OGH
OBERSTER GERICHTSHOF

Möglichkeiten und Grenzen des Außerstreitverfahrens

Eine Annäherung aus Sicht eines Höchstrichters

Gottfried Musger

Aus vergangener Zeit ….

Alle Umstände und Verhältnisse, welche auf die richterliche Verfügung Einfluß haben, hat das Gericht von Amtswegen zu untersuchen, darüber die Parteien selbst oder andere von der Sache unterrichtete Personen, nöthigenfalls auch Sachverständige zu vernehmen, oder auf andere schickliche Art Erkundigungen einzuziehen, und alle zur näheren Aufklärung dienlichen Urkunden abzufordern.

In soferne die Verfügungen über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Erörterung streitiger Rechtsfragen, oder von Thatumständen abhängen, die sich nur durch ein förmliches Beweisverfahren ins Klare setzen lassen, soll das Gericht über die Rechte der Parteien nicht voreilig entscheiden […] und, soweit es besondere Vorschriften verordnen, dafür sorgen, daß bis zum Ausgange des Rechtsstreites Sicherheit geleistet, oder die Lage der Sache nicht geändert werde.

Das Gericht soll zwar keine zu seiner und der Theilnehmenden Sicherheit nöthige Vorsicht vernachlässigen, aber den Parteien auch nicht durch Zweifelsucht und Aengstlichkeit, oder durch Zurückweisung der Gesuche wegen Mangels unwesentlicher Förmlichkeiten Schaden verursachen.

Und heute?

- Möglichkeiten des Außerstreitverfahrens
  - "Moderneres" Verfahrensrecht gegenüber dem „starren" Zivilprozess
  - Aktive Verfahrensführung, Amtswegigkeit, flexible Beweisaufnahme
  - Vorläufige Regelungen, amtswegige Maßnahmen
  - Durchsetzung zumindest teilweise in das Verfahren integriert
- Grenzen des Außerstreitverfahrens
  - Grenze des Familienrechts an sich: Auch das beste Gesetz kann an der traurigen Wirklichkeit scheitern.
  - Flexible Regeln brauchen Grenzen, um nicht zur Willkür zu werden – zentrale Rolle des rechtlichen Gehörs
  - Grenzen begründen aber auch wieder Chancen: Legitimation durch Verfahren
- Grenzen des Vortrags
  - Weites Feld zwingt zur Auswahl der Themen
  - Enge Verzahnung zwischen materiellem Recht und Verfahren
  - Schwerpunkt der verfahrensrechtlichen Rechtsprechung liegt bei den Rekursgerichten
  - Je höher und länger oben, umso weiter weg von der Praxis

Wir versuchen es trotzdem

- Leitthema (Außer-)Streitkultur – daher Schwerpunkt auf dem „streitigen Außerstreitverfahren“
- Möglichkeiten und Grenzen im Pflegschaftsverfahren
  - Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkung der Parteien
  - Rechtliches Gehör und Anhörung des Kindes
  - Die Familiengerichtshilfe im Verfahren
  - Vorläufige Maßnahmen
  - Durchsetzung von Regelungen
- Verfahrensrechtliche Fragen im Aufteilungsverfahren
  - Die vermeintliche Billigkeit
  - Begrenzung des Verfahrensgegenstands
  - Wie bringt man Vorfragen zum OGH?
- Reflexion: Möglichkeiten und Grenzen des Rechtsmittelverfahrens

Verfahrensführung – Gericht als aktiver Verfahrensleiter

- § 13 Abs 1 AußStrG zeigt das Spannungsverhältnis
  - Erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung
  - Möglichst kurze und kostensparende Verfahrensführung
- Möglichkeiten
  - Beweisthemen strukturieren; Sachverständigenauftrag begrenzen; Familiengerichtshilfe gezielt einsetzen
  - Teilfragen zeitlich vorziehen, wenn dadurch das Gesamtverfahren sinnvoll strukturiert wird
- Grenze
  - Verfahrensökonomie rechtfertigt weder Verkürzung des Gehörs noch unzureichende Tatsachengrundlage

Sachverhalt ermitteln – Untersuchungsgrundsatz

- § 16 AußStrG: Gericht sorgt von Amts wegen für Aufklärung der entscheidungserheblichen Tatsachen
  - *Iura novit curia* als selbstverständliche Voraussetzung
  - Keine Beschränkung auf das Tatsachenvorbringen der Parteien
  - Ausdrücklich anders im Verfahren über das Erbrecht (§ 161 AußStrG)
- Beweisaufnahmeermessen (RS0006319 [T2]; RS0006272 [T3])
  - Keine Bindung an Anträge der Parteien oder bestimmte Arten von Beweismitteln
  - Abstandnahme von Beweisaufnahmen, wenn „auch auf andere Weise verlässliche Klärung" möglich ist (RS0006319 [T6]) – letztlich vorgreifende Beweiswürdigung
- Mitwirkungspflichten Dritter
  - Beweisrecht der ZPO (§ 35 AußStrG)
  - Sonderregelungen im AußStrG (insb § 85 AußStrG, § 102 AußStrG)
- Grenzen
  - Amtsermittlung beseitigt (jedenfalls im vermögensrechtlichen Bereich) nicht die Behauptungs- und Beweislast bei verbleibender Unaufklärbarkeit (RS0006261)

Und die Kontrolle?

