jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE OGH 2002/3/13 7Ob323/01b

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 13.03.2002

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Kalivoda und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schramm als weitere Richter in der Sachwalterschaftssache des Betroffenen Alois S*****, geboren am 10. April 1962, infolge des Revisionsrekurses des gemäß § 238 Abs 1 AußStrG bestellten einstweiligen Verfahrenssachwalters Dr. Peter W*****, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 25. Oktober 2001, GZ 14 R 444/01i-11, womit infolge Rekurses des Verfahrenssachwalters der Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 17. September 2001, GZ 2 P 166/01f-7, bestätigt wurde, den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Kalivoda und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Schramm als weitere Richter in der Sachwalterschaftssache des Betroffenen Alois S*****, geboren am 10. April 1962, infolge des Revisionsrekurses des gemäß Paragraph 238, Absatz eins, AußStrG bestellten einstweiligen Verfahrenssachwalters Dr. Peter W*****, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 25. Oktober 2001, GZ 14 R 444/01i-11, womit infolge Rekurses des Verfahrenssachwalters der Beschluss des Bezirksgerichtes Linz vom 17. September 2001, GZ 2 P 166/01f-7, bestätigt wurde, den Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

**Text**

Begründung:

Nachdem der Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft dem Erstgericht mitgeteilt hatte, ein Sachwalter könne mangels freier Kapazitäten nicht namhaft gemacht werden, bestellte das Erstgericht mit Beschluss vom 17. 9. 2001 Rechtsanwalt Dr. Peter W***** ohne ihn vorher dazu zu befragen, zum Verfahrenssachwalter gemäß § 238 Abs 1 AußStrG für den Betroffenen Alois S*****.Nachdem der Verein für Sachwalterschaft und Patientenanwaltschaft dem Erstgericht mitgeteilt hatte, ein Sachwalter könne mangels freier Kapazitäten nicht namhaft gemacht werden, bestellte das Erstgericht mit Beschluss vom 17. 9. 2001 Rechtsanwalt Dr. Peter W***** ohne ihn vorher dazu zu befragen, zum Verfahrenssachwalter gemäß Paragraph 238, Absatz eins, AußStrG für den Betroffenen Alois S*****.

Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Verfahrenssachwalters nicht Folge und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Im Hinblick auf § 189 ABGB idF KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135 sei auch ein Verfahrenssachwalter vor seiner Bestellung am Verfahren zu beteiligen. Da ein dem durch das KindRÄG 2001 aufgehobenen § 201 ABGB vergleichbares Verfahren nicht mehr vorgesehen sei, müsse der Bestellte Umstände des§

