

# TE OGH 2000/5/23 4Ob133/00p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.05.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Sergio Adam G\*\*\*\*\*, infolge "Revisionsrekurses" des Annehmenden Karl Heinz P\*\*\*\*\*, und des Minderjährigen, vertreten durch seine Mutter Ana Carolina P\*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Klaus-Dieter Strobach und Dr. Wolfgang Schmidauer, Rechtsanwälte in Grieskirchen, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wels als Rekursgericht vom 2. Februar 2000, GZ 21 R 465/99b, 466/99z-30, mit welchem die Beschlüsse des Bezirksgerichtes Grieskirchen vom 18. August 1998, GZ P 68/98v-6, und vom 6. Mai 1999, GZ P 68/98v-15b, aufgehoben wurden, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Rekursbeantwortung des Sergio Palka G\*\*\*\*\* wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Sergio Adam G\*\*\*\*\* ist der am \*\*\*\*\* in Q\*\*\*\*\*, Provinz B\*\*\*\*\*, Argentinien, geborene Sohn der unverheirateten argentinischen Staatsbürgerin Ana Carolina S\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*. Er ist argentinischer Staatsbürger; als sein leiblicher Vater ist im Geburtsregister Sergio Palka G\*\*\*\*\* eingetragen. Im Juli 1996 reiste die Mutter mit ihrem Kind nach Österreich; Sergio Palka G\*\*\*\*\* erteilte zur Ausreise seine bis 15. 11. 1996 befristete Zustimmung. Mutter und Kind leben seit damals in Österreich. Am 26. 4. 1997 heiratete die Mutter den österreichischen Staatsbürger Karl Heinz P\*\*\*\*\*; dieser Ehe entstammt der am \*\*\*\*\* geborene Stefan Heinz P\*\*\*\*\*. Am 19. 6. 1998 schlossen Karl Heinz P\*\*\*\*\* und der durch seine Mutter vertretene mj. Sergio Adam G\*\*\*\*\* einen schriftlichen Vertrag über die Annahme an Kindesstatt des Minderjährigen durch den Ehemann seiner Mutter. Im Vertrag ist festgehalten, dass der Aufenthalt des Vaters seit mehr als einem Jahr unbekannt und die Ermittlung des Aufenthaltsortes - falls überhaupt - nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich sei; seine Anhörung komme daher nicht in Betracht.

Karl Heinz P\*\*\*\*\* beantragte am 10. 7. 1998 die gerichtliche Bewilligung des Adoptionsvertrags. Der Vater des minderjährigen Wahlkinds sei seit mehr als sechs Monaten unbekanntem Aufenthalts, sein Aufenthalt wäre nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu ermitteln, weil er sich vermutlich auf einem Schiff oder im Raum Alaska aufhalte. Zwischen dem Vater und dem Wahlkind bestünden keinerlei familiäre Beziehungen; der Vater habe den

Minderjährigen ohne Grund mehr als ein Jahr lang tatsächlich und familiär vernachlässigt, indem er weder für die Erziehung des Kindes gesorgt noch Unterhalt geleistet habe. Nach dem insoweit ebenfalls maßgeblichen argentinischen Recht sei der Vater dem Verfahren daher nicht beizuziehen. Zwischen dem Wahlvater und dem Wahlkind habe sich bereits ein natürliches Eltern-Kind-Verhältnis entwickelt; die Annahme an Kindesstatt entspreche dem Kindeswohl. Der zuständige Jugendwohlfahrtsträger gab keine Stellungnahme ab.

Das Erstgericht bewilligte nach Einsicht in den Adoptionsvertrag, die Standesurkunden und Meldebestätigungen mit Beschluss vom 18. 8. 1998 (ON 6) die Annahme an Kindesstatt. Es stellte fest, dass der leibliche Vater seit Jahren keinen Kontakt zu seinem Sohn pflege und seit mehr als sechs Monaten unbekanntem Aufenthalts sei. Zwischen den Vertragsteilen habe sich seit Juli 1996 ein natürliches Eltern-Kind-Verhältnis entwickelt. Der Wahlvater komme auch für den Unterhalt des Minderjährigen auf. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass die Voraussetzungen einer Annahme an Kindesstatt gemäß § 26 IPRG nach dem Personalstatut des Annehmenden - also hier: nach österreichischem Recht - zu beurteilen seien; nur dann, wenn nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis stehe, erforderlich sei, sei insoweit auch dieses Recht maßgebend. Nach dem argentinischen Gesetz über die Adoption Minderjähriger seien die Parteien der Adoptierende und das Amt für Minderjährige; die Eltern könnten Partei sein und verlangen, als Partei betrachtet zu werden. Eine Zustimmung des leiblichen Vaters sei demnach nach argentinischem Recht nicht zwingend vorgeschrieben; auch sei dieser seit mehr als sechs Monaten unbekannt verzogen, weshalb es auch nach österreichischem Recht seiner Zustimmung nicht bedürfe (§ 181 Abs 2 ABGB). Im übrigen lägen alle Voraussetzungen für die Bewilligung der Annahme an Kindesstatt vor. Das Erstgericht bewilligte nach Einsicht in den Adoptionsvertrag, die Standesurkunden und Meldebestätigungen mit Beschluss vom 18. 8. 1998 (ON 6) die Annahme an Kindesstatt. Es stellte fest, dass der leibliche Vater seit Jahren keinen Kontakt zu seinem Sohn pflege und seit mehr als sechs Monaten unbekanntem Aufenthalts sei. Zwischen den Vertragsteilen habe sich seit Juli 1996 ein natürliches Eltern-Kind-Verhältnis entwickelt. Der Wahlvater komme auch für den Unterhalt des Minderjährigen auf. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass die Voraussetzungen einer Annahme an Kindesstatt gemäß Paragraph 26, IPRG nach dem Personalstatut des Annehmenden - also hier: nach österreichischem Recht - zu beurteilen seien; nur dann, wenn nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis stehe, erforderlich sei, sei insoweit auch dieses Recht maßgebend. Nach dem argentinischen Gesetz über die Adoption Minderjähriger seien die Parteien der Adoptierende und das Amt für Minderjährige; die Eltern könnten Partei sein und verlangen, als Partei betrachtet zu werden. Eine Zustimmung des leiblichen Vaters sei demnach nach argentinischem Recht nicht zwingend vorgeschrieben; auch sei dieser seit mehr als sechs Monaten unbekannt verzogen, weshalb es auch nach österreichischem Recht seiner Zustimmung nicht bedürfe (Paragraph 181, Absatz 2, ABGB). Im übrigen lägen alle Voraussetzungen für die Bewilligung der Annahme an Kindesstatt vor.

