

36. Familienrichter:innentag 2023

Rechtsmittelrichter:innentreffen



Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr, Institut für Zivilrecht
11.10.2023

**JOHANNES KEPLER
UNIVERSITÄT LINZ**
Altenberger Straße 69
4040 Linz, Österreich
jku.at

Aus der aktuellen Rechtsprechung

- **Obsorge**
- **Unterhalt: Elternunterhalt**
- **Kindesunterhalt bei Doppelresidenz: Kollisionskurator**
- **Erwachsenenschutzrecht, insb § 274 Abs 5 ABGB**
- **Gewaltschutz**
- **Schulpflicht und Schul-/Prüfungsverweigerung**

1. Obsorge OGH 17.05.2023, 6 Ob 51/23b (1)

- Die Obsorge für den Sohn kommt bisher der Mutter allein, für die älteren Zwillinge den Eltern gemeinsam zu.
- Die Mutter beantragte die Übertragung der Obsorge auch für die beiden älteren Kinder allein auf sie. Der Vater möchte dagegen deren gemeinsame Obsorge aufrechterhalten und strebt sie auch für den jüngeren Sohn an.
- Das Erstgericht wies die Anträge der Eltern jeweils ab und ließ die bisherigen Obsorgeverhältnisse unverändert.
- Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Vaters nicht Folge, änderte aber über den Rekurs der Mutter den Beschluss dahin ab, dass die Obsorge auch hinsichtlich der beiden Mädchen nunmehr alleine der Mutter zukomme. Es hielt die gemeinsame Obsorge für nicht zielführend, wobei es zugrundelegte, dass bei beiden Eltern die erforderliche Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit sowie die entsprechende Bereitschaft der Eltern nicht gegeben seien; eine entsprechende Gesprächsbasis zwischen den Eltern fehle und sei in absehbarer Zeit nicht zu erwarten, und zwar auch nicht nach Einsatz der Mittel des § 107 Abs 3 AußStrG.

1. Obsorge OGH 17.05.2023, 6 Ob 51/23b (2)

- Der vom Vater angerufene Oberste Gerichtshof hob die Beschlüsse der Vorinstanzen auf und verwies die Pflegschaftssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.
- 3. Das Erstgericht hat zwar beide Elternteile einvernommen, es vermischt aber in seiner Darstellung des Sachverhalts bruchstückhaft angeführte Tatsachen mit bloßen Angaben des jeweiligen Elternteils, der Kinder oder „des Jugendamts“ derart, dass sich diesem Teil des Beschlusses – gerade zur Gesprächsbasis – nicht eindeutig entnehmen lässt, inwieweit das Erstgericht von Fakten ausgeht oder inwieweit nur subjektive Ansichten des jeweiligen Elternteils wiedergegeben werden sollen. An 14 Stellen ist angeführt: „[der Vater oder die Mutter] ist der Ansicht“ bzw. „der Meinung“ (etwa auch in der Form: „ihrer Ansicht nach“; „fühlt sich [...]“; „gab an [...]“ oder „führte aus“). Darüber hinaus finden sich dort auch die Formulierungen: „Laut dem Jugendamt sei fraglich [...]“; „das Jugendamt führte aus, [...]“; „der Kinder- und Jugendhilfeträger sprach sich für [...] aus“. Beispielsweise ist bloß festgehalten, was die Mutter darüber mitteilte, was ihr der Vater gesagt habe, was er wolle, oder es ist überhaupt schlicht das Vorbringen der Eltern wiedergegeben.
- Gerade zur besonders entscheidungswesentlichen Kommunikationsbasis der Eltern hält das Erstgericht (bloß) fest: „Der Vater ist der Meinung, dass die Kommunikation mit der Kindesmutter wieder besser funktioniert. Die Kindesmutter ist der Ansicht, dass die Kommunikation recht gut funktioniert, solange sie zurücksteckt...“ oder etwa: „Die Kindesmutter ist der Ansicht, dass der Kindesvater ein schwieriger Mensch ist, wenn nicht passiere, was er sich vorstelle, mache er ihr das Leben schwer“.
- 4. Das Rekursgericht beschäftigte sich zwar ausführlich mit dem im erstinstanzlichen Beschluss als Sachverhalt bezeichneten Teil, es geht aber letztlich – was der Revisionsrekurs zutreffend aufzeigt – bei seinen daraus gezogenen Schlüssen über das tatsächlich als solches festgehaltene Tatsachensubstrat hinaus und trifft damit ohne Beweiswiederholung ergänzende Feststellungen.
- 5. Da ohne tragfähige Tatsachenbasis über die Kommunikationsbasis und Kooperationsbereitschaft oder die Erfolgsaussichten von Mitteln des § 107 Abs 3 AußStrG eine Entscheidung über die gemeinsame Obsorge der drei Kinder nicht getroffen werden kann, sind die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben.

