

AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN IM FAMILIENRECHT 02/2023

1. Aufteilung

1Ob215/22g (Aufteilungsfrist durch Verfahrenshilfeantrag gewahrt. Antrag des Verfahrenshelfers nach 2 Monaten ist gehörig fortgesetzt. Manifestationsantrag auch noch nach einem Jahr möglich)

Zur Unterbrechung der einjährigen Präklusivfrist des § 95 EheG für die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens reicht es aus, wenn Verfahrenshilfe ohne weitere Detaillierung „in der Rechtssache wegen Aufteilung nach den §§ 81 ff EheG“ beantragt wird ([RS0128863](#)). Ebenso ist ein Verfahrenshilfeantrag einer Antragstellerin „zur Weiterführung des Verfahrens für die naheheliche Aufteilung“ als Antrag auf Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse anzusehen und unterbricht die Jahresfrist des § 95 EheG ([1 Ob 200/18w](#) EF-Z 2019/42, 75 [Gitschthaler] = iFamZ 2019/34, 39 [Deixler-Hübner]). Im vorliegenden Fall bezieht sich der von der Frau innerhalb der Jahresfrist des § 95 EheG gestellte Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe auf die „Hilfe für [das] Aufteilungsverfahren nach der Scheidung“. Der Begriff „Aufteilungsverfahren“ lässt klar erkennen, dass die Frau die gerichtliche Aufteilung anstrebt und es ihr daher – entgegen der Rechtsansicht des Rekursgerichts – nicht um ein Begehren um Hilfe bei der außergerichtlichen Abklärung verschiedener möglicher nahehelicher Ansprüche geht. Der Ausdruck „Aufteilungsverfahren“ stellt eindeutig auf ein Gerichtsverfahren ab. Dass die Frau den Antrag, mit dem sie eine Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse erreichen wollte, beim Bezirksgericht Innsbruck, in dessen Sprengel sie ihren Wohnsitz hat, einbrachte, schadet nicht, weil die materiell-rechtliche Frist des § 95 EheG auch gewahrt ist, wenn der verfahrenseinleitende Schriftsatz beim (unzuständigen) überweisenden Gericht vor ihrem Ablauf einlangt, aber erst nach Ablauf der Frist – durch die nach § 44 Abs 1 JN gebotene Überweisung, was in analoger Anwendung auch für den zugrundeliegenden Verfahrenshilfeantrag gilt (Mayr in Rechberger/Klicka⁵ § 44 JN Rz 4; Schneider in Fasching/Konecny³ I § 44 JN Rz 2) – beim Aufteilungsgericht (das wäre das Erstgericht) ankommt ([3 Ob 23/10v](#); Garber in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 95 EheG Rz 27; Stabentheiner/Pierer in Rummel/Lukas⁴ § 95 EheG Rz 14, jeweils mwN).

Ganz allgemein wird in Verfahren, die während kurzer Präklusivfristen einzuleiten sind, trotz gebotener strenger Prüfung der „gehörigen Fortsetzung“ des Verfahrens bei einer zweimonatigen Untätigkeit eines

Klägers bzw. Antragstellers noch nicht der Schluss gezogen, dass dieser seinen Anspruch nicht weiterverfolgen wolle ([6 Ob 85/07d](#) [Pkt 2.]; vgl auch [1 Ob 115/00v](#); Deixler-Hübner, Glosse zu [1 Ob 200/18w](#), iFamZ 2019/34, 39).

[Zur Entscheidung](#)

1Ob67/21s (gemeinsames Wohnungsgebrauchsrecht unterliegt der Aufteilung)

Dem Sinn und Zweck der Regelungen über das nacheheliche Aufteilungsverfahren, die Auflösung des gemeinsamen Wohnens herbeizuführen, kann bei einem Wohnungsgebrauchsrecht, das vom Dritten (meist einem engen Verwandten) beiden Ehepartnern eingeräumt wurde, leicht und ohne Eingriff in die Rechte des Dritten in der vom Rekursgericht angeordneten Weise entsprochen werden.

Zutreffend hat daher das Rekursgericht im vorliegenden Fall die geforderte Trennung dadurch herbeigeführt, dass es – dem Sinn der Bestimmung des § 87 Abs 1 Satz 1 EheG folgend – dem Mann sein Wohnungsgebrauchsrecht – gegen Leistung einer Ausgleichszahlung – entzog (so auch Guggenberger, Die Ehewohnung in der nachehelichen Vermögensaufteilung [2019] 130, 137). Die Frau kann dann das ihr von der Tochter eingeräumte Recht an der Nutzung der Ehewohnung in Hinkunft allein ausüben. Damit wird der Mann nicht anders behandelt, als wenn er etwa bei Miteigentum oder gemeinsamen Wohnungseigentum seinen Anteil verlöre und dafür einen angemessenen Ausgleich erhielte.

[Zur Entscheidung](#)

1Ob254/22t (Aufteilung eines Katers nach emotionaler Beziehung bei Beachtung des Tierschutzgesetzes)

Dem Grundsatz der Billigkeit entspricht es in diesem Fall, mangels maßgeblicher wirtschaftlicher Kriterien für die Zuteilung des Tiers auf die stärkere oder schwächere emotionale Beziehung der Gatten zu diesem abzustellen. Dass diese Bindung von der Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt wird, ergibt sich etwa aus § 250 Abs 1 Z 4 EO (Unpfändbarkeit von Haustieren, zu denen eine gefühlsmäßige Bindung besteht). Für die Abwägung, welcher Ehegatte eine intensivere Beziehung zu einem Tier hat, kann auch die während der Ehe erfolgte Sorge für dieses berücksichtigt werden. Führt eine billige Berücksichtigung der emotionalen Bindung der Ehegatten zum Tier zu einem klaren Ergebnis, ist dieses für dessen Zuweisung primär maßgeblich. Von einer Zuteilung an jenen Ehegatten, der die stärkere Bindung zum Tier hat, wäre nur dann abzusehen, wenn dies mit dem Tierschutz unvereinbar wäre.

[Zur Entscheidung](#)

1Ob241/22f (Teilung Gebrauchsvermögen-Unternehmen, BVV der Eltern)

Aus all dem ergibt sich zunächst als verallgemeinerungsfähiger Grundsatz, dass jedenfalls dann, wenn eine Realteilung möglich ist, der privat genutzte Teil der Liegenschaft der Aufteilung unterliegt und der unternehmerisch genutzte Teil aus der Aufteilung ausscheidet. Im Aufteilungsverfahren steht dem Gericht auch die Befugnis zu, Wohnungseigentum zu begründen (§ 3 Abs 1 Z 4 WEG iVm § 86 EheG;

Pittl in GeKo Wohnrecht II § 3 WEG Rz 48 ff). Als Sonderform der Naturalteilung ([RS0106352](#)) kann die Einräumung von Wohnungseigentum auch herangezogen werden, um einen der Aufteilung unterliegenden von einem unternehmerisch genutzten Liegenschaftsteil eindeutig abzugrenzen. Dabei handelt es sich nicht um eine Realteilung im eigentlichen Sinn, bei der jedem Miteigentümer grundsätzlich Wohnungseigentum entsprechend seinem Anteil einzuräumen ist ([RS0101771](#), näher unten 2.2.). Vielmehr geht es um die Begründung zweier Wohnungseigentumsobjekte, von denen das unternehmerische genutzte mangels Anordnungsbefugnis des Außerstreitgerichts in Form einer Eigentümerpartnerschaft im Miteigentum der Parteien verbleibt, während das andere in die Aufteilungsmasse fällt und einem der Gatten zugewiesen werden kann.