- Rekurs
  - Verfahrensmangel bei Nichtaufnahme von (beantragten oder auch nicht beantragten) Beweisen
  - Rekursgericht: Ausübung des Beweisaufnahmeermessens bei Prüfung des Verfahrensmangels
  - Abgrenzung Beweisrüge: Unrichtige Tatsachenfeststellung trotz mangelfreiem Verfahren
- Revisionsrekurs
  - Beurteilung des Verfahrens durch das Rekursgericht idR nicht revisibel (8 Ob 72/24g mwN)
  - Ausnahme jedenfalls im Pflegschaftsverfahren: „Interesse des Kindeswohls“ (RS0050037 [T1]; RS0030748 [T2, T5, T18, T24])
  - 8 Ob 50/24x [obiter]: auch im Unterhaltsverfahren denkbar
  - 1 Ob 158/22z [obiter]: auch im Erwachsenenschutzverfahren denkbar
- Abgrenzung: sekundäre Feststellungsmängel
  - Nicht „falsch“, sondern „zu wenig“ festgestellt
  - Rechtsrüge des Rekurses
  - Grundsätzlich revisibel (8 Ob 50/24x)

Untersuchungsgrundsatz – aber Mitwirkung der Parteien

- Das Gericht ermittelt von Amts wegen, Parteien müssen aber mitwirken
  - Mitwirkungspflicht als Ausgleich zu Informationsdefiziten
- Möglichkeiten
  - Konkrete Äußerungs- und Mitwirkungsaufträge
  - Theoretisch Anwenden von Zwangsmitteln (§ 31 Abs 5 AußStrG)
  - Fragerecht nach § 184 ZPO – warum nicht auch im Außerstreitverfahren?
- Grenze
  - Unterbliebene Mitwirkung ändert zumindest im vermögensrechtlichen Bereich nichts an Behauptungs- und Beweislast
  - Aber: Würdigung der „Ergebnisse des gesamten Verfahrens“ (§ 32 AußStrG)
  - Auch Nichtmitwirkung kann daher gewürdigt werden – Feststellung auch ohne Beweisergebnis möglich (vgl 2 Ob 127/25b [ZPO])
  - Weitergehende Wirkung von Säumnis nach § 17 AußStrG

§ 17 AußStrG – die "moderate Präklusion"

- Aufforderung zur Äußerung binnen angemessener Frist
  - Antrag einer anderen Partei oder Inhalt der Erhebungen
  - Alternative: Ladung zur Vernehmung oder Tagsatzung
- Folgen der Säumnis
  - Gericht kann annehmen, dass keine Einwendungen gegen die Angaben der anderen Partei oder gegen die angekündigte Entscheidungsgrundlage bestehen
  - Mit dem Untersuchungsgrundsatz vereinbare "moderate Präklusionsfolge" (RS0120657 [T6])
  - Kompromiss zwischen Wahrheitsfindung und Vereinfachung/Beschleunigung des Verfahrens
- Kein Nachholen der versäumten Äußerung im Rekurs (RS0120657)
  - Neuerungserlaubnis des § 49 AußStrG dient nicht dazu, eine versäumte erstinstanzliche Äußerung nachzuholen
  - Gilt daher auch bei „entschuldbarer Fehlleistung“
- Aber Wiedereinsetzung möglich
  - Äußerungsfrist ist verfahrensrechtliche und restituierbare Frist (7 Ob 30/24y)
  - Rekurs allenfalls (auch) als Wiedereinsetzungsantrag zu werten (7 Ob 88/25d)

4 Ob 138/15w
Grenzen der Anwendung von § 17 AußStrG

- Allgemeine Schranken
  - Akteninhalt spricht gegen Richtigkeit der Angaben
  - Bisheriges Verhalten spricht gegen Annahme der Zustimmung
  - Bei Zweifeln weitere Erhebungen trotz Säumnis möglich (Untersuchungsgrundsatz)
- Besondere Schranke: Kindeswohl
  - Keine Anwendung, wenn Kindeswohl amtswegige Erhebung erfordert
  - Problematisch daher: § 17 AußStrG bei Obsorge- oder Kontaktrechtsantrag

Amtswegigkeit und Untersuchungsgrundsatz: Parteiengehör als Gegengewicht

- § 15 AußStrG als Umsetzung von Art 6 EMRK
  - Partei muss von Anträgen, Vorbringen und Ergebnissen der Beweisaufnahme Kenntnis erhalten und Stellung nehmen können
  - Erweiterung auf von den Parteien übersehene Rechtsfragen (auch in der Instanz; zuletzt etwa 6 Ob 16/25h [Rz 25])
- Rechtliches Gehör als „Grenze" von Amtswegigkeit und Untersuchungsgrundsatz
  - Verletzung des rechtlichen Gehörs als schwerwiegender Verfahrensmangel (§ 58 Abs 1 Z 1 AußStrG, § 66 Abs 1 Z 1 AußStrG)
  - Aber keine „Nichtigkeit" iSd ZPO: Nur bei Relevanz aufzugreifen – muss im Rechtsmittel aufgezeigt werden (RS0120213 [T13, T14, T15])
  - Möglichkeit des Nachholens der Stellungnahme im Rekurs genügt (RS0006057 [T1, T19])
  - Wohl aber amtswegige Berücksichtigung der Nichtbeiziehung von Personen, die von Gesetzes wegen Parteistellung haben (5 Ob 41/20w [Großeltern]; in der Sache durch Änderung von § 178 ABGB überholt, vgl 10 Ob 6/25t)