1. Obsorge OGH 25.04.2023, 4 Ob 53/23g (1)

- Vater und Mutter sind verheiratet und haben die gemeinsame Obsorge für die 2020 geborene Tochter.
- Die Mutter beantragte, ihr die Obsorge vorläufig und endgültig allein zu übertragen sowie dem Vater Kontakte zur Minderjährigen vorläufig und endgültig zu untersagen. Der Vater sei der Mutter gegenüber gewalttätig gewesen und habe gedroht, Mutter und Kind umzubringen.
- Das Erstgericht hob die gemeinsame Obsorge vorläufig auf und betraute die Mutter vorläufig mit der alleinigen Obsorge, ohne den Vater zuvor am Verfahren zu beteiligen. Der Vater habe die Mutter wiederholt beleidigt, beschimpft und ihr Mobiltelefon weggenommen. Er habe die Mutter mit einem Messer bedroht, während sie die wenige Monate alte Minderjährige im Arm gehalten habe. Er habe die Minderjährige angeschrien, geschlagen und gebissen. Er habe gedroht, Mutter und Tochter zu töten. Dieses Verhalten gefährde das Kindeswohl, sodass ihm die Obsorge zu entziehen sei. Der Beschluss ist nach § 107 AußStrG sofort verbindlich und vollstreckbar.
- Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung. Der Vater sei zwar vor der Entscheidung nicht gehört worden, doch könne eine vorläufige Maßnahme auch ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen werden, wenn eine akute Gefährdung des Kindeswohls die Anhörung verzichtbar erscheinen lasse. Es liege daher kein Verfahrensmangel vor. Die Beweisrüge des Vaters sei nicht gesetzmäßig ausgeführt.

1. Obsorge OGH 25.04.2023, 4 Ob 53/23g (2)

- Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs des Vaters Folge, hob die Entscheidung des Rekursgerichts auf und verwies die Sache zur neuerlichen Entscheidung über den Rekurs an das Rekursgericht zurück.
- (...) 2. Das Verfahren vor dem Erstgericht war nicht mangelhaft.
- (...) Der EGMR hält ausnahmsweise ein einseitiges Verfahren für zulässig, wenn die Effektivität einer Maßnahme von einer besonders raschen Entscheidung abhängt. Daher ist im Obsorgeverfahren die Anordnung einer vorläufigen Maßnahme gemäß § 107 Abs 2 AußStrG ohne vorangehende Anhörung des Antragsgegners möglich, wenn diese Entscheidung zum Schutz eines Minderjährigen aufgrund besonderer Umstände unverzüglich zu treffen ist (1 Ob 57/19t mwN). Einer solchen Entscheidung kommt wegen ihrer typischen Dringlichkeit im Regelfall schon von Gesetzes wegen vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu (§ 107 Abs 2 letzter Satz AußStrG idF KindNamRÄG 2013).

1. Obsorge OGH 25.04.2023, 4 Ob 53/23g (3)

- Bei der Prüfung, ob die einseitige Erlassung einer vorläufigen Maßnahme nach § 107 AußStrG geboten ist, ist aber ein strenger Maßstab geboten, weil dem Antragsgegner im Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren bei unterbliebener Anhörung kein Rechtsbehelf zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Erstgericht zur Verfügung steht.
- (...) 3. Jedoch ist das Rekursverfahren mangelhaft.
- 3.1. Die ausnahmsweise Zulässigkeit einer einseitigen Erlassung von einstweiligen Maßnahmen im Dienste ihrer Effektivität wird von der Rechtsprechung damit gerechtfertigt, dass das rechtliche Gehör nachträglich eingeräumt wird. Im Sicherungsverfahren nach der EO erfolgt dies durch den Widerspruch des Antragsgegners, nach dem das Erstgericht selbst seine einstweilige Verfügung wieder aufheben kann (RS0074799 [T11 und T12]).
- (...) Das Rekursgericht ging auf die Tatsachenbehauptungen des Vaters in seinem Rekurs inhaltlich nicht ein. Es vertrat die Ansicht, dass darin keine gesetzmäßig ausgeführte Beweistrüge zu sehen sei, zumal der Vater für seine Behauptungen keine Beweisergebnisse ins Treffen führe. Dabei übersieht das Rekursgericht, dass eine in erster Instanz gar nicht angehörte Partei gerade nicht an die Ergebnisse des bisherigen Verfahrens gebunden ist (6 Ob 51/09g), weil sie ja keine Gelegenheit hatte, zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen.