Am 17. 12. 1998 langte ein Antrag des Sergio Palka G\*\*\*\*\* vom 17. 11. 1998 auf Einräumung eines Besuchsrechts nach Art 21 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (BGBl 1988/512) ein, den dieser vor den argentinischen Behörden eingebracht hatte (ON 9). Der Antragsteller gibt seinen Beruf mit Seemann an und nennt eine Wohnanschrift in B\*\*\*\*\*, Bezirk B\*\*\*\*\*. Die Mutter habe mit dem Minderjährigen wegen eines Urlaubs Argentinien verlassen, sei jedoch nicht mehr zurückgekehrt. Dem Vater sei es erst nach einem Jahr gelungen, die Mutter in Österreich ausfindig zu machen. Obwohl er über deren Verhalten enttäuscht sei, beabsichtige er in keiner Weise, den Sohn von der Mutter zu entfernen, wolle jedoch den Kontakt zu ihm herstellen, weil das Kind ein Recht habe, seinen Vater, seine Großeltern und sein Geburtsland zu besuchen. Am 17. 12. 1998 langte ein Antrag des Sergio Palka G\*\*\*\*\* vom 17. 11. 1998 auf Einräumung eines Besuchsrechts nach Artikel 21, des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (BGBl 1988/512) ein, den dieser vor den argentinischen Behörden eingebracht hatte (ON 9). Der Antragsteller gibt seinen Beruf mit Seemann an und nennt eine Wohnanschrift in B\*\*\*\*\*, Bezirk B\*\*\*\*\*. Die Mutter habe mit dem Minderjährigen wegen eines Urlaubs Argentinien verlassen, sei jedoch nicht mehr zurückgekehrt. Dem Vater sei es erst nach einem Jahr gelungen, die Mutter in Österreich ausfindig zu machen. Obwohl er über deren Verhalten enttäuscht sei, beabsichtige er in keiner Weise, den Sohn von der Mutter zu entfernen, wolle jedoch den Kontakt zu ihm herstellen, weil das Kind ein Recht habe, seinen Vater, seine Großeltern und sein Geburtsland zu besuchen.

Die Mutter sprach sich gegen diesen Antrag aus. Leiblicher Vater des Kindes sei der Argentinier Sergio L\*\*\*\*\*, der im

Zeitpunkt der Geburt seines Sohnes erst 17 Jahre alt und damit noch nicht volljährig gewesen sei; er hätte zur Anerkennung der Vaterschaft die Zustimmung seiner Eltern benötigt, die ihm aber nicht erteilt worden sei. Auf Druck der Großmutter der Kindesmutter, die polnischer Abstammung sei, habe der Antragsteller, der ebenfalls polnischer Abstammung sei, die Vaterschaft zum Minderjährigen anerkannt; mit ihm habe die Mutter aber in der kritischen Zeit nicht geschlechtlich verkehrt. Der Antragsteller sei Seeman bei der Marine und oft monatelang auf See. Nach dem Tod der Großmutter 1996 bestehe nunmehr die Absicht, die Vaterschaftsfrage in Argentinien - auch unter Einschaltung des Gerichts - zu klären.

Das Erstgericht wies den Antrag auf Gewährung eines Umgangs- oder Besuchsrechts mit Beschluss vom 6. 5. 1999 (ON 15b) ab. Infolge der rechtskräftigen und rechtswirksamen Adoption des Minderjährigen gäbe es keine gesetzliche Grundlage für ein Umgangs- oder Besuchsrecht des leiblichen Vaters.