189 ABGB nF oder deren unrichtige Würdigung auch mit Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss geltend machen können. Das Erstgericht habe den Rekurswerber vor der Bestellung nicht gehört, sondern ihn als Nächsten der gemäß § 86 Geo beim Erstgericht aufliegenden Liste der Rechtsanwälte herangezogen. Da der Rechtsmittelwerber seine Argumente mangels Neuerungsverbots auch noch im Rekurs geltend machen könne, liege der Nichtigkeitsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht vor. Entgegen den Ausführungen des Rekurswerbers kämen der Bruder oder die Halbschwester des Betroffenen nicht als taugliche Sachwalter in Betracht, wolle doch der Betroffene mit diesen nichts zu tun haben. Der Rekurswerber sei zur Übernahme des Amtes verpflichtet. Die Arbeitsbelastung eines Verfahrenssachwalters erschöpfe sich voraussichtlich darin, an einer, allenfalls an einer zweiten Verhandlung teilzunehmen und unter Umständen einen Rekurs gegen den Sachwalterbestellungsbeschluss oder eine entsprechende Rekursbeantwortung zu verfassen. Aus dem Akteninhalt sei eine besondere Schwierigkeit oder Arbeitsintensität der konkreten Vertretung nicht zu erkennen. Die bloße Arbeitsbelastung in der Rechtsanwaltskanzlei des Rekurswerbers, auch wenn sie derzeit überdurchschnittlich sein sollte, was sich aus den Rekursausführungen nicht ableiten lasse, sei kein ausreichender Grund, die Sachwalterbestellung abzulehnen. Gerade bei jenen Personen, die nach § 281 ABGB primär als Sachwalter in Betracht kämen, müssten gravierende Umstände vorliegen, um sie ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme dieser Funktion zu entledigen. Eine unzumutbare Belastung des Rekurswerbers sei nicht ersichtlich.Das Rekursgericht gab dem dagegen erhobenen Rekurs des Verfahrenssachwalters nicht Folge und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Im Hinblick auf Paragraph 189, ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 BGBl römisch eins 2000/135 sei auch ein Verfahrenssachwalter vor seiner Bestellung am Verfahren zu beteiligen. Da ein dem durch das KindRÄG 2001 aufgehobenen Paragraph 201, ABGB vergleichbares Verfahren nicht mehr vorgesehen sei, müsse der Bestellte Umstände des Paragraph 189, ABGB nF oder deren unrichtige Würdigung auch mit Rekurs gegen den Bestellungsbeschluss geltend machen können. Das Erstgericht habe den Rekurswerber vor der Bestellung nicht gehört, sondern ihn als Nächsten der gemäß Paragraph 86, Geo beim Erstgericht aufliegenden Liste der Rechtsanwälte herangezogen. Da der Rechtsmittelwerber seine Argumente mangels Neuerungsverbots auch noch im Rekurs geltend machen könne, liege der Nichtigkeitsgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht vor. Entgegen den Ausführungen des Rekurswerbers kämen der Bruder oder die Halbschwester des Betroffenen nicht als taugliche Sachwalter in Betracht, wolle doch der Betroffene mit diesen nichts zu tun haben. Der Rekurswerber sei zur Übernahme des Amtes verpflichtet. Die Arbeitsbelastung eines Verfahrenssachwalters erschöpfe sich voraussichtlich darin, an einer, allenfalls an einer zweiten Verhandlung teilzunehmen und unter Umständen einen Rekurs gegen den Sachwalterbestellungsbeschluss oder eine entsprechende Rekursbeantwortung zu verfassen. Aus dem Akteninhalt sei eine besondere Schwierigkeit oder Arbeitsintensität der konkreten Vertretung nicht zu erkennen. Die bloße Arbeitsbelastung in der Rechtsanwaltskanzlei des Rekurswerbers, auch wenn sie derzeit überdurchschnittlich sein sollte, was sich aus den Rekursausführungen nicht ableiten lasse, sei kein ausreichender Grund, die Sachwalterbestellung abzulehnen. Gerade bei jenen Personen, die nach Paragraph 281, ABGB primär als Sachwalter in Betracht kämen, müssten gravierende Umstände vorliegen, um sie ihrer grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme dieser Funktion zu entledigen. Eine unzumutbare Belastung des Rekurswerbers sei nicht ersichtlich.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu§ 189 ABGB idF des KindRÄG 2001 iVm § 282 Abs 1 ABGB nicht vorliege. Insbesondere sei zu klären, ob ein Rechtsanwalt, auch wenn Rechtskenntnisse für eine Verfahrenssachwalterschaft nicht unbedingt erforderlich seien, auch in diesem Fall als "besonders geeignete Person" gelte. Werde dies verneint, so sei zu klären, ob bzw aus welchen Gründen sich sonst geeignete Personen weigern können, eine Sachwalterschaft zu übernehmen.Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu Paragraph 189, ABGB in der Fassung des KindRÄG 2001 in Verbindung mit Paragraph 282, Absatz eins, ABGB nicht vorliege. Insbesondere sei zu klären, ob ein Rechtsanwalt, auch wenn Rechtskenntnisse für eine Verfahrenssachwalterschaft nicht unbedingt erforderlich seien, auch in diesem Fall als "besonders geeignete Person" gelte. Werde dies verneint, so sei zu klären, ob bzw aus welchen Gründen sich sonst geeignete Personen weigern können, eine Sachwalterschaft zu übernehmen.

Der dagegen erhobene Revisionsrekurs des Verfahrenssachwalters ist aus den vom Rekursgericht genannten Gründen zwar zulässig, aber nicht berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber macht im Wesentlichen geltend, er sei am 15. 5. 1941 geboren und gegen seinen ausdrücklichen Willen zum Verfahrenssachwalter bestellt worden. Sein rechtliches Gehör sei vom Erstgericht verletzt worden. Das Rechtsmittelverfahren könne diese Rechtswidrigkeit nicht sanieren. Aufgrund der Arbeitsbelastung in

seiner Kanzlei sei ihm die Übernahme des Amtes nicht möglich. Das Rekursgericht gehe zutreffend davon aus, dass im vorliegenden Fall nicht ein Rechtsanwalt zu bestellen gewesen wäre. Offenbar sei der Rechtsmittelwerber als Privatperson bestellt worden. Da die Betrauung einer besonders geeigneten Person nicht erforderlich sei und vom Gericht auch nicht beabsichtigt gewesen sei, dürfe der Rechtsmittelwerber Hindernisgründe und freiwillige Entschuldigungsgründe wie jeder andere auch geltend machen. Es erscheine verfassungsrechtlich bedenklich, wenn ein Rechtsanwalt als Privatperson bestellt werde, obwohl eine besonders geeignete Person nicht zu bestellen wäre.

