschaft, um sich ein Wohnhaus zu schaffen. Der Wert der Um- und Ausbaumaßnahmen (einschließlich des verwendeten Materials) betrug zum damaligen Zeitpunkt rund 126.000 EUR. Die Streitparteien wendeten insgesamt 230.100 EUR an Geldmittel auf. Der Restnutzen dieser Baumaßnahmen zum 1. 1. 2019 betrug 269.850 EUR. Die Liegenschaft wurde 1999 ins Alleineigentum des Beklagten und 2007 – während aufrechter Ehe – zur Hälfte ins Miteigentum der Klägerin übertragen. Im Zuge des gerichtlichen Aufteilungsverfahrens schlossen die Streitparteien einen Vergleich, mit dem u.a. das Hälfteeigentum der Klägerin an der Liegenschaft wiederum ins Alleineigentum des Beklagten übertragen wurde und der Beklagte sich zu einer Ausgleichszahlung von 100.000 EUR an die Klägerin verpflichtete. Die in den Jahren 1994 bis 1999 im Zusammenhang mit der Renovierung des alten Bauernhauses erbrachten Leistungen der Klägerin und ihrer Verwandten waren nicht Gegenstand des Aufteilungsverfahrens.

Die Vorinstanzen gaben dem auf Ersatz für diese Leistungen gerichteten Klagebegehren mit einem Betrag von 107.940 EUR statt. Nach der – vom Berufungsgericht gebilligten – Einschätzung des Erstgerichts (§ 273 ZPO) betrug der Anteil der Klägerin und ihrer Verwandten an den gesamten Baumaßnahmen rund 40 %.

Zur Entscheidung

1Ob12/22d (Firmenfinca, Ausgleich von Benachteiligungen)

Im vorliegenden Fall stehen nicht nur die spanische Gesellschaft, sondern auch die von ihm direkt finanzierte (nicht in Österreich errichtete) Stiftung und die englische Gesellschaft unter „maßgeblichem Einfluss“ des Mannes. Er bestreitet nicht, dass allein er über die Verwendung dieser Liegenschaft durch die spanische Gesellschaft entscheidet (und dass es ihm letztlich zusteht, sich selbst den wirtschaftlichen Erfolg zuzueignen). Vielmehr räumte er selbst ein, dass sämtliche Entscheidungen der spanischen Gesellschaft ausschließlich von ihm getroffen „wurden und werden“. Auch noch ganz zuletzt im Verfahren bezeichnete er die spanische Gesellschaft selbst als „sein“ Unternehmen („... besteht für das Unternehmen des Antragsgegners, [die ... SL], keine Möglichkeit ihre beiden Häuser in Mallorca touristisch zu vermieten ...“). Wenn daher das Rekursgericht unter „Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht“ iSd § 91 Abs 3 EheG auch eines verstand, an dessen Träger ein (oder beide) Ehegatten mittelbar „beteiligt“ ist, wenn diese Beteiligung mit maßgeblichem Einfluss auf die Unternehmensführung verbunden ist, kann kein bedenkliches Abweichen von der Judikatur des Fachsenats erkannt werden. Zur Anwendung der genannten Norm und dem dazu erteilten Ergänzungsauftrag des Rekursgerichts wird im Revisionsrekurs – ebenso in jenem der Frau – nichts ausgeführt.

Zur Entscheidung

1Ob152/21s (Vergleich mit Abweichungen genehmigt = nicht genehmigt)

Im vorliegenden Fall genehmigte das Verlassenschaftsgericht den im Aufteilungsverfahren geschlossenen Vergleich nicht mit dem von den Parteien vereinbarten Inhalt, sondern „mit der Maßgabe“ inhaltlicher Änderungen (betreffend die Fälligkeit der Ausgleichszahlung). Damit wurde – auch wenn der Genehmigungsbeschluss in Rechtskraft erwuchs – der zwischen den Verfahrensparteien abgeschlossene Vergleich gerade nicht genehmigt. Er ist daher endgültig unwirksam (nichtig). Ein bindendes Einverständnis der Parteien, einen anderen Vergleich mit dem vom Verlassenschaftsgericht „vorgeschlagenen“ Inhalt abzuschließen, ergibt sich weder aus den Feststellungen, noch wurde ein solches von der Antragsgegnerin behauptet. Auch ihre Revisionsrekursbeantwortung enthält dazu keine Ausführungen. Soweit die Revisionsrekursgegnerin argumentiert, der Mann hätte gegen den Genehmigungsbeschluss des

Verlassenschaftsgerichts ein Rechtsmittel erheben können, ist ihr zu entgegnen, dass es darauf mangels Wirksamkeit der „mit der Maßgabe“ inhaltlicher Änderungen erfolgten Genehmigung nicht ankommt.

Wesentliche verfahrensrechtliche Wirkung eines wirksamen Vergleichs ist auch im Außerstreitverfahren die Verfahrensbeendigung (*Gitschthaler* aaO Rz 42; *Fucik/Kloiber*, AußStrG [2005] § 30 Rz 4; *Klicka/Rechberger* in *Rechberger/Klicka*, AußStrG3 § 30 Rz 4; *Schneider* in *Schneider/Verweijen*, AußStrG § 30 [Stand 1. 10. 2018, rdb.at] Rz 25; zum Aufteilungsverfahren vgl auch [6 Ob 84/08h](#)). Wird diesem die erforderliche gerichtliche Genehmigung versagt oder – wie hier – bloß mit der unzulässigen Maßgabe einer inhaltlichen Änderung erteilt, tritt keine Verfahrensbeendigung ein, sondern es ist das Verfahren fortzusetzen (vgl *Gitschthaler* aaO Rz 54; *Schneider* aaO Rz 32).

Zur Entscheidung

7Ob160/21m (Keine Verlängerung der EV ohne Zuwiderhandeln)

Im vorliegenden Fall wurde die einstweilige Verfügung gemäß § 382e EO (Aufenthalts- und Kontaktaufnahmeverbot) für die Dauer von einem Jahr erlassen und kein Hauptverfahren eingeleitet. Die gefährdete Partei behauptet in ihrem Verlängerungsantrag kein Zuwiderhandeln des Gegners. Die Abweisung des Verlängerungsantrags durch die Vorinstanzen steht daher im Einklang mit der Judikatur.

Zur Entscheidung

7Ob188/21d (Äußerungsfrist von 2 Stunde ist zu kurz)

Hier setzte das Erstgericht dem unvertretenen Antragsgegner eine Frist für das Einlangen seiner schriftlichen Äußerung bis 17. 6. 2020, 11:00 Uhr. Die durch Hinterlegung zugestellte Postsendung konnte frühestens ab 17. 6. 2020, 9:00 Uhr, von ihm abgeholt werden, sodass ihm bestenfalls zwei Stunden für eine mögliche Reaktion blieben. Dieser Zeitraum ist jedenfalls als zu kurz für die Wahrung des rechtlichen Gehörs anzusehen. Die auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zurückzuführende objektive Säumnis mit der schriftlichen Äußerung kann keine Zustimmung fingieren.

Davon ging das Erstgericht, das die schriftliche Äußerung des Antragsgegners berücksichtigte, offenbar ohnedies aus. Der erstgerichtliche Beschluss war daher wiederherzustellen.

Zur Entscheidung

1Ob41/22v (Die Pflicht eines nicht gelisteten Rechtsanwaltes zur Übernahme einer Erwachsenenvertretung besteht nicht, wenn die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert.)

Der bisher für den Betroffenen bestellte Erwachsenenvertreter – ein Mitarbeiter des Sozialvereins * – ersuchte um Enthebung, weil er sich „der Herausforderung nicht mehr gewachsen“ fühle. Die „ständigen Hiobsbotschaften und Katastrophenmeldungen“, darunter psychotische bzw. paranoide Schübe und Suizidversuche des Betroffenen sowie Polizei- und Feuerwehreinsätze, die zumeist ein umgehendes Handeln erforderten, hätten ihn an seine Belastungsgrenzen gebracht.

Die Tochter des Betroffenen lehnte die Übernahme der Erwachsenenvertretung für ihren Vater aus persönlichen Gründen ab. Der Verein VertretungsNetz – Erwachsenenvertretung lehnte die Übernahme mangels freier Kapazitäten ab.

Nachdem das Erstgericht dem Rechtsanwalt Mag. Dr. F* mitgeteilt hatte, dass es nach der iSd § 86 Abs 2 GeO geführten Liste seine Bestellung in Aussicht nehme, lehnte dieser die Übernahme der Erwachsenenvertretung mit Schriftsatz vom 5. 2. 2021 ebenfalls ab, weil die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordere und ihm diese Vertretung unter Berücksichtigung seiner persönlichen, beruflichen und sonstigen Verhältnisse, insbesondere der erst kürzlichen Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit als Rechtsanwalt bei einer Obsorgepflicht für zwei Kleinkinder während der COVID-19-Pandemie, nicht zugemutet werden könne.