Das Kind einbeziehen – mehr als ein Beweismittel

- § 105 Abs 1 AußStrG
  - Anhörung in Verfahren über Pflege und Erziehung oder persönliche Kontakte
  - Nach Vollendung des 10. Lebensjahrs grundsätzlich durch Gericht
  - Festhalten in Aktenvermerk vom OGH nicht beanstandet (4 Ob 62/24g)
- Doppelfunktion
  - Erkenntnisquelle für Kindeswille, Bindungen und Belastungen
  - Eigenständige Verfahrensgarantie des Kindes
  - Abgrenzung: Verfahrensfähigkeit des mündigen Kindes (§ 104 AußStrG) – Kinderbeistand (§ 104a AußStrG)
- Unterbleiben der Anhörung durch das Gericht
  - Anhörung durch andere Stellen (KJHT, FGH, JGH, SV), wenn durch Entwicklungszustand erforderlich oder sonst keine unbeeinflusste Äußerung erwartbar (§ 105 Abs 1 AußStrG)
  - Unterbleiben aus Gründen des Kindeswohls oder bei fehlender Verständnisfähigkeit (§ 105 Abs 2 AußStrG)
  - Rechtsmittelrecht: Relevanzprüfung

6 Ob 45/23w
Vorläufig entscheiden, aber Kinder anhören

- Kinder (13 und 15 Jahre) beim Vater – Obsorgeantrag der Mutter
  - Vater und Kinder verweigern Schulbesuch
  - Gerichtlicher Vergleich, wonach sich Vater verpflichtet, für Schulbesuch zu sorgen und das der Mutter nachzuweisen
  - Vater hält sich nicht daran
- Erstgericht überträgt Obsorge vorläufig auf die Mutter
  - Begründung mit Nichteinhaltung der Vereinbarung, daher Kindeswohlgefährdung
  - Keine Einvernahme der Eltern und der Kinder
- Rekursgericht bestätigt
  - Einvernahme der Kinder wegen „auf der Hand liegender" Gefährdung des Kindeswohls entbehrlich
- OGH hebt auf
  - Zweifellos Kindeswohlgefährdung
  - Aber keine solche Dringlichkeit, dass Entscheidung nicht den geringsten Aufschub geduldet hätte
  - Relevanz ausreichend dargetan und vom OGH bejaht
  - Anders (etwa) 8 Ob 153/25w: Relevanz allfälliger Äußerungen von Kindern zum (verweigerten) Schulbesuch verneint

Familiengerichtshilfe – wo gehört sie in den Verfahrensablauf?

- § 106a AußStrG: Unterstützung des Gerichts in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren
  - Sammlung von Entscheidungsgrundlagen
  - Anbahnung einer gütlichen Einigung
  - Information der Parteien
- Vier praktisch unterschiedliche Funktionen
  - Clearing am Beginn
  - Spezifische Erhebungen zu klar definierten Fragen
  - Fachliche Stellungnahme
  - Besuchsmittlung nach § 106b AußStrG
- Spannungsverhältnis
  - Frühe fachliche Unterstützung und Verfahrensbeschleunigung – aber keine Auslagerung der richterlichen Verantwortung

Clearing am Anfang – oft die sinnvollste erste Intervention?

- Clearing soll zunächst folgende Fragen klären
  - Was sind die wirklichen Streitpunkte und Konfliktquellen?
  - Wo besteht Einigungspotential? Welche Regelung kann von den Eltern selbst getragen werden?
  - Welche weiteren Erhebungen sind überhaupt erforderlich?
- Möglichkeit
  - Frühe Entschärfung; Vermeidung vorschneller Gutachtensaufträge; Eingrenzung des Verfahrensstoffs
  - Bei Erfolg kurzes Ergebnisprotokoll und gerichtliche Absicherung der Vereinbarung
- Bei Scheitern
  - Clearingbericht kann weitere Erhebungen, Sachverständigenbegutachtung, § 107-Maßnahmen oder vorläufige Regelung anregen

Clearing – wo liegen die Grenzen?

- Clearing ist kein Selbstzweck
  - Bei akutem Handlungsbedarf darf es eine notwendige vorläufige Regelung nicht verzögern
  - Bei bereits klarer fachlicher Fragestellung kann ein allgemeines Clearing nur einen zusätzlichen Verfahrensschritt erzeugen
  - Insbesondere bei Verdacht auf Gewalt oder sexuellen Missbrauch
  - Dann eher gleich spezifische Ermittlungs- und Begutachtungsfragen
- Varianten für die Verfahrensgestaltung nach Einbringen des Antrags
  - Clearing als erster Schritt: Aufforderung zur schriftlichen Äußerung (§ 17 AußStrG ?), bei Strittigkeit gleich ins Clearing
  - Zuerst Gespräch mit Parteien: Zustellung des Antrags mit Ladung beider Seiten zur Erörterung, dann allenfalls Clearing oder gleich konkrete Aufträge
  - Flexibilität des Außerstreitverfahrens ermöglicht beides
- Welche Variante ist besser?
  - Abhängig vom Einzelfall: Vorbringen, Vorgeschichte, vertreten/unvertreten, Arbeitsbelastung …
  - These: Frühzeitige Intervention des Gerichts und (vorerst) Verzicht auf Schriftlichkeit kann Verhärtung verhindern

3 Ob 6/21k

Familiengerichtshilfe: Beweismittel, nicht Entscheidungsorgan

- Typischer Kontaktrechtstreit
  - Gemeinsame Obsorge bei Achtjähriger; Mutter beantragt Reduktion und Begleitung der Vaterkontakte; Vater beantragt Neuregelung der Ferienkontakte
  - Erstgericht entscheidet aufgrund Bericht der FGH, Rekursgericht bestätigt
  - Mutter wirft Vorinstanzen vor, sie hätten der FGH „freies Ermessen“ eingeräumt
- OGH
  - Beiziehung nach § 106a erfolgt im Rahmen der gerichtlichen Beweisaufnahme
  - Berichte und Expertisen sind Beweismittel iSd § 31 Abs 1 AußStrG und unterliegen der richterlichen Beweiswürdigung
  - Befragungsbefugnisse ähneln gerichtlicher Sachverhaltsklärung; psychologische Expertisen "nähern sich der Befundaufnahme eines Sachverständigen"
  - Ausreichend Möglichkeiten zur Stellungnahme
- Selbstverständliche Grenze
  - Entscheidung darf nicht an die Familiengerichtshilfe delegiert werden

Stellungnahme statt Sachverständigengutachten?