Hiezu wurde erwogen:

**Rechtliche Beurteilung**

Es trifft zu, dass der Revisionsrekurswerber vom Erstgericht vor seiner Bestellung nicht angehört wurde. Die in dieser Vorgangsweise vom Rechtsmittelwerber erblickte Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz verneinte schon das Rekursgericht (zu Recht). Eine vom Gericht zweiter Instanz verneinte Nichtigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens kann auch im Außerstreitverfahren nicht nochmals mit Revisionsrekurs geltend gemacht werden (ständige Rechtsprechung, zB SZ 65/84; 7 Ob 61/98s; 1 Ob 264/01g).

Ist nach Erstanhörung des Betroffenen das Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters fortzusetzen, so hat das Gericht für einen Rechtsbeistand des Betroffenen im Verfahren zu sorgen. Hat der Betroffene keinen gesetzlichen oder selbst gewählten Vertreter, so hat ihm das Gericht für das Verfahren einen einstweiligen Sachwalter zu bestellen ("Verfahrenssachwalter"; § 238 Abs 1 Satz 1 und 2 AußStrG).Ist nach Erstanhörung des Betroffenen das Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters fortzusetzen, so hat das Gericht für einen Rechtsbeistand des Betroffenen im Verfahren zu sorgen. Hat der Betroffene keinen gesetzlichen oder selbst gewählten Vertreter, so hat ihm das Gericht für das Verfahren einen einstweiligen Sachwalter zu bestellen ("Verfahrenssachwalter"; Paragraph 238, Absatz eins, Satz 1 und 2 AußStrG).

Grund der zwingend angeordneten Bestellung eines Verfahrenssachwalters für den Betroffenen, der eines gesetzlichen oder selbst gewählten Vertreters entbehrt, ist, dass der Betroffene schon im Verfahren nicht auf die möglicherweise nur unzulängliche Wahrnehmung seiner Interessen durch ihn selbst beschränkt sein soll (Gamerith, NZ 1988, 61 [68]; Gitschthaler, ÖJZ 1990, 762). Das Wort "Rechtsbeistand" in § 238 Abs 1 Satz 1 AußStrG bedeutet nicht, dass jedenfalls eine rechtskundige Person als Verfahrenssachwalter zu bestellen ist, wird doch im Allgemeinen das Schwergewicht der Probleme im Sachwalterbestellungsverfahren mehr im Tatsächlichen und weniger im Rechtlichen liegen (2 Ob 296/98p; Gitschthaler aaO 764; Maurer/Tschuguell, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis$^2$, § 238 AußStrG Rz 7). Der Kreis der Personen, aus dem der Verfahrenssachwalter zu bestellen ist, ist im Gesetz nicht umschrieben. Bei der Auswahl eines Verfahrenssachwalters ist § 281 ABGB sinngemäß anzuwenden (2 Ob 296/98p mwN). Erfordert die Vertretung des Betroffenen im konkreten Verfahren vorwiegend Rechtskenntnisse, so ist ein Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder Notar (Notariatskandidat) zum Verfahrenssachwalter zu bestellen (§ 281 Abs 3 ABGB). Ist dies nicht der Fall, so ist primär eine geeignete, dem Betroffenen nahestehende Person zu bestellen, wenn das Betroffenenwohl nichts anderes erfordert (§ 281 Abs 1 ABGB; die in dieser Gesetzesstelle auch angeordnete Bestellung des bisherigen gesetzlichen Vertreters zum Sachwalter einer minderjährigen behinderten Person hat keinen Anwendungsbereich mehr, weil nach § 273 Abs 1 ABGB idF Art I Z 74 KindRÄG 2001 das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft auf volljährige behinderte Personen beschränkt ist). Eine vom Sachwalterverein namhaft gemachte Person (§ 281 Abs 2 ABGB) ist erst dann zum Verfahrenssachwalter zu bestellen, wenn nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind und eine nach § 281 Abs 1 ABGB geeignete Person fehlt (2 Ob 296/98p). Mangels Auffindbarkeit, Verfügbarkeit oder sachlicher Bestellungsrechtfertigung einer der im § 281 ABGB genannten Personen ist eine andere geeignete, dort nicht genannte Person zum Verfahrenssachwalter zu bestellen, normiert doch § 238 Abs 1 AußStrG einen Vertretungszwang. Das Gericht könnte dem Gesetzesbefehl jedoch nicht nachkommen, würde der Kreis der zu bestellenden Personen auf jenen der in § 281 ABGB genannten beschränkt werden, wenn im konkreten Fall aber die Vertretung nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert, eine dem Betroffene nahestehende Person nicht auffindbar ist und vom Sachwalterverein mangels Verfügbarkeit eine Person nicht namhaft gemacht wird (vgl 6 Ob 28/97d = ÖA 1998, 70; RZ 1994/15, beide für den Sachwalter nach § 273 ABGB). Zudem ist aus den Worten "wenn ihr Wohl nichts anderes erfordert" in § 281 Abs 1 ABGB abzuleiten, dass die Aufzählung der als Sachwalter in Betracht kommenden Personen demonstrativ ist (Gitschthaler, ÖJZ 1985, 199; Schlemmer in Schwimann, ABGB$^2$ § 281 Rz 1 mwN; aA Schauer, NZ 1983, 52).Grund der zwingend angeordneten Bestellung eines Verfahrenssachwalters für den Betroffenen, der eines gesetzlichen oder selbst gewählten Vertreters entbehrt, ist, dass der Betroffene schon im