2. Elternunterhalt OGH 31.05.2023, 5 Ob 213/22t (1)

- Die Antragstellerin (M) ist die Mutter der Antragsgegnerin (T).
- Am 15. 3. 2019 beehrte M, T zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts von € 300 ab 1.4.2016 zu verpflichten.
- Das Erstgericht wies den Antrag ab. M beziehe eine Mindestsicherung nach dem Tiroler Mindestsicherungsgesetz (TMSG). Diese Sozialleistung könne gemäß § 23 TMSG nicht zurückgefordert werden und sei daher als Eigeneinkommen zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung dieser Mindestsicherung sei die Antragstellerin, die einen sehr einfachen Lebensstandard pflege, fähig, ihren Unterhaltsbedarf (rund 850 EUR) aus eigener Kraft zu decken. Abgesehen davon seien Nachkommen lediglich subsidiär unterhaltspflichtig.
- Das Rekursgericht gab dem Rekurs von M nicht Folge. Das hier anzuwendende TMSGnehme in § 23 Abs 3 lit a die Kinder, Enkelkinder und Großeltern des (früheren) Mindestsicherungsbeziehers von der Verpflichtung Dritter zum Kostenersatz ausdrücklich aus.

2. Elternunterhalt OGH 31.05.2023, 5 Ob 213/22t (2)

- Der von M angerufene Oberste Gerichtshof hob die Beschlüsse der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück.
- (...) 2.1. Der Unterhaltsanspruch gegen Nachkommen nach § 234 ABGB ist subsidiär (9 Ob 18/09a) und setzt voraus, dass die Eltern nicht imstande sind, sich selbst zu erhalten.
- (...) 3.1. Die Antragstellerin wendet sich in ihrem Revisionsrekurs gegen die Beurteilung des Rekursgerichts, die von ihr bezogene Mindestsicherung sei bei der Unterhaltsbemessung im Verhältnis zu ihren Kindern als Eigeneinkommen zu berücksichtigen. (...)
- Nach der mittlerweile stRsp ist die dem Unterhaltsberechtigten gewährte Sozialhilfe daher nur dann als anrechenbares Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten anzusehen, wenn das jeweilige Sozialhilfegesetz keine Rückzahlungsverpflichtung des Sozialhilfeempfängers und keine „aufgeschobene“ Legalzession bzw keine dieser gleich zu haltende Verpflichtung zur rechtsgeschäftlichen Zession vorsieht, also die einmal gewährte Sozialhilfe nicht (mehr) zurückgefordert werden kann (4 Ob 113/22d mwN; RS0080395 [T25]; RS0063121 [T2]; RS0118565 [T2]; RS0047347 [T3]). In den übrigen Fällen bleibt der volle Unterhaltsanspruch bestehen. Insoweit ist nämlich nach stRsp davon auszugehen, dass der Unterhaltspflichtige durch die Gewährung solcher Leistungen nicht entlastet werden soll (3 Ob 201/20k; RS0063121 [T5]).

2. Elternunterhalt OGH 31.05.2023, 5 Ob 213/22t (3)

- (...) 3.4. In der Zusammenschau zeigen die Regelungen des TMSG, namentlich jene über die Kostenersatzpflicht Dritter und den Übergang von Rechtsansprüchen, dass durch die Gewährung von Mindestsicherung keine grundsätzliche Entlastung des Unterhaltspflichtigen bewirkt werden soll (3 Ob 201/20k). Die unterhaltspflichtigen Kinder, Enkelkinder, Großeltern und Eltern (großjähriger Kinder) sind zwar von der unmittelbaren Kostenersatzpflicht gegenüber dem Rechtsträger der Mindestsicherung ausgenommen, die Legalzession des Unterhaltsanspruchs bleibt aber nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes trotz dieses Ausschluss zulässig (...). Das gegenteilige Verständnis widerspräche dem von der Subsidiarität geprägten Gesetzeszweck.
- (...) Bei Bezug einer Mindestsicherung nach dem TMSG bleibt daher der volle Unterhaltsanspruch bestehen; die vom Unterhaltsberechtigten bezogene Mindestsicherung ist bei Bemessung des Unterhalts im Verhältnis zum Unterhaltsverpflichteten nicht als Eigeneinkommen zu berücksichtigen.