- Rechtsprechung eindeutig (RS0131463): Im Einzelfall ja
  - Fachliche Stellungnahme nach § 106a Abs 4 AußStrG ist Gutachten nach §§ 351 ff ZPO nicht gleichzusetzen
  - Kann aber zusammen mit anderen Beweismitteln eine ausreichende Grundlage auch für eine Obsorgeentscheidung bilden
- Kein genereller Gutachtenszwang
  - 6 Ob 86/15p; 9 Ob 20/17g; 10 Ob 74/18g; 5 Ob 104/19h; 5 Ob 192/19z; 2 Ob 24/22a; zuletzt 8 Ob 47/26h

5 Ob 104/19h

Stellungnahme kann auch im Obsorgeverfahren genügen

- Extrem belastete Situation
  - Vater ermordet Mutter – Obsorgestreit zwischen den Großeltern
  - Erstgericht entscheidet aufgrund „ausführlicher und fundierter Stellungnahme" der FGH einschließlich "aussagekräftiger Interaktionsanalyse"
  - Rekurs rügt Nichteinholung eines Gutachtens
  - Rekursgericht verneint Verfahrensmangel und bestätigt
- OGH
  - Rechtsprechung zum verneinten Verfahrensmangel: Kein Revisionsrekursgrund, außer wenn aus Gründen des Kindeswohls erforderlich
  - Kein genereller Grundsatz, dass im Obsorgeverfahren immer ein Sachverständiger beizuziehen ist
  - Beweisaufnahmeermessen: Ob Stellungnahme ausreicht, ist nicht überprüfbare Tatfrage
  - Keine sekundären Feststellungsmängel
- Konsequenz
  - Entscheidung liegt grundsätzlich beim Rekursgericht
  - OGH lässt sich zwei Hintertüren offen: Wahrnehmen eines verneinten Verfahrensmangels aus Gründen des Kindeswohls – sekundärer Feststellungsmangel

2 Ob 24/22a
Umso eher bei vorläufiger Entscheidung

- Streit um den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes
  - Vorinstanzen entscheiden aufgrund der Stellungnahme der JGH vorläufig zugunsten des Vaters mit Kontaktrecht der Mutter
  - Mutter vermisst zusätzliche Beweisaufnahme (Gutachten und Zeugen) und rügt Frist von nur zwei Tagen zur Äußerung zu 56-seitiger Stellungnahme der FGH
- OGH
  - Allgemeine Aussage: Beweisaufnahmeermessen – Stellungnahme der FGH kann zusammen mit anderen Beweismitteln genügen
  - Dies gilt umso mehr bei einer bloß vorläufigen Entscheidung über den hauptsächlichen Aufenthalt
  - Relevanz des behaupteten Gehörsverstoßes nicht aufgezeigt

Wann reicht die Familiengerichtshilfe nicht?

- Abhängig vom Einzelfall – was sonst?
  - Erfahrungen mit den Parteien
  - Erfahrungen mit der jeweiligen Zweigstelle der FGH
  - Mögliche Befriedungsfunktion eines Gutachtens - nicht nur durch das Ergebnis, sondern auch durch das Verfahren
- Sachverständigengutachten liegt objektiv näher bei
  - diagnostischen Fragen und psychischen Erkrankungen, die besondere medizinisch-psychiatrische Sachkunde verlangen
  - speziellen Prognosefragen oder Untersuchungsmethoden außerhalb der Kompetenz der Familiengerichtshilfe
  - Glaubhaftigkeitsfragen oder komplexen forensischen Fragestellungen

Während des Verfahrens handeln – nicht bis zur Endentscheidung warten

- Lange Verfahrensdauer kann schon als solche Kindeswohl gefährden
- Möglichkeiten
  - § 107 Abs 2 AußStrG: vorläufige Obsorge- und Kontaktregelung
  - § 107 Abs 3 AußStrG: besondere kindeswohlsichernde Maßnahmen
  - § 111 AußStrG: Besuchsbegleitung
- Grenzen
  - Ausreichende Tatsachengrundlage und rechtliches Gehör
  - Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit

§ 107 Abs 2 – Vorläufige Regelung als Prozessinstrument

- Möglichkeiten einer vorläufigen Regelung
  - Förderung Kindeswohl – Gefährdung nicht Voraussetzung (RS0129538)
  - Lebensverhältnisse stabilisieren - Kontaktabbruch vermeiden - Regelung erproben
  - Ex lege vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit (wenn nicht ausdrücklich ausgeschlossen)
  - Flexibilität in der Hauptsache: Innehalten oder Aufnahme weiterer Beweise
- Grenzen
  - Vorläufig bedeutet nicht beliebig; Kindeswohl bleibt materieller Maßstab
  - Wirkungen der vorläufigen Entscheidung müssen mitgedacht werden
- „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ als Anwendungsfall vorläufiger Maßnahmen