Verfahren nicht auf die möglicherweise nur unzulängliche Wahrnehmung seiner Interessen durch ihn selbst beschränkt sein soll (Gamerith, NZ 1988, 61 [68]; Gitschthaler, ÖJZ 1990, 762). Das Wort "Rechtsbeistand" in Paragraph 238, Absatz eins, Satz 1 AußStrG bedeutet nicht, dass jedenfalls eine rechtskundige Person als Verfahrenssachwalter zu bestellen ist, wird doch im Allgemeinen das Schwergewicht der Probleme im Sachwalterbestellungsverfahren mehr im Tatsächlichen und weniger im Rechtlichen liegen (2 Ob 296/98p; Gitschthaler aaO 764; Maurer/Tschuguell, Das österreichische Sachwalterrecht in der Praxis², Paragraph 238, AußStrG Rz 7). Der Kreis der Personen, aus dem der Verfahrenssachwalter zu bestellen ist, ist im Gesetz nicht umschrieben. Bei der Auswahl eines Verfahrenssachwalters ist Paragraph 281, ABGB sinngemäß anzuwenden (2 Ob 296/98p mwN). Erfordert die Vertretung des Betroffenen im konkreten Verfahren vorwiegend Rechtskenntnisse, so ist ein Rechtsanwalt (Rechtsanwaltsanwärter) oder Notar (Notariatskandidat) zum Verfahrenssachwalter zu bestellen (Paragraph 281, Absatz 3, ABGB). Ist dies nicht der Fall, so ist primär eine geeignete, dem Betroffenen nahestehende Person zu bestellen, wenn das Betroffenenwohl nichts anderes erfordert (Paragraph 281, Absatz eins, ABGB; die in dieser Gesetzesstelle auch angeordnete Bestellung des bisherigen gesetzlichen Vertreters zum Sachwalter einer minderjährigen behinderten Person hat keinen Anwendungsbereich mehr, weil nach Paragraph 273, Absatz eins, ABGB in der Fassung Art römisch eins Ziffer 74, KindRÄG 2001 das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft auf volljährige behinderte Personen beschränkt ist). Eine vom Sachwalterverein namhaft gemachte Person (Paragraph 281, Absatz 2, ABGB) ist erst dann zum Verfahrenssachwalter zu bestellen, wenn nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erforderlich sind und eine nach Paragraph 281, Absatz eins, ABGB geeignete Person fehlt (2 Ob 296/98p). Mangels Auffindbarkeit, Verfügbarkeit oder sachlicher Bestellungsrechtfertigung einer der im Paragraph 281, ABGB genannten Personen ist eine andere geeignete, dort nicht genannte Person zum Verfahrenssachwalter zu bestellen, normiert doch Paragraph 238, Absatz eins, AußStrG einen Vertretungszwang. Das Gericht könnte dem Gesetzesbefehl jedoch nicht nachkommen, würde der Kreis der zu bestellenden Personen auf jenen der in Paragraph 281, ABGB genannten beschränkt werden, wenn im konkreten Fall aber die Vertretung nicht vorwiegend Rechtskenntnisse erfordert, eine dem Betroffene nahestehende Person nicht auffindbar ist und vom Sachwalterverein mangels Verfügbarkeit eine Person nicht namhaft gemacht wird vergleiche 6 Ob 28/97d = ÖA 1998, 70; RZ 1994/15, beide für den Sachwalter nach Paragraph 273, ABGB). Zudem ist aus den Worten "wenn ihr Wohl nichts anderes erfordert" in Paragraph 281, Absatz eins, ABGB abzuleiten, dass die Aufzählung der als Sachwalter in Betracht kommenden Personen demonstrativ ist (Gitschthaler, ÖJZ 1985, 199; Schlemmer in Schwimann, ABGB² Paragraph 281, Rz 1 mwN; aA Schauer, NZ 1983, 52).