Das Erstgericht enthob den bisherigen gerichtlichen Erwachsenenvertreter seines Amtes und bestellte stattdessen Rechtsanwalt Mag. Dr. F* zum Erwachsenenvertreter mit dem Wirkungsbereich Einkommens- und Vermögensverwaltung, Einkommens- und Vermögenssicherung, Vertretung bei Ämtern, Behörden und Gerichten. Der Rechtsanwalt habe keine hinreichenden Gründe vorgebracht, die gegen seine Bestellung sprechen würden. Immerhin sei jeder Mensch weltweit von der COVID-19-Pandemie betroffen.

Dem gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs des neu bestellten Erwachsenenvertreters gab das Rekursgericht nicht Folge. Richtig sei zwar, dass das gegen den Betroffenen geführte Räumungsverfahren bereits erledigt sei. Ungeachtet dessen ergebe sich aber aus dem gesamten Akteninhalt, dass der Betroffene immer wieder Handlungen setze, die Verfahren jeglicher Art nach sich ziehen könnten. So habe er etwa seinen Wohnplatz im Wohnheim verloren, weil er in seinem Zimmer gezündelt habe. Weiters sei er die meiste Zeit auf der geschlossenen Abteilung des Neuromed-Campus aufhältig. Im *-Stüberl habe er Hausverbot, weil er einem Klienten einen Aschenbecher an den Kopf geworfen habe. Er habe sich gewaltsam Zugang zu den Büroräumlichkeiten des Sozialvereins * verschafft und eine Sekretärin an der Hand verletzt. Weiters habe er die Seitenscheibe eines PKWs eingeschmissen und im Neuromed-Campus mutwillig einen Feueralarm ausgelöst. Allein diese Vorfälle zeigten, dass der Betroffene einen Erwachsenenvertreter

mit guten rechtlichen Kenntnissen benötige. Der ordentliche Revisionsrekurs sei mangels Rechtsfragen in der Qualität des § 62 Abs 1 AußStrG nicht zulässig.

In seinem außerordentlichen Revisionsrekurs macht der neu bestellte gerichtliche Erwachsenenvertreter geltend, dass das Rekursgericht zu Unrecht die von ihm geltend gemachten Ablehnungsgründe verneint habe. Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Rechtslage einer Klarstellung bedarf; er ist auch berechtigt. § 128 AußStrG regelt das Verfahren zur Änderung (Erweiterung oder Einschränkung), Übertragung, Erneuerung und Beendigung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung. Nach dessen Abs 1 sind – soweit nichts anderes bestimmt ist – die Vorschriften über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters anzuwenden. Bei der Auswahl des gerichtlichen Erwachsenenvertreters ist nach § 273 Abs 1 ABGB idF d 2. ErwSchG, [BGBl I 2017/59](#), auf die Bedürfnisse der volljährigen Person und deren Wünsche, die Eignung des Erwachsenenvertreters und auf die zu besorgenden Angelegenheiten Bedacht zu nehmen ([7 Ob 6/19m](#)). Zum Erwachsenenvertreter ist nach § 274 Abs 1 ABGB vorrangig mit deren Zustimmung die Person zu bestellen, die aus einer Vorsorgevollmacht, der Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung oder einer Erwachsenenvertreter-Verfügung hervorgeht. Ist eine solche Person nicht verfügbar oder geeignet, so ist nach Abs 2 leg cit mit deren Zustimmung eine der volljährigen Person nahestehende und für die Aufgabe geeignete Person zu bestellen. Kommt auch eine solche Person nicht in Betracht, so ist nach Abs 3 leg cit ein Erwachsenenschutzverein mit dessen Zustimmung zu bestellen. Ist auch die Bestellung eines solchen nicht möglich, so ist nach Abs 4 leg cit ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder mit deren Zustimmung eine andere geeignete Person zu bestellen. Nach Abs 5 leg cit ist ein Notar oder Rechtsanwalt (weiterhin) vor allem dann zu bestellen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert (vgl [RS0048291](#)), ein Erwachsenenschutzverein vor allem dann, wenn sonst besondere Anforderungen mit der Erwachsenenvertretung verbunden sind, wie sie sich etwa aus der sozialen Situation oder aus der psychischen Verfassung des Betroffenen ergeben können (vgl [RS0126464](#); *Stefula* in KBB6 § 274 ABGB Rz 3 unter Hinweis auf ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 18: „schwierige Klienten“). Das Pflschaftsgericht ist grundsätzlich an diesen gesetzlichen „Stufenbau“ gebunden, weshalb ein Abgehen davon sachlich gerechtfertigt sein muss ([7 Ob 49/20m](#); *Parapatits* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON1.04 § 275 Rz 11). Für den Fall, dass weder eine selbst gewählte oder nahestehende Person noch der Erwachsenenschutzverein zur Verfügung steht, kann bzw. muss das Pflschaftsgericht („am Ende der Prioritätenhierarchie“) auf Rechtsanwälte, Notare oder deren Berufsanwärter auch dann zurückgreifen, wenn nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind (*Barth/Koza* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang3 § 274 ABGB Rz 32; *Pfurtscheller* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB Takom5 § 274 Rz 4). Angehörige

dieser Rechtsberufe müssen auch nach § 275 ABGB idF des 2. ErwSchG, [BGBl I 2017/59](#), gerichtliche Erwachsenenvertretungen grundsätzlich übernehmen, sofern nicht ein in dieser Bestimmung genannter Ablehnungsgrund vorliegt ([6 Ob 143/19a](#); vgl [RS0123440](#)). Die Möglichkeit der Ablehnung gilt nach § 275 ABGB jedoch nur für jene Notare (Notariatskandidaten) oder Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsanwärter), die nicht (iSd § 10b RAO) aufrecht in die von den Kammern zu führenden Listen als zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeignete Notare oder Rechtsanwälte eingetragen sind. Der Revisionsrekurswerber scheint in der von der Rechtsanwaltskammer Oberösterreich nach § 28 Abs 1 lit o RAO geführten und auf deren Website allgemein zugänglich bereitgestellten Liste nicht auf. Damit kann er sich auf die (voneinander unabhängigen; *Stefula* in *KBB6* § 275 ABGB Rz 2 mwN) Ablehnungsfälle des § 275 Z 1 bis 3 ABGB berufen. Nach der vom Revisionsrekurswerber herangezogenen Z 1 dieser Bestimmung kann die Übernahme der gerichtlichen Erwachsenenvertretung abgelehnt werden, wenn die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert. Mit dieser Ablehnungsmöglichkeit wurde einer langjährigen Forderung der Notare und Rechtsanwälte nachgekommen (*Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek5* § 275 ABGB Rz 2 unter Hinweis auf ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 44). Nach *Stabentheiner* (in *Rummel/Lukas4* § 279 ABGB Rz 6) sind Rechtskenntnisse dann vorwiegend erforderlich, wenn es sich „um einigermaßen verdichtete rechtliche Aufgaben handelt, die von einer Person ohne juristische Ausbildung nicht eigenständig erfüllt werden können“. Beispielhaft führt er etwa die Durchsetzung bestimmter sozialrechtlicher oder schadenersatzrechtlicher Ansprüche oder die Vertretung der Person in sonstigen gerichtlichen oder behördlichen Verfahren an. Ähnlich stellt *Parapatits* (aaO § 275 ABGB Rz 16) darauf ab, ob eine dritte Person für die Erledigung der Angelegenheiten vernünftigerweise professionelle rechtliche Beratung oder Vertretung suchen würde, etwa im Fall der Prozessführung oder der Geltendmachung rechtlicher Ansprüche. *Weitzenböck* (aaO § 275 ABGB Rz 2) meint, dass für die Ausübung der Vertretung nur dann „vorwiegend“ Rechtskenntnisse erforderlich sind, wenn neben Angelegenheiten, die ein Großteil der Bevölkerung üblicherweise zu besorgen hat, Angelegenheiten anstehen, in denen sich der „Durchschnittsmensch“ fachliche Beratung einholt, etwa ein anhängiges gerichtliches Verfahren, ein Schadensereignis, Streitigkeiten mit Nachbarn oder Vertragspartnern etc. Nach Ansicht von *Stefula* (aaO § 275 ABGB Rz 3) steht allerdings selbst ein anhängiges gerichtliches Verfahren, in dem ein Durchschnittsmensch fachliche Beratung einholen würde oder gar Anwaltpflicht herrscht, dem Ablehnungsrecht nicht unbedingt entgegen, weil uU andere zu besorgende Angelegenheiten überwiegen, die nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordern. Bei der Beurteilung, ob Angelegenheiten zu besorgen sind, für die vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind, kommt dem Gericht stets ein Ermessensspielraum zu ([RS0117452](#) [T2]). Die

Vorinstanzen haben den ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraum hier allerdings überschritten, wie der Revisionsrekurswerber richtig aufzeigt: Die vom Rekursgericht genannten Vorfälle legen nahe, dass der Betroffene – wie im Übrigen auch der bisherige Erwachsenenvertreter einräumt – eher einen Erwachsenenvertreter mit einer sozialpädagogischen oder psychologischen als einer juristischen Ausbildung benötigt. Derzeit gibt es weder eine Angelegenheit, die von einer Person ohne juristische Ausbildung nicht eigenständig erfüllt werden könnte, noch ist eine solche konkret abzusehen. Allein der Umstand, dass der Betroffene immer wieder Handlungen setzt, die Verfahren jeglicher Art nach sich ziehen könnten, steht einer Ablehnung nach § 275 Z 1 ABGB nicht entgegen. Das mit dem 2. ErwSchG neu statuierte Ablehnungsrecht würde unterlaufen, wollte man die bloß abstrakte Möglichkeit, dass in Zukunft Prozesse und Verfahren anfallen, für die Schlussfolgerung genügen lassen, dass zur Besorgung der Angelegenheiten des Betroffenen vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind. Vielmehr müssen diese Angelegenheiten aktuell oder in naher Zukunft zu besorgen sein (vgl dazu auch das Erfordernis der „gegenwärtig zu besorgenden“ Angelegenheiten nach § 272 Abs 1 ABGB). Das ist hier nicht der Fall. Da die Vorinstanzen dem Revisionsrekurswerber zu Unrecht eine Berufung auf das Ablehnungsrecht nach Z 1 des § 275 ABGB verwehrt haben, ist dem Revisionsrekurs Folge zu geben, ohne dass auf den weiters geltend gemachten Ablehnungsgrund nach Z 3 leg cit eingegangen werden müsste.

Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren, sofern es an der Übertragung der Erwachsenenvertretung festhält, einen anderen Erwachsenenvertreter als den Revisionsrekurswerber zu bestellen haben. Aufgrund der Sachlage ist vorrangig an eine/n Sozialarbeiter/in als geeignete Person zu denken, sofern er/sie mit der Bestellung einverstanden ist (§ 274 Abs 4 letzter Fall ABGB). Hilfsweise müsste auf einen Angehörigen eines einschlägigen Rechtsberufs zurückgegriffen werden, der von seinem Ablehnungsrecht keinen Gebrauch machen will oder dem – wegen Eintragung in die von den Kammern zu führenden Listen dafür besonders geeigneter Rechtsanwälte oder Notare – ein solches nicht zusteht.

Zur Entscheidung

4Ob114/22a (Unzumutbarkeit der Übernahme einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung)

Rechtsanwälte müssen auch nach § 275 ABGB idF des 2. ErwSchG ([BGBl I 2017/59](#)) gerichtliche Erwachsenenvertretungen grundsätzlich übernehmen, sofern nicht ein in dieser Bestimmung genannter Ablehnungsgrund vorliegt ([6 Ob 143/19a](#); [RS0123440](#) [T12]). Dazu gehört gemäß Z 3 auch, dass dem Rechtsanwalt die Bestellung zum Erwachsenenvertreter unter Berücksichtigung seiner persönlichen, familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse nicht zugemutet werden kann. Dies wird bei mehr als fünf gerichtlichen Erwachsenenvertretungen (widerleglich) vermutet. Ob die vom Rechtsanwalt behaupteten Umstände die Übernahme der konkreten

Erwachsenenvertretung tatsächlich unzumutbar machen, wirft grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage nach § 62 Abs 1 AußStrG auf ([RS0123440](#) [T9]). Der Rechtszug an den Obersten Gerichtshof ist daher nur dann eröffnet, wenn die zweite Instanz bei Beurteilung dieses Einzelfalls von den allgemeinen Grundsätzen abgewichen ist und so ihren Ermessensspielraum überschritten hat, oder wenn ihr in anderer Weise eine krass fehlerhafte Ermessensübung unterlaufen ist, die im Interesse der Wahrung der Rechtssicherheit einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedarf (vgl [RS0108756](#) [T2]). Nach der Rechtsprechung begründet nur eine konkret geltend zu machende, individuelle und extreme berufliche Belastung eine Unzumutbarkeit iSd § 275 Z 3 ABGB ([RS0123440](#) [T6, T8]). Dabei setzt sie die Latte sehr hoch an, um den Gesetzeszweck einer raschen Fürsorge für die Betroffenen zu gewährleisten ([3 Ob 20/12f](#); [3 Ob 19/08b](#)). So wurde etwa bei folgenden Belastungsszenarien die Bestellung zum Erwachsenenvertreter noch als zumutbar angesehen: Wenn der Rechtsanwalt schon zwei Sachwalterschaften und „zahlreiche“ Verfahrenshilfen übernommen hat ([3 Ob 19/08b](#)); wenn ein Familienvater 10 bis 12 Stunden täglich als Rechtsanwalt arbeitet und zum Erwachsenenvertreter einer „höchst gefährlichen Person“ bestellt werden soll ([3 Ob 55/16h](#)); wenn der Rechtsanwalt bereits drei aufwändige Sachwalterschaften übernommen hat und auch in den Abendstunden und am Wochenende arbeitet, wobei eine private Hausverwaltung 50 % seiner Arbeitszeit in Anspruch nimmt ([3 Ob 124/16f](#)); wenn der Erwachsenenvertreter die Rechtsanwaltschaft allein und ohne Sekretariat ausübt ([3 Ob 20/12f](#)); oder wenn der Rechtsanwalt bereits das Alter überschritten hat, bis zu dessen Erreichung Arbeitspflicht im Lichte der Altersversorgung nach § 50 RAO besteht ([5 Ob 70/12y](#)).

Im Lichte dieser Rechtsprechung wird im Rechtsmittel keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung aufgezeigt, wenn die Vorinstanzen die Bestellung des Rechtsmittelwerbers zum Erwachsenenvertreter für zumutbar hielten, obwohl zwei langjährige Mitarbeiterinnen aus seiner Kanzlei ausgeschieden seien; er als geschäftsführender Gemeinderat in seiner Heimatgemeinde tätig sei; und er derzeit eine seit Anfang 2022 bestehende Sprechstelle aufbaue. Richtig zeigt der Revisionsrekurswerber auf, dass auch eine große Entfernung zwischen der ausgewählten und der vertretenen Person (und daraus etwa resultierende hohe Kosten oder besondere Beschwerden in der Ausübung der Vertretung) die Unzumutbarkeit begründen kann (RV 1420 BlgNR 22. GP 13; *Weitzenboeck in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar5 [2018] § 275 Rz 5). Jedoch ist in der Annahme der Zumutbarkeit trotz rund 45 Autominuten Wegzeit je Fahrtrichtung im ländlichen Raum noch keine krass fehlerhafte Ermessensübung der Vorinstanzen zu erblicken, zumal die Vertretung in finanziellen, behördlichen und rechtsgeschäftlichen Belangen – etwa mit einem Nachsendeauftrag an die Adresse des Erwachsenenvertreters – voraussichtlich auch ohne häufiges Aufsuchen des Hauses des dementen Betroffenen bewerkstelligt werden kann.

[Zur Entscheidung](#)

8Ob115/21a (mangels Antrags auf Übertragung der Erwachsenenvertretung durch den Betroffenen (oder einer sonst legitimierten Person) besteht keine Parteistellung von Angehörigen)

Der erkennende Senat hat jüngst in der Entscheidung [8 Ob 119/20p](#) (NZ 2021, 517 [zust *Ganner*]) klargestellt, dass Angehörige nach wie vor kein Recht darauf haben, durch Antragstellung ein Erwachsenenschutzverfahren einzuleiten. Sie haben genauso kein Recht, einen Antrag auf Übertragung der Erwachsenenvertretung auf eine andere Person zu stellen. Aus dem Rekursrecht der Angehörigen nach § 127 Abs 3 iVm § 128 AußStrG ist kein solches Antragsrecht abzuleiten. Ein Angehöriger kann eine Umbestellung bloß anregen. Darüber muss das Gericht nicht zwingend mit Beschluss entscheiden, sondern es kann auch einen Aktenvermerk verfassen, wenn es der Anregung nicht nähertritt. Gegen einen solchen Aktenvermerk besteht kein Rekursrecht des Angehörigen. Die – hier interessierende – Frage, ob auch ein Beschluss des Gerichts, mit dem eine rechtskräftig bestellte Erwachsenenvertretung unverändert belassen wird, einer „Entscheidung über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters“ gleichzuhalten ist, gegen die nach § 128 Abs 1 AußStrG in sinngemäßer Anwendung des § 127 Abs 3 leg cit ein Rekursrecht naher Angehöriger „im Hinblick auf die Person des gerichtlichen Erwachsenenvertreters“ besteht, wurde in diesem Zusammenhang ausdrücklich offen gelassen.

