

ENTSCHEIDUNGEN DES MONATS MAI 2021

Art 6 EMRK, §§ 172, 173, 462 Abs 2 ZPO

Erwächst der Beschluss auf Ausschließung der Öffentlichkeit infolge Rechtsmittelverzichts in Rechtskraft, ist dem Berufungsgericht die amtswegige Wahrnehmung des Nichtigkeitsgrunds des § 477 Abs 1 Z 7 ZPO verwehrt.

OGH 25.2.2021, 2 Ob 173/20k

Das Erstgericht führte mit dem Einverständnis beider Parteien am 2. 4. 2020 eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung mittels Videokonferenz durch. Am Beginn dieser Verhandlung verkündete der Erstrichter den Beschluss auf Ausschluss der Öffentlichkeit „aufgrund der allgemeinen Ausgangsbeschränkungen“, worauf die Parteien auf Beschlussausfertigung und Rechtsmittel verzichteten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Das Berufungsgericht hob aus Anlass der Berufung des Klägers dieses Urteil sowie die Tagsatzung als nichtig auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung auf.

Dazu erwog der OGH:

Im Schrifttum vertrete *Sengstschmid* (in Fasching/Konecny³ II/3 § 173 ZPO Rz 19 ff) die Ansicht, dass § 462 Abs 2 ZPO auch auf einen bindenden Beschluss über die Ausschließung der Öffentlichkeit anwendbar sei. Die Überprüfung durch das Berufungsgericht sei daher ua dann nicht zulässig, wenn die Parteien auf Rechtsmittel verzichtet hätten. Der noch in der Voraufgabe von *Schragel* gegebenen Begründung, dass der Nichtigkeitsgrund nicht nur die Parteieninteressen, sondern auch die der Öffentlichkeit wahren solle, halte er entgegen, dass dies nicht zur Einschränkung der Anwendbarkeit des § 462 Abs 2 ZPO im Falle des Vorliegens der Voraussetzung des § 173 ZPO führe, weil die Öffentlichkeit keinen Anspruch auf die Durchführung eines Verfahrens habe, sondern dies – ebenso wie sein Ablauf in Bezug auf Vergleiche oder außergerichtliche Einigungen – in der Ingerenz der Parteien liege (ebenso *Scholz-Berger*, Prozessmaximen und Verfahrensgrundrechte in Zeiten von COVID-19 – am Beispiel des Öffentlichkeitsgrundsatzes, ZZPInt 24 [2019 {2020}] 43 [52]). Der erkennende Senat hält diese Ausführungen für überzeugend und tritt ihnen bei.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Art 6 Abs 1 EMRK, der zwar das Grundrecht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung und die öffentliche Verkündung der Entscheidung in Zivil- und Strafsachen garantiere. Die Rsp des EGMR lasse aber dennoch im Zivilverfahren (entgegen der österreichischen Lehre: vgl *Grabenwarter* in Korinek/Holoubek, Art 6 EMRK [8. Lfg 2007] Rz 125 und Rz 131; *Kühne* in Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur EMRK [11. Lfg

2009] Art 6 Rz 347) den Verzicht auf die Öffentlichkeit der Verhandlung zu, sofern nicht wichtige öffentliche Interessen für eine Öffentlichkeit des Verfahrens streiten (vgl etwa EGMR 23. 6. 1981, Appl. 6878/75, 7238/75, Le Compte, Van Leuven and de Meyere v. Belgium, Rn 59; EGMR 21. 2. 1990, Appl. 11855/85, Hakansson and Sturesson v. Sweden, Rn 66; EGMR 28. 5. 1997, Appl. 16717/90, Pauer v. Austria, Rn 56 ff). Nach der maßgeblichen Judikatur des EGMR sei daher der Verzicht auf die Öffentlichkeit in jenen Fällen zulässig, in denen er eindeutig erfolge und – wie hier – nicht gegen wichtige öffentliche Interessen verstoße.

Dem Berufungsgericht sei es daher verwehrt gewesen, die von ihm angenommene Nichtigkeit aufzugreifen.

