

# TE OGH 1997/12/29 2R273/97y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.12.1997

## Kopf

Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht hat durch die Richter Dr.Wolfgang Kossak als Vorsitzenden sowie Dr.Reinhold Schaumüller und Dr.Edwin Gitschthaler in den beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* anhängigen Verfahren 1.) Pflugschaftssache der mj. Kinder K\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, J\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\*und M\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\* (P 48/96) und 2.) Ehescheidungssache der Klägerin N\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, Hausfrau, wohnhaft \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Elisabeth Mühlberger, Rechtsanwältin in Salzburg, gegen den Beklagten J\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\*, Pensionist, wohnhaft in \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Gerhard Mory, Rechtsanwalt in Salzburg (1 C 89/97) wegen Ablehnung des Richters Dr.\*\*\*\*\* infolge Rekurses des Vaters und Beklagten J\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* gegen den Beschluß des Landesgerichtes Salzburg vom 21. November 1997, 54 Nc 26/97-5, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

1.) Gemäß § 188 ZPO wird das Rekursverfahren über die Ablehnung des Richters Dr.\*\*\*\*\* in der Ehescheidungssache 1 C 89/97 des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* getrennt vom Rekursverfahren in der Pflugschaftssache der mj. Kinder K\*\*\*\*\*, J\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* (P 48/96 BG \*\*\*\*\*) geführt und entschieden.1.) Gemäß Paragraph 188, ZPO wird das Rekursverfahren über die Ablehnung des Richters Dr.\*\*\*\*\* in der Ehescheidungssache 1 C 89/97 des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* getrennt vom Rekursverfahren in der Pflugschaftssache der mj. Kinder K\*\*\*\*\*, J\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* (P 48/96 BG \*\*\*\*\*) geführt und entschieden.

2.) Dem Rekurs wird in der Ehescheidungssache 1 C 89/97 des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* teilweise Folge gegeben. Es wird festgestellt, daß Richter Dr.\*\*\*\*\* in dieser Rechtssache seit 6.11.1997 befangen ist. Der angefochtene Beschluß wird daher dahin abgeändert, daß der Beschluß des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* vom 6.11.1997 und die nachfolgenden Akte des Vollzuges der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 als nichtig aufgehoben werden.

3.) Die Rekurskosten sind Kosten des Ehescheidungsverfahrens in erster Instanz.

4.) Ein Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Begründung:

Der jetzt 71 Jahre alte, in Österreich geborene Ablehnungswerber ist vor Jahrzehnten nach Amerika ausgewandert, hat es dort zu Wohlstand gebracht und wurde Staatsbürger der USA. Er gründete mit der um rund 31 Jahre jüngeren N\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* aus den Philippinen eine Familie; aus dieser Ehe entstammen die Kinder K\*\*\*\*\* (geboren 5.9.1981), J\*\*\*\*\* (geboren 28.9.1982) und M\*\*\*\*\* (geboren 15.3.1984). 1990 übersiedelte die Familie nach Österreich und ließ sich in dem angeblich aus Mitteln des Ablehnungswerbers finanzierten, im bücherlichen Eigentum seiner Ehefrau stehenden Haus S\*\*\*\*\*, nieder.

Aufgrund des Hauptschulbesuches der Kinder in S\*\*\*\*\* kam es in Fragen der Erziehung zu schweren Differenzen

zwischen dem Lehrkörper der Schule einerseits und den Eltern andererseits, welche anfangs 1996 in einer Privatanklage des Direktors und zweier Lehrerinnen der Schule gegen die Ehegatten J\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* wegen übler Nachrede eskalierten (U 1/96 BG \*\*\*\*\*). Dieses Privatanklageverfahren wurde von Richter Dr.\*\*\*\*\* geführt. Schon damals wurde dieser Richter von J\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* als befangen abgelehnt; die Ablehnung erfolgte aber auch durch N\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\*. Nachdem die Ratskammer des Landesgerichtes Salzburg die Ablehnungsanträge abgewiesen hatte, kam es in der Hauptverhandlung am 5.5.1997 zu einem Vergleich mit anschließender Zurückziehung der Privatanklagen.

Noch während des erwähnten Privatanklageverfahrens und jedenfalls aus dessen Anlaß - es ging unter anderem um die von anscheinend überzogener Autorität geprägten Erziehungsmethoden des Ablehnungswerbers - wurde vom zuständigen Richter Dr.\*\*\*\*\* in Ansehung der Kinder N\*\*\*\*\* ein Pflegschaftsverfahren eingeleitet (P 48/96 BG \*\*\*\*\*).

Am 23.10.1997 brachte N\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* die Ehescheidungsklage 1 C 89/97 ein. Zugleich wurde eine einstweilige Verfügung beantragt, wonach dem beklagten Ehemann aufzutragen sei, die eheliche Wohnung in S\*\*\*\*\* sofort zu verlassen, und ihm ab dem Tag der Zustellung dieses Beschlusses das Betreten dieser Wohnung zu verbieten sei. Die Antragstellerin legte eine eidesstattliche Erklärung vom 21.10.1997 bei, wonach ihr der Ehegatte am 11.10.1997 gedroht habe, es werde etwas passieren, was in den Schlagzeilen der Zeitungen sei oder im Fernsehen gesendet werde, sofern sich die Ehefrau am 12.10.1997 nicht vor den Kindern vor ihm kniend für ihr Scheidungsbegehren entschuldige, es sei denn, sie würde ihre Sachen packen und das Haus verlassen. Aus der Klagserzählung ist zu entnehmen, daß die Klägerin aufgrund der von ihr glaubhaft gemachten Drohung die eheliche Wohnung verlassen hat und in das Frauenhaus Salzburg gezogen ist.