Dabei ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung die Zulässigkeit (Tunlichkeit) der Teilung ins Wohnungseigentum durch Begründung einer Eigentümerpartnerschaft (und nur diese ist in Bezug auf den unternehmerisch genutzten Liegenschaftsteil denkbar) der Zustimmung der möglichen Eigentümerpartner bedarf ([5 Ob 4/09p](#); [RS0124807](#)). Denn die Eigentümerpartnerschaft bildet eine besondere Gemeinschaft innerhalb der Eigentümergemeinschaft, bei der spezielle Regelungen für die Aufhebung und die Veräußerung eines Anteils am Mindestanteil gelten; bisher schlichte Miteigentümer können nicht gegen ihren Willen verpflichtet werden, eine solche gegenüber schlichtem Miteigentum viel enger verbindende Gemeinschaft einzugehen ([5 Ob 4/09p](#) mwN).

Sollte hingegen eine Begründung von Wohnungseigentum nicht möglich sein, wäre in einem zweiten Schritt zu fragen, ob die dann unteilbare – teils privat, teils unternehmerisch genutzte –Liegenschaft zur Gänze in die Aufteilungsmasse fällt oder nicht. Das ist nach dem Überwiegen der Widmung zu beurteilen (vgl [7 Ob 381/97y](#)). Dabei ist nicht allein auf den Flächenanteil des Wohn- gegenüber dem Praxistrakt abzustellen, sondern ist im Sinn eines „beweglichen Systems“ insbesondere auch die wirtschaftliche Bedeutung der unterschiedlichen Verwendungszwecke zu veranschlagen (vgl Oberhumer, Unternehmen und Gesellschaftsanteile in der nachehelichen Vermögensaufteilung [2011] 128 f).

Je nach Zugehörigkeit der gesamten Liegenschaft zur Aufteilungsmasse oder zum Ausnahmetatbestand kann der Anteil, der für die Einordnung nicht ausschlaggebend ist, unter Umständen im Rahmen der Billigkeit bzw. nach § 91 EheG zu berücksichtigen sein.

Abgesehen davon stellt sich im vorliegenden Fall aber das (von den Vorinstanzen nicht bedachte) Sonderproblem, dass auf der Liegenschaft zugunsten der Mutter der Frau (zu C-Ln 6a) ein Veräußerungsverbot verbüchert ist. Es ist zu prüfen, inwieweit es den oben (Punkt 1) erwogenen Vorgangsweisen entgegensteht.

Ein solches, auf § 364c ABGB gegründetes Verbot hindert grundsätzlich jede Übertragung der Sache ([RS0010742](#)). Dies gilt sowohl für den Fall eines in einem Verfahren zur nachehelichen Vermögensaufteilung ohne Zustimmung des Verbotsberechtigten geschlossenen Vergleichs ([5 Ob 2171/96t](#)) als auch dann, wenn die Übertragung in das Alleineigentum des anderen Ehegatten mangels Einigung der Eheleute der gerichtlichen Entscheidung im Aufteilungsverfahren vorbehalten bleiben soll ([2 Ob 25/10f](#); Stabentheiner/Pierer in Rummel/Lukas, ABGB4 § 86 EheG Rz 11). In dem Zusammenhang hat der Oberste Gerichtshof bereits klargestellt, dass dem Verbotsberechtigten, um

seine Rechte zu wahren, im Aufteilungsverfahren Parteistellung (§ 2 Abs 1 Z 3 AußStrG) eingeräumt werden muss ([2 Ob 25/10f](#) mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht3 § 86 EheG Rz 5).

Nach der Rechtsprechung steht ein zugunsten einer Dritten auf jedem Hälfteanteil einverleibtes Veräußerungs- und Belastungsverbot einer Realteilung durch Begründung von Wohnungseigentum nicht entgegen, weil bei der Begründung von Wohnungseigentum die Miteigentumsgemeinschaft nicht aufgehoben, sondern nur in anderer Form fortgesetzt wird ([RS0101771](#) [T6]). Zuzufolge § 847 ABGB bleibt diese Last nach der Begründung von Wohnungseigentum auf den mit Wohnungseigentum verbundenen Miteigentumsanteilen der Teilhaber bestehen ([5 Ob 138/18g](#)).

[Zur Entscheidung](#)

2. Obsorge/Kontakt

6Ob51/23b (Obsorgeentscheidung – Wiedergabe der Vorbringen zu wenig)

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“.

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.

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.

Das Erstgericht wird besonders zur Frage der Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern

und zu ihrer Bereitschaft, beispielsweise an einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung teilzunehmen, sowie zu den Erfolgsaussichten, damit in absehbarer Zeit eine gemeinsame Kooperationsbasis herstellen zu können, eine Sachverhaltsgrundlage festzustellen haben, die – neben dem punktuellen Festhalten einzelner Vorfälle – über die Wiedergabe von subjektiven Ansichten (vor allem der Mutter und des Vaters) hinausgeht.

Zur Entscheidung

7Ob100/22i (Verstoß gegen das Wohlverhaltensgebot kann Schadenersatzpflicht auslösen)

Das Verbringen eines Kindes ist gemäß dem Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ) rechtswidrig, wenn dadurch das gemeinsame Sorgerecht einer Person nach der Rechtsordnung des zuvor gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verletzt oder das Kontaktrecht eines Elternteils durch die Außerlanderschaffung des Kindes praktisch unmöglich gemacht wird (vgl. [RS0119948](#) [T4] = [RS0112167](#) [T3]).

Nach § 159 ABGB ist bei Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten nach dem dritten Hauptstück des ersten Teils des ABGB („Rechte zwischen Eltern und Kindern“) zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von deren Aufgaben erschwert. Diese Bestimmung („Wohlverhaltensgebot“) dient zwar in erster Linie dem Schutz des Kindeswohls, aber auch jener Personen, deren im Familienrecht begründete, auch absolut geschützte Rechtsstellung durch ein missbilligtes Verhalten beeinträchtigt wird; sie schützt also auch den anderen Elternteil. Die schuldhafte Verletzung von Verhaltenspflichten, die sich aus dem Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses ergeben, kann daher zu Schadenersatzansprüchen führen ([3 Ob 86/16t](#) mwN).

Ein schuldhafter Verstoß eines obsorgeberechtigten Elternteils gegen § 159 ABGB kann Schadenersatzansprüche des anderen, auch nicht obsorgeberechtigten Elternteils insbesondere in Bezug auf Ersatz von Verfahrenskosten begründen; dadurch aufgelaufene Kosten eines Obsorge- und/oder Kontaktrechtsstreits (wie Reisekosten, Anwaltskosten, Kosten eines HKÜ-Verfahrens) sind vom Schutzzweck dieser Bestimmung umfasst (vgl. [3 Ob 23/19g](#) mwN). Die Beweislast für die durch den Verstoß verursachten Schäden trifft den klagenden Elternteil, während der beklagte Schädiger Umstände zu behaupten und zu beweisen hat, die eine Verletzung des § 159 ABGB entschuldigen (vgl. [RS0126872](#)).

Nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt hat die beklagte (mit dem klagenden Vater gemeinsam obsorgeberechtigte) Mutter das gemeinsame, damals noch nicht zwei Jahre alte Kind aus den USA, wo die Familie zuletzt gelebt hatte, nach Österreich verbracht; nachdem der Vater einen Rückführungsantrag nach dem HKÜ gestellt hatte und diesem stattgegeben wurde, beantragte er, weil das Kind nicht rückgeführt worden war, erfolgreich die zwangsweise Durchsetzung und Vollstreckung dieser Entscheidung (vgl. [6 Ob 83/21f](#)).

Die Vorinstanzen beurteilten diesen Sachverhalt dahin, dass die Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, die durch den mit der Nichtrückkehr in die USA verwirklichten Verstoß gegen § 159 ABGB verursachten Kosten des Vaters (der Vertretungskosten im Rückführungsverfahren sowie Hotelkosten in Österreich während der Verfahrensdauer geltend macht) zu ersetzen; dies hält sich im Rahmen der dargelegten Rechtsprechung.