Vor dem KindRÄG 2001 wurde die grundsätzliche Verpflichtung geeigneter Personen, die gerichtliche Bestellung zum Sachwalter (nach § 273 ABGB, § 238 Abs 1 oder Abs 2 AußStrG) anzunehmen, auf eine Analogie zu§ 200 ABGB für die Vormundbestellung gestützt (ÖA 1994, 70; ÖA 1998, 70; 7 Ob 362/98f ua). Die Untauglichkeits- und Entschuldigungsgründe der §§ 191 bis 195 ABGB kamen für die Bestellung eines Sachwalters analog (RZ 1994/15; ÖA 1994, 70; ÖA 1998, 70) oder nur als Wertungsgesichtspunkte für die richterliche Ermessensentscheidung (7 Ob 198/00v) zur Anwendung. §§ 190 bis 210 ABGB wurden mit Wirkung vom 1. 7. 2001 aufgehoben (Art I Z 39 und Art XVIII § 1 Abs 1 KindRÄG 2001). Das KindRÄG 2001 beseitigte die Rechtsinstitute der Vormundschaft und der Sachwalterschaft für minderjährige Personen; beide gehen in der neu geschaffenen "Obsorge einer anderen Person" nach den im 1. Abschnitt des 4. Hauptstücks gelegenen §§ 187 bis 189, 211 bis 216, 229 bis 232, 234, 250, 253, 264 bis 267 ABGB auf (EB RV 296 BlgNR 21. GP 70 f; in der Folge:Vor dem KindRÄG 2001 wurde die grundsätzliche Verpflichtung geeigneter Personen, die gerichtliche Bestellung zum Sachwalter (nach Paragraph 273, ABGB, Paragraph 238, Absatz eins, oder Absatz 2, AußStrG) anzunehmen, auf eine Analogie zu Paragraph 200, ABGB für die Vormundbestellung gestützt (ÖA 1994, 70; ÖA 1998, 70; 7 Ob 362/98f ua). Die Untauglichkeits- und Entschuldigungsgründe der Paragraphen 191 bis 195 ABGB kamen für die Bestellung eines Sachwalters analog (RZ 1994/15; ÖA 1994, 70; ÖA 1998, 70) oder nur als Wertungsgesichtspunkte für die richterliche Ermessensentscheidung (7 Ob 198/00v) zur Anwendung. Paragraphen 190 bis 210 ABGB wurden mit Wirkung vom 1. 7. 2001 aufgehoben (Art römisch eins Ziffer 39 und Art römisch XVIII Paragraph eins, Absatz eins, KindRÄG 2001). Das KindRÄG 2001 beseitigte die Rechtsinstitute der Vormundschaft und der Sachwalterschaft für minderjährige Personen; beide gehen in der neu geschaffenen "Obsorge einer anderen Person" nach den im 1. Abschnitt des 4. Hauptstücks gelegenen Paragraphen 187 bis 189, 211 bis 216, 229 bis 232, 234, 250, 253, 264 bis 267 ABGB auf (EB RV 296 BlgNR 21. GP 70 f; in der Folge:

künftig nur EB).