3 Ob 91/25s
Kontaktanbahnung bei einem Säugling

- Sachverhalt
  - Eltern trennten sich vor der Geburt; Mutter allein obsorgeberechtigt
  - Seit Geburt nur fünf zeitlich begrenzte Kontakte; danach Abbruch; Kommunikation der Eltern kaum vorhanden
  - Kind bei erstinstanzlicher Entscheidung fünf Monate alt
- Regelung
  - Wöchentliches Besuchscafé: zweimal 30 Minuten, zweimal 40 Minuten, danach eine Stunde
- OGH weist Revisionsrekurs zurück
  - § 107 Abs 2 AußStrG schützt auch erstmalige Kontaktanbahnung
  - Ziel einer „möglichst frühen vertrauensvollen Bindung" zum Vater erfordert „stabile und verlässliche Kontakte"
  - Interesse der Mutter durch „Besuchsbegleitung und Evaluierung der Besuchskontakte" gewahrt
  - Einstweilige Regelung daher auch zum Gewinnen verlässlicher Grundlagen für die endgültige Entscheidung

7 Ob 198/18w
Wechsel der hauptsächlichen Betreuung

- Obsorgestreit nach der Scheidung
  - Fünfjähriges Kind, hauptsächlicher Aufenthalt bei der Mutter, Kontakte mit Vater
  - Mutter verdächtigt wiederholt den Vater: sexueller Missbrauch, Gewalt - keinerlei Hinweis, dass die „irrealen" Vorwürfe stimmen
  - Mutter verursacht durch Vorwürfe schweren Loyaltätskonflikt des Kindes – keine Hoffnung auf Besserung
- Erstgericht verfügt vorläufige hauptsächlichen Aufenthalt beim Vater, Rekursgericht bestätigt
- OGH weist Antrag auf vorläufige Regelung ab
  - Zwar genügt Förderung des Kindeswohls, Gefährdung nicht erforderlich
  - Aber kein Vorwegnehmen der Sachentscheidung ohne sachlich überzeugenden Grund
  - Andauernde Kritik am anderen Elternteil kann zwar dem Kindeswohl „ernsthaft nachteilig" sein – hier aber kein Anzeichen für Notwendigkeit einer sofortigen Maßnahme
  - Hinweis auf – wenngleich nur demonstrativ – genannte Regelungszwecke: Aufrechterhalten verlässlicher Kontakte und Schaffen von Rechtsklarheit

Was folgt für die Praxis?

- Jedenfalls Kontaktabbruch verhindern
  - Je jünger das Kind, umso wichtiger
  - Vorläufige Regelung des Kontaktrechts schadet regelmäßig nicht
  - Allenfalls Absicherung durch Besuchsbegleitung
- Insbesondere bei Wohnsitzwechsel des betreuenden Elternteils
  - Antrag auf (auch vorläufige) Kontaktrechtsregelung beim bisher zuständigen Gericht
  - Reaktion des Gerichts: Sofortige Übertragung der Zuständigkeit (§ 111 JN)
  - Grundsätzlich möglich (7 Nc 8/16k uva) – aber Gefahr, dass Antrag während eines Zuständigkeitsstreits liegen bleibt
  - Möglicherweise bessere Vorgangsweise (vgl 5 Nc 15/18b, 4 Nc 12/26s): Vorläufige Regelung des Kontaktrechts vor der Übertragung
- Grundsätzlich kein Vorwegnehmen der Hauptsacheentscheidung
  - Änderung der hauptsächlichen Betreuung nur bei Unaufschiebbarkeit
  - Aktuelle, nicht bloß latente Gefährdung des Kindeswohls erforderlich

§ 107 Abs 3 AußStrG – Maßnahmen unterhalb der Obsorgeentziehung

- Möglichkeiten
  - Eigenständiges verfahrensrechtliches Sicherungsinstrument: Sicherung des Kindeswohls
  - Nicht dieselbe Eingriffsschwelle wie § 181 ABGB (6 Ob 160/14v)
  - Eltern-/Erziehungsberatung; Erstgespräch über Mediation; Anti-Aggressionstraining; Ausreiseverbot; Abnahme von Reisedokumenten
  - Vorläufige Verbindlichkeit (und Vollstreckbarkeit) kann nach § 44 AußStrG angeordnet werden (7 Ob 48/16h)
- Grenzen
  - Anhängiges Regelungs- oder Durchsetzungsverfahren erforderlich (RS0131142)
  - Kein Auftrag an Dritte, insb an KJHT (4 Ob 77/25i)
  - Zwar demonstrative Aufzählung, aber sehr enge Auslegung durch die Rechtsprechung

Demonstrative Aufzählung, aber enge Auslegung

- 9 Ob 53/13d als Ausgangspunkt
  - Funktionale Gleichwertigkeit zu den ausdrücklich genannten Maßnahmen
  - Beratung (Z 1 und Z 3), Information über Streitschlichtung (Z 2), Verhinderung des Verbringens in Ausland (Z 4 und Z 5)
- Kaum Beispiele für bejahte Gleichwertigkeit
  - Medizinische Bestätigung über Vorliegen von Reisetauglichkeit (7 Ob 158/23w)
- Keine funktionale Gleichwertigkeit in folgenden Fällen
  - Übersiedlung in Mutter-Kind-Heim (9 Ob 53/13d)
  - Über Beratung hinausgehende Psycho- oder Familientherapie (4 Ob 139/14s ua)
  - Über Information hinausgehende Durchführung einer Mediation (7 Ob 46/17s)
  - Regelmäßige Alkoholtestungen (4 Ob 201/19s)
- Weitergehende Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung (§ 181 ABGB)