Zur Entscheidung

4Ob53/23g (einseitige vorläufige Maßnahme nach § 107 Abs 3, Verfahrensergänzung durch Rekursgericht)

Der Vater rügt die Unterlassung seiner Anhörung vor der Entscheidung als Verfahrensmangel sowohl des erstinstanzlichen als auch des Rekursverfahrens. Das Verfahren vor dem Erstgericht war nicht mangelhaft.

Gemäß § 66 Abs 1 Z 1 iVm § 58 Abs 1 Z 1 AußStrG können schwere Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens, die das Rekursgericht verneint hat, auch noch im Revisionsrekurs gerügt werden, weil das Gesetz keine § 519 ZPO vergleichbare Bestimmung enthält (Klicka/Rechberger in Rechberger/Klicka, AußStrG³ [2020] § 66 Rz 2). Dies gilt insbesondere für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ([RS0121265](#) insbes [T4]; [2 Ob 24/22a](#) Rz 5). Der Senat hat daher inhaltlich zu prüfen, ob das Erstgericht seine Entscheidung aufgrund eines einseitigen Verfahrens treffen durfte.

Grundsätzlich ist im Verfahren außer Streitsachen den Parteien Gelegenheit zu geben, von dem Gegenstand, über den das Gericht das Verfahren von Amts wegen eingeleitet hat, den Anträgen und Vorbringen der anderen Parteien und dem Inhalt der Erhebungen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen (§ 15 AußStrG).

Das Erfordernis allseitigen Parteiengehörs wird seit der EGMR-Entscheidung vom 15. 10. 2009, 17056/06, Micallef gegen Malta, auch für Provisorialverfahren als Regelfall angesehen. Dies hat der Oberste Gerichtshof auch für Verfahren wegen vorläufiger Maßnahmen außerhalb der EO bejaht, etwa für Verfahren wegen vorläufiger Untersagung nach § 7 Abs 4 NahVersG ([16 Ok 12/13](#)) oder – wie hier – wegen vorläufiger Obsorgeübertragung ([9 Ob 8/14p](#) [Pkt 2], vgl [4 Ob 215/22d](#) Rz 10; siehe auch Deixler-Hübner in Rechberger/Klicka, AußStrG³ [2020] § 107 Rz 19).

Der EGMR hält jedoch 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).

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, wie es der Widerspruch nach § 397 EO im Verfahren wegen einstweiliger Verfügungen erlaubt ([9 Ob 8/14p](#) [Pkt 3] mwH; Einberger in Schneider/Verweijen, AußStrG [2018] § 107 Rz 15; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I2 [2019] § 107 Rz 54).

Im vorliegenden Fall behauptete die Mutter mehrfache Gewalttaten und massive Drohungen (Genitalverstümmelung, Todesdrohung unter Vorhalt eines Messers) gegen Mutter und Kind. Sie belegte diese Vorwürfe nicht nur durch ihre eigene Einvernahme, sondern auch mit Lichtbildern einer verwüsteten Wohnung und von Hämatomen, ärztlichen Befunden sowie Unterlagen zur Wegweisung und Untersuchungshaft des Vaters. Den Vater ins Verfahren einzubeziehen hätte eines Rechtshilfeersuchens an ein Schweizer Gericht bedurft, was mindestens zu einer mehrwöchigen Verzögerung der Entscheidung geführt hätte.

Zwar reichen bloße Schwierigkeiten bei der Kontaktaufnahme mit dem Obsorgeberechtigten nicht generell aus, um ihm das Gehör zu verweigern (vgl. [4 Ob 150/16m](#)). Im vorliegenden Fall wäre dem Vater aber während mehrerer Wochen noch das Recht zugekommen, den Aufenthaltsort der von ihm angeblich mit Verstümmelung und Tod bedrohten Minderjährigen zu bestimmen, sowie sie zu pflegen und zu erziehen. Diese Gefährdung nicht nur für das Wohl, sondern sogar das Leben der Minderjährigen wog angesichts der gut bescheinigten, besonders akuten Bedrohungssituation schwerer als das Interesse des Vaters, den Vorwürfen gegen ihn bereits im Verfahren erster Instanz entgegenzutreten zu können, indem ihm der Antrag der Mutter bereits vor der Entscheidung des Erstgerichts zur Kenntnis gebracht und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wird.

Die Vorgangsweise des Erstgerichts, dem Vater die Obsorge ohne seine Anhörung zu entziehen, begründet im vorliegenden Fall daher keinen Verfahrensmangel.

Jedoch ist das Rekursverfahren mangelhaft.

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]).

Eine entsprechende Regelung fehlt zwar im Außerstreitgesetz. Dafür kann der in erster Instanz nicht gehörte Antragsgegner aber im Rekursverfahren unbeschränkt Tatsachenvorbringen erstatten und Beweismittel anbieten. Gemäß § 49 AußStrG sind nämlich neu vorgebrachte Tatsachen und angebotene Beweismittel soweit zu berücksichtigen, als die Verspätung nur auf einer entschuldbaren Fehlleistung der Partei beruht. Diese Neuerungserlaubnis gilt natürlich auch, wenn eine Partei mangels Einbeziehung im Verfahren ihren Standpunkt schuldlos nicht darstellen und beweisen konnte.

Im vorliegenden Fall brachte der Vater im Rekurs vor, dass er seine Familie weder geschlagen noch

bedroht habe. Er habe viel Zeit mit seiner neugeborenen Tochter verbracht, sich um sie gekümmert, ihr nachts das Fläschchen gebracht und sei mit ihr zum Arzt und spazieren gegangen. Das Erstgericht habe ihm aber nicht die Gelegenheit gegeben, seinen Standpunkt darzulegen.

Das Rekursgericht ging auf diese Tatsachenbehauptungen inhaltlich nicht ein. Es vertrat die Ansicht, dass darin keine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge 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.

Der Anfechtungsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist im AußStrG dadurch gekennzeichnet, dass er nicht mehr absolut – wie die Nichtigkeitsgründe der ZPO – wirkt. Er kann nur dann zur Aufhebung führen, wenn er zum Nachteil des Rechtsmittelwerbers ausschlagen könnte ([RS0120213](#)). Der Rechtsmittelwerber hat deshalb darzulegen, welches konkrete (zusätzliche) Vorbringen er erstattet beziehungsweise welche konkreten (weiteren) Beweismittel er angeboten hätte, wäre er dem Verfahren erster Instanz umfassend beigezogen worden ([RS0120213](#) [T9]), weil für die Entscheidung unerhebliches Vorbringen nicht gehört werden muss ([RS0120213](#) [T10]).

Der Vater muss als Revisionsrekurswerber also darlegen, dass die Gehörverletzung durch das Rekursgericht das Verfahrensergebnis beeinflusst haben kann.

Diesem Erfordernis ist hier Genüge getan. Der Vater brachte im Revisionsrekurs nochmals konkret vor, dass sich das Familienleben aus seiner Sicht ganz anders gestaltet hatte, als es die Mutter schilderte. Außerdem brachte er zum Ausdruck, dass er an einem „rechtskonformen Ermittlungsverfahren“ der Vorinstanzen hätte „mitwirken“ wollen. Dies kann im Zusammenhang zwanglos als Beweisanbot seiner Einvernahme als Partei verstanden werden.

In diesem Zusammenhang ist außerdem auf den Untersuchungsgrundsatz des § 16 AußStrG zu verweisen, wonach das Gericht von Amts wegen dafür zu sorgen hat, dass alle für seine Entscheidung maßgebenden Tatsachen aufgeklärt werden, und sämtliche Hinweise auf solche Tatsachen entsprechend zu berücksichtigen hat. Dies gilt auch noch im Rekursverfahren (vgl. [RS0126182](#), wonach sogar Rechtsmittelgründe amtswegig aufzugreifen sind, wenn sie geeignet sind, die Richtigkeit der Entscheidung zu hindern).