Gemäß § 189 Abs 2 ABGB idF Art I Z 38 KindRÄG 2001 kann eine besonders geeignete Person die Betrauung mit der

Obsorge nur ablehnen, wenn ihr diese unzumutbar wäre. Diese Bestimmung ist im Sachwalterrecht gemäß § 282 Abs 1 ABGB idF KindRÄG 2001 entsprechend anzuwenden (Schauer, NZ 2001, 275 ff [283]). Aus§ 189 Abs 2 ABGB nF ist im Zusammenhalt mit der Aufhebung der §§ 195, 200, 201 und 203 ABGB und den §§ 187, 188, 213 ABGB nF (dazu Schwarzl in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 24 ff) abzuleiten, dass nach der neuen Rechtslage nicht für jede zur Betrauung mit der Obsorge geeignete andere Person die Verpflichtung zur Übernahme der Obsorge besteht, sondern nur für "besonders geeignete Personen".Gemäß Paragraph 189, Absatz 2, ABGB in der Fassung Art römisch eins Ziffer 38, KindRÄG 2001 kann eine besonders geeignete Person die Betrauung mit der Obsorge nur ablehnen, wenn ihr diese unzumutbar wäre. Diese Bestimmung ist im Sachwalterrecht gemäß Paragraph 282, Absatz eins, ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 entsprechend anzuwenden (Schauer, NZ 2001, 275 ff [283]). Aus Paragraph 189, Absatz 2, ABGB nF ist im Zusammenhalt mit der Aufhebung der Paragraphen 195,, 200, 201 und 203 ABGB und den Paragraphen 187,, 188, 213 ABGB nF (dazu Schwarzl in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 24 ff) abzuleiten, dass nach der neuen Rechtslage nicht für jede zur Betrauung mit der Obsorge geeignete andere Person die Verpflichtung zur Übernahme der Obsorge besteht, sondern nur für "besonders geeignete Personen".

Der Begriff "besonders geeignete Person" ist im Gesetz nicht definiert. In den EB 72 heißt es, niemand solle gegen seinen Willen auch nur mit Teilen der Obsorge betraut werden. Dieser Grundsatz gelte aber dann nicht, wenn für die Übernahme eines bestimmten Teils der Obsorge besondere fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich seien und die zu betrauende Person kraft ihrer beruflichen Stellung besonderen berufsrechtlichen Verpflichtungen unterliegt. Schwarzl aaO 25 f meint, bei Unzumutbarkeit könne auch eine besonders geeignete Person - es sei denn, sie unterliege einer besonderen berufsrechtlichen Verpflichtung - die Übertragung der Obsorge ablehnen. Der Einschränkung ist zu widersprechen. Nach dem Gesetzeswortlaut und den Materialien kann vielmehr jede besonders geeignete Person bei Unzumutbarkeit die Übernahme der Obsorge ablehnen. Jede andere geeignete Person ist schon mangels Bereitschaft nicht zu betrauen bzw zur Übernahme nicht verpflichtet (vgl EB 71: "Bei Eignung und Bereitschaft").Der Begriff "besonders geeignete Person" ist im Gesetz nicht definiert. In den EB 72 heißt es, niemand solle gegen seinen Willen auch nur mit Teilen der Obsorge betraut werden. Dieser Grundsatz gelte aber dann nicht, wenn für die Übernahme eines bestimmten Teils der Obsorge besondere fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich seien und die zu betrauende Person kraft ihrer beruflichen Stellung besonderen berufsrechtlichen Verpflichtungen unterliegt. Schwarzl aaO 25 f meint, bei Unzumutbarkeit könne auch eine besonders geeignete Person - es sei denn, sie unterliege einer besonderen berufsrechtlichen Verpflichtung - die Übertragung der Obsorge ablehnen. Der Einschränkung ist zu widersprechen. Nach dem Gesetzeswortlaut und den Materialien kann vielmehr jede besonders geeignete Person bei Unzumutbarkeit die Übernahme der Obsorge ablehnen. Jede andere geeignete Person ist schon mangels Bereitschaft nicht zu betrauen bzw zur Übernahme nicht verpflichtet vergleiche EB 71: "Bei Eignung und Bereitschaft").