Die Rechtsmittellegitimation der in § 127 Abs 1 AußStrG genannten Angehörigen „im Hinblick auf die Person des gerichtlichen Erwachsenenvertreters“ gilt zwar nach § 127 Abs 3, § 128 Abs 1 AußStrG auch für den Fall, dass das Erstgericht einen Antrag auf Übertragung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung abweist ([RS0132952 = 7 Ob 136/19d](#); [8 Ob 119/20p](#)). Den Entscheidungen [8 Ob 164/18b](#) und [7 Ob 136/19d](#) lag allerdings jeweils ein Antrag der betroffenen Person selbst zugrunde, den das Erstgericht in beiden Fällen abwies. Im Anlassfall liegt aber gerade kein Antrag einer legitimierten Person vor. Das Erstgericht war daher auch nicht zur Fällung eines Beschlusses über das Unterbleiben einer Umbestellung verhalten, sondern hätte das Verfahren genauso gut mittels Verfügung nach § 128 Abs 1 iVm § 122 Abs 2 AußStrG einstellen können (vgl [8 Ob 119/20p](#)). Die Rekurslegitimation eines nahen Angehörigen kann nun nicht von der vom Gericht gewählten Entscheidungsform abhängen. Es besteht auch kein Grund, einer Person, die mangels Antragsrechts keine förmliche Entscheidung herbeiführen kann, eine Rechtsmittellegitimation für den Fall zuzuerkennen, dass das Gericht (statt einer Einstellungsverfügung) doch einen Beschluss fasst, mit dem es – wie hier – festhält, dass kein Bedarf für eine Übertragung der gerichtlichen Erwachsenenvertretung besteht. Die Rechte der Angehörigen und Dritter sind – wie *Ganner* (NZ 2021, 519 f) zutreffend betont – immer aus dem Blickwinkel der vertretenen Person zu beurteilen. Ein Eigeninteresse Angehöriger oder Dritter ist

im Erwachsenenschutz grundsätzlich nicht zu beachten. Ein Rechtsschutzdefizit für die betroffene Person ergibt sich im Hinblick auf deren eigenes Antragsrecht nicht, das mit einer Entscheidungspflicht des Gerichts und – wie zu [7 Ob 136/19d](#) dargestellt – einer Rekurslegitimation naher Angehöriger auch bei Antragsabweisung einhergeht. Hingegen haben nahe Angehörige bei Unterbleiben der Umbestellung in einem bloß über ihre Anregung eingeleiteten Verfahren keine Rechtsmittellegitimation.

[Zur Entscheidung](#)

6Ob137/22y (Übertragung der Zuständigkeit bei Trennung der Geschwister)

Der Rekurs ist teilweise, nämlich hinsichtlich A*, berechtigt. Aus dem Pflegschaftsakt ergibt sich weiters, dass die mj N* nach eigener Aussage seit Jahren keinen Kontakt mit ihrer Mutter hat und einen solchen offensichtlich auch in Zukunft ablehnt (Protokoll vom 21. 2. 2022, ON 131).

Rechtlich folgt: Betreffend N* sind pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen in Zukunft nicht mehr zu erwarten, weil das Obsorgeverfahren mittlerweile rechtskräftig im Sinn der Minderjährigen beendet ist, sie einen Kontakt mit der Mutter ablehnt und ein Kontaktrechtsantrag der Mutter nicht vorliegt. Selbst wenn die Mutter einen Kontaktrechtsantrag stellen sollte, könnte diesem angesichts des Alters von N* (15) und deren ablehnender Haltung kaum ein Erfolg beschieden sein (vgl [6 Ob 173/00k](#)).

Für die im Sprengel des Bezirksgerichts Floridsdorf bei der Mutter wohnhafte A* (13) hingegen ist der Kontaktrechtsantrag des Vaters offen. Für diese Minderjährige ist somit die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Floridsdorf zweckmäßiger. Im Allgemeinen ist zwar die Pflegschaft für mehrere aus derselben Ehe stammende Kinder bei einem Gericht zu führen ([RS0047074](#) [T2, T3]). Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Eine Trennung der Obsorgeverfahren von Geschwistern ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie kann etwa dann erfolgen, wenn wegen der vom Pflegschaftsgericht zu regelnden Fragen und des Alters der Kinder ein wechselseitiges Abstimmen von Maßnahmen oder ein besonderer Informationsaustausch nicht mehr im Vordergrund steht ([RS0047074](#) [T17]). So wurde die Trennung etwa auch dann für berechtigt erachtet, wenn – wie hier – sich die Lebensmittelpunkte der Geschwister in verschiedenen Bezirksgerichtssprengeln befanden, sich die Minderjährigen in fortgeschrittenem Alter befinden und ein wechselseitiges Abstimmen von Maßnahmen oder ein besonderer Informationsaustausch nicht im Vordergrund steht ([8 Nc 31/15y](#); [6 Nc 4/17s](#); [RS0047300](#) [T27], [RS0047074](#) [T17]).

Im vorliegenden Fall liegen somit die Voraussetzungen für die Trennung des Pflegschaftsverfahrens für beide Kinder und für die Übertragung an das Bezirksgericht Floridsdorf betreffend A* vor, weshalb der Rekurs der Mutter insoweit Erfolg hat.

[Zur Entscheidung](#)

2Ob62/22i (Verluste aus einem Bauherrenmodell verringern nicht die Unterhaltsbemessungsgrundlage, der dadurch erlangte Steuervorteil ist aber der Unterhaltsbemessungsgrundlage hinzuzurechnen)

Zur Entscheidung

1Ob225/21a (Besondere Gründe können Ausnahmen vom Grundsatz rechtfertigen, dass der Kontaktberechtigte das Kind abholt)

Die Mutter kritisiert in ihrem Rechtsmittel auch, dass sie die Kinder am Ende der Kontaktzeit beim Vater abholen muss. Sie beruft sich dazu auf einen Grundsatz, wonach der Kontaktberechtigte das Kind von dessen ständigem Aufenthaltsort abzuholen und dorthin zurückzubringen habe (vgl. [RS0048002](#)). In der Rechtsprechung sind jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz durchaus anerkannt (idS bereits [3 Ob 529/89](#); aus jüngerer Zeit etwa [1 Ob 181/20d](#) mwN), wobei vor allem wirtschaftliche und organisatorische Faktoren, die eine Regelung praktikabel machen, zu berücksichtigen sind, etwa bei weiteren Entfernungen das Transportproblem und der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand sowie berufliche Rücksichten der Eltern (vgl. [RS0048002](#) [T7]; [1 Ob 181/20d](#) mwN). Je umfangreicher die Betreuungszeiten des nicht hauptsächlich betreuenden Elternteils sind desto eher wird auch für den mit der „Übergabe“ eines Kindes verbundenen Aufwand eine ausgewogene Regelung anzustreben sein. Ob im Einzelfall Umstände vorliegen, die es rechtfertigen, dass das Kind dem „kontaktberechtigten“ Elternteil an dessen Wohnort übergeben oder von dort abgeholt wird, begründet typischerweise keine Rechtsfrage im Sinn des § 62 Abs 1 AußStrG ([RS0048002](#) [T8]).

Die Revisionsrekurswerberin behauptet zwar, dass es ihr als Ärztin nicht zumutbar sei, die Kinder einmal pro Woche beim Vater abzuholen, legt aber nicht dar, warum sie sich ihre Dienstzeiten – sie arbeitet an zwei Halbtagen pro Woche in der Ordination eines anderen Arztes mit – nicht entsprechend einteilen könnte. Sie übergeht auch, dass der Vater ebenfalls teilzeit berufstätig ist und sie – obwohl ihr die Obsorge gemeinsam mit diesem zusteht – (gegen seinen Willen) mit den Kindern aus der gemeinsamen Wohnung auszog und später in einen ca 90 km entfernten Ort übersiedelte. Da die Rechtsmittelwerberin auch nicht darlegt, warum es dem Wohl der Kinder widerspräche, wenn diese von ihr beim Vater abgeholt werden (vgl. [7 Ob 285/04v](#)), zeigt sie auch zur diesbezüglichen Anordnung durch die Vorinstanzen keine korrekturbedürftige Fehlentscheidung auf.

Zur Entscheidung

9Ob489/22g (Mischunterhalt auch bei Ehegatten)

Nach ständiger Rechtsprechung zum Kindesunterhalt sollen bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs im Ausland lebender Kinder eines im Inland wohnenden Elternteils die Unterhaltsbeiträge einerseits in einem angemessenen Verhältnis zu den durchschnittlichen Lebensverhältnissen und zur Kaufkraft im Heimatland der Kinder stehen und andererseits die Kinder am Lebensstandard des in Österreich lebenden Unterhaltsverpflichteten teilnehmen lassen ([RS0111899](#) [T1, T7]). In solchen Fällen ist nach der Rechtsprechung ein Mischunterhalt zu bilden, der sich nach den Bedürfnissen der Unterhaltsberechtigten und dem verbesserten Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen richtet. Gleichzeitig muss auch auf den Umstand Rücksicht genommen werden, dass im Aufenthaltsstaat des Unterhaltsberechtigten ein niedrigeres Kaufkraft- und Preisniveau besteht ([4 Ob 191/20x](#) [Rz 31] = EF-Z 2021/45 [zust *Nademleinsky*] = EvBl 2021/46 [zust *Deixler-Hübner*]). Nichts anderes kann umgekehrt gelten, wenn die Kinder in Österreich leben und es das Wohnsitzland des Unterhaltspflichtigen ist, in dem ein höheres Einkommens- und Preisniveau herrscht ([3 Ob 109/20f](#) [Rz 27 mwN]). Bei der Unterhaltsberechnung nach diesen Grundsätzen handelt es sich um eine Ermessensentscheidung des Gerichts ohne konkretes Berechnungssystem (vgl [RS0111899](#) [T12]; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht9, 148).