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Außerstreitverfahren auch dadurch behoben werden, dass eine Partei im Rechtsmittelverfahren Gelegenheit erhält, ihren Standpunkt zu vertreten ([RS0006057](#)).

Die Mutter argumentiert in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, dass eine solche Heilung der Gehörverletzung dadurch eingetreten sei, dass der Vater seinen Standpunkt im Rekursverfahren habe darlegen können. Dies trifft jedoch nicht zu, weil das Rekursgericht die Entscheidung nur aufgrund der Ergebnisse des einseitigen erstinstanzlichen Verfahrens überprüfte und gar nicht auf die

Tatsachenbehauptungen des Vaters einging.

Eine Sanierung durch den Obersten Gerichtshof kommt nicht in Frage, weil dieser auch im Außerstreitverfahren keine Tatsacheninstanz ist ([RS0007236](#) [vgl T9 zum AußStrG 2005]).

Eine Zurückverweisung des Verfahrens an das Rekursgericht ist deshalb unumgänglich, wobei die erforderliche Beweiswiederholung und -ergänzung auch durch einen beauftragten Richter des Rekursgerichts vorgenommen werden kann (§ 52 Abs 2 AußStrG).

[Zur Entscheidung](#)

3. Ehegattenunterhalt

2Ob95/22t (Wohnvorteil auch bei Wegweisung des Unterhaltsberechtigten zu berücksichtigen)

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Unterhaltspflichtige durch sein Verhalten seine unterhaltsberechtigten Kinder nicht in ihren Ansprüchen schmälern darf, sodass sein Auszug aus der Ehewohnung gegenüber den Kindern regelmäßig unbeachtlich und sein „Kopf“ bei der Ermittlung der anzurechnenden Anteile weiterhin zu berücksichtigen ist ([RS0123488](#)). Dies gilt auch für den Ehegattenunterhalt, wenn kein einvernehmlicher Auszug oder die Voraussetzungen des § 92 ABGB vorliegen ([RS0123488](#) [T2]). Wenn daher kein Einvernehmen der Ehegatten nach § 91 ABGB vorliegt und es dem Unterhaltspflichtigen auch nicht gelingt, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 92 ABGB zu beweisen, oder wenn er nicht darlegt, dass das weitere Zusammenwohnen mit dem Unterhaltsberechtigten aus besonderen Gründen nicht mehr zumutbar ist, ist er in die Aufteilung des fiktiven Mietwerts der Wohnung miteinzubeziehen ([RS0123488](#) [T3]). Dass dem freiwilligen Auszug des Unterhaltspflichtigen auch eine Wegweisung oder eine entsprechende einstweilige Verfügung nach § 382b EO gleichzuhalten sind, wurde bereits mehrfach festgehalten ([4 Ob 42/10w](#) Pkt 3.3.; [10 Ob 7/14y](#); [3 Ob 164/17i](#); [4 Ob 54/19y](#) Pkt 1.).

[Zur Entscheidung](#)

8Ob164/22h (Wohnvorteil Ehegattin bei grundlosem Auszug gedeckelt mit 1/4 des der Klägerin zur Verfügung stehenden Betrages, auch wenn nicht alle Betriebskosten getragen werden)

Eine fiktive Mietersparnis ist auch dann auf den Geldunterhalt anzurechnen, wenn der Unterhaltsschuldner nur Miteigentümer der dem Unterhaltsberechtigten zur Verfügung stehenden Wohnung ist ([RS0121283](#)). Das Berufungsgericht hat bereits darauf hingewiesen, dass die zu [3 Ob 164/17i](#) und [4 Ob 85/16b](#) gebilligte Rechtsauffassung, wonach im Fall des grundlosen Verlassens der im Miteigentum stehenden Ehewohnung nur ein Viertel des fiktiven Mietwerts anzurechnen sei, in der Literatur als verfehlt abgelehnt wurde (Deixler-Hübner, Anm zu [2 Ob 211/18w](#), iFamZ 2019/196, 323). Nunmehr hat der Oberste Gerichtshof zu [2 Ob 211/18w](#) festgehalten, dass auch in einem solchen Fall der halbe Mietwert anzurechnen ist, wenn der Unterhaltsberechtigte mit keinen Kosten belastet ist. Im vorliegenden Fall wurden die das Haus betreffenden Kreditraten vom Beklagten alleine beglichen. Soweit die Klägerin darauf verweist, dass sie die Grundsteuer, den Rauchfangkehrer, Wasser- und

Kanalgebühren sowie Stromkosten finanziert habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass der Oberste Gerichtshof bereits zu [3 Ob 35/19x](#) ausgesprochen hat, dass die Wohnversorgung bei der Bemessung des Geldunterhalts nicht schon deshalb in geringerem Ausmaß zu berücksichtigen ist, weil der Unterhaltspflichtige nicht zusätzlich auch noch alle Wohnungsbenutzungskosten trägt.

Die Wohnkostensparnis ist auf den Unterhaltsanspruch aber nur so weit anzurechnen, wie der persönliche Bedarf des Unterhaltsberechtigten gedeckt ist ([RS0047254](#) [T1]). Deshalb muss dem Unterhaltsberechtigten stets ein in Geld zu leistender Unterhalt verbleiben ([RS0047254](#) [T14]). Jedenfalls dann, wenn sich der Geldunterhalt (rechnerisch) aufgrund der Wohnversorgung um mehr als ein Viertel mindern würde, ist zu überprüfen, ob der Restunterhalt noch zur angemessenen Deckung der Restbedürfnisse ausreicht ([RS0123484](#) [T4]). Zumindest bei durchschnittlichen Verhältnissen lässt die Rechtsprechung eine Kürzung des Geldunterhaltsanspruchs aus dem Titel der Wohnversorgung deshalb lediglich um ein Viertel zu ([4 Ob 42/10w](#); [6 Ob 43/12k](#)). Gebührt dem Unterhaltsberechtigten aufgrund seines Eigeneinkommens ein Ergänzungsunterhalt, so ist dieses Viertel aus dem Eigeneinkommen und dem ungekürzten Ergänzungsunterhalt zu ermitteln ([3 Ob 164/17i](#); [4 Ob 54/19y](#)).

Zur Entscheidung

4. Kindesunterhalt

2Ob20/23i (Aufrechnung mit Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Unterhaltsbeiträge im Außerstreitverfahren unzulässig)

Im Außerstreitverfahren ist mangels einer § 391 Abs 3 ZPO entsprechenden Bestimmung die einredeweise Geltendmachung von (nicht in diesem Verfahren zu entscheidenden) Gegenforderungen aber unzulässig ([RS0006058](#)). Ein Begehren auf Rückzahlung zu viel gezahlter Unterhaltsbeiträge ist nicht im Außerstreitverfahren, sondern im streitigen Verfahren geltend zu machen ([RS0114452](#)). Auch eine entsprechende Aufrechnungseinrede des Unterhaltsschuldners im außerstreitigen Unterhaltsverfahren ist daher nicht zulässig (vgl [RS0114452](#) [T3]). Die dennoch erhobene Aufrechnungseinrede des Vaters, mit der er die „Gegenverrechnung“ der 570 EUR übersteigenden, unter Vorbehalt geleisteten Unterhaltsbeträge mit dem inhaltlich unbestrittenen Unterhaltsrückstand anstrebt, ist daher ebenso wie sein Rückzahlungsbegehren über 272 EUR mit Beschluss zurückzuweisen ([RS0006058](#) [T5]). Dass das Rekursgericht das Rückzahlungsbegehren (unbekämpft) ab- statt zurückgewiesen hat, ist im Hinblick auf die dazu ergangene Begründung als offenkundige Unrichtigkeit zu berichtigen (vgl [RS0041527](#)).