Die EB verwenden den Ausdruck "besonders geeignete Personen" aber nicht nur in dem zuvor aufgezeigten Sinn, heißt es doch (EB 71), darunter seien "vor allem Personen zu verstehen, die über für die konkrete Obsorge erforderliche besondere Fachkenntnisse verfügen". Demnach ist festzuhalten, dass auch in den Materialien der Begriff "besonders geeignete Personen" nicht definiert wird. Wie § 281 Abs 3 ABGB zeigt, wird sich im Recht der Sachwalterschaft die "besondere Eignung" regelmäßig in Bezug auf die Art der zu besorgenden Angelegenheiten bestimmen lassen (vgl 1 Ob 252/97h; 10 Ob 317/00s). Daher werden unter "besonders geeignete Personen" zunächst jene nach§ 281 Abs 3 ABGB zu bestellenden Personen einzuordnen sein, weil die besondere Eignung unzweifelhaft Bestellungsgrund ist und das Gesetz zum Wohl des Betroffenen (Behinderten) besondere Eigenschaften des zu Bestellenden zwingend normiert. Weiters werden darunter auch die nach § 281 Abs 2 ABGB nominierten Personen nach Gesetzesauftrag und Gesetzeszweck (§ 6 ABGB) der Vereinssachwalterschaft fallen. Im gegenständlichen Fall haben die Vorinstanzen zwar nicht angenommen, dass der Verfahrenssachwalter nach § 281 Abs 3 ABGB zu bestellen wäre. Dies schließt jedoch nicht aus, einen Rechtsanwalt - wie den Revisionsrekurswerber - dennoch als für die von ihm zu besorgende Aufgabe als "besonders geeignet" im Sinn des § 189 Abs 2 ABGB nF anzusehen. Wie bereits dargelegt, bezweckt § 238 Abs 1 AußStrG den verfahrensrechtlichen Schutz des Betroffenen durch Vertretungszwang. Dass sich für die vom Gesetz schon nach der Erstanhörung beabsichtigte Verfahrenskontrolle (vgl Maurer/Tschuguell aaO 152) ein Rechtsanwalt wegen seiner fachlichen Kenntnisse besonders eignet, liegt auf der Hand. Zudem kommt, dass sich nach der Erstanhörung oft noch nicht verlässlich einschätzen lassen wird, wo der Schwerpunkt der Probleme im Bestellungsverfahren liegen wird. Schließlich soll das Verfahren zur Prüfung, ob ein Sachwalter zu bestellen oder das Verfahren einzustellen ist, zügig ablaufen. Unter diesen Aspekten ist nach Auffassung des Senats ein Rechtsanwalt als

Verfahrenssachwalter nicht nur dann "besonders geeignet" im Sinn des § 189 Abs 2 ABGB nF, wenn die Bestellungsvoraussetzungen nach § 281 Abs 3 ABGB vorliegen, sondern auch dann, wenn andere Personen für die Funktion des Verfahrenssachwalters nicht auffindbar oder verfügbar sind. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der dem Betroffenen zugedachte zwingende und schnelle Schutz im Verfahren unter Umständen nicht gewährleistet werden könnte.Die EB verwenden den Ausdruck "besonders geeignete Personen" aber nicht nur in dem zuvor aufgezeigten Sinn, heißt es doch (EB 71), darunter seien "vor allem Personen zu verstehen, die über für die konkrete Obsorge erforderliche besondere Fachkenntnisse verfügen". Demnach ist festzuhalten, dass auch in den Materialien der Begriff "besonders geeignete Personen" nicht definiert wird. Wie Paragraph 281, Absatz 3, ABGB zeigt, wird sich im Recht der Sachwalterschaft die "besondere Eignung" regelmäßig in Bezug auf die Art der zu besorgenden Angelegenheiten bestimmen lassen vergleiche 1 Ob 252/97h; 10 Ob 317/00s). Daher werden unter "besonders geeignete Personen" zunächst jene nach Paragraph 281, Absatz 3, ABGB zu bestellenden Personen einzuordnen sein, weil die besondere Eignung unzweifelhaft Bestellungsgrund ist und das Gesetz zum Wohl des Betroffenen (Behinderten) besondere Eigenschaften des zu Bestellenden zwingend normiert. Weiters werden darunter auch die nach Paragraph 281, Absatz 2, ABGB nominierten Personen nach Gesetzesauftrag und Gesetzeszweck (Paragraph 6, ABGB) der Vereinssachwalterschaft fallen. Im gegenständlichen Fall haben die Vorinstanzen zwar nicht angenommen, dass der Verfahrenssachwalter nach Paragraph 281, Absatz 3, ABGB zu bestellen wäre. Dies schließt jedoch nicht aus, einen Rechtsanwalt - wie den Revisionsrekurswerber - dennoch als für die von ihm zu besorgende Aufgabe als "besonders geeignet" im Sinn des Paragraph 189, Absatz 2, ABGB nF anzusehen. Wie bereits dargelegt, bezweckt Paragraph 238, Absatz eins, AußStrG den verfahrensrechtlichen Schutz des Betroffenen durch Vertretungszwang. Dass sich für die vom Gesetz schon nach der Erstanhörung beabsichtigte Verfahrenskontrolle vergleiche Maurer/Tschuguell aaO 152) ein Rechtsanwalt wegen seiner fachlichen Kenntnisse besonders eignet, liegt auf der Hand. Zudem kommt, dass sich nach der Erstanhörung oft noch nicht verlässlich einschätzen lassen wird, wo der Schwerpunkt der Probleme im Bestellungsverfahren liegen wird. Schließlich soll das Verfahren zur Prüfung, ob ein Sachwalter zu bestellen oder das Verfahren einzustellen ist, zügig ablaufen. Unter diesen Aspekten ist nach Auffassung des Senats ein Rechtsanwalt als Verfahrenssachwalter nicht nur dann "besonders geeignet" im Sinn des Paragraph 189, Absatz 2, ABGB nF, wenn die Bestellungsvoraussetzungen nach Paragraph 281, Absatz 3, ABGB vorliegen, sondern auch dann, wenn andere Personen für die Funktion des Verfahrenssachwalters nicht auffindbar oder verfügbar sind. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass der dem Betroffenen zugedachte zwingende und schnelle Schutz im Verfahren unter Umständen nicht gewährleistet werden könnte.