Aus dem Akt ist zu erschließen, daß der auch für diese Scheidungsklage zuständige Richter Dr.\*\*\*\*\* zunächst schon am 23.10.1997 die Anberaumung einer mündlichen Streitverhandlung im November 1997 mit persönlicher Vorladung der Streitteile ("Thema:

Vorgeworfene Eheverfehlungen; zuvor Entscheidung über die einstweilige Verfügung") erwogen hat. Er entschloß sich dann aber am 4.11.1997, die beantragte einstweilige Verfügung ohne vorherige Anhörung des beklagten Ehemannes zu erlassen, und schrieb erst an diesem Tag die Streitverhandlung für den 24.11.1997 aus, wobei er aus der Ladung der Parteien den ursprünglich konzipierten Text: "zuvor Entscheidung über die einstweilige Verfügung" strich. Mit dem Vollzug der einstweiligen Verfügung wurde das Gendarmeriepostenkommando S\*\*\*\*\* beauftragt.

Am 5.11.1997 vormittags stellte der Gendarmeriebeamte C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* die nach ihrem Inhalt sofort vollstreckbare einstweilige Verfügung dem Ablehnungswerber in dessen Wohnung zu. Dabei erklärte der Ablehnungswerber, er sei an Grippe erkrankt, und ersuchte den Gendarmen, wegen eines Vollstreckungsaufschubes mit dem Bezirksgericht \*\*\*\*\* Kontakt aufzunehmen. Der in diesem Sinne verständigte Richter Dr.\*\*\*\*\* ordnete an, daß der Vollzug der einstweiligen Verfügung am 7.11.1997 um 15.00 Uhr stattzufinden habe; dies wurde dem Ablehnungswerber durch den Gendarmeriebeamten C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* telefonisch zur Kenntnis gebracht. Dieser in einem Gendarmeriebericht vom 11.11.1997 festgehaltene Vorgang spiegelt sich in den Gerichtsakten wie folgt wider: Am 5.11.1997 um 14.41 Uhr langte per Fax ein "dringender Ablehnungsantrag gemäß § 21 JN" des durch Rechtsanwalt Dr.Mory vertretenen Ablehnungswerbers gegen Richter Dr.\*\*\*\*\* sowohl in der Pflegschaftssache P 48/96 als auch in der Ehescheidungssache 1 C 89/97 beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* ein. Um Am 5.11.1997 vormittags stellte der Gendarmeriebeamte C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* die nach ihrem Inhalt sofort vollstreckbare einstweilige Verfügung dem Ablehnungswerber in dessen Wohnung zu. Dabei erklärte der Ablehnungswerber, er sei an Grippe erkrankt, und ersuchte den Gendarmen, wegen eines Vollstreckungsaufschubes mit dem Bezirksgericht \*\*\*\*\* Kontakt aufzunehmen. Der in diesem Sinne verständigte Richter Dr.\*\*\*\*\* ordnete an, daß der Vollzug der einstweiligen Verfügung am 7.11.1997 um 15.00 Uhr stattzufinden habe; dies wurde dem Ablehnungswerber durch den Gendarmeriebeamten C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* telefonisch zur Kenntnis gebracht. Dieser in einem Gendarmeriebericht vom 11.11.1997 festgehaltene Vorgang spiegelt sich in den Gerichtsakten wie folgt wider: Am 5.11.1997 um 14.41 Uhr langte per Fax ein "dringender Ablehnungsantrag gemäß Paragraph 21, JN" des durch Rechtsanwalt Dr.Mory vertretenen Ablehnungswerbers gegen Richter Dr.\*\*\*\*\* sowohl in der Pflegschaftssache P 48/96 als auch in der Ehescheidungssache 1 C 89/97 beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* ein. Um

15.19 Uhr desselben Tages langte wiederum per Fax ein "dringender Antrag" des Ablehnungswerbers ein, "mit dem Vollzug der einstweiligen Verfügung innezuhalten, zumindest für zunächst 48 Stunden". Daraufhin hielt der Richter in

einem Aktenvermerk fest: "Über Intervention von Insp. S\*\*\*\*\*: Aufschiebung des Vollzuges im Einvernehmen mit Frau N\*\*\*\*\* und Rechtsanwalt Dr.Mühlberger für 2 Tage. Überdies hat Insp. S\*\*\*\*\*, Postenkommandant S\*\*\*\*\*, mit Herrn N\*\*\*\*\* ein Gespräch geführt. Danach erfolgt der Vollzug am Freitag, 7.11.97 um 15.00 Uhr."

