

# TE OGH 1981/9/16 1Ob721/81

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.09.1981

## Norm

AußStrG §2 Abs2 Z5

AußStrG §9

AußStrG §10

AußStrG §11

AußStrG §16

MRK Art6 Abs1

## Kopf

SZ 54/124

## Spruch

Die relative Formlosigkeit des außerstreitigen Verfahrens hat das Ziel, im öffentlichen Interesse über das Parteivorbringen hinaus die materielle Wahrheit zu erforschen, darf aber nicht zu einer Verschlechterung des Rechtsschutzes der Betroffenen führen

Der Nullitätsbegriff des § 16 Abs. 1 AußStrG muß auch an der rechtlichen Gehör garantierenden Verfassungsbestimmung des Art. 6 Abs 1 MRK gemessen werden

Wenn das Rekursgericht im Verlauf über die Entziehung von aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechten und Pflichten Beweise wiederholt oder ergänzt, hat es grundsätzlich den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren

OGH 16. September 1981, 1 Ob 721/81 (LGZ Wien 44 R 3263/81; BG Favoriten 2 P 106/80)

## Text

Die Ehe der Eltern wurde mit Beschuß des Bezirksgerichtes Favoriten vom 19. Dezember 1979, 1 Sch 265/79-2, einvernehmlich rechtskräftig geschieden. Die Eltern vereinbarten, daß die beiden Kinder Daniela, geboren 18. April 1975, und Günther, geboren 19. Juli 1977, bei der Mutter verbleiben. Diese Vereinbarung wurde mit Beschuß des Bezirksgerichtes Favoriten vom 21. März 1980 pflegschaftsbehördlich genehmigt. Es wurde ausgesprochen, daß gemäß § 177 ABGB alle aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte der Mutter allein zustehen.

Der Vater stellte am 13. Jänner 1981 den Antrag, ihm diese Rechte, soweit sie sich auf die mj. Tochter Daniela beziehen, zu übertragen. Seine Situation habe sich grundlegend gebessert, die Mutter bevorzugte den mj. Günther und trage für eine Sprachtherapie des Kindes nicht Sorge.

Die Mutter sprach sich gegen diesen Antrag aus. Die Sprachübungen haben sie über ärztliches Anraten unterbrochen.

Am 27. April 1981 befanden sich beide Kinder unbeaufsichtigt in der im zweiten Stock gelegenen Wohnung der Mutter.

Die mj. Daniela öffnete ein Wohnungsfenster, stürzte in den betonierten Hof und wurde schwer verletzt.

Das Erstgericht ordnete daraufhin nach Einholung eines Berichtes des Bezirksjugendamtes für den 11. Bezirk an, daß die im § 177 ABGB genannten rein persönlichen Rechte dem Vater allein zustehen. Die Mutter habe durch ihr sorgloses Verhalten ihre Unzuverlässigkeit unter Beweis gestellt. Es bestehe offenbar auch keine Gewähr, daß sie ihr Verhalten in Hinkunft entscheidend ändern werde. Es läge daher im wohlverstandenen Interesse des Kindes, daß es in die Obhut seines Vaters gebracht werde.

Aus dem Akteninhalt ergibt sich, daß das Erstgericht nach Einlangen des Rekurses der Mutter gegen seinen Beschuß vom 12. Mai 1981 den Akt auch deshalb an das Bezirksjugendamt für den 11. Bezirk übermittelte, damit ihre Angaben, es sei keineswegs bewiesen, daß sie ihre Kinder öfter in leichtfertiger Weise allein gelassen habe, der Fenstersturz des Kindes sei nicht auf eine Vernachlässigung der Pflege der Kinder zurückzuführen, überprüft werden. Das Bezirksjugendamt für den 11. Bezirk vernahm vier Parteien des Hauses, in dem die Rekurswerberin wohnt, niederschriftlich. Aus dem Bericht des Jugendamtes ist nicht ersichtlich, daß es der Mutter die in den vier niederschriftlichen Vernehmungen enthaltenen Vorwürfe zur Kenntnis brachte und ihr die Möglichkeit einer Stellungnahme bot. Nach Einlangen des Berichtes legte das Erstgericht den Rekurs vor.