Der Rechtsmittelwerber behauptet, es bestünden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Verfahrenssachwalter durch das Gericht. Er legt diese Bedenken aber in seinem Rechtsmittel nicht dar. Solche sind auch nicht erkennbar. Dass die Verpflichtung zur Übernahme von Sachwalterschaften (Vormundschaften) verfassungskonform ist, hat der Oberste Gerichtshof schon bejaht (ÖA 1994, 70; ÖA 1998, 70).

Nach Ansicht des Erstgerichtes, die vom Rekursgericht geteilt und vom Akteninhalt nicht widerlegt wird, bestand keine Notwendigkeit einer Bestellung nach § 281 Abs 3 ABGB. Da der Betroffene bei der Erstanhörung eine Vertrauensperson nicht nennen konnte und eine nach § 281 Abs 2 ABGB zu nominierende Person nicht verfügbar ist, war daher eine andere geeignete Person zu bestellen.Nach Ansicht des Erstgerichtes, die vom Rekursgericht geteilt und vom Akteninhalt nicht widerlegt wird, bestand keine Notwendigkeit einer Bestellung nach Paragraph 281, Absatz 3, ABGB. Da der Betroffene bei der Erstanhörung eine Vertrauensperson nicht nennen konnte und eine nach Paragraph 281, Absatz 2, ABGB zu nominierende Person nicht verfügbar ist, war daher eine andere geeignete Person zu bestellen.

Der Rechtsmittelwerber als besonders geeignete Person kann gemäß dem entsprechend anzuwendenden§ 189 Abs 2 ABGB nF die Übernahme der Verfahrenssachwalterschaft nur ablehnen, wenn ihm diese unzumutbar ist. Dem Rekursgericht ist darin beizupflichten, dass das Vorbringen des Revisionsrekurswerbers über seine - im Übrigen nicht näher konkretisierte - Arbeitsbelastung nicht ausreicht, die mit der Ausübung der übertragenen Funktion verbundene Mehrbelastung im Hinblick auf den Wirkungskreis eines Verfahrenssachwalters, mit dem voraussichtlich kein größerer Aufwand verbunden ist (vgl 7 Ob 362/98f), als ihm nicht zumutbar zu qualifizierenDer Rechtsmittelwerber als besonders geeignete Person kann gemäß dem entsprechend anzuwendenden Paragraph 189, Absatz 2, ABGB nF die Übernahme der Verfahrenssachwalterschaft nur ablehnen, wenn ihm diese unzumutbar ist. Dem Rekursgericht ist darin beizupflichten, dass das Vorbringen des Revisionsrekurswerbers über seine - im Übrigen nicht näher

konkretisierte - Arbeitsbelastung nicht ausreicht, die mit der Ausübung der übertragenen Funktion verbundene Mehrbelastung im Hinblick auf den Wirkungskreis eines Verfahrenssachwalters, mit dem voraussichtlich kein größerer Aufwand verbunden ist vergleiche 7 Ob 362/98f), als ihm nicht zumutbar zu qualifizieren.

Dem Rechtsmittel war daher kein Erfolg zu bescheiden.

**Anmerkung**

E65134 7Ob323.01b

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2002:0070OB00323.01B.0313.000

**Dokumentnummer**

JJT_20020313_OGH0002_0070OB00323_01B0000_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, http://www.ogh.gv.at

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at