Am nächsten Tag faßte der Richter förmlich folgenden Beschluß: "Trotz eingelangtem Ablehnungsantrag gegen den gefertigten Richter aus Gründen der Dringlichkeit (§ 25 1.Satz JN) Aussetzung bewilligt nur aus den gesundheitlichen Gründen bis 7.11.97, 15.00 Uhr, sodaß der Vollzug um 15.00 Uhr stattfinden kann. Darüber hinaus und aus den verfahrensrechtlichen Gründen abgewiesen mangels gesetzlicher Deckung." Die Zustellung dieses Beschlusses mit Fax ging an die Rechtsanwälte Dr.Mühlberger und Dr.Mory sowie an das Gendarmeriepostenkommando S\*\*\*\*\* jeweils am 6.11.1997. Am nächsten Tag faßte der Richter förmlich folgenden Beschluß: "Trotz eingelangtem Ablehnungsantrag gegen den gefertigten Richter aus Gründen der Dringlichkeit (Paragraph 25, 1.Satz JN) Aussetzung bewilligt nur aus den gesundheitlichen Gründen bis 7.11.97, 15.00 Uhr, sodaß der Vollzug um 15.00 Uhr stattfinden kann. Darüber hinaus und aus den verfahrensrechtlichen Gründen abgewiesen mangels gesetzlicher Deckung." Die Zustellung dieses Beschlusses mit Fax ging an die Rechtsanwälte Dr.Mühlberger und Dr.Mory sowie an das Gendarmeriepostenkommando S\*\*\*\*\* jeweils am 6.11.1997.

Am 7.11.1997 um 15.25 Uhr trafen die Gendarmeriebeamten C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* und J\*\*\*\*\* R\*\*\*\*\* im Haus der Familie N\*\*\*\*\* ein, um die einstweilige Verfügung zu vollstrecken. Sie trafen den Ablehnungswerber gemeinsam mit dessen Rechtsanwalt Dr.Gerhard Mory an. Die weiteren Vorgänge, insbesondere die vergebliche Suche nach einem Arzt, sind in einem Bericht des Gendarmeriepostenkommandos S\*\*\*\*\* vom 11.11.1997 festgehalten. Jedenfalls gelang es Dr.Mory, den Ablehnungswerber zum freiwilligen Verlassen der Wohnung und zur Übergabe der Hausschlüssel an die Gendarmen zu bewegen.

An diesem 7.11.1997 war bereits am Vormittag per Fax ein "dringender Antrag des Gegners der gefährdeten Partei auf Aussetzung des Vollzuges der bewilligten einstweiligen Verfügung bis Mittwoch nächster Woche, um dem Antragsgegner die Möglichkeit zu geben, bis dahin ein begründetes Rechtsmittel (Rekurs und Widerspruch) gegen die einstweilige Verfügung einzubringen und in diesem Rechtsmittel den Antrag auf Zuerkennung der hemmenden Wirkung zu stellen" unter Anschluß einer ausführlichen eidesstättigen Erklärung des Rechtsanwaltes Dr.Mory eingelangt. Richter Dr.\*\*\*\*\* verfügte noch am selben Tag die Zustellung dieser Schriftstücke per Fax an die Klagevertreterin Dr.Elisabeth Mühlberger. Weitere Verfügungen traf er nicht.

Der angekündigte Widerspruch des Ablehnungswerbers gegen die einstweilige Verfügung samt Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung langte am 19.11.1997 beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* ein. Am 21.11.1997 langte beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* ein Antrag ON 14 "des von der ehelichen Wohnung weggewiesenen Vaters" auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein, womit ihm die Möglichkeit eingeräumt werde, für den Zeitraum von drei Stunden in sein Haus zurückzukehren, um dort die in seinem Büro liegenden schriftlichen Unterlagen nach wichtigen, von ihm derzeit benötigten Urkunden und Schriftstücken durchzusehen und diese sodann mitzunehmen. Sowohl hinsichtlich des Widerspruches samt Aufschiebungsantrag als auch hinsichtlich des Antrages ON 14 sind seitens des Richters Dr.\*\*\*\*\* bis zuletzt keine Verfügungen oder Entscheidungen getroffen worden.

Richter Dr.\*\*\*\*\* hat noch am 7.11.1997 seine Stellungnahmen zu den Ablehnungsanträgen in den Verfahren P 48/96 und 1 C 89/97 verfaßt und dem Präsidenten des Landesgerichtes Salzburg vorgelegt. Er erklärte sich in beiden Verfahren nicht für befangen. Der Ablehnungswerber hat in der Folge durch seinen Anwalt beim Bezirksgericht \*\*\*\*\* und beim Landesgericht Salzburg zwei Ergänzungen des Ablehnungsantrages eingebracht. Zur ersten Ergänzung (mit Datum 18.11.1997) hat Richter Dr.\*\*\*\*\* bereits am 19.11.1997 schriftlich Stellung genommen, wobei er an seiner Erklärung festhielt, sich nicht befangen zu fühlen.