Das Rekursgericht bestätigte den Beschuß des Erstgerichtes. Auf Grund des Berichtes des Bezirksjugendamtes für den 11. Bezirk stellte das Rekursgericht ergänzend fest, daß die Wohnverhältnisse beim Vater, der gemeinsam mit seiner zweiten Gattin, deren Kind aus erster Ehe und der mj. Daniela eine aus Zimmer, Küche und Kabinett bestehende Altbauwohnung benütze, zwar beengt seien, die Wohnung jedoch sehr gut gepflegt und zweckmäßig möbliert sei. Die mj. Daniela habe sich in der väterlichen Familie gut eingelebt und zur Tochter der Stiefmutter schon guten Kontakt gefunden. Das Kind sei sehr anhänglich und liebesbedürftig, es schließe sich eng an die Stiefmutter an. Es stehe noch immer unter dem Eindruck seines Fenstersturzes und habe Angst, allein gelassen zu werden. Die Rekurswerberin habe die Kinder sehr wohl oft unbeaufsichtigt in der Wohnung eingesperrt. Die Kinder hätten dann geweint. Selbst nach dem Unfall werde der vierjährige Günther von der Mutter fallweise in der Wohnung zurückgelassen und eingesperrt. Insgesamt werde die Mutter von den Hausparteien als den Kindern gegenüber lieblos und uninteressiert beschrieben; sie schlage die Kinder auch. Der Pflegezustand der Kinder sei als nicht zufriedenstellend bezeichnet worden. Daraus ergebe sich die Unhaltbarkeit des Rekursvorbringens, die Rekurswerberin habe die Kinder nicht öfter allein gelassen. Das Erstgericht sei zutreffend davon ausgegangen, daß die erforderliche Aufsicht und Obsorge des Kindes durch die Mutter nicht gewährleistet sei, ein Pflegeplatzwechsel sei daher im Interesse des Kindes erforderlich. Die Mutter habe durch ihr Verhalten das Wohl des Kindes gefährdet.

Über den außerordentlichen Revisionsrechts der Mutter hob der Oberste Gerichtshof den Beschuß des Rekursgerichtes auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Das aus dem Jahre 1854 stammende Außerstreitgesetz enthält in seinem allgemeinen Teil nur wenige Bestimmungen über die Führung des Verfahrens; daraus ergibt sich der Vorteil einer weitgehenden Lockerung, Vereinfachung und elastischen Gestaltung des außerstreitigen Verfahrens; dem Richter wird auch mehr Freiheit bei Sammlung des Entscheidungsstoffes eingeräumt (Gögl, ÖJZ 1956, 345); an besondere Förmlichkeiten ist das Gericht nicht gebunden, die Grundsätze der Mundlichkeit und der Unmittelbarkeit sind nicht in solcher Weise verankert wie in der Zivilprozeßordnung, das Gesetz kennt keine Beschränkung der zulässigen Beweismittel (SZ 45/22; SZ 23/10 u. a.), sondern läßt es ausdrücklich zu, neben der Vernehmung der Parteien, von Zeugen und von Sachverständigen und der Verwertung von Urkunden auch "auf andere schickliche Art Erkündigungen einzuziehen" (§ 2 Abs. 2 Z. 5 AußStrG) und auf das Ergebnis anderer Verfahren Bedacht zu nehmen (§ 2 Abs. 2 Z. 6 AußStrG). Das Gesetz läßt dem Gericht freie Hand, wie es sich die Überzeugung von den rechtserheblichen Tatsachen verschafft (Gögl a.a.O., 348). Die relative Formlosigkeit des außerstreitigen Verfahrens hat aber keineswegs das Ziel, den Rechtsschutz der Betroffenen zu verschlechtern, sondern dient im Gegenteil der Erfüllung der vom Gesetz dem Gericht ausdrücklich vorgeschriebenen Verpflichtung, alle wesentlichen Umstände und Verhältnisse von Amts wegen zu untersuchen (§ 2 Abs. 2 Z. 5 AußStrG), also im öffentlichen Interesse über das Parteenvorbringen hinaus die materielle Wahrheit zu erforschen, alle für die Entscheidung wesentlichen Umstände zu berücksichtigen und damit den Parteien weitestgehend Chancengleichheit zu gewähren (vgl. dazu Jelinek in Verbesserter Zugang zum Recht, Richterwoche 1979, 108). Der Verwirklichung dieses