2. Elternunterhalt OGH 31.05.2023, 5 Ob 213/22t (4)

- (...) 4.2. Die Unterhaltspflicht der Antragsgegnerin (als Kind iSd § 234 Abs 2 ABGB) steht der des früheren Ehegatten im Rang nach. Tatsache und Ausmaß des vorrangigen nachehelichen Unterhaltsanspruchs sind daher im Verfahren über die Festsetzung eines Unterhalts nach § 234 ABGB als Vorfrage zu klären.
- (...) 4.3. Der nacheheliche Unterhaltsanspruch lässt sich auf Basis des bisher festgestellten Sachverhalts nicht beurteilen.

2. Elternunterhalt OGH 27.6.2023, 1 Ob 60/23i (1)

- Der Kläger (= Sohn, S) schloss im Jahr 2001 als Übernehmer mit seinen Eltern einen Übergabsvertrag, in dem er sich zu „allfälligen Unterhaltszahlungen“ verpflichtete („ allenfalls einmal fehlenden Unterhalt ... zu übernehmen“)
- Seine Mutter (M) ist seit 1. 7. 2019 auf einem Pflegeplatz in der Einrichtung Soziale Dienste V untergebracht. Am 17. 9. 2019 suchte sie beim nun beklagten Land Tirol um die Gewährung der Mindestsicherung an.
- S zahlte an die Soziale Dienste V jeweils unter Vorbehalt ca 35.000 €. Mit seiner Klage begehrt der Kläger vom Land Tirol gemäß § 1042 ABGB den Ersatz eines Teils dieser an die Einrichtungsträgerin gezahlten Kosten von 35.000 €.
- Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt.

2. Elternunterhalt OGH 27.6.2023, 1 Ob 60/23i (2)

- Der vom Land Tirol mit außerordentlicher Revision angerufene Oberste Gerichtshof stellte das klageabweisende Urteils des Erstgerichts wieder her.
- (...) 2.2. Nach dem im Verfassungsrang stehenden § 330a ASVG ist ein Zugriff auf das Vermögen von in stationären Pflegeeinrichtungen aufgenommenen Personen, deren Angehörigen, Erben/Erbinen und Geschenknehmer/innen im Rahmen der Sozialhilfe zur Abdeckung der Pflegekosten unzulässig.
- Davon blieb aber die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber seiner Mutter unberührt:
- Das Verbot des Pflegeregresses betrifft Vermögen und nicht Einkommen.
- Der Unterhaltsanspruch nach § 234 ABGB ist subsidiär und setzt voraus, dass die Eltern nicht im Stande sind, sich selbst zu erhalten. Es wird ein angemessener und nicht nur der notdürftige Unterhalt geschuldet (RS0107948).
- In der Zusammenschau zeigen die Regelungen des TMSG, dass durch die Gewährung von Mindestsicherung keine grundsätzliche Entlastung des Unterhaltspflichtigen bewirkt werden soll.

3. Kindesunt – Doppelresidenz: Kollisionskurator OGH 22.6.2022, 3 Ob 97/22v (1)

- Das Rekursgericht bestätigte die Bestellung des Kinder- und Jugendhelfeträgers zum Kollisionskurator nach § 277 Abs 2 ABGB für den – nach den Feststellungen des Erstgerichts derzeit in Pflege und Erziehung beim Vater befindlichen – Sohn im Unterhaltsverfahren gegen den Vater.
- OGH: Dass aufgrund des praktizierten "Wechselmodells" bei der Betreuung des Kindes Geldunterhaltstitel gegen beide obsorgeberechtigten Elternteile in Betracht kommen und widerstreitende Unterhaltsanträge vorliegen, kann die Bestellung eines Kollisionskurators im Unterhaltsverfahren rechtfertigen (Zurückweisung des Revisionsrekurses).
- Siehe 10 Ob 90/15f: Ein Kollisionskurator ist jedenfalls zu bestellen, wenn beide vertretungsbefugten Elternteile im Kindesunterhaltsverfahren gegeneinander Unterhaltsfestsetzungsanträge einbringen.
- Folgefragen: Verteilung der Kostentragung (zB auch SV-Gutachten)

4. Erwachsenenschutzrecht § 274 Abs 5 ABGB

§ 274.

(1) Zum Erwachsenenvertreter ist vorrangig mit deren Zustimmung die Person zu bestellen, die aus einer Vorsorgevollmacht, einer Vereinbarung einer gewählten Erwachsenenvertretung oder einer Erwachsenenvertreter-Verfügung hervorgeht.

(2) Ist eine solche Person nicht verfügbar oder geeignet, so ist mit deren Zustimmung eine der volljährigen Person nahestehende und für die Aufgabe geeignete Person zu bestellen.

(3) Kommt eine solche Person nicht in Betracht, so ist mit dessen Zustimmung ein Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErWSchVG) zu bestellen.