Mit dem angefochtenen Beschluß hat der Ablehnungssenat des Landesgerichtes Salzburg sowohl in der Pflugschaftssache der mj. Kinder N\*\*\*\*\* als auch in der Ehescheidungssache dem Ablehnungsantrag des Vaters und beklagten Ehemannes J\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\* nicht Folge gegeben. Aus der Begründung ist zu ersehen, daß sich der Ablehnungssenat bei seiner Entscheidung auch mit den beiden Ergänzungen des Ablehnungsantrages auseinandergesetzt hat. Abgesehen von der vom Ablehnungswerber inzwischen gegen Richter Dr.\*\*\*\*\* erstatteten Strafanzeige ergab sich nach Ansicht des Ablehnungssenates aus den beiden Ergänzungseingaben "nichts Neues".

### **Rechtliche Beurteilung**

Aufgrund des Rekurses des Ablehnungswerbers hat das Rekursgericht unverzüglich die Stammakten P 48/96 und 1 C

89/97 des BG \*\*\*\*\* angefordert, bis zum Tage der heute dringend zu treffenden Entscheidung jedoch nur den Akt 1 C 89/97 (sowie den Akt U 1/96 = U 48/97) je des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* bekommen. Der Pflschaftsakt wurde in der Zwischenzeit dem Landesgericht Salzburg zur Entscheidung über den vom Ablehnungswerber gegen den Beschluß P 48/96-20 erhobenen Rekurs vorgelegt. Ohne Einsichtnahme in diesen Akt erscheint eine Entscheidung über die Ablehnung des Richters im Pflschaftsverfahren nicht möglich. Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht in den verbundenen Ablehnungssachen hat daher beschlossen, das Rekursverfahren analog nach § 188 ZPO zur getrennten Entscheidung über den Rekurs einerseits im Pflschaftsverfahren andererseits in der Ehescheidungssache zu trennen. Die Rekursentscheidungen in diesen nunmehr getrennten Ablehnungsverfahren müssen keineswegs konform ausfallen. Da sich der Hauptvorwurf des Ablehnungswerbers gegen den Richter dagegen richtet, daß dieser wichtige und dringliche Entscheidungen jeweils ohne vorherige Anhörung des Ablehnungswerbers getroffen hat, macht es einen erheblichen Unterschied aus, ob diese richterliche Vorgangsweise in einem Außerstreitverfahren gewählt wurde, in dem es primär um das Wohl der betroffenen Kinder geht, oder in einem Ehescheidungsprozeß mit verfahrensrechtlich genau festgelegten Anhörungsrechten der jeweiligen Gegenpartei. Auch die Dringlichkeit der jeweils getroffenen richterlichen Entscheidung konnte unterschiedlich sein. Derzeit ist jedenfalls nur das Rekursverfahren in der Ehescheidungssache spruchreif. Aufgrund des Rekurses des Ablehnungswerbers hat das Rekursgericht unverzüglich die Stammakten P 48/96 und 1 C 89/97 des BG \*\*\*\*\* angefordert, bis zum Tage der heute dringend zu treffenden Entscheidung jedoch nur den Akt 1 C 89/97 (sowie den Akt U 1/96 = U 48/97) je des Bezirksgerichtes \*\*\*\*\* bekommen. Der Pflschaftsakt wurde in der Zwischenzeit dem Landesgericht Salzburg zur Entscheidung über den vom Ablehnungswerber gegen den Beschluß P 48/96-20 erhobenen Rekurs vorgelegt. Ohne Einsichtnahme in diesen Akt erscheint eine Entscheidung über die Ablehnung des Richters im Pflschaftsverfahren nicht möglich. Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht in den verbundenen Ablehnungssachen hat daher beschlossen, das Rekursverfahren analog nach Paragraph 188, ZPO zur getrennten Entscheidung über den Rekurs einerseits im Pflschaftsverfahren andererseits in der Ehescheidungssache zu trennen. Die Rekursentscheidungen in diesen nunmehr getrennten Ablehnungsverfahren müssen keineswegs konform ausfallen. Da sich der Hauptvorwurf des Ablehnungswerbers gegen den Richter dagegen richtet, daß dieser wichtige und dringliche Entscheidungen jeweils ohne vorherige Anhörung des Ablehnungswerbers getroffen hat, macht es einen erheblichen Unterschied aus, ob diese richterliche Vorgangsweise in einem Außerstreitverfahren gewählt wurde, in dem es primär um das Wohl der betroffenen Kinder geht, oder in einem Ehescheidungsprozeß mit verfahrensrechtlich genau festgelegten Anhörungsrechten der jeweiligen Gegenpartei. Auch die Dringlichkeit der jeweils getroffenen richterlichen Entscheidung konnte unterschiedlich sein. Derzeit ist jedenfalls nur das Rekursverfahren in der Ehescheidungssache spruchreif.