Das Rekursgericht gab den Rekursen des Sergio Palka G\*\*\*\*\* gegen die Bewilligung der Adoption und die Abweisung seines Antrags Folge, hob beide angefochtenen Beschlüsse auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf; es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil der Frage der Rechtskraft einer Adoptionsbewilligung auf Grund eines ohne Erhebungen als entfallend angesehenen Zustimmungsrechts nach § 181 Abs 2 ABGB erhebliche Bedeutung zukomme und keine Rechtsprechung dazu habe aufgefunden werden können, ob bei Unbekanntheit des Aufenthalts eines Zustimmungsberechtigten ein Abwesenheitskurator zu bestellen sei. Das Rekursgericht erhob durch Einvernahme der Mutter, dass die vom Vater angegebene Adresse seit langem unverändert ist. Rechtlich ging es davon aus, dass im Adoptionsverfahren die Zustimmungs- und Anhörungsberechtigten gemäß § 257 AußStrG Beteiligte des Verfahrens seien; werde einer von ihnen - etwa in der irrigen Annahme, sein Aufenthalt sei unbekannt - übergangen, könne der Bewilligungsbeschluss nicht rechtskräftig werden. Der Übergangene könne seinen Standpunkt im Rechtsmittelweg durchsetzen. Das Erstgericht habe keine Feststellungen über den Aufenthaltsort des Vaters getroffen, insbesondere keine Erhebungen bei Verwandten gepflogen, obwohl diese mit großer Wahrscheinlichkeit von seinem Aufenthalt Kenntnis gehabt hätten. Diese Unterlassung müsse zur Nichtigkeit des Adoptionsbewilligungsbeschlusses führen, zumal der Mutter die Wohnanschrift des Vaters bekannt gewesen sei. Im fortgesetzten Verfahren werde der Vater zu befragen sein; bei Verweigerung seiner Zustimmung zur Adoption sei der Antrag nicht zu bewilligen. Auch über den Besuchsrechtsantrag werde das Erstgericht unter Beteiligung des Vaters neu abzusprechen haben und dabei insbesondere auf Klarstellung dringen müssen, ob der Vater auch ein Besuchsrecht am Ort des nunmehrigen Aufenthalts des Kindes anstrebe. Das Rekursgericht gab den Rekursen des Sergio Palka G\*\*\*\*\* gegen die Bewilligung der Adoption und die Abweisung seines Antrags Folge, hob beide angefochtenen Beschlüsse auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf; es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil der Frage der Rechtskraft einer Adoptionsbewilligung auf Grund eines ohne Erhebungen als entfallend angesehenen Zustimmungsrechts nach Paragraph 181, Absatz 2, ABGB erhebliche Bedeutung zukomme und keine Rechtsprechung dazu habe aufgefunden werden können, ob bei Unbekanntheit des Aufenthalts eines Zustimmungsberechtigten ein Abwesenheitskurator zu bestellen sei. Das Rekursgericht erhob durch Einvernahme der Mutter, dass die vom Vater angegebene Adresse seit langem unverändert ist. Rechtlich ging es davon aus, dass im Adoptionsverfahren die Zustimmungs- und Anhörungsberechtigten gemäß Paragraph 257, AußStrG Beteiligte des Verfahrens seien; werde einer von ihnen - etwa in der irrigen Annahme, sein Aufenthalt sei unbekannt - übergangen, könne der Bewilligungsbeschluss nicht rechtskräftig werden. Der Übergangene könne seinen Standpunkt im Rechtsmittelweg durchsetzen. Das Erstgericht habe keine Feststellungen über den Aufenthaltsort des Vaters getroffen, insbesondere keine Erhebungen bei Verwandten gepflogen, obwohl diese mit großer Wahrscheinlichkeit von seinem Aufenthalt Kenntnis gehabt hätten. Diese Unterlassung müsse zur Nichtigkeit des Adoptionsbewilligungsbeschlusses führen, zumal der Mutter die Wohnanschrift des Vaters bekannt gewesen sei. Im fortgesetzten Verfahren werde der Vater zu befragen sein; bei Verweigerung seiner Zustimmung zur Adoption sei der Antrag nicht zu bewilligen. Auch über den Besuchsrechtsantrag werde das Erstgericht unter Beteiligung des Vaters neu abzusprechen haben und dabei insbesondere auf Klarstellung dringen müssen, ob der Vater auch ein Besuchsrecht am Ort des nunmehrigen Aufenthalts des Kindes anstrebe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs des Minderjährigen und des Annehmenden ist zulässig (§ 14b AußStrG); der Oberste Gerichtshof hat über einen gleichartigen Sachverhalt noch nicht entschieden. Das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt. Der Rekurs des

Minderjährigen und des Annehmenden ist zulässig (Paragraph 14 b, AußStrG); der Oberste Gerichtshof hat über einen gleichartigen Sachverhalt noch nicht entschieden. Das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt.