Zur Entscheidung

9Ob30/22k (Kosten der Erziehungsberatung können die Unterhaltsbemessungsgrundlage schmälern)

Darauf abzustellen, dass die Kosten der Erziehungsberatung aus der im Kontaktrechtsverfahren erfolgten gerichtlichen Anordnung resultieren und somit (formal) diesem Verfahren zuzuordnen sind, führt zu keinem anderen Ergebnis. Jedenfalls im vorliegenden Fall scheint diese Überlegung zu kurz

gegriffen, weil die Wirkungen und Zielsetzungen der Erziehungsberatung nicht allein auf das Kontaktrechtsverfahren beschränkt sind. Nach der Aktenlage war tragender Grund für die Anordnung der Erziehungsberatung deren in die Zukunft gerichteten Wirkungen auch auf das anhängige Obsorgeverfahren. Wie der Vater im Rekurs und im Revisionsrekurs jeweils unwidersprochen vorgebracht hat, sollte nach der Trennung der elterlichen Haushalte mit Hilfe der Erziehungsberatung der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck umgesetzt werden, im Sinn des Wohls des Kindes nicht nur eine einvernehmliche Regelung des Kontaktrechts herbeizuführen, sondern auch im parallel anhängigen Obsorgeverfahren eine entsprechende Lösung zu finden und zukünftige Obsorgestreitigkeiten zu vermeiden.

Ein möglicher anderer Ansatz besteht darin, daran anzuknüpfen, dass die Anordnung der Erziehungsberatung in der Persönlichkeit bzw. psychischen Verfasstheit des davon betroffenen Elternteils ihre Ursache findet. Die Zielsetzung der Erziehungsberatung liegt darin, den Blick der Eltern auf die Bedürfnisse und Probleme des Kindes zu schärfen und eine nachhaltige Änderung in der elterlichen Haltung dem Kind gegenüber zu fördern (Deixler-Hübner in Rechberger/Klicka, Außerstreitgesetz3 § 107 Rz 23). Im vorliegenden Fall wurde die Erziehungsberatung dem Vater (in Form von Einzelgesprächen) nicht allein zum Zweck der Wahrnehmung der Bedürfnisse des Kindes angeordnet, sondern zur Erreichung weiterer (individuell) formulierter Ziele, nämlich zur Wahrnehmung seiner eigenen Emotionalität und deren mögliche Übertragung auf das Kind sowie zur Herstellung einer gleichwertigen Kommunikationsbasis mit der Mutter.

Im Hinblick auf diese Überlegungen erscheint es sachgerechter im Unterhaltsbemessungsverfahren die Kosten der Erziehungsberatung nicht den Besuchskosten gleichzuhalten, sondern eine Parallele zu Kosten einer psychotherapeutischen Behandlung zu ziehen.

Die Berücksichtigung derartiger Kosten bei der Festsetzung der Unterhaltsbemessungsgrundlage setzt aber voraus, dass es sich um einen unvermeidbaren Mehraufwand handelt, der den allgemeinen Lebensbedarf übersteigt ([RS0085165](#)).

Zur Entscheidung

6Ob82/22k (Bei Anspannung beim Kindesunterhalt gibt es keinen „Berufsschutz“, selbst bei hohem Einkommen des betreuenden Elternteils)

Ein Berufsschutz wie im Sozialrecht besteht im Unterhaltsrecht nicht (LG Salzburg EFSIlg 95.757, 110.379; LGZ Wien EFSIlg 145.621; LG Linz EFSIlg 163.447; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, Eu PR² [2022] § 94 ABGB Rz 115; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht9 S 80). Vielmehr muss der Unterhaltspflichtige nach ständiger Rechtsprechung etwa bei längerer Arbeitslosigkeit auch minderqualifizierte Arbeiten annehmen ([9 Ob 168/98s](#); vgl auch [2 Ob 2376/96t](#); LG Salzburg EFSIlg 110.378; LGZ Wien 138.141 ua; Neuhauser in Schwimann/Neumayr, ABGB TaKomm5 § 231 Rz 155 mwN). Soweit sich die Mutter im Revisionsrekurs auf Schwimann (in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar § 94 Rz 39) beruft, wonach unter anderem eine Anspannung auf Beschäftigungen unzulässig sei, die nicht der „sozialen Implikation“ entsprechen, ist sie darauf hinzuweisen, dass dies

jedenfalls bei Gefährdung des notwendigen Unterhalts nicht gelten kann (vgl. bloß Ferarri in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar⁵ § 94 FN 300); dies trifft jedenfalls für den Kindesunterhalt zu. Es ist hier deshalb durchaus beachtlich, dass die Mutter lediglich zu Unterhaltsleistungen (deutlich) unter den Durchschnittsbedarfssätzen verpflichtet wurde.

Das Vorbringen der Mutter im Revisionsrekurs zur Einkommenshöhe des Vaters und zu dessen Bezug der Familienbeihilfe sowie des Familienbonus verstößt zum einen gegen das Neuerungsverbot gemäß § 66 Abs 2 AußStrG. Eine Durchbrechung desselben aus Gründen des Kindeswohls könnte (im Regelfall) nur in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren erwogen werden; in Unterhaltsverfahren müssten aber schon ganz besondere Umstände gegeben sein, die es rechtfertigen könnten, das Neuerungsverbot zu unterlaufen ([RS0119918](#) [T1]). Dass im vorliegenden Verfahren solche Umstände gegeben wären, ist nicht ersichtlich, zumal die Durchbrechung des Neuerungsverbots auch nur aus den Gründen des Kindeswohls stattfinden könnte.

Zum anderen ist auf die ständige Rechtsprechung zu verweisen, wonach auch eine erhöhte Leistungsfähigkeit des betreuenden Elternteils grundsätzlich nicht zu einer Verminderung des zu leistenden Geldunterhalts (oder gar zum völligen Entfall einer Unterhaltsverpflichtung des an sich geldunterhaltspflichtigen Elternteils) führt (2 Ob 508/79; [3 Ob 548/93](#); [6 Ob 211/00y](#)). Der Oberste Gerichtshof hat zwar in einigen älteren Entscheidungen ausgeführt, dass es zu einer gänzlichen Befreiung von der Alimentationspflicht führen können soll, wenn der die Kinder betreuende Elternteil über ein im Vergleich zum anderen Ehegatten beträchtlich höheres Einkommen verfügt, aus dem der Unterhalt derselben zur Gänze oder zum Großteil geleistet wird oder geleistet werden könnte, sodass die dem anderen Teil zumutbare Alimentierung im Vergleich dazu bei lebensnaher Betrachtung aller Umstände nicht mehr ins Gewicht falle ([8 Ob 651/90](#); [7 Ob 1644/93](#)). In jüngeren Entscheidungen wurde jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass dieses Billigkeitsargument des erheblichen Einkommensunterschieds der Eltern im Ergebnis zu einer Ausweitung der in § 140 (aF) bzw. nunmehr § 231 Abs 2 ABGB ausdrücklich angeführten Fälle einer subsidiären Beitragspflicht des betreuenden Elternteils, obwohl dieser nur zu einem ergänzenden Beitrag verpflichtet ist, wenn der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensbedürfnissen angemessen wäre, führe; die genannte Auffassung schaffe im Ergebnis den ersten Satz des § 140 (aF) bzw. nunmehr § 231 Abs 2 ABGB und die daraus abgeleitete subsidiäre Unterhaltspflicht des betreuenden Elternteils ab und verwandle dessen nur subsidiäre Unterhaltspflicht (Ergänzungspflicht) in eine primäre ([6 Ob 211/00y](#); [9 Ob 80/01g](#); [1 Ob 16/02p](#)). Die Anwendbarkeit der in [8 Ob 651/90](#) angestellten Überlegungen sei daher auf Fälle beschränkt, in denen das Einkommen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils so gering ist, dass der betreuende Elternteil nahezu 100 % der Bedürfnisse des Kindes in Erfüllung seiner subsidiären Unterhaltspflicht decken müsse und beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil nur ein ganz geringfügiger Geldbetrag abschöpfbar wäre ([9 Ob 80/01g](#)). Das Vorliegen eines solchen (Ausnahme-)Falls wurde in weiterer Folge jedoch etwa bei Unterhaltsbeiträgen in Höhe des halben, an sich für das Kind geltenden Regelbedarfs ([1 Ob 229/04i](#)) oder bei Unterhaltsbeiträgen in Höhe zwischen 77 und 155 EUR ([3 Ob 54/05w](#))

verneint; es könne nicht gesagt werden, dass solche Beträge nicht ins Gewicht fielen. Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung, mit der sich der Revisionsrekurs der Mutter nicht näher auseinandersetzt, an.