§ 111 AußStrG
Besuchsbegleitung als Möglichkeit

- Zweck der Besuchsbegleitung
  - Neu- oder Wiederanbahnung von Kontakten unter geschützten Bedingungen
  - Gelinderes Mittel gegenüber gänzlicher Aussetzung der Kontakte
  - Maßgebend ist Kindeswohl, nicht bloß „ultima ratio" (6 Ob 253/10i)
  - Auch von Amts wegen möglich (5 Ob 114/25p)
- Beispiele aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung
  - 1 Ob 51/23s: Psychisch erkrankte Mutter – 14-jähriger Sohn will Kontakt, aber nur begleitet
  - 8 Ob 77/23s: Konflikt der Eltern – Weigerung der Kinder (Kindergarten, Volksschule), zum Vater ins Auto zu steigen (nicht bloß, wie vom Vater gewollt, Besuchsmittlung)
  - 6 Ob 198/23w: Kontaktabbruch und vom Vater nicht unterbundene Gefährdung durch Stiefbruder (Volksschulkind)
  - 5 Ob 114/25p: Einjähriger Kontaktabbruch erfordert nicht grundsätzlich Besuchsbegleitung, bei erheblichem Elternkonflikt aber vertretbar

Kosten der Besuchsbegleitung als faktische Grenze

- Unklare Rechtslage
  - Keine gesetzliche Regelung - keine Zuständigkeit des OGH (Entscheidung im Kostenpunkt)
  - Jedenfalls keine Verfahrenshilfe
  - Reformüberlegungen im BMJ
- Rechtsprechung gespalten
  - Weit überwiegend Verneinung der Entscheidungskompetenz des Pflegschaftsgerichts (LGZ Wien EFSlg 169.519, LG Eisenstadt EFSlg 162.512; LG St. Pölten EFSlg 166.009 ua)
  - Konsequenz: Kostentragung durch Kontaktberechtigten (in 4 Ob 78/20d vorausgesetzt) – nur bei Existenzgefährdung gewisser Ausgleich durch Reduktion des Unterhalts (9 Ob 30/22k)
  - Vereinzelt Entscheidungskompetenz des Pflegschaftsgerichts (LG Wels EFSlg 113.018, 148.230); wohl auch 9 Ob 55/11w (obiter)
- 4 Ob 78/20d: Und was ist, wenn die Besuchsbegleitung am Geld scheitert?
  - Erörterung von kostengünstigeren Möglichkeiten
  - Sonst Suche nach dem geringeren Übel: Unbegleitete Kontakte oder Unterbleiben der Kontakte

Ultima (ir-)ratio: Zwangsweise Durchsetzung

- § 110 AußStrG: Vollstreckung (nur) nach § 79 Abs 2 AußStrG
  - Durchsetzung im P-Akt – keine Vollstreckung nach der EO
  - Verweis als gelindestes Mittel (5 Ob 230/21s)
  - Geldstrafe, theoretisch Haft, als Beugestrafe
  - Unmittelbarer Zwang nur bei Obsorgeentscheidung
- Voraussetzungen
  - Verstoß gegen (endgültig oder vorläufig) vollstreckbare Verpflichtung
  - Daher ausreichend bestimmte Regelung erforderlich – aber keine Wortklauberei
  - Beispiel 4 Ob 75/23t: Angeordnete Abholung des Kindes bei der Mutter impliziert (entgegen Rekursgericht) Verpflichtung der Mutter zur Übergabe
  - Keine (bedingte) Anordnung schon in der Regelung – aber nichts spricht gegen Androhung (als bloße Rechtsbelehrung nicht anfechtbar, 5 Ob 230/21s uva)

Zwangsweise Durchsetzung: Verfahren

- Feststellung des Verstoßes erforderlich
  - Unterschied zur Konzeption der EO (dort Strafbeschluss aufgrund Vorbringens)
  - Daher Beweisaufnahme erforderlich
  - Anführen des Verstoßes in der Begründung, nicht im Spruch (3 Ob 160/21g)
  - Anhörung des Gegners nicht zwingend (3 Ob 177/07m, RS0122436)
  - Dann aber unbeschränkte Neuerungserlaubnis (§ 49 Abs 1 und 2 AußStrG) - Rekursgericht muss Einwendungen prüfen (6 Ob 68/09g)
- Einbringung der Geldstrafe
  - Einhebung der Geldstrafe Sache der Justizverwaltung
  - Strafbeschluss ist Exekutionstitel
  - Wegen Zwecks der Beugestrafe keine Stundung möglich (8 Ob 108/25b)

Zwangsweise Durchsetzung: Grenzen

- Grenzen von Zwangsmitteln
  - Beugestrafe dient Durchsetzung bestehender Regelung – nicht mehr zulässig, wenn diese geändert (nicht bloß erweitert) wurde (6 Ob 147/17m, 1 Ob 154/23p mwN)
  - Abgrenzung 6 Ob 54/24w: Nicht rechtskräftige Neuregelung nach Strafbeschluss steht Beugestrafe nicht entgegen (umso weniger bloßer Antrag)
  - Erforderlichkeit einer Neuregelung wegen geänderter Umstände
  - Beispiel (6 Ob 68/09g): Ältere, bisher nicht durchgesetzte Regelung und inzwischen eingetretener Entfremdung
- Scheitern der Durchsetzung nicht ausgeschlossen
  - Entscheidendes Kriterium ist das Kindeswohl (§ 110 Abs 3 AußStrG)
  - Hartnäckiges Hintertreiben von Kontakten kann zu Entfremdung und schwerem Loyalitätskonflikt führen
  - Erfordert uU Neuregelung bis hin zu Aussetzen der Kontakte
  - Paradoxes Ergebnis: Erfolgreiches Hintertreiben darf sich rechtlich nicht lohnen – das aktuelle Kindeswohl setzt der Durchsetzung dennoch eine absolute Grenze.
  - Konsequenz (4 Ob 8/11x, RS0126872): Schadenersatz (Kosten, allenfalls auch Gesundheitsbeeinträchtigung)