Soweit die Rekurswerber die Parteistellung des Sergio Palka G\*\*\*\*\* mit dem Argument in Frage stellen, dieser sei "lediglich im Geburtenregister eingetragener Vater", ist dazu vorausschickend zu erwägen:

Gemäß § 25 IPRG ist das Personalstatut des unehelichen Kindes im Zeitpunkt seiner Geburt maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Voraussetzungen (und Wirkungen) eines Vaterschaftsanerkennnisses. Art 248 Z 1 des argentinischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ermöglicht die Anerkennung eines unehelichen Kindes durch Erklärung vor dem Beamten des Registers für den bürgerlichen Stand und der Rechtsfähigkeit der Personen aufgrund der Eintragung der Geburt oder nachträglich. Art 263 leg cit ermöglicht dem Kind und interessierten Dritten die Anfechtung der Anerkennung von außerhalb der Ehe empfangenen Kindern. Gemäß Paragraph 25, IPRG ist das Personalstatut des unehelichen Kindes im Zeitpunkt seiner Geburt maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Voraussetzungen (und Wirkungen) eines Vaterschaftsanerkennnisses. Artikel 248, Ziffer eins, des argentinischen Bürgerlichen Gesetzbuchs ermöglicht die Anerkennung eines unehelichen Kindes durch Erklärung vor dem Beamten des Registers für den bürgerlichen Stand und der Rechtsfähigkeit der Personen aufgrund der Eintragung der Geburt oder nachträglich. Artikel 263, leg cit ermöglicht dem Kind und interessierten Dritten die Anfechtung der Anerkennung von außerhalb der Ehe empfangenen Kindern.

Nach der insoweit unstrittigen Aktenlage hat Sergio Palka G\*\*\*\*\* eine Erklärung nach Art 248 leg cit abgegeben. Dass diese als Vaterschaftsanerkennnis zu wertende Erklärung nach dem anzuwendenden argentinischen Recht (ebenso wie nach der österreichischen Rechtslage, vgl § 163b 2. Satz ABGB) nicht nur inter partes (also gegenüber dem Kind), sondern gegenüber jedermann gilt, folgt zwanglos aus dem Umstand, dass das argentinische Recht eine Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind nur mittels gerichtlicher Klage kennt. Solange demnach der Eintragung des Sergio Palka G\*\*\*\*\* im Geburtenbuch als leiblicher Vater des Minderjährigen kein rechtskräftiges Urteil in einem solchen Anfechtungsprozess entgegensteht, ist dieser - ungeachtet allfälliger von Dritten (hier: dem Annehmenden und der Mutter) geäußerter Zweifel an der Richtigkeit seiner Erklärung - als leiblicher Vater zu behandeln. Nach der Aktenlage besteht kein Hinweis, dass ein derartiger Anfechtungsprozess eingeleitet worden wäre; solches wurde auch nicht behauptet. Nach der insoweit unstrittigen Aktenlage hat Sergio Palka G\*\*\*\*\* eine Erklärung nach Artikel 248, leg cit abgegeben. Dass diese als Vaterschaftsanerkennnis zu wertende Erklärung nach dem anzuwendenden argentinischen Recht (ebenso wie nach der österreichischen Rechtslage, vergleiche Paragraph 163 b, 2. Satz ABGB) nicht nur inter partes (also gegenüber dem Kind), sondern gegenüber jedermann gilt, folgt zwanglos aus dem Umstand, dass das argentinische Recht eine Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind nur mittels gerichtlicher Klage kennt. Solange demnach der Eintragung des Sergio Palka G\*\*\*\*\* im Geburtenbuch als leiblicher Vater des Minderjährigen kein rechtskräftiges Urteil in einem solchen Anfechtungsprozess entgegensteht, ist dieser - ungeachtet allfälliger von Dritten (hier: dem Annehmenden und der Mutter) geäußerter Zweifel an der Richtigkeit seiner Erklärung - als leiblicher Vater zu behandeln. Nach der Aktenlage besteht kein Hinweis, dass ein derartiger Anfechtungsprozess eingeleitet worden wäre; solches wurde auch nicht behauptet.

Die Rekurswerber bestreiten die Parteistellung des Vaters im Adoptionsverfahren sodann unter Hinweis auf das - nach dessen Personalstatut anzuwendende - argentinische Recht; auch lägen die Voraussetzungen für den Entfall seines Zustimmungsrechts gemäß § 181 Abs 2 ABGB vor. Der Adoptionsbewilligungsbeschluss sei in Rechtskraft erwachsen. Dazu ist zu erwägen: Die Rekurswerber bestreiten die Parteistellung des Vaters im Adoptionsverfahren sodann unter Hinweis auf das - nach dessen Personalstatut anzuwendende - argentinische Recht; auch lägen die Voraussetzungen für den Entfall seines Zustimmungsrechts gemäß Paragraph 181, Absatz 2, ABGB vor. Der Adoptionsbewilligungsbeschluss sei in Rechtskraft erwachsen. Dazu ist zu erwägen:

#### 1. Zum Adoptionsverfahren

Die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt sind nach dem Personalstatut jedes Annehmenden zu beurteilen. Ist nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, erforderlich, so ist insoweit auch dieses Recht maßgebend (§ 26 Abs 1 IPRG). Die Voraussetzungen der Annahme an Kindesstatt sind nach dem Personalstatut jedes Annehmenden zu beurteilen. Ist

nach dem Personalstatut des Kindes die Zustimmung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, erforderlich, so ist insoweit auch dieses Recht maßgebend (Paragraph 26, Absatz eins, IPRG).