[Zur Entscheidung](#)

7Ob84/22m (Leibrente muss nicht zur Unterhaltsbemessungsgrundlage zählen)

[Zur Entscheidung](#)

3Ob210/22m (mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit weil keine Therapie nur bei Rechtsmissbrauch)

[Zur Entscheidung](#)

3Ob213/22b (Ausgaben für Fortbildung, die nicht anerkannt: steuerlicher Vorteil fällt in die Bemessungsgrundlage)

[Zur Entscheidung](#)

3Ob41/23k (Bei einvernehmlicher Beschlussfassung kein § 190 Abs 3 ABGB)

Vor Einführung des § 190 Abs 3 ABGB mit dem KindNamRÄG 2013, [BGBl I 2013/15](#), war eine Unterhaltsvereinbarung erst mit der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung wirksam ([RS0000166](#)). Mit dem KindNamRÄG 2013 wurde diese Wirksamkeitsvoraussetzung beseitigt, dafür zum Schutz der unterhaltsberechtigten Kinder aber vorgesehen, dass eine solche Vereinbarung nur für den Unterhaltsverpflichteten verbindlich ist (RV 2004 BlgNR 24. GP 31; vgl [RS0107666](#) [T10]). Schon aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung und ihrer Entstehungsgeschichte ergibt sich eindeutig, dass eine gerichtliche Unterhaltsfestsetzung mit Beschluss nicht in deren Anwendungsbereich fällt, und zwar auch dann nicht, wenn dieser eine Einigung der Parteien zugrunde liegt. Wenn nämlich eine gerichtliche Beschlussfassung erfolgt, entspricht dies zumindest der nach der alten Rechtslage vorgesehenen pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung. In diesem Sinn wurde in der Entscheidung zu [1 Ob 25/21j](#) (Rz 15) festgehalten, dass der Unterhalt des ältesten und des jüngsten Kindes mit – auf das Einvernehmen der Parteien gestütztem – Beschluss des Erstgerichts festgesetzt wurde, und dazu beurteilt, dass – mangels einer vor Gericht bzw. durch den Kinder- und Jugendhilfeträger geschlossenen Vereinbarung über die Höhe des Unterhalts – das auf eine Neubemessung (ohne Bindung an die bisherigen Umstände) gerichtete Begehren dieser beiden Kinder nicht auf § 190 Abs 3 ABGB gegründet werden könne.

[Zur Entscheidung](#)

3Ob74/23p (Schad- und Klagloshaltung bindet das Kind nicht)

In ihrer Rechtsrüge führt die Mutter für die Richtigkeit der vom Erstgericht beschlossenen Zurückweisung der Unterhaltsanträge aus formellen Gründen ins Treffen, nach dem Rechtssatz

[RS0047324](#) sei eine Exekutionsführung des Kindes gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil unzulässig, wenn die Eltern hinsichtlich der Unterhaltsschuld des einen Elternteils eine Erfüllungsübernahme iSd § 1404 ABGB vereinbarten und der Unterhaltsanspruch des Kindes aufgrund einer solchen Vereinbarung in der Weise erfüllt wird, dass der Elternteil, bei dem es sich befindet, die Kosten seiner Lebensführung in demselben Ausmaß bestreitet, wie er es getan hätte, wenn ihm der andere Elternteil die Unterhaltsbeträge bezahlt hätte.

Hieraus kann entgegen der Ansicht der Revisionsrekurswerberin aber nicht abgeleitet werden, dass ein Unterhaltsantrag des Kindes gegen jenen Elternteil, welcher nach einer internen, zwischen den Elternteilen geschlossenen sogenannten Entlastungsvereinbarung von der Unterhaltspflicht gänzlich oder teilweise befreit sein soll, unzulässig wäre:

Nach § 190 Abs 3 ABGB bedürfen vor Gericht geschlossene Vereinbarungen über die Höhe gesetzlicher Unterhaltsleistungen zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner gerichtlichen Genehmigung und sind für den Unterhaltsverpflichteten verbindlich. Eine Vereinbarung iSd § 190 Abs 3 ABGB ist eine solche zwischen dem (unterhaltsverpflichteten) Elternteil und dem (unterhaltsberechtigten minderjährigen) Kind (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 31), wobei letzteres in der Regel durch den anderen Elternteil vertreten wird (Hopf/Höllwerth in KBB6 [2020] § 190 ABGB Rz 4). Eine solche Vereinbarung zwischen einem Elternteil und dem – für gewöhnlich durch den anderen Elternteil vertretenen – Kind kann auch im Rahmen einer Scheidung nach § 55a EheG geschlossen werden (vgl [RS0057188](#); Stabentheiner/L. Kolbitsch in Rummel/Lukas, ABGB4 [2021] § 55a EheG Rz 27).

Soweit die Vereinbarung vom 1. 10. 2020 den Kindesunterhalt betrifft, wurde sie – wie aus den Worten „Der Ehemann verzichtet für seine Person [...]“ und „[...] im Verhältnis zwischen den Vertragsteilen [...]“ in ihrem ersten Absatz ersichtlich – allein zwischen den Eltern geschlossen, also ohne Beteiligung der minderjährigen L*. Auch der zweite Absatz der Unterhaltsvereinbarung lässt keine Involvierung der Minderjährigen in den Abschluss erkennen, wird doch nur geregelt, dass die Eltern zu gleichen Teilen für die genannten Kosten aufzukommen haben.

Mangels Abschlusses der vorliegenden Vereinbarung durch die Minderjährige ist § 190 Abs 3 ABGB unanwendbar.

Vielmehr liegt eine Vereinbarung iSd § 231 Abs 4 ABGB vor, nämlich eine solche, „wonach sich ein Elternteil dem anderen gegenüber verpflichtet, für den Unterhalt des Kindes allein oder überwiegend aufzukommen und den anderen für den Fall der Inanspruchnahme mit der Unterhaltspflicht schad- und klaglos zu halten“. Eine solche Vereinbarung ist nach der zitierten Vorschrift „unwirksam, sofern sie nicht im Rahmen einer umfassenden Regelung der Folgen einer Scheidung vor Gericht geschlossen [wird]“. Diese Wirksamkeitsvoraussetzung ist hier aufgrund des Abschlusses der Vereinbarung im Rahmen der Scheidung nach § 55a EheG erfüllt.