Ein ganz anderes Verfahren: §§ 81 ff EheG

- Scheinbar unbegrenzte Möglichkeiten
  - Aufteilung von Gebrauchsvermögen und Ersparnissen „nach Billigkeit“ (§ 83 EheG)
  - „Billige“ Ausgleichszahlung (§ 94 EheG), wenn Aufteilung der tatsächlichen Masse nicht in billiger Weise möglich
- Tatsächlich im Kern Aufteilung der Errungenschaft
  - Entscheidend ist Ermittlung der Aufteilungsmasse
  - Insofern ausdifferenzierte Rechtsprechung mit Rechenaufgaben (zB Wertverfolgung bei eingebrachten Sachen [zuletzt 1 Ob 94/25z] oder „Parallelrechnung“ bei der „Berücksichtigung“ auch privat genutzten Unternehmensvermögens [1 Ob 48/24a])
  - Dann aber regelmäßig Aufteilung im Verhältnis 1 : 1
  - Billigkeitserwägungen in erster Linie bei strittiger Zuweisung der realen Aufteilungsmasse
- Grenzen der Billigkeit vermindern tertiäre Kosten
  - Entscheidung bei Kenntnis der Tatsachen mehr oder weniger vorhersehbar
  - Grundlage für einvernehmliche Lösung schon vor dem oder im Zuge des Verfahrens
  - Segen und Fluch des Spezialsenats beim OGH

Ermittlung der Aufteilungsmasse

- Informationsgefälle bei ehelichen Ersparnissen
  - Denkbare Lösung: Amtswegiges Erforschen durch das Gericht
  - Tatsächlich aber ausschließlich in der Verantwortung der Parteien
  - Wertung: Je geringer der Schutzgedanke, umso weniger Amtswegigkeit und Untersuchungsgrundsatz (vgl § 161 AußStrG)
  - Bisher nicht erwogene Möglichkeit: Fragerecht analog § 184 ZPO mit allfälligen Feststellungen auch *ohne* weitere Beweisergebnisse
  - Begriff „Beweiswürdigung" greift zu kurz: „… unter sorgfältiger Würdigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung …" (§ 32 AußStrG)
- Und das Kontenregister?
  - Keine Abfrage durch das Gericht möglich (2 Ob 205/25y)
  - Aber Nichtvorlage durch Gegner kann gewürdigt werden
- Lösung der Praxis: Auskunftsanspruch analog Art XLII Abs 1 EGZPO

Auskunftsanspruch nach Art XLII EGZPO

(1) Wer

nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ein Vermögen oder Schulden anzugeben verpflichtet ist (Fall 1),

oder wer von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermutlich Kenntnis hat (Fall 2),

kann mittels Urteiles dazu verhalten werden (streitiges Verfahren),

allenfalls unter Vorlage eines Verzeichnisses des Vermögens oder der Schulden anzugeben, was ihm von diesem Vermögen, von den Schulden oder von der Verschweigung oder Verheimlichung des Vermögens bekannt ist (Auskunft),

und einen Eid dahin zu leisten, dass seine Angaben richtig und vollständig sind (Eid).

(2) Zur Klage ist befugt, wer ein privatrechtliches Interesse an der Ermittlung des Vermögens oder des Schuldenstandes hat (rechtliches Interesse).

(3) [Stufenklage]

Anwendung im Aufteilungsrecht

- Art XLII EGZPO nicht unmittelbar anwendbar
  - Fall 1: materiellrechtlicher Auskunftsanspruch von der Rsp verneint (RS0113334), Frage des streitigen oder außerstreitigen Rechtswegs stellt sich daher nicht
  - Fall 2: streitiger Rechtsweg, ursprünglich für anderen Fall gedacht (dreipersonales Verhältnis)
- Analogie zu Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO
  - Auskunftsanspruch zwischen den Gatten unter den Voraussetzungen des analog anzuwendenden Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO („Verheimlichen“)
  - Im Außerstreitverfahren geltend zu machen
  - „Stufenantrag“ nach dem Vorbild der Stufenklage (Art XLII Abs 3 EGZPO) möglich
  - An sich nichts Neues (8 Ob 255/99d, RS0113334, RS0134258), aber zuletzt zunehmende Bedeutung in der Praxis

1 Ob 180/23m: Auskunft über Stiftungsvermögen

- Auskunftsantrag während laufenden Verfahrens
  - Aufteilungsantrag des Mannes innerhalb der Jahresfrist
  - Frau beantragt außerhalb der Jahresfrist Auskunft und Ausgleichszahlung
  - Ausgleichszahlung kann aber auch noch nach Ablauf der Frist beantragt werden
  - Daher auch Auskunftsanspruch nicht präkludiert (1 Ob 215/22g)
- Gegenstand der Auskunft
  - Ersparnisse bei Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, daher keine „Rechnungslegung", sondern (grundsätzlich) nur stichtagsbezogene Auskunft
  - Aber Einbeziehung von Vermögenswerten iSv § 91 Abs 1 EheG (hier: in Privatstiftung eingebrachte Ersparnisse) – vgl dazu auch 1 Ob 2/24m
- Antragserfordernisse
  - Verheimlichen von aufteilungsrelevantem Vermögen muss glaubhaft gemacht werden
  - Bescheinigung von Tatsachen (Tatfrage), aus denen Verheimlichung abgeleitet werden kann (Rechtsfrage)