(4) Ist auch die Bestellung eines Erwachsenenschutzvereins nicht möglich, so ist – nach Maßgabe des § 275 – ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder mit deren Zustimmung eine andere geeignete Person zu bestellen.

(5) Ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) ist vor allem dann zu bestellen, wenn die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert, ein Erwachsenenschutzverein (§ 1 ErWSchVG) vor allem dann, wenn sonst besondere Anforderungen mit der Erwachsenenvertretung verbunden sind.

4. Erwachsenenschutzrecht § 275 ABGB

§ 275.

Ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter), der nicht aufrecht in der Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten oder Notaren eingetragen ist, kann die Übernahme einer gerichtlichen Erwachsenenvertretung nur ablehnen, wenn

1. die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert,
2. er nachweist, dass ein Notar (Notariatskandidat) oder Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter), der in der Liste von zur Übernahme von Vorsorgevollmachten und gerichtlichen Erwachsenenvertretungen besonders geeigneten Rechtsanwälten oder Notaren aufrecht eingetragen ist, mit der Übernahme der Erwachsenenvertretung einverstanden wäre oder
3. ihm diese unter Berücksichtigung seiner persönlichen, familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse nicht zugemutet werden kann. Dies wird bei mehr als fünf gerichtlichen Erwachsenenvertretungen vermutet.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) LG Wels 06.09.2023, 21 R 228/23p (1)

- Über Anregung des Klinikums W leitete das BG Wels ein Verfahren zur Prüfung der Notwendigkeit der Bestellung eines Erwachsenenvertreters für P ein. Im Clearingbericht des VertretungsNetz Erwachsenenvertretung wird darauf hingewiesen, dass P offensichtlich nicht in der Lage ist, seine finanziellen Ansprüche ausreichend zu wahren, dies insb im Zusammenhang mit einer zu beantragenden Sozialhilfe bzw des zu beantragenden Pflegegelds. Auch sei ein Verfahren wegen Invaliditätspension fortzuführen. Die Frage, ob nahestehende Personen für die Übernahme einer Erwachsenenvertretung zur Verfügung stehen, wurde verneint.
- Das VertretungsNetz Erwachsenenvertretung gab dem BG Wels bekannt, dass eine Vertretung mangels freier Kapazitäten derzeit nicht übernommen werden könne.
- Nach der Erstanhörung im Klinikum W bestellte das BG Wels einen RA zum Rechtsbeistand im Verfahren und diesen später auch zum einstweiligen Erwachsenenvertreter (§ 120 AußStrG) zur Vertretung des Betroffenen vor Gerichten, Ämtern und Behörden sowie SV-Trägern .

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) LG Wels 06.09.2023, 21 R 228/23p (2)

- Das von dem RA angerufene LG Wels hob den Beschluss des BG Wels in Ansehung der Bestellung des RA zum einstweiligen gerichtlichen Erwachsenenvertreter gemäß § 120 AußStrG auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.
- Die Erstrichterin ist bei der Auswahl der Person des Erwachsenenvertreters nicht entsprechend den gesetzlichen Vorschriften vorgegangen.
- Gemäß § 274 Abs 3 ABGB wäre zunächst die Bestellung des Erwachsenenschutzvereins in Erwägung zu ziehen gewesen (hier: Bestellung des RA zum einstweiligen Erwachsenenvertreter rund neun Monate nach Einlangen der Stellungnahme des Vereins VertretungsNetz)
- Ein Grund für die Ablehnung durch den RA ist, wenn die Besorgung der Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert (§ 275 Z 1 ABGB). Dies trifft hier wohl zu, ist doch für die im Raum stehenden Angelegenheiten (allenfalls Vertretung gegenüber SV-Trägern bzw der ÖGK sowie im Zusammenhang mit Verfahren vor dem Sozialgericht wegen Invaliditätspension bzw Pflegegeld, wofür die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht erforderlich ist) eine besondere rechtliche Vorbildung nicht erforderlich.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) LG Wels 06.09.2023, 21 R 228/23p (3)