Der Antragsteller ist österreichischer Staatsbürger, weshalb im Adoptionsverfahren materielles österreichisches Recht, insbesondere § 181 ABGB, zur Anwendung gelangt. Ob darüber hinaus Zustimmungsrechte Dritter bestehen, ist nach argentinischem Recht zu beurteilen. Das insoweit maßgebliche Gesetz Nr. 19314 über die Adoption Minderjähriger vom 21. 7. 1971 kennt keine über den Personenkreis des österreichischen Rechts hinausgehenden zustimmungsberechtigten Personen. Nach Art 32 dieses Gesetzes werden die Rechtslage, die Rechte und Pflichten der Adoptierenden und Adoptierten unter sich durch das Gesetz des Wohnsitzes des Adoptierten zur Zeit der Adoption bestimmt, wenn diese im Ausland bewilligt wurde. Diese Norm enthält demnach eine gemäß § 5 IPRG zu beachtende Rückverweisung (Schwimmann in Rummel, ABGB\*\*2 § 26 IPRG Rz 3) auf das österreichische Recht. Der Antragsteller ist österreichischer Staatsbürger, weshalb im Adoptionsverfahren materielles österreichisches Recht, insbesondere Paragraph 181, ABGB, zur Anwendung gelangt. Ob darüber hinaus Zustimmungsrechte Dritter bestehen, ist nach argentinischem Recht zu beurteilen. Das insoweit maßgebliche Gesetz Nr. 19314 über die Adoption Minderjähriger vom 21. 7. 1971 kennt keine über den Personenkreis des österreichischen Rechts hinausgehenden zustimmungsberechtigten Personen. Nach Artikel 32, dieses Gesetzes werden die Rechtslage, die Rechte und Pflichten der Adoptierenden und Adoptierten unter sich durch das Gesetz des Wohnsitzes des Adoptierten zur Zeit der Adoption bestimmt, wenn diese im Ausland bewilligt wurde. Diese Norm enthält demnach eine gemäß Paragraph 5, IPRG zu beachtende Rückverweisung (Schwimmann in Rummel, ABGB\*\*2 Paragraph 26, IPRG Rz 3) auf das österreichische Recht.

Zur Annahme an Kindesstatt ist nach § 179a ABGB ein schriftlicher Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind sowie die gerichtliche Bewilligung unter Beachtung des Wohles des nicht eigenberechtigten Kindes (§ 180a Abs 1 ABGB) erforderlich. Der Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind unterliegt der Privatautonomie (SZ 10/106; EvBl 1994/158). Die Eltern des mj Wahlkindes sind in diesen Vertrag nicht eingebunden. Sie sind nach § 181 Abs 1 Z 1 ABGB aber insoweit Beteiligte des Adoptionsbewilligungsverfahrens, als die Adoption nur mit ihrer Zustimmung bewilligt werden kann (JBl 1993, 453). Der Mangel ihrer Zustimmung führt - falls eine solche mangels gerechtfertigter Gründe für die Weigerung (vgl JBl 1993, 453) nicht gemäß § 181 Abs 3 ABGB durch Gerichtsbeschluss ersetzt wird - zur Versagung der Bewilligung (EvBl 1994/158). Zur Annahme an Kindesstatt ist nach Paragraph 179 a, ABGB ein schriftlicher Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind sowie die gerichtliche Bewilligung unter Beachtung des Wohles des nicht eigenberechtigten Kindes (Paragraph 180 a, Absatz eins, ABGB) erforderlich. Der Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind unterliegt der Privatautonomie (SZ 10/106; EvBl 1994/158). Die Eltern des mj Wahlkindes sind in diesen Vertrag nicht eingebunden. Sie sind nach Paragraph 181, Absatz eins, Ziffer eins, ABGB aber insoweit Beteiligte des Adoptionsbewilligungsverfahrens, als die Adoption nur mit ihrer Zustimmung bewilligt werden kann (JBl 1993, 453). Der Mangel ihrer Zustimmung führt - falls eine solche mangels gerechtfertigter Gründe für die Weigerung vergleiche JBl 1993, 453) nicht gemäß Paragraph 181, Absatz 3, ABGB durch Gerichtsbeschluss ersetzt wird - zur Versagung der Bewilligung (EvBl 1994/158).