Die Vorschrift des § 231 Abs 4 ABGB wurde durch das KindNamRÄG 2013 ([BGBl I 2013/15](#)) eingeführt (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 33). Bereits zur vorherigen Rechtslage judizierte der Oberste Gerichtshof, dass eine von § 140 (nunmehr § 231) ABGB abweichende Vereinbarung der Eltern zu ihrer

Wirksamkeit gegenüber dem Kind der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung bedarf ([RS0047552](#)). Diese Rechtsprechung hat der Senat nach dem KindNamRÄG 2013 aufrecht erhalten ([3 Ob 192/22i](#) [Rz 16]). In der Literatur ist jedenfalls allgemein anerkannt, dass die reine (nicht pflegschaftsgerichtlich genehmigte) Vereinbarung iSd § 231 Abs 4 ABGB für das Kind unverbindlich ist (vgl Gitschthaler, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht, in Gitschthaler, KindNamRÄG 2013 [2013] 257 [264: „Entlastungsverträge, {...}, die ja das Kind gar nicht betreffen“]; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB-Praxiskommentar5 [2018] § 231 Rz 4 [„Das Kind binden solche Vereinbarungen nicht.“]; Hopf/Stefula in KBB6 [2020] § 231 ABGB Rz 21 „[...] das Kind nicht bindende und daher zu ihrer Wirksamkeit keiner pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftige [...] Verteilung der Unterhaltslast zwischen Vater und Mutter“]; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht10 [2022] 199: „Das Kind binden solche Vereinbarungen selbstverständlich nicht.“).

Eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der zwischen den Eltern am 1. 10. 2020 getroffenen Vereinbarung ist nicht ersichtlich, weshalb die minderjährige L* an diese nicht gebunden und es jedenfalls verfehlt ist, deren Unterhaltsanträge wegen dieser Vereinbarung für unzulässig zu halten. Ob anderes zu gelten hätte, wäre die Vereinbarung pflegschaftsgerichtlich genehmigt worden (vgl dazu mzwN Melcher in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 [2021] § 55a EheG Rz 78 [in FN 181]), und ob diesfalls ein Unterhaltsantrag des Kindes nicht abzuweisen, sondern zurückzuweisen wäre, ist hier nicht zu beurteilen.

Keinesfalls kann schließlich aus dem Rechtssatz [RS0047324](#), wonach in der dort genannten Situation die Exekutionsführung des Kindes gegen den unterhaltspflichtigen Elternteil unzulässig ist, abgeleitet werden, es wäre bereits die Stellung eines Unterhaltsantrags gegen diesen Elternteil unzulässig.

[Zur Entscheidung](#)

5. Unterhalt Eltern

5Ob213/22t (Unterhalt Eltern gegen Kinder-Mindestsicherung Tirol)

[Zur Entscheidung](#)

6. Gewaltschutz

7Ob38/23y (§ 382c und d EO gegen Überwachungsmaßnahmen)

Am 9. September 2022 entdeckte die Antragstellerin, nachdem sie ein Klickgeräusch im ehelichen Wohnhaus wahrgenommen hatte, eine versteckte Videokamera. Diese war bei der Playstation unter einem Kästchen montiert. Um die Entdeckung zu vermeiden, war die weiße Kamera mit schwarzem Klebeband abgebunden. Die Antragstellerin war sehr aufgebracht über den Fund. Sie entfernte die Kamera und verließ das Haus. Als sie wenig später zurückkehrte, fand sie in der Tasche des Antragsgegners Fotoausdrucke ihrer Smartphonedateien, unter anderem Kontaktdaten und Anruflisten, ohne dass sie dem Antragsgegner je erlaubt hätte, diese anzufertigen. Ebenso fand sie eine Rechnung über zwei Überwachungskameras samt vier SD-Karten. Alarmiert durch den Fund suchte und fand die Antragstellerin am selben Abend mit Hilfe eines Bekannten einen Peilsender im Kofferraum des

ausschließlich von ihr genutzten PKW. Die Antragstellerin suchte noch in derselben Nacht die Polizei auf. Diese sprach am 10. September 2022 gegen den Antragsgegner ein Betretungsverbot für das Wohnhaus sowie ein Annäherungsverbot aus.

Am 11. September 2022 fand die Antragstellerin überdies ein Aufzeichnungsgerät (Voicerecorder) in ihrem PKW. Dieses Gerät war unter dem Radio angeklebt. Sie gab dieses bei der Polizei ab.

Der Antragsgegner montierte diese technischen Mittel (Voicerecorder, Videokamera, Peilsender), um die Antragstellerin zu überwachen und einen Beweis für das vermeintliche außereheliche Verhältnis der Antragstellerin zu gewinnen, den er in einem Scheidungsverfahren verwenden wollte. Die Überwachungsmaßnahmen wurden vom Antragsgegner zu einem nicht mehr genau feststellbaren Zeitpunkt Ende August/Anfang September 2022 gesetzt.

Die Antragstellerin hat Angst vor dem Antragsgegner. Aufgrund der Überwachungsmaßnahmen des Antragsgegners durchlief sie eine mittelgradige depressive Episode und erlitt Panikattacken, weshalb ihr auch Medikamente (Psychopharmaka) verschrieben und eine Psychotherapie empfohlen wurde. Sie fühlt sich deshalb ständig unsicher, fürchtet sich, lebt in Unruhe und leidet an Schlafstörungen.

Im vorliegenden Fall setzte der Antragsgegner durch Montieren einer versteckten Kamera im gemeinsamen Wohnhaus und Montieren eines versteckten Tonaufnahmegeräts sowie Installieren eines versteckten Peilsenders am PKW der Antragstellerin, Handlungen, die ihre möglichst lückenlose Überwachung bewirken sollten, um einen von ihm vermuteten Ehebruch der Antragstellerin nachweisen zu können. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, die vom Antragsgegner vorgenommene systematische, verdeckte, identifizierende technische Überwachung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der Antragstellerin rechtfertigt 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, beruhen. Der Hinweis des Antragsgegners auf die Judikatur zum Ersatz von Detektivkosten (vgl. [RS0022959](#); [RS0022943](#)) geht schon deshalb fehl, weil diese den nicht vergleichbaren Fall von Schadenersatzansprüchen eines Ehegatten gegen den Ehepartner zum Gegenstand hat.

§ 382c EO ermöglicht bei Vorliegen eines körperlichen Angriffs oder der Drohung mit einem solchen und darüber hinaus auch bei einem sonstigen Verhalten des Antragsgegners die Anordnung der dort angeführten Sicherungsmaßnahmen, wenn dieses Verhalten eine Schwere erreicht, die die strenge Maßnahme der einstweiligen Verfügung angemessen erscheinen lässt ([7 Ob 38/21w](#) mwN). „Psychoterror“ ist, weil die Zumutbarkeitsfrage entscheidet, nicht nach objektiven, sondern nach subjektiven Kriterien zu beurteilen. Von Bedeutung ist aber nicht ein Verhalten, welches der Durchschnittsmensch als „Psychoterror“ empfindet, sondern die Wirkung eines bestimmten Verhaltens gerade auf die Psyche der Antragstellerin ([RS0110446](#) [T4, T8, T15]). Die Ausübung von „Psychoterror“ rechtfertigt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 382c EO dann, wenn

dadurch die psychische Gesundheit der Antragstellerin erheblich beeinträchtigt wird (vgl. [RS0121302](#) [T1]).

In der Entscheidung [7 Ob 151/17g](#) erachtete der Oberste Gerichtshof bei dem vom Antragsgegner zu verantwortenden Überwachen und Ausspionieren der Telefonkontakte der Antragstellerin und seinen „Beweismittelbeschaffungen“ (als Tonaufnahmegerät verwendetes, verstecktes Mobiltelefon in der Ehewohnung, Entnehmen von Haaren von der Haarbürste für einen Suchtmitteltest), die bei der Antragstellerin zu Belastungen und vegetativen Beschwerden führten, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 382b EO für gerechtfertigt, weil es sich dabei um schwerwiegende Vertrauensbrüche und unerträgliche Eingriffe in die Privatsphäre eines Ehegatten handelt, die auch im Rahmen eines anhängigen Scheidungsverfahrens keinesfalls zu tolerieren sind und damit der Antragstellerin das weitere Zusammenleben unzumutbar machen. Dies gilt gleichermaßen für einstweilige Verfügungen nach § 382c EO (vgl. [RS0110446](#) [T16]).