Grundsatzes dient auch die Zulässigkeit von Neuerungen im Rekurs (§ 10 AußStrG; Fasching, ÖJZ 1956, 312; Ott, Rechtsfürsorgeverfahren, 246; Rintelen, Grundriß des Verfahrens außer Streitsachen, 36), die sich allerdings darauf zu beschränken haben, das vorliegende Tatsachenmaterial zu berichtigen und für unbewiesene Behauptungen neue Beweise vorzubringen (SZ 47/141; SZ 46/88; EvBl. 1974/226 u. a.; vgl. Hagen, JBl. 1968, 193; Rechberger, JBl. 1973, 459; a. M. Fasching a.a.O., 311, 314). Die Rechtsprechung hat mehrfach die Auffassung vertreten, daß das Rekursgericht in außerstreitigen Sachen das entscheidungswesentliche Tatsachenmaterial selbst sowohl berichtigen als auch ergänzen und zu diesem Zwecke eine Beweiswiederholung durchführen darf (4 Ob 559/77; 5 Ob 70/74; vgl. Hager a.a.O., 192). Es fehlt allerdings an Bestimmungen, in welcher Weise die zweite Instanz vorgebrachte Neuerungen selbst berücksichtigen und Beweiswiederholungen durchführen kann. Kein Zweifel kann aber bestehen, daß auch das Rechtsmittelgericht hiebei die Grundsätze des § 2 Abs. 2 Z. 5 und 6 AußStrG und des § 185 Abs. 1 AußStrG, daß Verhandlungen in Vormundschafts- und Pflegschaftssachen in der Regel mündlich vor Gericht zu pflegen sind, zu beachten hat. Vernehmungen können nur durch den Referenten erfolgen (§ 38 Abs. 3 GUG; Gögl a.a.O., 348 Rintelen a.a.O., 29; Ott a.a.O., 177). Gewiß ist die Beteiligung der Parteien an den Beweisaufnahmen nicht vorgeschrieben (vgl. SZ 25/223 u. a.), wie auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht gilt (SZ 39/101 u. a.; Rintelen a.a.O., 29; Ott a.a.O., 177 f.). Das Rekursgericht kann daher etwa unabhängig von der Beweiswürdigung des Erstgerichtes aus dem Akt Feststellungen treffen (EvBl. 1956/90 u. a.); es wurde auch gesagt, daß gegen die Einholung einer amtlichen Auskunft und die Einsichtnahme in Akten einer Behörde sowie die Verwertung der Ergebnisse einer solchen Erkundigung ohne vorherige Erörterung mit den Parteien keine Bedenken bestehen (SZ 47/35 u. a.). Im vorliegenden Fall traf das Rekursgericht aber wesentliche zusätzliche Feststellungen nur auf Grund von Erhebungen durch das zuständige Jugendamt, das auch selbst vier Zeugen vernahm. Obwohl deren Aussagen die Mutter schwer belasteten, wurde sie hiezu überhaupt nicht gehört, was nicht nur den Anspruch auf rechtliches Gehör, sondern auch den selbstverständlichen Grundsatz verletzte, daß derjenige, zu dessen Lasten wesentliche Feststellungen getroffen werden sollen, hiezu zu vernehmen ist. Der OGH vertritt zwar in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß der Mangel des rechtlichen Gehörs im außerstreitigen Verfahren dadurch behoben werden kann, daß Gelegenheit besteht, den eigenen Standpunkt als Neuerung im Rekurs vorzutragen, obwohl auch hiezu schon gesagt wurde, daß dies nicht zu gelten hat, wenn das Recht einer Partei auf rechtliches Gehör in wesentlichen Punkten verletzt wurde (SZ 46/93; EFSIg. 21 362, 19 053 u. a.). Die Möglichkeit, seinen Standpunkt im Rechtsmittelverfahren klarzulegen, entfällt aber, wenn die Anhörung der Partei im Rekursverfahren unterlassen wurde und das Rekursgericht die Entscheidung der ersten Instanz bestätigte, weil sodann nur mehr der außerordentliche Revisionsrekurs nach § 16 Abs. 1 AußStrG zulässig ist, der das Vorbringen von Neuerungen ausschließt. Unter diesen Umständen stellt die Unterlassung der Anhörung der Mutter und die Unterlassung ihrer Vernehmung zu sie treffenden Beschuldigungen durch nicht einmal vom Gericht vernommene Zeugen in einem ihre Rechte so sehr berührenden Verfahren wie dem über die Entziehung der ihr übertragenen elterlichen Rechte und Pflichten nach § 176 Abs. 1 ABGB, die nur bei Gefährdung des Kindeswohles zulässig ist, eine so schwerwiegende Verletzung von Verfahrensgrundsätzen dar, daß sie als Nullität im Sinne des § 16 Abs. 1 AußStrG zu gelten hat. Der OGH hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß sich der Begriff der Nullität zwar an den im § 477 ZPO aufgezählten Nichtigkeitsgründen orientiert, in besonders gelagerten Fällen aber auch anderen als den durch sinngemäße Anwendung des § 477 ZPO als nichtig angreifbaren Verfahrensverstößen im Hinblick auf ihre einschneidende Bedeutung das Gewicht einer Nullität beizumessen ist, was insbesondere dann zu gelten hat, wenn ein Verfahrensverstoß geradezu eine Rechtsverweigerung zur Folge hätte (EFSIg. 32 612; EvBl. 1976/85; EvBl. 1975/111 u. a.). Das Gewicht einer Nullität kommt auch Verfahrensverstößen zu, die für die Sachentscheidung wesentliche Bedeutung haben (EvBl. 1980/78; EFSIg. 35 059, 32 612, 30 544 u. a.).