Dieses den Eltern (und zwar seit dem KindRÄG auch dem außerehelichen Vater des minderjährigen Wahlkindes) eingeräumte Recht begründet gemäß § 257 AußStrG deren Beteiligtenstellung im Verfahren (Pichler in Rummel\*\*2 §§ 181, 181a Rz 1). Wie die Regierungsvorlage zum Bundesgesetz vom 17. 2. 1960, BGBl 1960/58, über die Neuordnung des Rechtes der Annahme an Kindesstatt (107 BlgNR IX.GP 17) dazu ausführt, sollte die Einräumung von Anhörungs- und Zustimmungsrechten (§ 181 ABGB) sicherstellen, dass keine Kindesannahme gegen den Willen oder die wohlbegründete Meinung der Personen oder Stellen zustandekommt, die durch diesen Rechtsakt in ihren Rechten oder Pflichten unmittelbar betroffen werden, den Vertragsteilen besonders nahestehen oder das Wahlkind zu vertreten oder für sein Wohl zu sorgen haben. Eine gewissenhafte Einhaltung dieser wichtigen Bestimmungen sei, so führen die Erläuterungen weiter aus, sichergestellt, weil die Zustimmungs- und Anhörungsberechtigten nach § 257 AußStrG Beteiligte am Verfahren seien und die aus dieser Stellung entspringenden Rechte hätten. Der Bewilligungsbeschluss könne ohne Zustellung an diese Personen nicht rechtswirksam werden. Trage das Gericht berechtigten Einwendungen dieser Personen nicht Rechnung, so könnten sie ihren Standpunkt im Rechtsmittelweg durchsetzen. Den materiellen Zustimmungs- und Anhörungsrechten entspricht daher die Beteiligtenstellung im Verfahren, die Verfahrensrechte gibt (Edlbacher, Verfahren außer Streitsachen\*\*2 Anm 8 zu § 257; SZ 59/184 = JBl 1987, 39 = ÖA 1987, 53). Dieses den Eltern (und zwar seit dem KindRÄG auch dem außerehelichen Vater des

minderjährigen Wahlkinds) eingeräumte Recht begründet gemäß Paragraph 257, AußStrG deren Beteiligtenstellung im Verfahren (Pichler in Rummel\*\*2 Paragraphen 181,, 181a Rz 1). Wie die Regierungsvorlage zum Bundesgesetz vom 17. 2. 1960, BGBl 1960/58, über die Neuordnung des Rechtes der Annahme an Kindesstatt (107 BlgNR römisch IX.GP 17) dazu ausführt, sollte die Einräumung von Anhörungs- und Zustimmungsrechten (Paragraph 181, ABGB) sicherstellen, dass keine Kindesannahme gegen den Willen oder die wohlbegründete Meinung der Personen oder Stellen zustandekommt, die durch diesen Rechtsakt in ihren Rechten oder Pflichten unmittelbar betroffen werden, den Vertragsteilen besonders nahestehen oder das Wahlkind zu vertreten oder für sein Wohl zu sorgen haben. Eine gewissenhafte Einhaltung dieser wichtigen Bestimmungen sei, so führen die Erläuterungen weiter aus, sichergestellt, weil die Zustimmungs- und Anhörungsberechtigten nach Paragraph 257, AußStrG Beteiligte am Verfahren seien und die aus dieser Stellung entspringenden Rechte hätten. Der Bewilligungsbeschluss könne ohne Zustellung an diese Personen nicht rechtswirksam werden. Trage das Gericht berechtigten Einwendungen dieser Personen nicht Rechnung, so könnten sie ihren Standpunkt im Rechtsmittelweg durchsetzen. Den materiellen Zustimmungs- und Anhörungsrechten entspricht daher die Beteiligtenstellung im Verfahren, die Verfahrensrechte gibt (Edlbacher, Verfahren außer Streitsachen\*\*2 Anmerkung 8 zu Paragraph 257 ;, SZ 59/184 = JBl 1987, 39 = ÖA 1987, 53).

Gemäß § 181 Abs 2 ABGB entfällt das Zustimmungsrecht (auch) der Eltern unter anderem dann, wenn ihr Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten unbekannt ist. Nach der Entscheidung des JGH Wien, ÖA 1984, 46 = EFSlg 45.909 sei diese Voraussetzung im Hinblick auf die weitreichenden Folgen des Rechtsinstituts der Adoption erst bei qualifizierter unbekannter Abwesenheit verwirklicht. Es seien eingehende zweckdienliche Erhebungen über den Aufenthalt des Zustimmungsberechtigten durchzuführen, so etwa Befragung naher Verwandter oder Anfrage an Gebietskrankenkassen und Arbeitsämter; die bloße Auskunft des Zentralmeldeamts allein reiche jedenfalls nicht aus. Die Lehre hat dieser Entscheidung zugestimmt (Pichler aaO Rz 4, Schwimann aaO Rz 5). Auch der erkennende Senat tritt dieser Auffassung bei. Eine Adoption, die das Kind der Familiengemeinschaft seiner Eltern grundsätzlich dauernd und unwiderruflich entzieht, soll nicht gegen die wohlbegründete Meinung einer Person zustandekommen, die durch diesen Rechtsakt in ihren Rechten tiefgreifend betroffen wird (JBl 1993, 453). Damit das rechtliche Gehör eines Zustimmungsberechtigten nur im engen Rahmen der vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmefälle entfällt, ist besonders streng zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Entfall des Zustimmungsrechts gemäß § 181 Abs 2 ABGB vorliegen. Gemäß Paragraph 181, Absatz 2, ABGB entfällt das Zustimmungsrecht (auch) der Eltern unter anderem dann, wenn ihr Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten unbekannt ist. Nach der Entscheidung des JGH Wien, ÖA 1984, 46 = EFSlg 45.909 sei diese Voraussetzung im Hinblick auf die weitreichenden Folgen des Rechtsinstituts der Adoption erst bei qualifizierter unbekannter Abwesenheit verwirklicht. Es seien eingehende zweckdienliche Erhebungen über den Aufenthalt des Zustimmungsberechtigten durchzuführen, so etwa Befragung naher Verwandter oder Anfrage an Gebietskrankenkassen und Arbeitsämter; die bloße Auskunft des Zentralmeldeamts allein reiche jedenfalls nicht aus. Die Lehre hat dieser Entscheidung zugestimmt (Pichler aaO Rz 4, Schwimann aaO Rz 5). Auch der erkennende Senat tritt dieser Auffassung bei. Eine Adoption, die das Kind der Familiengemeinschaft seiner Eltern grundsätzlich dauernd und unwiderruflich entzieht, soll nicht gegen die wohlbegründete Meinung einer Person zustandekommen, die durch diesen Rechtsakt in ihren Rechten tiefgreifend betroffen wird (JBl 1993, 453). Damit das rechtliche Gehör eines Zustimmungsberechtigten nur im engen Rahmen der vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmefälle entfällt, ist besonders streng zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Entfall des Zustimmungsrechts gemäß Paragraph 181, Absatz 2, ABGB vorliegen.