Art 8, 11 EMRK, § 107 AußStrG

Zur Verpflichtung der EMRK-Vertragsstaaten, Maßnahmen zu treffen, um das rechtswidrige Verbringen von Kindern ins Ausland und ihre rechtswidrige Nichtrückgabe zu verhindern.

OGH 25.3.2021, 6 Ob 52/21x

Die Kindesmutter beantragte unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes und dessen Betreuung für die Dauer von sechs Monaten in ihrem Haushalt festzulegen. Mutter und Kind befänden sich wegen einer schweren Erkrankung des Vaters der Mutter in China. Der Vater habe der Reise seines Sohnes ausdrücklich zugestimmt, doch sei zu befürchten, dass er den Vorwurf der Kindesentführung erheben werde.

Der Vater beantragte die Anordnung der sofortigen Rückführung des Kindes und die Festlegung des hauptsächlichen Aufenthalts im väterlichen Haushalt. Die Mutter habe vorgegeben, mit dem Minderjährigen für maximal zwei Wochen nach China reisen zu wollen, um dort für ihren schwer kranken Vater eine Betreuung zu organisieren. Gegenüber dem Kindergarten habe sie nur einen einwöchigen Aufenthalt in Aussicht gestellt. In der Folge seien die Kontakte verebbt.

Das Erstgericht wies den Antrag der Mutter ab, und ordnete die umgehende Rückführung des Minderjährigen an. Schließlich legte das Erstgericht den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes und dessen hauptsächliche Betreuung im Haushalt seines Vaters fest. Diesem Beschluss erkannte das Erstgericht vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu. Das Rekursgericht bestätigte die Entscheidung.

Dazu erwog der OGH:

Gem Art 8 EMRK bestehe die Pflicht innerstaatlicher Stellen, positive Maßnahmen zur Wiedervereinigung eines Elternteils mit einem Kind zu ergreifen. Auch nach Art 11 Abs 1 EMRK seien die Vertragsstaaten verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, um das rechtswidrige Verbringen von Kindern ins Ausland und ihre rechtswidrige Nichtrückgabe zu bekämpfen. Diese Verpflichtung bestehe auch in Fällen, in denen die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam zugekommen sei. Sie bestehe unabhängig von einer etwaigen Anwendbarkeit des HKÜ. Das gelte auch für die Pflicht der Staaten gem Art 8 EMRK, innerstaatliche Stellen mit einem angemessenen und ausreichenden Arsenal auszustatten, um die Einhaltung der ihnen durch Art 8 EMRK auferlegten positiven Verpflichtungen sicherzustellen.

§ 162 Abs 3 ABGB verbiete ausdrücklich die Verlegung des Wohnorts des Kindes in das Ausland ohne Zustimmung beider Elternteile oder des Gerichts. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung werde das Aufenthaltsbestimmungsrecht durch ein Zurückholungsrecht ergänzt. Nur diese Auffassung trage der geschilderten verfassungsrechtlichen Rechtslage angemessen Rechnung. Wenngleich die in § 107 Abs 3 AußStrG angeführten Maßnahmen wie Verbot der Ausreise mit dem Kind (§ 107 Abs 3 Z 4 AußStrG) und Abnahme der Reisedokumente des Kindes (§ 107 Abs 3 Z 5 AußStrG) nur den Fall im Auge hätten, dass sich das Kind noch in Österreich befinde, ergebe sich aus den zitierten verfassungsrechtlichen Grundsätzen eine Verpflichtung Österreichs, Rechtsbehelfe auch für den Fall vorzusehen, dass das Kind widerrechtlich aus Österreich verbracht worden sei. Analogiegrundlage seien in diesem Fall § 107 Abs 3 AußStrG iVm den Regelungen des HKÜ und der Brüssel IIa-Verordnung. Aufgrund der besonderen Konstellation komme es insoweit nicht darauf an, ob die Rückführung den in § 107 Abs 3 AußStrG ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen gleichwertig sei oder nicht. Die Gegenauffassung führte dazu, dass eine verfassungswidrige Rechtsschutzlücke bestünde. Eine derartige Rechtslage könne aber dem österreichischen Gesetzgeber nicht zugesonnen werden. Die Entscheidungen der Vorinstanzen seien daher frei von Rechtsirrtum.