Die Erstrichterin wird also im fortgesetzten Verfahren zunächst eine entsprechende aktuelle Anfrage an den Verein VertretungsNetz Erwachsenenvertretung zu stellen und im Fall der Ablehnung einer Übernahme der Funktion eines einstweiligen gerichtlichen Erwachsenenvertreters nur einen Anwalt oder Notar, der seiner Bestellung zustimmt, zu bestellen haben. Es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die aktuelle gesetzliche Regelung – wie in 1 Ob 41/22v und zuletzt in 4 Ob 41/23t ausgeführt - dazu führt, dass Rechtsanwälte, die nicht in der Liste nach § 28 Abs 1 lit o RAO aufscheinen, immer dann, wenn keine Angelegenheiten zu erledigen sind, die vorwiegend Rechtskenntnisse erfordern, ihre Bestellung ablehnen können. Nachdem in der genannten Liste für Oberösterreich aktuell nur ein Anwalt aus Mondsee eingetragen ist und in der Liste der Notare nur zwei in Wien ansässige Personen aufscheinen, gilt dieses Ablehnungsrechts wohl für alle anderen Anwälte und alle Notare in Oberösterreich. Nach der zitierten oberstgerichtlichen Judikatur wurde mit der Ablehnungsmöglichkeit des § 275 Z 1 ABGB einer langjährigen Forderung der Notare und Rechtsanwälte nachgekommen, was letztlich im Ergebnis dazu geführt hat, dass bei Nichtzustimmung bzw. Nichtvorhandensein nahestehender Personen, einer Ablehnung der Übernahme seitens des Erwachsenenschutzvereins und einer (fast) leeren Liste nach § 28 Abs 1 lit o RAO auch für den Rekursenat ungeklärt ist, wer in solchen Fällen notwendige Vertretungen – sei es als Rechtsbeistand im Verfahren oder als gerichtlicher Erwachsenenvertreter, wenn die zu besorgenden Angelegenheiten nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordern – übernehmen soll, kann bzw muss. Ganz offensichtlich hat sich im Gesetzwerdungsprozess die Lobby der Anwälte und Notare als wesentlich stärker gezeigt als jene der Personen, die eigentlich unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Das wird zwar vom erkennenden Senat bedauert, aufgrund der aktuellen oberstgerichtlichen Rechtsprechung (siehe 1 Ob 41/22v; 4 Ob 41/23t) kann aber für das Problem aktuell keine abschließende Lösung gefunden werden.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 20.4.2022, 1 Ob 41/22v (1)

- 2. Nach § 275 Z 1 ABGB 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/Kodek*⁵ § 275 ABGB Rz 2 unter Hinweis auf ErläutRV 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* (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 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* (in Schwimmann/Kodek⁵ § 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* (in KBB⁶ § 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.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 20.4.2022, 1 Ob 41/22v (2)

- 3. 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.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 28.3.2023, 4 Ob 41/23t (1)

- Es müsste eine Angelegenheit vorliegen oder konkret absehbar sein, die von einer Person ohne juristische Ausbildung nicht eigenständig erfüllt werden könnte. Das durch das 2. ErwSchG bewusst im Gesetz verankerte Ablehnungsrecht würde unterlaufen, wollte man die bloß abstrakte Möglichkeit, dass in Zukunft Prozesse und Verfahren anfallen oder Rechtskenntnisse künftig von Vorteil sein könnten, 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 1 Ob 41/22v mwH auf das Schrifttum).
- Hier sind an konkret absehbaren dringenden Angelegenheiten Pflegevereinbarungen zu treffen und Pflegegeld zu beantragen, ein Mietvertrag zu kündigen, und das Einkommen zu verwalten. Dies sind zumindest derzeit keine Angelegenheiten, die nur von im Sinn des § 274 Abs 5 ABGB juristisch kenntnisreichen Personen besorgt werden könnten.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 27.6.2023, 4 Ob 83/23v (1)

- 2.1. Aus dem Akt ergibt sich, dass der Betroffene etwa ab seit seinem 7. Lebensjahr in Heimen lebte, die Schule nicht abgeschlossen hat und in einer betreuten Wohneinrichtung lebte, bevor er in Untersuchungshaft kam. Er hat keine Ausbildung abgeschlossen und ging bisher auch keiner beruflichen Tätigkeit nach. Er leidet an einer kombinierten Persönlichkeitsstörung und einer leichtgradigen Intelligenzminderung. Aufgrund einer Impulskontrollstörung hat er Diebstähle begangen. Die aktuelle Haft ist der dritte Haftaufenthalt. Er ist überfordert, mit Ämtern und Behörden in Kontakt zu treten und hat keinen Überblick über seine finanzielle Situation. Weiters gibt es zwei Exekutionsverfahren gegen den Betroffenen aufgrund von Verwaltungsstrafdelikten.
- 2.2. Bereits das Rekursgericht hat sich mit der vom Revisionsrekurswerber in Treffen geführten Entscheidung 1 Ob 41/22v auseinandergesetzt und zutreffend darauf verwiesen, dass der dort relevante Sachverhalt nicht mit dem hier vorliegenden vergleichbar ist, da der Einschreiter hier ua zur Führung von Exekutionsverfahren bestellt wurde.
- Im vorliegenden Fall besteht nicht nur die abstrakte Möglichkeit der Erforderlichkeit von Rechtskenntnissen. Schließlich bestehen gegen den Betroffenen laufende Exekutionsverfahren. Überdies indiziert auch seine konkrete Lebenssituation die Notwendigkeit von Rechtskenntnissen, ist er doch nach der Entlassung aus der Haft obdachlos, verfügt weder über Vermögen noch Einkommen und ist somit auf Sozialleistungen angewiesen.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 30.08.2023, 6 Ob 125/23k (1)