Das vom Erstgericht vor Beschlussfassung durchgeführte Verfahren genügt - wie das Rekursgericht zutreffend erkannt hat - diesen strengen Anforderungen in keiner Weise. Das Erstgericht hat die im Adoptionsvertrag aufgestellte Behauptung, der Aufenthalt des Vaters sei seit Jahren unbekannt, ungeprüft übernommen und als zutreffend festgestellt. Richtigerweise wäre der Antragsteller zur Bescheinigung des von ihm behaupteten unbekanntem Aufenthalts des Vaters aufzufordern gewesen. Die in Lehre und Rechtsprechung zur Voraussetzung der Bestellung eines Abwesenheitskurators (auch in der Variante eines Zustellkurators nach der ZPO) entwickelten Grundsätze (vgl dazu Pichler aaO § 276 Rz 3; Gitschthaler in Rechberger, ZPO\*\*2 § 115 Rz 2 ff mwN; RdW 1998, 676) gelten auch für dieses Bescheinigungsverfahren. Das vom Erstgericht vor Beschlussfassung durchgeführte Verfahren genügt - wie das Rekursgericht zutreffend erkannt hat - diesen strengen Anforderungen in keiner Weise. Das Erstgericht hat die im Adoptionsvertrag aufgestellte Behauptung, der Aufenthalt des Vaters sei seit Jahren unbekannt, ungeprüft übernommen und als zutreffend festgestellt. Richtigerweise wäre der Antragsteller zur Bescheinigung des von ihm behaupteten unbekanntem Aufenthalts des Vaters aufzufordern gewesen. Die in Lehre und Rechtsprechung zur

Voraussetzung der Bestellung eines Abwesenheitskurators (auch in der Variante eines Zustellkurators nach der ZPO) entwickelten Grundsätze vergleiche dazu Pichler aaO Paragraph 276, Rz 3; Gitschthaler in Rechberger, ZPO\*\*2 Paragraph 115, Rz 2 ff mwN; RdW 1998, 676) gelten auch für dieses Bescheinigungsverfahren.

Auf Grund der ergänzenden Erhebungen des Rekursgerichts (ON 29) steht nunmehr fest, dass der Vater zusammen mit seinen Eltern und seiner Familie seit langen Jahren an derselben Adresse wohnt; er ist als Fischer tätig und befindet sich zumeist zwei Monate auf See, ein Monat an Land. Hinweise dafür, dass die Familie des Vaters über dessen Aufenthalt nicht Bescheid wüßte, sind dem Akt nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Voraussetzungen des § 181 Abs 2 ABGB beim Vater nie vorlagen. Auf Grund der ergänzenden Erhebungen des Rekursgerichts (ON 29) steht nunmehr fest, dass der Vater zusammen mit seinen Eltern und seiner Familie seit langen Jahren an derselben Adresse wohnt; er ist als Fischer tätig und befindet sich zumeist zwei Monate auf See, ein Monat an Land. Hinweise dafür, dass die Familie des Vaters über dessen Aufenthalt nicht Bescheid wüßte, sind dem Akt nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Voraussetzungen des Paragraph 181, Absatz 2, ABGB beim Vater nie vorlagen.