Diese zum Kindesunterhalt entwickelte Rechtsprechung zum Mischunterhalt wird auch auf den Ehegattenunterhalt angewandt (vgl [7 Ob 307/97s](#); EFSIlg 148.846; vgl *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.08 § 94 ABGB Rz 1/1). Unterhalt ist nicht starr mathematisch zu berechnen, sondern zu bemessen. Letztlich sind daher auch die besonderen Umstände des Einzelfalls für die Beurteilung, ob eine Unterhaltsfestsetzung angemessen ist, von Bedeutung ([RS0057284](#) [T11]; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB4 § 94 ABGB Rz 15 mwN).

Das Berufungsgericht hielt angesichts des unterschiedlichen Preisniveaus zwischen der Schweiz (Wohnort des Beklagten) und Österreich (Wohnort der Klägerin) einen Abzug in Höhe von 30 % von der Unterhaltsbemessungsgrundlage des Beklagten für angemessen. Damit werde ein angemessener Ausgleich zwischen dem hohen Einkommen des Unterhaltspflichtigen in einem Land mit um 52,9 % höheren Lebenshaltungskosten und den niedrigeren Lebenshaltungskosten der Unterhaltsberechtigten gefunden. Dabei werde auch angemessen berücksichtigt, dass der Kaufkraft-Index, der für 2019 für die Schweiz 110,7 und für Österreich 99,8 betrage, was bedeute, dass sich ein Durchschnittsbürger in der Schweiz angesichts des höheren Bruttonationaleinkommens pro Einwohner trotz der höheren Kosten immer noch um 10,9 % mehr leisten könne als jemand der in Österreich wohne. Von dem sich dann errechnenden Gesamteinkommen der Streitparteien stünden der Klägerin 36 %, abzüglich ihres Eigeneinkommens, zu.

Der vom Berufungsgericht vorgenommene Abzug von 30 % von der Bemessungsgrundlage ist nach der Lage des konkreten Falls vertretbar. Ein Vergleich mit der Höhe des in [8 Ob 30/16v](#) (unter Berücksichtigung einer „Erheblichkeitsschwelle“) vorgenommenen Abzugs ist aufgrund der unterschiedlichen Sachverhalte nicht vorzunehmen. Die in der Revision angesprochenen offenen Fragen im Zusammenhang mit der Bemessung des Mischunterhalts (vgl *Hiebl*, Mischunterhalt in der jüngeren Rechtsprechung, iFamZ 2018, 68) lassen einen Bezug zum konkreten Fall vermissen. Einer fallbezogenen Rechtsprechung zur Frage, ob bei der hier vorzunehmenden Unterhaltsbemessung auch zu berücksichtigen sei, dass er sein hohes Einkommen als Tierarzt in der Schweiz, das dreimal so hoch sei, wie das eines Tierarztes in Österreich, erst nach seiner Trennung von der Klägerin erzielt habe, bedarf es nicht. Für die Unterhaltsentscheidung nach § 94 ABGB kommt es für die Bemessung des Unterhalts für die Vergangenheit nicht auf die früheren, sondern auf die im jeweiligen Unterhaltszeitraum tatsächlich erzielten Einkünfte des Unterhaltspflichtigen bzw für die Bemessung des laufenden (künftigen) Unterhalts grundsätzlich auf dessen Leistungsfähigkeit im unmittelbar vorangegangenen Zeitraum an (vgl *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁹, 11 mwN).

1Ob78/22k (Wird ein Rechtsmittel des Betroffenen vom Erwachsenenvertreter nicht genehmigt, läuft die Aufteilungsfrist)

Die Genehmigung der bisherigen Prozessführung durch einen nach § 6a ZPO bestellten Erwachsenenvertreter im Passivprozess des Schutzberechtigten bedarf keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung. Das gilt auch dann, wenn sich die Genehmigung negativ auf dessen Erfolgsaussichten auswirkt ([RS0122225](#)). Auch die Erhebung von Rechtsmitteln durch den beklagten Schutzberechtigten ist von der Genehmigungspflicht befreit ([RS0048154](#) [T2]). Eine Genehmigung ist nach § 167 Abs 3 ABGB nur dann erforderlich, wenn eine Verfügung über den Verfahrensgegenstand an sich erfolgt. Darunter sind aktive Verfügungen des gesetzlichen Vertreters über den prozessgegenständlichen Anspruch zu verstehen, etwa durch Verzicht, Anerkenntnis oder Vergleich (dazu ausführlich [4 Ob 53/07h](#) mwN; [RS0049197](#) [T2]). Eine Außerstreitstellung oder das Unterlassen einer Prozesshandlung, insbesondere die Unterlassung der Rechtsmittelerhebung, sind keine solchen Dispositionshandlungen ([RS0049083](#); [4 Ob 158/16p](#)). Demgegenüber hat der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen, dass für einen Rechtsmittelverzicht eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist ([RS0049127](#); [10 ObS 135/06k](#)). Dies wird damit begründet, dass der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels die Bedeutung des Verzichts auf ein vor rechtskräftiger Entscheidung noch in Schwebe befindliches Recht habe ([1 Ob 148/16w](#)). In der Entscheidung [4 Ob 53/07h](#) wurde angemerkt, dass diese Rechtsprechung in

einem Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung stehe, dass das (bloße) Unterlassen von Rechtsmitteln keiner Genehmigung bedürfe.

Darauf braucht im konkreten Fall allerdings nicht weiter eingegangen zu werden: Die Erklärung des Erwachsenenvertreters, ein vom Schutzberechtigten persönlich eingebrachtes Rechtsmittel nicht zu genehmigen, ist nicht einem Rechtsmittelverzicht, sondern vielmehr der Unterlassung eines Rechtsmittels gleichzuhalten. Eine vom gerichtlichen Erwachsenenvertreter nach Durchführung eines Sanierungsversuchs nicht genehmigte außerordentliche Revision ist unwirksam (vgl. [1 Ob 193/18s](#) = [RS0035338](#) [T3]). Daran ändert nichts, dass der Erwachsenenvertreter das Rechtsmittel „hilfsweise“ auch noch zurückgezogen hat.

Es ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass das Rekursgericht davon ausgegangen ist, dass die Erklärung des Erwachsenenvertreters vom 9. 10. 2019 keine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erforderte.

Nur rechtzeitig erhobenen, zulässigen Rechtsmitteln kommt eine den Eintritt der Rechtskraft verhindernde Wirkung zu ([8 Ob 702/86](#)). Das ist bei der mangels Genehmigung unwirksamen außerordentlichen Revision des beklagten Ehemanns vom 14. 7. 2014 nicht der Fall.

Allerdings ist zu beachten, dass der Beschluss des Erstgerichts im Scheidungsverfahren vom 25. 6. 2014 nach § 68 Abs 1 ZPO, mit dem die dem Beklagten bewilligte Verfahrenshilfe zur Gänze für erloschen erklärt wurde, die im Lauf befindliche Notfrist für die Erhebung einer außerordentlichen Revision unterbrochen hat. Diese Frist hat mit Rechtskraft des Erlöschungsbeschlusses (genauer: mit 0 Uhr des dem Eintritt der Rechtskraft folgenden Tags) neuerlich zu laufen begonnen (*M. Bydlinski in Fasching/Konecny* 3 II/1 § 68 ZPO Rz 28). Die den erstinstanzlichen Beschluss bestätigende Entscheidung des Rekursgerichts wurde dem Erwachsenenvertreter am 11. 6. 2019 zugestellt. Daraus folgt, dass die Revisionsfrist am 10. 7. 2019 abgelaufen und das Scheidungsurteil mit diesem Tag in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Abweisung des erst am 21. 12. 2020 eingebrachten Aufteilungsantrags durch die Vorinstanzen als verspätet erweist sich daher auch unter Berücksichtigung des am 11. 12. 2020 hierfür gestellten Verfahrenshilfeantrags als nicht korrekturbedürftig.

[Zur Entscheidung](#)

1Ob66/22w (Einbeziehung ehelicher Wertschöpfung auf eingebrachter Liegenschaft)

Die reale Einbeziehung einer gemäß § 82 Abs 1 Z 1 EheG an sich ausgenommenen Liegenschaft in die Aufteilungsmasse ist dann geboten, wenn der Wert der während der aufrechten ehelichen Gemeinschaft getätigten Investitionen und/oder der Schuldtilgung für im Zusammenhang mit ihrem Erwerb oder wertsteigernden Aufwendungen stehenden oder darauf lastenden Verbindlichkeiten mit in der Ehe erwirtschafteten Mitteln, also die eheliche Wertschöpfung, den „reinen“ Wert der

Liegenschaft zum Zeitpunkt der Eheschließung abzüglich der damals bestehenden konnexen Schulden klar überwiegt ([1 Ob 55/19y](#); vgl [RS0057681](#)).