Angesichts des Umstands, dass die Antragstellerin aufgrund der systematischen Überwachungsmaßnahmen des Antragsgegners eine mittelgradige depressive Episode durchlief und Panikattacken erlitt, ist die Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass auch die Voraussetzungen des § 382c EO vorliegen, nicht korrekturbedürftig, zumal der Antragsgegner auch kein berechtigtes Interesse im Sinn dieser Gesetzesbestimmung darlegt.

[Zur Entscheidung](#)

7. Erwachsenenschutz

1Ob142/22x („querulatorisches“ Vorgehen alleine ist noch kein Grund zur Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters)

Eine generelle „Unbelehrbarkeit“, die fehlende Akzeptanz von Entscheidungen, das „Beharren auf eigenen Rechtspositionen“, ein ständiges Wiederholen gleichartigen Vorbringens sowie eine „weit über das gewöhnliche Maß hinausgehende Uneinsichtigkeit“ (insbesondere) in Rechtsstreitigkeiten erachtet der Oberste Gerichtshof im Allgemeinen zwar als Indiz für die Notwendigkeit der Bestellung eines Erwachsenenvertreters ([1 Ob 20/21d](#) mwN). Zusätzlich ist aber erforderlich, dass sich der Betroffene durch ein solches „Querulieren“ selbst einen Schaden zufügt ([RS0072687](#)). Für die Annahme eines relevanten Nachteils reicht dabei nicht schon jeder drohende Prozessaufwand ([RS0072687](#) [T1]), eine bloß potenzielle künftige Gefährdung ([RS0072687](#) [T3]) oder ein unschlüssiges, aber nicht absurdes Prozessvorbringen ([RS0110325](#); [1 Ob 20/21d](#)) aus. Vielmehr ist konkret zu prüfen, in welchem Zusammenhang sich der Betroffene in einer seinen Interessen objektiv zuwiderlaufenden Weise verhalten hat und/oder aufgrund welcher besonderen Umstände zu befürchten ist, er werde sich auch in Zukunft Schaden zufügen ([RS0008526](#) [T2, T4]). Dies gilt besonders nach der Rechtslage aufgrund des 2. ErwSchG, dessen erklärte Absicht es ist, auch Personen mit eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit die möglichst selbständige Besorgung ihrer Angelegenheiten zu ermöglichen ([1 Ob 195/19m](#); [1 Ob 20/21d](#)).

Nach den erstinstanzlichen Feststellungen ist der Betroffene Beklagter in zwei von seiner – durch einen

Erwachsenenvertreter vertretenen – Mutter gegen ihn eingeleiteten Gerichtsverfahren. In einem Fall wurde er auf Räumung einer Liegenschaft geklagt, im anderen Verfahren (in diesem ist der Betroffene durch einen Rechtsanwalt vertreten) auf Rückzahlung behaupteter unberechtigter Behebungen vom Konto der Mutter. Beide Verfahren sind seit deren Tod am 21. 6. 2019 unterbrochen und wurden bis dato nicht fortgesetzt. In einem weiteren Verfahren wurde der Betroffene – wie sich aus dem elektronischen Register ergibt – von seiner Zahnärztin auf Zahlung offenen Werklohns geklagt. Weitere zivilgerichtliche Verfahren, in denen der Betroffene Partei ist, sind nach den Feststellungen nicht (mehr) anhängig. Vor einem Landesverwaltungsgericht wird gegen ihn ein Verfahren in einer abfallwirtschaftsrechtlichen Angelegenheit geführt. Ein Strafverfahren gegen den Betroffenen wurde eingestellt.

Der Revisionsrekurswerber weist zutreffend darauf hin, dass dieser Sachverhalt keine ausreichende Grundlage für die Annahme der konkreten Gefahr einer Selbstschädigung bietet. Es wurde auch im zweiten Rechtsgang kein schädigendes Prozessverhalten des Betroffenen in den gegen ihn geführten Gerichtsverfahren – soweit diese überhaupt noch anhängig sind – festgestellt. Insbesondere bestehen keine Hinweise darauf, dass seinen Prozessstandpunkten in diesen Verfahren keinerlei Erfolgsaussicht zukäme, diese mutwillig oder offenbar aussichtslos wären, und mit der Rechtsverteidigung daher die immanente Gefahr einer Selbstschädigung verbunden sei. Aufgrund welcher objektivierten Umstände zu befürchten wäre, der Betroffene werde sich in den gegen ihn geführten Verfahren aufgrund seiner psychischen Beeinträchtigung durch irrationale Prozesshandlungen in einer seinen Interessen zuwiderlaufenden Weise Schäden zufügen, ist daher nicht konkret ersichtlich. Hinsichtlich des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens steht auch nicht fest, ob der Betroffene dort überhaupt kostenersatzpflichtig werden könnte. Allein dass er Partei in mehreren Verfahren ist, lässt nicht auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 271 Z 1 ABGB schließen ([1 Ob 20/21d](#)). Die bloße Bezugnahme des Rekursgerichts auf die „Persönlichkeitsstruktur“ des Betroffenen lässt noch keine Gefahr einer Selbstschädigung erkennen.

Dass beim Betroffenen in Zukunft (ohne Bestellung eines Erwachsenenvertreters) kostenaufwändige, mutwillige und/oder offenbar aussichtslose (aktive) Prozessführungen zu erwarten wären, findet keine ausreichende Deckung im Sachverhalt. Zwar will er nicht akzeptieren, dass die Staatsanwaltschaft von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen ein von ihm angezeigtes Justizorgan absah. Dies lässt aber keine Vermögensnachteile für ihn erwarten. Dass er in Zukunft aktiv kostenaufwändige Gerichtsverfahren einleiten würde, liegt schon deshalb nicht besonders nahe, weil dies nach den Feststellungen auch bisher nicht der Fall war. An den von den Vorinstanzen genannten Verfahren war er jeweils als Beklagter bzw. Antragsgegner beteiligt.

Auch die Feststellungen zum Verlassenschaftsverfahren nach seiner Mutter lassen nicht erkennen, dass sich der Betroffene dort wegen aussichtsloser Verfahrenshandlungen selbst schädigen könnte. An dem zwischen seiner Schwester und der Verlassenschaft geführten Vermächtnisprozess, ist er nicht beteiligt. Dass der Betroffene ein Testament seiner Mutter, in dem seine Schwester enterbt worden sein soll, dem Gerichtskommissär nicht im Original übergeben will, bietet noch keinen hinreichenden Grund für die

Annahme, er könne sich dadurch am Vermögen schädigen.

Da sich derzeit aus dem von den Vorinstanzen angenommenen Sachverhalt insgesamt keine konkrete Gefahr einer Selbstschädigung des Betroffenen ableiten lässt, ist das Verfahren gemäß § 122 Abs 2 AußStrG einzustellen.

Zur Entscheidung

4Ob83/23v (Rechtskenntnisse des Erwachsenenvertreters bei aufrechten Exekutionen)

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.

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, während nach dem Sachverhalt der zitierten Entscheidung der bisher für den Betroffenen bestellte Erwachsenenvertreter – ein Mitarbeiter eines Sozialvereins – um Enthebung ersuchte, 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. Das Rechtsmittel gegen die Bestellung war erfolgreich, weil es weder eine Angelegenheit gab, die von einer Person ohne juristische Ausbildung nicht eigenständig erfüllt werden könnte, noch eine solche konkret abzusehen war, sondern bloß die abstrakte Möglichkeit dazu bestand.

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.

Zur Entscheidung