Auskunftsanspruch: Verfahrensrechtliche Fragen

- Erledigung des Antrags durch Teilbeschluss
  - Verpflichtung zur Auskunft, allenfalls zur Eidesleistung
  - Nicht bloß verfahrensleitend, daher selbständig anfechtbar
- Umsetzung eines solchen Beschlusses
  - Zuletzt umfangreiche Rechtsprechung zu § 786 ABGB (2 Ob 220/21y, 2 Ob 81/23k, 2 Ob 47/26i ua)
  - Erfüllung durch Erteilen der Auskunft und gegebenenfalls durch Eidesleistung in gesondertem Verfahren vor dem Außerstreitgericht
  - Auch innerhalb des Verfahrens möglich – freiwillige Auskunft vor dem Beschluss lässt Anspruch erlöschen
  - Auskunft und Eidesleistung exekutiv erzwingbar (§ 354 EO)
  - Auskunft als Grundlage für weiteres Vorbringen im Verfahren über den Aufteilungsanspruch
  - Kein gesondertes Verfahren über „Richtigkeit" der Auskunft – auch „Leermeldung" ist Erfüllung
  - Beeidigung als einziges Druckmittel, um wahre Auskunft zu erhalten (§ 288 StGB)

Zwischenbeschluss über Zugehörigkeit zur Aufteilungsmasse?

- Rechtslage für erste Instanz klar
  - Zwischenbeschluss nach § 36 Abs 2 AußStrG entspricht Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs nach § 393 Abs 1 ZPO
  - Daher Zwischenbeschluss über bloße Vorfragen nicht zulässig
  - Gilt insbesondere für die Zugehörigkeit von Sachen zur Aufteilungsmasse (1 Ob 66/24y) und Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (1 Ob 36/26i)
- Aber Differenzierung im Rechtsmittelrecht (1 Ob 66/24y)
  - Unzulässigkeit des Zwischenbeschlusses ist Verfahrensmangel
  - Daher nur bei Rüge im Rekurs aufzugreifen
  - Bei unterbliebener Rüge, aber inhaltlicher Bekämpfung (Rechtsrüge im Rekurs) Prüfung der materiellen Richtigkeit – kann dann auch zum OGH gebracht werden
  - Gilt auch für Zwischenbeschluss über das anwendbare Recht (1 Ob 173/25k)
- Damit ist rechtskräftige Klärung einer Vorfrage möglich
  - Im Einvernehmen mit den Parteien *kann* das Erstgericht mehr als es *darf*

Zum Schluss eine Reflexion
Möglichkeiten und Grenzen des Rechtsmittelverfahrens

- Außerstreitgesetz *formuliert* im Rechtsmittelrecht zwar anders als die ZPO, ist im Kern aber durchaus *ähnlich*
  - Klassische Rechtsmittelgründe: Verfahrensrüge einschließlich „schwerwiegender" Verfahrensmängel, Beweisrüge, Aktenwidrigkeitsrüge, Rechtsrüge
  - Wahrnehmung der Rechtsmittelgründe grundsätzlich (nur) auf der jeweils übergeordneten Ebene
- Aber größere Bedeutung des Rekursgerichts
  - Prüfung des Beweisaufnahmeermessens
  - Relevanzprüfung bei Gehörverletzung
- Und größere Flexibilität in dritter Instanz
  - Ausgangpunkt gleich: Erhebliche Rechtsfrage als primäre Zulässigkeitsvoraussetzung – grundsätzlich keine Prüfung des erstinstanzlichen Verfahrens („verneinter Verfahrensmangel")
  - Aber Durchbrechung dieses Grundsatzes, wenn zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich (RS0050037 [T1, T4, T8 und T18])
  - Warum nicht auch im Erwachsenenschutzrecht? Vgl 1 Ob 158/22z: im konkreten Fall kein „(allenfalls) im Interesse der Betroffenen aufzugreifender Mangel des Verfahrens erster Instanz"
  - Noch viel häufiger: sekundäre Feststellungsmängel – Fehlen einer ausreichenden Tatsachengrundlage

Und die erste Instanz ?

- Primäre Verantwortung des Erstgerichts für die Gestaltung seines Verfahrens
  - Selbstverständlich: Bindung an gesetzliche Vorgaben
  - Vielleicht noch wichtiger: Legitimation – wenn nicht gar Befriedung – durch faires Verfahren und verständliche Begründung
- Weiter Rahmen für die Gestaltung des Verfahrens
  - Rechtlich: Amtswegigkeit, Untersuchungsgrundsatz, Beweisaufnahmeermessen
  - Faktisch: Relevanzprüfung beim Gehörverstoß
  - „Fehler" zumindest bei vertretenen Parteien im Rechtsmittelweg korrigierbar
- Auf dieser Grundlage vielleicht doch ein Blick zurück nach 1854
  - Keine „*voreilige Entscheidung*", wenn für grundlegende Regelung ein sorgfältiges Verfahren erforderlich ist
  - Aber auch keine „*Zweifelsucht und Aengstlichkeit*", wenn ein langwieriges Verfahren schon als solches „*den Parteien Schaden verursachen*" könnte

Möglichkeiten und Grenzen des Außerstreitverfahrens

Eine Annäherung aus Sicht eines Höchstrichters

Gottfried Musger