Im vorliegenden Fall ziehen die Streitparteien die Beurteilung des Rekursgerichts – zu Recht – nicht in Zweifel, dass die Liegenschaft gemäß § 82 Abs 1 Z 1 EheG nicht der Aufteilung unterliegt, deren Erwerb zur Gänze mit Geldgeschenken der Mutter des Antragstellers finanziert wurde (vgl [RS0057305](#)) und deren Wertsteigerung durch den Einsatz „ehelicher“ Mittel keinesfalls überwiegt. Im Rahmen der Aufteilung sind allerdings die von den Ehepartnern auf die Liegenschaft gemachten, wertsteigernden Aufwendungen – wie faktische oder finanzielle Investitionen ([1 Ob 262/15h](#) mwN) – zu berücksichtigen ([RS0057308](#)). Dies gilt aber nur insoweit, als sie aus während der Ehe erworbenen Mitteln finanziert wurden und zum maßgeblichen Aufteilungszeitpunkt noch im Wert der Liegenschaft fortwirken ([RS0057363](#) [T9]). Eine nicht auf Investitionen und Arbeitsleistungen der Ehegatten zurückzuführende Wertsteigerung einer nicht der Aufteilung unterliegenden Liegenschaft ist nicht als eheliche Errungenschaft anzusehen ([1 Ob 139/15w](#)). Der Oberste Gerichtshof hat daher klargestellt, dass während der Ehe erzielte Wertsteigerungen von nach § 82 Abs 1 Z 1 EheG von der Aufteilung ausgenommenen Liegenschaften nicht in die Aufteilungsmasse einzubeziehen sind, wenn diese auf die allgemeine Preisentwicklung (zB steigender Immobilienpreis) und nicht auf gemeinsame Leistungen der Ehegatten zurückzuführen sind ([RS0057486](#) [T8, T10]; ebenso *Stabentheiner/Pierer in Rummel/Lukas*, ABGB4 § 82 EheG Rz 9; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB4 § 82 EheG Rz 13; *Deixler-Hübner in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR2 § 82 EheG Rz 10).

Ausgehend vom teils außer Streit gestellten, teils festgestellten Sachverhalt wurden für die Anschaffung der Liegenschaft samt Haus und dessen Sanierung (Ankauf und Sanierung beruhen hier erkennbar auf einem einheitlichen Entschluss; vgl dazu [RS0057490](#) [T15]) insgesamt rund 425.500 EUR aufgewendet (und zwar 320.445,66 EUR Kaufpreis inklusive Nebengebühren und 105.000 EUR Sanierungskosten). Nur rund 5.000 EUR an Nebengebühren wurden nach den Feststellungen vom Konto der Antragsgegnerin überwiesen. Der Rest der Erwerbskosten von rund 315.500 EUR stammte also (auch nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin, die ihre Behauptung, 80.000 EUR seien von ihrer Seite in den Ankauf geflossen, zuletzt nicht mehr aufrecht hielt) von der Mutter des Antragstellers. Dem Antragsteller ist weiters die von ihm alleine übernommene, zum Aufteilungsstichtag noch offene Kreditverbindlichkeit von rund 73.000 EUR zuzurechnen, weil, soweit damit wertsteigernde Investitionen finanziert wurden, die Wertschöpfung erst mit Rückzahlung des Kredits eintritt. Unter Zugrundelegung dieser Beträge ergibt sich (im Verhältnis zu den gesamten Anschaffungskosten) eine – im weiteren Sinn (also einschließlich der aus Schenkungen stammenden Mittel) verstandene – „Einbringungsquote“ von (zum Nachteil des

Antragstellers abgerundet) 90 %. Daraus folgt, dass nur rund 10 % des unstrittigen Verkehrswerts der Liegenschaft zum Aufteilungszeitpunkt als eheliche Wertschöpfung der Aufteilung unterliegen, das sind 50.000 EUR. Davon ausgehend hat der Antragsteller eine Ausgleichszahlung von 25.000 EUR zu leisten, zu der er sich ohnehin bereit erklärt hat.

[Zur Entscheidung](#)

5Ob212/21v (Kein Zwischenantrag auf Feststellung des Bestandes einer Ehe im Aufhebungsverfahren)

[Zur Entscheidung](#)

1Ob99/22y (einvernehmliche Scheidung und doch Aufteilungsverfahren?)

Nach ständiger Rechtsprechung erstreckt sich ein Vergleich im Allgemeinen auch auf Fälle, an welche die Parteien nicht gedacht haben, aber nicht auf solche, an die sie nicht denken konnten ([RS0032453](#)). Ein anlässlich einer Ehescheidung abgeschlossener Vergleich erledigt daher im Zweifel alle aus dem Eheverhältnis entspringende, den Parteien bekannte Ansprüche ([RS0032478](#)). Entscheidend ist dabei, ob sie bei Vergleichsabschluss alle Vermögenswerte bedenken konnten ([RS0008464](#)) oder darüber in Unkenntnis waren ([RS0008463](#)).

Eine anlässlich der Scheidung über deren Folgen abgeschlossene Vereinbarung schließt die Antragstellung nach den §§ 81 ff EheG aber jedenfalls soweit aus, als die Vereinbarung reicht ([7 Ob 510/89](#)). Selbst wenn daher – wie der Antragsteller meint – in der Scheidungsvereinbarung keine vollständige Aufteilung erfolgt sein sollte, stünde das Aufteilungsverfahren lediglich zur Entscheidung über die noch offenen Ansprüche zur Verfügung ([5 Ob 43/07w](#)).

[Zur Entscheidung](#)

1Ob3/22f (Firmen PKW und Unterhaltsbemessungsgrundlage)

Naturalbezüge – wie insbesondere die private Nutzungsmöglichkeit eines Dienstkraftfahrzeugs – haben als Einkommensbestandteile in die Bemessungsgrundlage einzufließen ([RS0109238](#)). Dabei sind keine weitwendigen Ermittlungen anzustellen, um den Umfang der tatsächlichen privaten Nutzung eines solchen PKWs abzuklären, vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der vom Dienstgeber unbeanstandet verrechnete Wert des Sachbezugs den Gegebenheiten entspricht und somit einen entsprechenden Einkommensbestandteil bildet. Es kann solange von der lohnsteuerrechtlichen Bewertung ausgegangen werden, als es keine Hinweise dafür gibt, dass diese nicht den realen Gegebenheiten entsprechen ([6 Ob 109/21d](#) mwN).

Hier liegen keine Hinweise darauf vor, dass die Tatsachen, die der steuerlichen Ermittlung des Sachwerts (durch das Rekursgericht) zu Grunde lagen, nicht der Wahrheit entsprechen. Eine private

Nutzung des Firmenfahrzeugs wird vom Revisionsrekurswerber nicht in Abrede gestellt. Seine Behauptung, „der Sachbezug egalisiere sich mit den – auf Basis des amtlichen Kilometergeldes bemessenen – Fahrtkosten zu und vom Arbeitsplatz“, lässt nicht konkret erkennen, inwieweit der vom Rekursgericht angenommene Wert des vom Dienstgeber unbeanstandet verrechneten Sachbezugs keinen entsprechenden Einkommensbestandteil bilden sollte. Dass das Fahrzeug vom Vater primär für Fahrten von und zum Arbeitsort genutzt wird, hat das Rekursgericht (in Anlehnung an die Rechtsprechung, wonach sich die Unterhaltsbemessungsgrundlage – bei Benützung eines eigenen Fahrzeugs – um 50 % des Kilometergeldes sowie eines weiteren Abzugs für fiktive Kosten einer Nahverkehrskarte vermindere; vgl [3 Ob 118/21f](#) mwN) ohnehin berücksichtigt, worauf der Revisionsrekurswerber aber nicht eingeht, sodass er auch dazu keine erhebliche Rechtsfrage aufzeigt. Aus der von ihm ins Treffen geführten Entscheidung [3 Ob 351/97g](#), in der unter anderem dargelegt wurde, dass es sich beim Sachbezug für die private Nutzung eines Dienstfahrzeugs um keinen Aufwandsersatz handelt, ist für ihn nichts zu gewinnen; ebensowenig aus der im Revisionsrekurs genannten Entscheidung zu [10 ObS 158/17h](#), wo darauf hingewiesen wurde, dass grundsätzlich davon auszugehen sei, dass ein vom Dienstgeber verrechneter Wert des Sachbezugs „den Gegebenheiten“ entspricht und daher einen entsprechenden Einkommensbestandteil bildet.

Zur Entscheidung

7Ob121/22b (rechtswidrig erlangtes Beweismittel bei GewaltschutzEV zulässig)

In [2 Ob 272/97g](#) ging der Oberste Gerichtshof davon aus, dass die Verletzung eines Beweisverwertungsverbots durch das Berufungsgericht an sich keine Nichtigkeit und keine Mangelhaftigkeit im Sinn des § 503 Z 2 ZPO begründe. Die grundsätzliche Frage, wie rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess zu behandeln sind, konnte unbeantwortet bleiben.

In [4 Ob 247/99y](#) legte der Oberste Gerichtshof unter Bezugnahme auf Vorjudikatur und Lehre dar, dass in einem Zivilverfahren, in dem nach dem Gang des Verfahrens ein Prozessbetrugsversuch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden könne und trotz einer Vielzahl von aufgenommenen Personalbeweisen – einschließlich der Vernehmung der Streitparteien – der Beweiswert dieser Beweismittel offenbar sehr dürftig sei, eine Notwehrsituation vorliege, in der – auch wenn man die Vornahme einer Interessenabwägung für notwendig erachte – die Zulässigkeit des beantragten – allenfalls auch rechtswidrig erlangten – Beweismittels (Abhörung eines Tonbands) zu bejahen sei.

Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung gelangte der Oberste Gerichtshof in [3 Ob 131/00m](#) zum Ergebnis, dass eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme nach entsprechender Interessenabwägung nur in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Verfolgung überragender berechtigter Interessen) in einem Rechtsstreit verwendet werden dürfte. Gäbe es im Prozess weitere Beweismittel wie beispielsweise Zeugen, stelle die Rechtsansicht des

Rechtsmittelgerichts, dass Rechtsfertigungsgründe für die geheime Tonbandaufnahme nicht vorlägen, keine Fehlbeurteilung dar.

Ausführlich beschäftigte sich [6 Ob 190/01m](#) mit der Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel. Der in seinem Recht auf das Wort Verletzte habe grundsätzlich einen Anspruch auf Unterlassung der Verwertung rechtswidrig erlangter Tonaufzeichnungen. Benötige eine Partei derartige Beweismittel unbedingt in einem Verfahren infolge Beweisnotstands, sei eine Güter- und Interessenabwägung vorzunehmen. Für die Annahme eines rechtfertigenden Beweisnotstands reiche nicht schon das allgemeine Interesse jeder Partei, über ein besonderes beweiskräftiges Beweismittel zu verfügen. Dem Beweisführer obliege der Beweis, dass er die Tonaufzeichnung bei sonstiger Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs benötige und dass der von ihm verfolgte Anspruch und seine subjektiven Interessen höherwertig seien, als die bei der Erlangung des Beweismittels verletzte Privatsphäre des Prozessgegners. Unter Hinweis auf dem Beweisführer zur Verfügung stehende andere Beweismittel – darunter auch das Transkript der Tonaufzeichnung – gab der Oberste Gerichtshof dem Begehren auf Unterlassung der Verwertung der rechtswidrig erlangten Tonaufzeichnung statt.

In [1 Ob 172/07m](#) und [3 Ob 16/10i](#) gelangte der Oberste Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass jedenfalls bei Transkripten solcher (rechtswidriger) Tonaufnahmen für die prozessuale Verwertbarkeit eine Interessenabwägung nicht vorzunehmen ist.

In der Entscheidung [4 Ob 139/17w](#) ging der Oberste Gerichtshof davon aus, dass es in besonderen Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Verfolgung überragender Interessen) zulässig sei, auch rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahmen jedenfalls dann zu verwenden, wenn nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass ein Prozessbetrugsversuch des Prozessgegners vorliegt.

In [6 Ob 16/18y](#) sprach der Oberste Gerichtshof zu § 50a DSG (der durch [BGBl I Nr 120/2017](#) mit 24. 5. 2018 außer Kraft gesetzt wurde; nunmehr enthalten die §§ 12, 13 DSG die Regelungen zur Bildverarbeitung) aus, dass die Videoüberwachung eines Servitutswegs zur Gewinnung von Beweismitteln nicht rechtmäßig sei, da dies unter keinen der gesetzmäßigen Gründe für einen Eingriff in das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen fällt und § 50a Abs 3 und 4 DSG die Beweissicherung für einen Zivilrechtsstreit nicht explizit nenne. Der Oberste Gerichtshof hielt allerdings weiters fest, dass aus dem Umstand der Unzulässigkeit für die (nicht zu beurteilende) Verwertbarkeit von Aufnahmen einer privaten Videoüberwachung als Beweismittel in einem Zivilprozess nichts abzuleiten ist.

In der ZPO sind Beweisverwertungsverbote nicht geregelt. Sie und die Notwendigkeit einer Interessenabwägung werden von der herrschenden Lehre – zur Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO – nicht befürwortet (vgl *Rechberger in Fasching/Konecny*³ III/1 Vor § 266 ZPO Rz 70 [Stand 1. 8. 2017, rdb.at]; *Rechberger/Klicka*, Kommentar zur ZPO⁵ [2019] Vor § 266 Rz 24

mwN; *Werderitsch*, DSGVO: Beweisverwertungsverbot auf Umwegen, RdW 2021, 242; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht Vorbemerkungen zu §§ 266 ff ZPO Rz 29 f [Stand 1. 9. 2020, rdb.at]). Dies fußt auf der sogenannten Trennungsthese, wonach der Schutzzweck jener Normen, welche die Gesetzwidrigkeit einer Beweismittelerlangung begründen, nicht in das Zivilprozessrecht hineinreicht und ein Beweisverwertungsrecht der Wahrheitspflicht und der abschließenden Regelung der ZPO entgegensteht; zudem soll das Gericht nicht gezwungen sein, sehenden Auges ein falsches Urteil zu fällen (*Klicka*, Beweis-(verwertungs-)verbote im Arbeitsrecht? ZAS 2020/4; *Werderitsch* aaO, *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren, Zugleich ein Beitrag zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel (Teil II) ÖJZ 2001, 334 ff). [6 Ob 16/18y](#) wird dahin verstanden, dass ein Verstoß gegen das DSG kein Beweisverwertungsverbot der rechtswidrig erlangten Aufnahme im Zivilprozess nach sich zieht (vgl *Werderitsch* aaO, *Klicka* aaO).

Zusammengefasst folgt, dass nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO kein generelles Beweisverwertungsverbot rechtswidrig erhaltener Beweismittel bestand. Fraglich ist, ob das Inkrafttreten der DSGVO die dargelegten Grundsätze beeinflusst:

[Art 6 Abs 1 DSGVO enthält eine erschöpfende und abschließende Liste von sechs Fällen, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig gilt. Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ermöglicht die Verarbeitung personenbezogener Daten in „Gleichordnungsverhältnissen“ unter Privaten, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen eines Verantwortlichen oder eines Dritten (vgl Art 4 Z 10) erforderlich ist. Diese berechtigten Interessen stellen jedoch dann keine ausreichende Begründung für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung dar, wenn die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Im Kern ist eine Abwägung der berührten Interessen (Interessenabwägung) im Einzelfall vorzunehmen, wobei auch zu prüfen ist, ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird. Fällt diese Interessenabwägung zu Gunsten des Verantwortlichen oder eines Dritten aus, ist die Verarbeitung grundsätzlich zulässig (*Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 49 ff [Stand 7. 5. 2020, rdb.at]).

Art 9 Abs 2 lit f DSGVO ermöglicht die Verarbeitung sensibler Daten bei der Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit. Durch diese Regelung soll vermieden werden, dass ein Rechtsanspruch vor Gerichten, in einem Verwaltungsverfahren oder außergerichtlich nicht geltend gemacht werden kann (und damit letztlich nicht durchsetzbar ist) oder die Verteidigungsposition geschwächt wird, weil dies ohne die Verarbeitung (insb der Offenlegung im Verfahren) sensibler Daten einer anderen

Person nicht möglich ist. Gleichzeitig wird normiert, dass auch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit sensible Daten verarbeiten (insb erheben, erfassen, speichern und – sofern erforderlich – auch anderen Verfahrensbeteiligten offenlegen) dürfen. Dabei ist das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit (gegebenenfalls im Rahmen einer Interessenabwägung) zu beachten, auch wenn bei strittigen Ansprüchen die Erforderlichkeit spezifischer Daten unklar sein kann. Insofern sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen, es bedarf jedoch einer plausiblen Begründung der Beweiserheblichkeit, um zu verhindern, dass irrelevante, aber höchstspezifische Daten in das Verfahren verstrickt werden (*Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* aaO Art 9 Rz 44 ff).

In der Entscheidung [6 Ob 16/21b](#), die nach Inkrafttreten der DSGVO erging, ohne auf diese explizit Bezug zu nehmen, war die Frage zu klären, ob die Zulässigkeit der Verwendung von Aufnahmen (Lichtbild- und Tonaufnahmen) als Beweismittel als Ausnahme vom Unterlassungsgebot auch im Spruch ausdrücklich zum Ausdruck gebracht werden muss. Der Oberste Gerichtshof lehnte ein allgemeines Beweisverwertungsverbot im Ergebnis ab, da die Zulässigkeit eines Beweisvideos stets im jeweiligen Anlassverfahren zu beurteilen sei, wofür nicht zuletzt spreche, dass die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfließenden Befugnisse grundsätzlich nicht soweit reichten, die Wahrheitsfindung im Prozess zu verhindern.

Klicka (Beweis-(verwertungs-)verbote im Arbeitsrecht? ZAS 2020/4) nimmt an, dass sich durch das Inkrafttreten der DSGVO nichts geändert habe. Auch sie regle nur die Frage, ob eine Datenverarbeitung rechtmäßig oder rechtswidrig sei und enthalte keine Aussagen zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidriger Datenverwendung im Zivilprozess. Die DSGVO enthalte auch keine normative Grundlage, dass eine rechtswidrige Datenverarbeitung ein zivilprozessuales Beweisverwertungsverbot nach sich ziehe.