Wie in der Folge noch näher dargestellt werden wird, sind dem abgelehnten Richter bei der Vorbereitung und Fassung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 einschließlich der Entscheidungsbegründung mehrere schwerwiegende Verfahrensverstöße unterlaufen, sodaß sich der Ablehnungswerber schon im Zeitpunkt der für ihn wohl völlig überraschenden Zustellung dieser einstweiligen Verfügung durch die Gendarmerie zumindest subjektiv nicht zu Unrecht die Frage stellen konnte, ob dieser Richter gegen ihn voreingenommen sei. Der Ablehnungssenat des Landesgerichtes Salzburg hat die Rechtsfragen der Fehlerhaftigkeit der einstweiligen Verfügung offengelassen und deren Beantwortung dem für den Rekurs gegen die einstweilige Verfügung zuständigen Rechtsmittelsenat überantwortet. Das ist eine vertretbare Rechtsansicht. Formell zwar schon, meritorisch jedoch nicht oder jedenfalls nur unzulänglich hat sich der Ablehnungssenat mit den beiden Ergänzungen des Ablehnungsantrages vom 5.11.1997 auseinandergesetzt, denen vor allem die Umstände des Vollzuges der einstweiligen Verfügung zugrundegelegt sind. Nach der Aktenlage ist festzustellen, daß auch bei diesem Vollzug seitens des Gerichtes mehrere Verfahrensfehler begangen wurden, die gleichfalls in der Folge aufgelistet werden und denen gemeinsam ist, daß sie sich durchwegs zum Nachteil des Ablehnungswerbers ausgewirkt haben. Sohin ergibt sich insgesamt das forensische Bild einer Häufung von Verletzungen von Verfahrensverstößen, deren Ergebnis der in seinen Auswirkungen zweifellos überzogene Vollzug einer einstweiligen Verfügung war, für welche die gesetzlichen Voraussetzungen erst jüngst durch das BGBl 1996/759 ("Schutz vor Gewalt in der Familie") geschaffen worden sind. Der Stellungnahme des abgelehnten Richters vom 7.11.1997 ist deutlich zu entnehmen, daß er im konkreten Fall ein Exempel für die Anwendbarkeit dieser neuen gesetzlichen Bestimmungen statuieren wollte. Wiederum läßt schon allein die Aktenlage und zwar unter Einschluß des gleichfalls vor Richter Dr.\*\*\*\*\* abgeführten Strafverfahrens U 1/96 BG \*\*\*\*\* - in welchem der Ablehnungswerber zuletzt eine überraschende Einsichtsfähigkeit und Vergleichsbereitschaft gezeigt hat und völlig im

Einklang mit seiner Ehefrau als Mitbeschuldigter agierte, also entgegen der Begründung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 eine durchaus kooperative Einstellung gegenüber seiner Frau an den Tag gelegt hat - die Schlußfolgerung zu, daß sich gerade dieser Fall keineswegs dafür eignet, ein Exempel für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 382b bis 382d EO zu statuieren. Wie in der Folge noch näher dargestellt werden wird, sind dem abgelehnten Richter bei der Vorbereitung und Fassung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 einschließlich der Entscheidungsbegründung mehrere schwerwiegende Verfahrensverstöße unterlaufen, sodaß sich der Ablehnungswerber schon im Zeitpunkt der für ihn wohl völlig überraschenden Zustellung dieser einstweiligen Verfügung durch die Gendarmerie zumindest subjektiv nicht zu Unrecht die Frage stellen konnte, ob dieser Richter gegen ihn voreingenommen sei. Der Ablehnungssenat des Landesgerichtes Salzburg hat die Rechtsfragen der Fehlerhaftigkeit der einstweiligen Verfügung offengelassen und deren Beantwortung dem für den Rekurs gegen die einstweilige Verfügung zuständigen Rechtsmittelsenat überantwortet. Das ist eine vertretbare Rechtsansicht. Formell zwar schon, meritorisch jedoch nicht oder jedenfalls nur unzulänglich hat sich der Ablehnungssenat mit den beiden Ergänzungen des Ablehnungsantrages vom 5.11.1997 auseinandergesetzt, denen vor allem die Umstände des Vollzuges der einstweiligen Verfügung zugrundegelegt sind. Nach der Aktenlage ist festzustellen, daß auch bei diesem Vollzug seitens des Gerichtes mehrere Verfahrensfehler begangen wurden, die gleichfalls in der Folge aufgelistet werden und denen gemeinsam ist, daß sie sich durchwegs zum Nachteil des Ablehnungswerbers ausgewirkt haben. Sohin ergibt sich insgesamt das forensische Bild einer Häufung von Verletzungen von Verfahrensverstößen, deren Ergebnis der in seinen Auswirkungen zweifellos überzogene Vollzug einer einstweiligen Verfügung war, für welche die gesetzlichen Voraussetzungen erst jüngst durch das BGBl 1996/759 ("Schutz vor Gewalt in der Familie") geschaffen worden sind. Der Stellungnahme des abgelehnten Richters vom 7.11.1997 ist deutlich zu entnehmen, daß er im konkreten Fall ein Exempel für die Anwendbarkeit dieser neuen gesetzlichen Bestimmungen statuieren wollte. Wiederum läßt schon allein die Aktenlage und zwar unter Einschluß des gleichfalls vor Richter Dr.\*\*\*\*\* abgeführten Strafverfahrens U 1/96 BG \*\*\*\*\* - in welchem der Ablehnungswerber zuletzt eine überraschende Einsichtsfähigkeit und Vergleichsbereitschaft gezeigt hat und völlig im Einklang mit seiner Ehefrau als Mitbeschuldigter agierte, also entgegen der Begründung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 eine durchaus kooperative Einstellung gegenüber seiner Frau an den Tag gelegt hat - die Schlußfolgerung zu, daß sich gerade dieser Fall keineswegs dafür eignet, ein Exempel für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Paragraphen 382 b bis 382d EO zu statuieren.