Der Nullitätsbegriff des § 16 Abs. 1 AußStrG muß auch an der Bestimmung des Art. 6 Abs 1 MRK gemessen werden, der Verfassungsrang zukommt (BGBl. 59/1964). Nach dieser Konventionsbestimmung hat jedermann Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen auf Gesetz beruhendem Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden hat. Zu den Garantien, die Art. 6 Abs. 1 MRK gewährleistet, zählt demnach auch das rechtliche Gehör. Es ist allgemein anerkannt, daß das rechtliche Gehör im Sinne dieser Bestimmung in einem Zivilverfahren nicht nur dann verletzt wird, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wurde; eine solche Verletzung wird vielmehr auch dann angenommen, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt wurden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Das Gericht hat daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen

betreffen, bekanntzugeben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen (vgl. Schorn, Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 192 f.; Guradze, Die Europäische Menschenrechtskonvention, 101). Daß die Bestimmung des Art. 6 MRK über die im § 477 Abs. 1 Z. 4 ZPO genannten Fälle hinaus das rechtliche Gehör der Parteien schützen will, wurde schon von Fasching IV, 124 erkannt. Holzhammer, Österreichisches Zivilprozeßrecht[2], 133, führte aus, daß vor Erlassung einer gerichtlichen Entscheidung beiden Parteien Gelegenheit gegeben werden müsse, sich zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu äußern; die Entscheidung dürfe sich nur auf solche Tatsachen stützen, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten. Nicht anders wird von Lehre und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland das in Art. 103 GG statuierte Recht auf Anspruch des rechtlichen Gehörs verstanden. Dieses Grundrecht umfaßt das Recht der Parteien, zum gesamten Sachverhalt, wie er sich unmittelbar vor Erlaß der Entscheidung bietet, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Stellung zu nehmen; einer Entscheidung dürfen nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten; dabei muß den Verfahrensbeteiligten auch die Gelegenheit gegeben werden, angriffsweise ihnen vorteilhafte Tatsachen und Beweismittel zusätzlich vorzubringen (Dürig in Maunz - Dürig Kommentar zum Grundgesetz Art. 103 Abs. 1, RZ 29, und die in FN 1 angegebene Rechtsprechung, RZ 39 FN 3). Diese Grundsätze müssen bei aller Bedachtnahme auf die Besonderheiten des außerstreitigen Verfahrens auch für dieses jedenfalls insoweit gelten, als erhebliche zusätzliche für eine Partei nachteilige Beweisergebnisse vorliegen und zu ihnen nicht einmal mehr in einem Rekurs Stellung genommen werden kann. Die Vorgangsweise des Rekursgerichtes, das für die Mutter nachteilige wesentliche neue Tatsachen auf Grund eines Berichtes des Jugendamtes feststellte, zu dem die Mutter weder vor dem Jugendamt noch vom Gericht gehört wurde, verletzte daher auch das ihr verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gehör. Diesem Verfahrensverstoß kommt das Gewicht einer Nullität im Sinne des § 16 AußStrG zu.

Dem Rekursgericht ist die neuerliche Entscheidung unter Bedachtnahme auf das rechtliche Gehör der Mutter aufzutragen. Trotz der Möglichkeit, die Mithilfe des Jugendamtes in Anspruch zu nehmen (§ 35 JWG), wird es angebracht sein, die Mutter durch das Gericht zu vernehmen (vgl. Gögl a.a.O., 348).

### **Anmerkung**

Z54124

### **Schlagworte**

Außerstreichverfahren, rechtliches Gehör bei Beweiswiederholung, (-ergänzung) durch Rekursgericht, Außerstreichverfahren, Ziel der relativen Formlosigkeit, Beweisergänzung, rechtliches Gehör bei - durch Rekursgericht im, Außerstreichverfahren, Beweiswiederholung, rechtliches Gehör bei - durch Rekursgericht im, Außerstreichverfahren, Gehör, rechtliches, s. rechtliches Gehör, Nullität, Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 1 MRK, Rechtliches Gehör bei Beweiswiederholung (-ergänzung) durch, Rekursgericht im Außerstreichverfahren, Rechtliches Gehör, Nullität: Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 1 MRK, Rekursgericht, rechtliches Gehör bei Beweiswiederholung (-ergänzung) im, Außerstreichverfahren, Verfahren, außerstreichiges, s. a. Außerstreichverfahren

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1981:0010OB00721.81.0916.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19810916\_OGH0002\_0010OB00721\_8100000\_000

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