Auch nach *Rechberger/Klicka* ZPO⁵ Vor § 266 Rz 24) stehe die DSGVO der Verwertung von Beweismittel nicht entgegen. Art 6 Abs 1 lit f DSGVO führe zwar eine Interessenabwägung ein, die Verarbeitung personenbezogener Daten sei danach zulässig, sofern sie zur Wahrung der berechtigten Interessen erforderlich sei und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen. Freilich seien diese Interessenabwägungen im Rahmen der DSGVO, bei der es um die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Beweiserlangung gehe, und die allenfalls gebotene Interessenabwägung im Rahmen des Beweisverwertungsverbots voneinander zu unterscheiden. Für die Rechtsprechung liege ein solches berechtigtes Interesse unter anderem dann vor, wenn die Datenverwendung für die Rechtsdurchsetzung erforderlich sei. Die Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels werde daher jedenfalls dann zulässig sein, wenn die weitere Interessenabwägung dieses Ergebnis stütze. Allerdings ordne Art 9 Abs 2 lit f DSGVO für sensible Daten sogar ausdrücklich die Zulässigkeit der Datenverwertung zu Zwecken der Rechtsverfolgung

oder Rechtsverteidigung und für die rechtsprechende Tätigkeit der Gerichte nach Maßgabe der Erforderlichkeit an. A maiori ad minus müsse dies ebenso für allgemeine Daten gelten.

Zwettler, Rechtliche Konsequenzen der Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel?, *ecolex* 2019, 8, gelangt entsprechend dem bislang herrschenden Meinungsstand zum Ergebnis, dass die Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilverfahren auch nach der DSGVO regelmäßig zulässig sein werde. Zu beachten sei aber, dass eine Interessenabwägung vorzunehmen sei, wobei die Datenverarbeitung nur unzulässig sei, wenn das Geheimhaltungsinteresse der vom Eingriff betroffenen Person überwiege. Maßgeblich werde im Allgemeinen einerseits die Natur der betroffenen Daten sein, somit die Frage wie ausgeprägt das Interesse ist, dass diese nicht verbreitet werden. Andererseits müsste die vorlegende Partei abwägen, ob ihr (zumutbare) Alternativen – somit andere – Beweismittel zur Verfügung stehen und ob ihr Interesse am Prozessserfolg allenfalls außer Verhältnis zum Eingriff in das Recht auf Datenschutz stehe.

Werderitsch (DSGVO: Beweisverwertungsverbot auf Umwegen? *RdW* 2021, 243 ff) vertritt ebenfalls die Auffassung, die DSGVO wolle das Beweisverfahren vor den Gerichten nicht regeln. Mit *Rechberger/Klicka* (aaO) sei davon auszugehen, dass dann, wenn sogar sensible Daten zugunsten der Rechtspflege verarbeitet werden dürften (Art 9 Abs 2 lit f DSGVO), dies umso mehr für allgemeine, nicht sensible Daten gelten müsse. Die Wortfolge „wenn sie ...erforderlich ist“ könnte zwar auch hier auf eine Interessenabwägung hindeuten. Dies sei aber insoweit entschärft, als sowohl in Lehre als auch Rechtsprechung Einigkeit bestehe, dass diese Grenze der „Erforderlichkeit“ iSd Art 9 Abs 2 lit f DSGVO aufgrund ihrer Bedeutung für die rechtsstaatliche Durchsetzung von Ansprüchen nicht allzu streng zu handhaben sei. Eine Interessenabwägung im klassischen Sinn sei im Rahmen dieser Bestimmung nicht geboten. Von solchen Extremfällen abgesehen, lasse die DSGVO die Datenverarbeitung im Rahmen eines Zivilprozesses ausdrücklich zu. Ein Unterschied zwischen rechtmäßig und rechtswidrig erlangten Beweismitteln ergebe sich aus der DSGVO nicht; die Verordnung wolle vielmehr die Beweisaufnahme und -verwertung in ihrer Gesamtheit nicht regeln und statuiere zumindest kein unmittelbares Beweismittelverbot.

Der erkennende Senat geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass auch nach Inkrafttreten der DSGVO kein generelles Beweisverwertungsverbot für nach den Datenschutzbestimmungen rechtswidrig erlangte Beweismittel besteht. Die Klärung der Frage der Notwendigkeit einer Interessenabwägung vor dem Hintergrund des Inkrafttretens der DSGVO in einem Provisorialverfahren zum Schutz vor Gewalt kann dahingestellt bleiben, weil eine solche hier jedenfalls zugunsten der Antragstellerin ausginge.

Nach § 382b Abs 1 EO hat das Gericht einer Person, die einer anderen durch einen körperlichen Eingriff, einer Drohung mit einem solchen oder ein die psychische Gesundheit erheblich beeinträchtigendes Verhalten das weitere Zusammenleben unzumutbar macht, auf deren Antrag

1. das Verlassen der Wohnung und deren unmittelbaren Umgebung aufzutragen und 2. die Rückkehr in die Wohnung und deren unmittelbaren Umgebung zu verbieten, wenn die Wohnung der Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses des Antragstellers dient.

Nach § 382c Abs 1 EO hat das Gericht einer Person, die einer anderen Person durch einen körperlichen Angriff, eine Drohung mit einem solchen oder ein die psychische Gesundheit erheblich beeinträchtigendes Verhalten das weitere Zusammentreffen unzumutbar macht, auf deren Antrag, 1. den Aufenthalt an bestimmt zu bezeichnenden Orten zu verbieten, 2. aufzutragen, das Zusammentreffen sowie die Kontaktaufnahme mit dem Antragsteller zu vermeiden und 3. zu verbieten, sich dem Antragsteller oder bestimmt zu bezeichnenden Orten in einem bestimmten Umkreis anzunähern, soweit dem nicht schwerwiegende Interessen des Antragsgegners zuwiderlaufen.

Zweck des Provisorialverfahrens ist es an sich, möglichst rasch Rechtssicherheit zu gewähren. Dies gilt umso mehr für ein Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 382b, 382c EO, die den Zweck hat, das Recht einer Person in der Wohnung und an Orten zu schützen, an denen sie sich regelmäßig aufhält, nicht einem gewalttätigen oder psychisch erheblich belastenden Verhalten einer anderen Person ausgesetzt zu sein. Das Gesetz soll demnach Gewaltopfer vor Eingriffen in ihre physische und psychische Integrität schützen. Eine wichtige Zielsetzung ist, die Gefahren fernzuhalten und rasch gerichtliche Hilfe in Auseinandersetzungen mit drohenden oder bereits erfolgten Gewalttaten zu ermöglichen, bevor schwerwiegende Folgen eintreten ([7 Ob 232/16t](#) mwN).

§ 382d EO regelt den Anspruch auf Unterlassung von Eingriffen in die Privatsphäre. Zur Beurteilung was zur Privatsphäre nach § 382d EO gehört, wird insbesondere aus § 16 ABGB das jedermann angeborne Persönlichkeitsrecht auf Achtung (unter anderem) seines Privatbereichs und seiner Geheimnisssphäre abgeleitet ([RS0008993](#) [T6]; [7 Ob 130/15s](#)). Unerwünschte Kontaktaufnahmen als Kernfall des Stalkings können einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre darstellen, sofern sie erheblich sind. Wenn die Kontaktaufnahmen in Art und Umfang eine Intensität erreichen, die den Rahmen des sozial verträglichen sprengen, kann das Recht auf Privatsphäre verletzt sein. In die Abwägung sind insbesondere der Grund der Kontaktaufnahmen und die Art des Kontakts einzubeziehen. Jedenfalls muss im Verhalten eine gewisse Beharrlichkeit zum Ausdruck kommen, wie sie dem Stalking-Begriff immanent ist ([7 Ob 130/15s](#) mwN; [RS0008990](#) [T22, T23]). Zweck der „Anti-Stalking-Regelung“ des § 382d EO ist die Verbesserung des Schutzes der Opfer, denen rasche Hilfe gegen Belästigungen durch Stalker geboten werden soll ([7 Ob 54/11h](#) mwN).

Gerade in Provisorialverfahren, die dem Opferschutz dienen, kommt dem Interesse des Beweisführers an der Durchsetzung seines zivilrechtlichen Anspruchs in Verbindung mit dem

Interesse an einer materiell-rechtlichen Entscheidung nach freier Beweiswürdigung besonderes Gewicht zu, hingegen können die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfließenden Befugnisse des Antragsgegners grundsätzlich nicht soweit reichen, die Wahrheitsfindung als solche zu verhindern und damit den Opferschutz zu konterkarieren. Dies gilt insbesondere, wenn wie hier einerseits zahlreiche Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien anhängig sind, das Video auf dem Grundstück der Antragstellerin aufgenommen wurde und sich in unmittelbarer Nähe nur die Antragstellerin und der Antragsgegner aufhielten, was bei gegenteiligen Aussagen eine entsprechende Gefahr des Misslingens der Bescheinigung in sich birgt und andererseits der Antragsgegner keine über das bloß unerwünschte Fotografieren hinausgehende Gründe bringt, die eine Beeinträchtigung seiner Interessen erkennen lässt.

Somit erweist sich die Beurteilung des Rekursgerichts, die Beweisverwertung sei zulässig und das Unterbleiben der Beweisaufnahme ein primärer Verfahrensverstoß als zutreffend, sodass dem Rekurs der Erfolg zu versagen war.

Zur Entscheidung