Der Beklagtenvertreter hat sich in außergewöhnlicher Weise bemüht, im Ablehnungs- und Rechtsmittelverfahren ein ausführliches Psychogramm des Ablehnungswerbers zu zeichnen. Ob und inwieweit dieses Psychogramm "geschönt" wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Im Zusammenhalt mit dem Inhalt des Aktes U 1/96 BG \*\*\*\*\* , der Feststellung der Gendarmerie, daß ihr Konflikte zwischen den Ehegatten bisher nicht bekannt geworden seien, und dem aktenkundigen Verhalten des Ablehnungswerbers anlässlich der Vollzugstermine 5. und 7.11.1997 kann jedoch dem Ablehnungswerber attestiert werden, daß es sich bei ihm keinesfalls um den Typ des auch wiederholt gegenüber der Ehefrau gewalttätigen Familientyrannen handelt, den wirksam in Schach zu halten die Motive des Gesetzgebers des Bundesgesetzes zum Schutz vor Gewalt in der Familie gewesen sind. Selbst wenn man die Richtigkeit der eidesstattlichen Erklärung der Ehefrau vom 21.10.1997 zugrundelegt, die einziges Bescheinigungsmittel der gefährdeten Partei für die beantragte einstweilige Verfügung gewesen ist, so ergibt sich daraus einzig und allein eine Drohung im Sinne einer einmaligen Entgleisung (in Anbetracht der für einen patriarchalischen Typ sicherlich nur schwer zu verkraftenden Ankündigung der Ehescheidungsklage durch seine um 31 Jahre jüngere Frau), wie sie von der Rechtsprechung zu § 382 Z 8 lit b EO aF nicht als Grundlage zur Erlassung einstweiliger Verfügungen von der Tragweite einer Ausweisung des Ehemannes anerkannt worden ist. Ob aber diese Drohung, deren "Umsetzung" erst für den nächsten Tag angekündigt worden war, wirklich von der Ehefrau als Bedrohung ihrer eigenen persönlichen Sicherheit und Integrität aufgefaßt worden ist, läßt sogar die Begründung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 offen: "Daß der gefährdeten Partei etwas passieren werde, ist aufgrund der geschilderten Gesamtsituation keineswegs dahingehend zu verstehen, daß dem Ehegatten selbst etwas passieren werde, sondern der Familie". Der Beklagtenvertreter hat sich in außergewöhnlicher Weise bemüht, im Ablehnungs- und Rechtsmittelverfahren ein ausführliches Psychogramm des Ablehnungswerbers zu zeichnen. Ob und inwieweit dieses Psychogramm "geschönt" wurde, kann hier dahingestellt bleiben. Im Zusammenhalt mit dem Inhalt des Aktes U 1/96 BG \*\*\*\*\* , der Feststellung der Gendarmerie, daß ihr Konflikte zwischen den Ehegatten bisher nicht bekannt geworden seien, und dem aktenkundigen Verhalten des Ablehnungswerbers anlässlich der Vollzugstermine 5. und 7.11.1997 kann jedoch dem

Ablehnungswerber attestiert werden, daß es sich bei ihm keinesfalls um den Typ des auch wiederholt gegenüber der Ehefrau gewalttätigen Familientyrannen handelt, den wirksam in Schach zu halten die Motive des Gesetzgebers des Bundesgesetzes zum Schutz vor Gewalt in der Familie gewesen sind. Selbst wenn man die Richtigkeit der eidesstattigen Erklärung der Ehefrau vom 21.10.1997 zugrundelegt, die einziges Bescheinigungsmittel der gefährdeten Partei für die beantragte einstweilige Verfügung gewesen ist, so ergibt sich daraus einzig und allein eine Drohung im Sinne einer einmaligen Entgleisung (in Anbetracht der für einen patriarchalischen Typ sicherlich nur schwer zu verkräftenden Ankündigung der Ehescheidungsklage durch seine um 31 Jahre jüngere Frau), wie sie von der Rechtsprechung zu Paragraph 382, Ziffer 8, Litera b, EO aF nicht als Grundlage zur Erlassung einstweiliger Verfügungen von der Tragweite einer Ausweisung des Ehemannes anerkannt worden ist. Ob aber diese Drohung, deren "Umsetzung" erst für den nächsten Tag angekündigt worden war, wirklich von der Ehefrau als Bedrohung ihrer eigenen persönlichen Sicherheit und Integrität aufgefaßt worden ist, läßt sogar die Begründung der einstweiligen Verfügung vom 4.11.1997 offen: "Daß der gefährdeten Partei etwas passieren werde, ist aufgrund der geschilderten Gesamtsituation keineswegs dahingehend zu verstehen, daß dem Ehegatten selbst etwas passieren werde, sondern der Familie".