- Rechtliche Fachkenntnisse werden in der Regel für die Vertretung vor Ämtern, Behörden und Gerichten erforderlich sein (5 Ob 40/23b [ErwGr 3.5.]). Es muss eine Angelegenheit vorliegen oder konkret absehbar sein, die von einer Person ohne juristische Ausbildung nicht eigenständig erfüllt werden könnte. Die bloß abstrakte Möglichkeit, dass in Zukunft Prozesse und Verfahren anfallen oder Rechtskenntnisse künftig von Vorteil sein könnten, genügt nicht. Vielmehr müssen diese Angelegenheiten aktuell oder in naher Zukunft zu besorgen sein (4 Ob 41/23t [ErwGr 4.2.]).
- 5.1. Das Rekursgericht hat den Wirkungsbereich der Revisionsrekurswerberin ohnehin auf die Vertretung vor den Finanzbehörden beschränkt, vor denen aktuell dringende Steuerangelegenheiten des Betroffenen zu erledigen sind. Wenn das Rekursgericht aufgrund des anhängigen Steuerverfahrens des Betroffenen mit Auslandsbezug, in dem die deutschen Steuerbehörden bereits Abgabenverbindlichkeiten einfordern, im konkreten Fall davon ausging, es sei ein Notar oder Rechtsanwalt zu bestellen, weil die Besorgung der Angelegenheiten vorwiegend Rechtskenntnisse erfordere, hat es den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

4. Erwachsenenschutzrecht (§§ 274 f ABGB) OGH 30.08.2023, 7 Ob 79/23b (1)

- Keine Umstellung des Erwachsenenvertreters, auch wenn Rechtskenntnisse nicht mehr notwendig sind

5. Gewaltschutz OGH 22.03.2022, 7 Ob 38/23y (1)

- Siehe zum Thema rechtswidrig erlangter Beweismittel für das Gewaltschutzverfahren OGH 24.8.2022, 7 Ob 121/22b (Spitzhackenattentat); vgl auch EuGH 2.3.2023, C-268/21, Norra Stockholm Bygg
- **7 Ob 38/23y:**
- Der Antragsgegner montierte diverse technische Mittel (Voicerecorder, Videokamera, Peilsender), um die Antragstellerin (= seine Ehefrau) zu überwachen und einen Beweis für das vermeintliche außereheliche Verhältnis der Antragstellerin zu gewinnen, den er in einem Scheidungsverfahren verwenden wollte.
- **OGH:** Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, die vom Antragsgegner vorgenommene systematische, verdeckte, identifizierende technische Überwachung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der Antragstellerin rechtfertigte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 382d EO, ist nicht korrekturbedürftig, sind diese doch entgegen der Ansicht des Antragsgegners in ihrer Eingriffsintensität mit dem Engagieren eines Privatdetektivs nicht vergleichbar. Hinzu kommt, dass die Überwachungsmaßnahmen lediglich auf einer unsubstantiierten bloßen Vermutung des Antragsgegners, die Antragstellerin habe die Ehe gebrochen, beruhten.

6. „Schulverweigerer“ OGH 28.6.2023, 6 Ob 45/23 (1) ➤ Gerhard Rauhofer

- Hochstrittiger Obsorgefall
- Die Söhne, um die es weiterhin geht, sind 13 und bereits 15 Jahre alt, daneben eine 11-jährige Tochter, deren vorläufige alleinige Obsorge bei der Mutter mittlerweile geklärt ist. Die Söhne leben im Haushalt des Vaters und wurden im häuslichen Unterricht vom Vater unterrichtet. Er - und die beiden Söhne - verweigerte die Ablegung der Externistenprüfung und vertrat die Ansicht, die Söhne seien „nicht mehr als Kind iSd § 1 SchPflG anzusehen“. Der Vater verpflichtete sich im Herbst 2022 in einem vor dem Erstgericht mit der Mutter geschlossenem Vergleich, ab Mitte Oktober den Schulbesuch der Söhne sicherzustellen. Nachdem er im Anschluss sofort dagegen verstoßen hatte und die Kinder trotz Untersagung des häuslichen Unterrichts nicht zur Schule brachte, verhängte das Erstgericht zuerst sukzessive Ordnungsstrafen von insgesamt rund € 11.000 über den Vater, entzog ihm schließlich vorläufig die Obsorge und übertrug diese an die Mutter - die von den Söhnen mittlerweile massiv abgelehnt wird, dies mit der Begründung sie würden von ihr psychisch und physisch misshandelt, hätten Angst vor ihr und wollten beim Vater bleiben.