Das Erstgericht hat demgegenüber den Vater so behandelt, als ob er unbekanntes Aufenthalts wäre, und ihn nicht am Adoptionsverfahren beteiligt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen. Durch diesen auf einem Gerichtsfehler beruhenden ungesetzlichen Vorgang wurde dem Vater das rechtliche Gehör entzogen. Dies hat die Nichtigkeit der Sachentscheidung gemäß § 477 Abs 1 Z 4 ZPO zur Folge (Fasching IV, 124, 126), weil auch im Verfahren außer Streitsachen die Nichtigkeitsgründe der Zivilprozessordnung anwendbar sind (SZ 49/156; EFSlg 43.340; 1 Ob 78/99y ua). Der Beschluss, mit dem der Adoptionsvertrag bewilligt wurde, konnte - wie ausgeführt - vor Zustellung an den verfahrensbeteiligten Vater nicht rechtskräftig werden. Das Rekursgericht hat diesen Beschluss daher zu Recht aufgehoben. Im fortgesetzten Verfahren wird dem Vater Gelegenheit zu geben sein, seine Rechte nach § 181 Abs 1 ABGB iVm § 258 Abs 1 AußStrG auszuüben. Für den Fall der Verweigerung der Zustimmung zur Adoption wird allenfalls nach § 181 Abs 3 ABGB vorzugehen sein. Das Erstgericht hat demgegenüber den Vater so behandelt, als ob er unbekanntes Aufenthalts wäre, und ihn nicht am Adoptionsverfahren beteiligt, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen. Durch diesen auf einem Gerichtsfehler beruhenden ungesetzlichen Vorgang wurde dem Vater das rechtliche Gehör entzogen. Dies hat die Nichtigkeit der Sachentscheidung gemäß Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 4, ZPO zur Folge (Fasching römisch IV, 124, 126), weil auch im Verfahren außer Streitsachen die Nichtigkeitsgründe der Zivilprozessordnung anwendbar sind (SZ 49/156; EFSlg 43.340; 1 Ob 78/99y ua). Der Beschluss, mit dem der Adoptionsvertrag bewilligt wurde, konnte - wie ausgeführt - vor Zustellung an den verfahrensbeteiligten Vater nicht rechtskräftig werden. Das Rekursgericht hat diesen Beschluss daher zu Recht aufgehoben. Im fortgesetzten Verfahren wird dem Vater Gelegenheit zu geben sein, seine Rechte nach Paragraph 181, Absatz eins, ABGB in Verbindung mit Paragraph 258, Absatz eins, AußStrG auszuüben. Für den Fall der Verweigerung der Zustimmung zur Adoption wird allenfalls nach Paragraph 181, Absatz 3, ABGB vorzugehen sein.

## 2. Zum Besuchsrechtsverfahren

Das Erstgericht hat den auf Art 21 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung gestützten Antrag auf Durchführung oder wirksame Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr des in der Geburtsurkunde des Minderjährigen als leiblicher Vater eingetragenen Antragstellers, ohne inhaltliche Prüfung und ohne Sachverhaltsfeststellungen zu treffen, mit der Begründung abgewiesen, die Adoption des Minderjährigen sei rechtskräftig und rechtswirksam. Das Rekursgericht hat auch diesen - wie zuvor ausgeführt: auf einer unzutreffenden Rechtsansicht beruhenden - Beschluss zu Recht aufgehoben und dem Erstgericht die materielle Prüfung des Antrags aufgetragen. Dem Rekurs ist deshalb insgesamt ein Erfolg zu versagen. Das Erstgericht hat den auf Artikel 21, des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung gestützten Antrag auf Durchführung oder wirksame Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr des in der Geburtsurkunde des Minderjährigen als leiblicher Vater eingetragenen Antragstellers, ohne inhaltliche Prüfung und ohne Sachverhaltsfeststellungen zu treffen, mit der Begründung abgewiesen, die Adoption des Minderjährigen sei rechtskräftig und rechtswirksam. Das Rekursgericht hat auch diesen - wie zuvor ausgeführt: auf einer unzutreffenden Rechtsansicht beruhenden - Beschluss zu Recht aufgehoben und dem Erstgericht die materielle Prüfung des Antrags aufgetragen. Dem Rekurs ist deshalb insgesamt ein Erfolg zu versagen.

Im Außerstreitverfahren ist nur in Ausnahmefällen ein zweiseitiges Rekursverfahren vorgesehen (Beispiele bei Klicka/Oberhammer, Außerstreitverfahren<sup>3</sup> Rz 54); eine solche Ausnahme besteht weder im PflEGSchaftsverfahren (2

Ob 525/87; 4 Ob 545/87; 7 Ob 603/89; 8 Ob 1520/93 ua) noch im Verfahren zur Bewilligung einer Annahme an Kindesstatt. Mangels Zweiseitigkeit des vorliegenden außerstreitigen Rechtsmittelverfahrens ist die Rekursbeantwortung zurückzuweisen. Rechtsmittelgegenschriften zu Rekursen in (einseitigen) außerstreitigen Verfahren können nur dann für zulässig erachtet werden, wenn der Rekurs zulässige Neuerungen enthält (6 Ob 2398/96g). Dies ist hier nicht der Fall, weil der Rekurs nur auf den unstrittigen Sachverhalt hinweist und Rechtsausführungen enthält (6 Ob 260/97x, insoweit nicht abgedruckt in SZ 70/211).

**Anmerkung**

E58116 04A01330

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0040OB00133.00P.0523.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20000523\_OGH0002\_0040OB00133\_00P0000\_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](http://www.jusline.at)