Daß der Ablehnungswerber zumindest zwei seiner drei Kinder körperlich gezüchtigt hat, steht fest. Es steht aber auch fest, daß solche Züchtigungen nicht Ausfluß einer rabiatischen und primitiven Gewalttätigkeit eines allenfalls alkoholisierten Familientyrannen waren, wie er als gesellschaftlicher Typus dem Gesetz BGBl 1996/759 Modell gestanden ist, sondern Ausfluß pädagogisch überholter Erziehungsvorstellungen eines verhältnismäßig alten Familienvaters. Ob diese Erziehungsmethoden Anlaß sein können, dem Ablehnungswerber die Rechte und Pflichten als Erziehungsberechtigter seiner leiblichen Kinder abzunehmen, wird ohnehin im Pflugschaftsverfahren gerichtlich zu entscheiden sein. Aus ihnen jedoch Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Ablehnungswerbers dergestalt zu ziehen, daß ihm radikale Gewalttätigkeit gegenüber seiner langjährigen Ehefrau zugesonnen wird, die er offenbar noch nie geschlagen hat, und solche fragwürdige Rückschlüsse als Tatbestand der unmittelbar drohenden Gefährdung im Sinne des § 382c Abs 1 EO zu qualifizieren, kann nicht nachvollzogen werden und erscheint nicht nur dem betroffenen Ablehnungswerber als überzogener und unausgewogener Akt der Rechtsprechung. Daß der Ablehnungswerber zumindest zwei seiner drei Kinder körperlich gezüchtigt hat, steht fest. Es steht aber auch fest, daß solche Züchtigungen nicht Ausfluß einer rabiatischen und primitiven Gewalttätigkeit eines allenfalls alkoholisierten Familientyrannen waren, wie er als gesellschaftlicher Typus dem Gesetz BGBl 1996/759 Modell gestanden ist, sondern Ausfluß pädagogisch überholter Erziehungsvorstellungen eines verhältnismäßig alten Familienvaters. Ob diese Erziehungsmethoden Anlaß sein können, dem Ablehnungswerber die Rechte und Pflichten als Erziehungsberechtigter seiner leiblichen Kinder abzunehmen, wird ohnehin im Pflugschaftsverfahren gerichtlich zu entscheiden sein. Aus ihnen jedoch Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Ablehnungswerbers dergestalt zu ziehen, daß ihm radikale Gewalttätigkeit gegenüber seiner langjährigen Ehefrau zugesonnen wird, die er offenbar noch nie geschlagen hat, und solche fragwürdige Rückschlüsse als Tatbestand der unmittelbar drohenden Gefährdung im Sinne des Paragraph 382 c, Absatz eins, EO zu qualifizieren, kann nicht nachvollzogen werden und erscheint nicht nur dem betroffenen Ablehnungswerber als überzogener und unausgewogener Akt der Rechtsprechung.

Es war daher verfehlt, daß der abgelehnte Richter die einstweilige Verfügung ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen hat. Daß er sich dazu 12 Tage Zeit gelassen hat, entschuldigt diesen eklatanten Verstoß gegen Art 6 MRK umso weniger. Die vom Richter für diese unverhältnismäßig lange Zeitspanne in seinen Stellungnahmen ins Treffen geführten Gründe sind in sich widersprüchlich und jedenfalls nicht überzeugend. Aufgrund der Aktenlage steht zumindest ex post fest, daß eine Anhörung des Antragsgegners vor Erlassung der einstweiligen Verfügung dem Richter eine andere Entscheidungsgrundlage in Ansehung der Person des Ablehnungswerbers geboten hätte, wobei nicht zu übersehen ist, daß sich derselbe Richter schon einmal in Ansehung der Persönlichkeit desselben Ablehnungswerbers gründlich geirrt hat, als er diesen nämlich im Verfahren U 1/96 BG \*\*\*\*\* nur auf der Grundlage schriftlicher Eingaben auf dessen Zurechnungsfähigkeit hin überprüfen lassen wollte und dann aufgrund persönlicher Gespräche mit dem Ablehnungswerber diese Ansicht revidieren mußte. Es war daher verfehlt, daß der abgelehnte Richter die einstweilige Verfügung ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen hat. Daß er sich dazu 12 Tage Zeit gelassen hat, entschuldigt diesen eklatanten Verstoß gegen Artikel 6, MRK umso weniger. Die vom Richter für diese unverhältnismäßig lange Zeitspanne in seinen Stellungnahmen ins Treffen geführten Gründe sind in sich widersprüchlich und jedenfalls nicht überzeugend. Aufgrund der Aktenlage steht zumindest ex post fest, daß eine Anhörung des Antragsgegners vor Erlassung der einstweiligen Verfügung dem Richter eine andere Entscheidungsgrundlage in Ansehung der Person des

Ablehnungswerbers geboten hätte, wobei nicht zu übersehen ist, daß sich derselbe Richter schon einmal in Ansehung der Persönlichkeit desselben Ablehnungswerbers gründlich geirrt hat, als er diesen nämlich im Verfahren U 1/96 BG \*\*\*\*\* nur auf der Grundlage schriftlicher Eingaben auf dessen Zurechnungsfähigkeit hin überprüfen lassen wollte und dann aufgrund persönlicher Gespräche mit dem Ablehnungswerber diese Ansicht revidieren mußte.