6. „Schulverweigerer“ OGH 28.6.2023, 6 Ob 45/23 (2) ➤ Gerhard Rauhofer

- Hochstrittiger Obsorgefall
- Das LGZ Wien bestätigte - mit umfangreicher ergänzender Begründung - hinsichtlich der vorläufigen Obsorge (bei erheblicher Reduzierung der Ordnungsstrafen).
- Der OGH hob zu 6 Ob 45/23 die Beschlüsse der Vorinstanzen auf, da die beiden Söhne nicht angehört worden waren (Anm: Das LGZ Wien hat dies in diesem Fall im Hinblick auf die Dringlichkeit und deren ohnehin bekannten Standpunkt, der im teilweisen Widerspruch mit dem vorangegangenen Verhalten gegenüber der Mutter stand, nicht für erforderlich erachtet). Die Meinung der Söhne sei wegen der Verlagerung des Umfeldes zu erforschen. Eine derartige Dringlichkeit sei nicht gegeben gewesen. Es liege daher eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens vor. Sollten die gegen die Mutter erhobenen Vorwürfe nicht zutreffen, stünden der Übertragung der vorläufigen Obsorge an die Mutter nicht mehr die Bedenken einer sonstigen Gefährdung des Kindeswohles ... entgegen (Anm: Es gibt Hinweise darauf, dass der Vater die Söhne mittlerweile in die Schule gehen lässt, was zum Zeitpunkt der Entscheidung des LGZ Wien jedenfalls nicht der Fall war).

6. „Schulverweigerer“ ➤ Birgit Dunzendorfer LG Wels 18.01.2023, 21 R 294/22t ua (1)

- Das BG Grieskirchen betraute den Vater vorläufig mit der alleinigen Obsorge für die beiden Kinder: Auf Wunsch der Mutter besuchten die Kinder nicht die Schule bzw den Kindergarten (die Kinder wären demgegenüber aufgeschlossen); eine Externistenprüfung wurde nicht abgelegt
- Das von der Mutter angerufene LG Wels bestätigte: „Abgesehen davon, dass ein für das Fortkommen der Kinder notwendiger Lernerfolg mangels von der Mutter abgelehnten Antritts zur Externistenprüfung nicht gesichert ist, drohen den Kindern mangels schulischen Umgangs mit Gleichaltrigen erhebliche Nachteile in ihrer sozialen Entwicklung.“

6. „Schulverweigerer“ BG St. Pölten 31.08.2023, 17 Ps 12/22v (1)

- Die Obsorge für die beiden Kinder (15 + 11) steht weiterhin beiden Eltern gemeinsam zu, allerdings Betreuungswechsel bei einem der beiden Kinder zum Vater
- Mutter nicht erziehungsfähig, Vater eingeschränkt erziehungsfähig
- In Bezug auf beide Kinder wird vorübergehend eine Krisenunterbringung angeordnet; für diese Zeit der vorübergehenden Fremdunterbringung kommt die Obsorge im Teilbereich der Pflege und Erziehung und der Vertretung in diesem Bereich dem Land Niederösterreich als KJHT zu

6. „Schulverweigerer“ ➤ VwGH 26.01.2023, Ro 2022/10/0004-7 (1)

- im Falle eines Bescheides nach § 11 Abs 4 Schulpflichtgesetz (SchPflG) (angeordneter Besuch einer Schule nach § 5 SchPflG - „Schulzuweisungsbescheid“) hat das Kind für die noch offene Dauer der allgemeinen Schulpflicht eine öffentliche Schule bzw eine mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestattete Privatschule mit gesetzlich geregelter Schulartbezeichnung zu besuchen.
- Bsp: Nichtablegung oder Nichtbestehen der Externistenprüfung oder wenn Umstände hervortreten, wodurch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Teilnahme am häuslichen Unterricht dem Besuch einer öffentlichen Schule nicht mindestens gleichwertig ist

36. Familienrichter:innentag 2023

Rechtsmittelrichter:innentreffen



Vielen Dank!

Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr, Institut für Zivilrecht

11.10.2023