Nun wäre allenfalls auch im streitgegenständlichen Fall zu hoffen gewesen, daß Richter Dr.\*\*\*\*\* seine offensichtlich von Vorurteilen geprägte einstweilige Verfügung insofern in ihren Auswirkungen gemildert hätte, als er dem Ablehnungswerber beim Vollzug Zugeständnisse machen hätte können, die einerseits sogar aufgrund des Gesetzes geboten gewesen wären (vgl § 382d Abs 2 2.Satz EO) und die andererseits ohne Nachteil für die Klägerin gemacht werden hätten können, die sich ja damals noch im Frauenhaus Salzburg aufgehalten hat. Wenn nicht schon durch die einstweilige Verfügung, so jedenfalls durch die Verweigerung jeglicher Zugeständnisse beim Vollzug und durch die Nichtbeachtung der mit einer gehaltvollen eidesstattigen Erklärung des Beklagtenvertreters gefaxten Eingabe vom 7.11.1997 ("Dringender Antrag auf Aussetzung des Vollzuges der einstweiligen Verfügung bis Mittwoch nächster Woche") hat der abgelehnte Richter nicht nur aus der gewiß subjektiv gefärbten Perspektive des Ablehnungswerbers, sondern nach Auffassung des erkennenden Senates auch bei objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Voreingenommenheit erweckt, welcher gemäß § 19 Z 2 JN Befangenheit begründet. Nun wäre allenfalls auch im streitgegenständlichen Fall zu hoffen gewesen, daß Richter Dr.\*\*\*\*\* seine offensichtlich von Vorurteilen geprägte einstweilige Verfügung insofern in ihren Auswirkungen gemildert hätte, als er dem Ablehnungswerber beim Vollzug Zugeständnisse machen hätte können, die einerseits sogar aufgrund des Gesetzes geboten gewesen wären vergleiche Paragraph 382 d, Absatz 2, 2.Satz EO) und die andererseits ohne Nachteil für die Klägerin gemacht werden hätten können, die sich ja damals noch im Frauenhaus Salzburg aufgehalten hat. Wenn nicht schon durch die einstweilige Verfügung, so jedenfalls durch die Verweigerung jeglicher Zugeständnisse beim Vollzug und durch die Nichtbeachtung der mit einer gehaltvollen eidesstattigen Erklärung des Beklagtenvertreters gefaxten Eingabe vom 7.11.1997 ("Dringender Antrag auf Aussetzung des Vollzuges der einstweiligen Verfügung bis Mittwoch nächster Woche") hat der abgelehnte Richter nicht nur aus der gewiß subjektiv gefärbten Perspektive des Ablehnungswerbers, sondern nach Auffassung des erkennenden Senates auch bei objektiver Betrachtungsweise den Anschein der Voreingenommenheit erweckt, welcher gemäß Paragraph 19, Ziffer 2, JN Befangenheit begründet.

Bei seinem Vorwurf, der abgelehnte Richter habe dem Ablehnungswerber beim Vollzug der einstweiligen Verfügung jegliche Zugeständnisse verweigert, übersieht das Rekursgericht nicht, daß Richter Dr.\*\*\*\*\* zunächst einen Vollzugaufschub von exakt zwei Tagen gewährt hat. Die Begründung dieser Bewilligung der Vollzugsaussetzung mit Datum 6.11.1997 rückt aber selbst diesen scheinbaren Akt des Entgegenkommens in die Nähe einer Willkür: Demnach waren ausschließlich "gesundheitliche Gründe" maßgeblich, also die telefonische Mitteilung des Gendarmeriebeamten K\*\*\*\*\*, daß der Ablehnungswerber an Grippe erkrankt sei. Auch im gefaxten Aussetzungsantrag des Beklagtenvertreters vom 5.11.1997 wurde mit Fettdruck hervorgehoben, daß der Ablehnungswerber an Grippe erkrankt sei. Eigenartigerweise hat Richter Dr.\*\*\*\*\* ohne Beiziehung eines Arztes die Ferndiagnose getroffen, daß einem in der kalten Jahreszeit an Grippe erkrankten 71-jährigen Mann bereits nach zwei Tagen eine Delogierung zugemutet werden könne. Rechtsirrig war aber jedenfalls auch die Auslegung des § 25 1.Satz JN durch den abgelehnten Richter in seinem Beschluß vom 6.11.1997. Wegen des inzwischen eingelangten Ablehnungsantrages legte er die Dringlichkeit als Voraussetzung für weiteres richterliches Vorgehen nur dahin aus, daß die möglichst rasche Festsetzung eines neuen Vollzugstermines dringlich im Interesse der gefährdeten Partei wäre. Daß aber auch bei gesundheitlicher Gefährdung des Antragsgegners, ja bei der vom Beklagtenvertreter noch vor Vollzugsbeginn am 7.11.1997 bescheinigten Selbstmordgefahr auch in Ansehung des Ablehnungswerbers dringliche richterliche Akte vonnöten sein könnten - z.B. eine Kontaktaufnahme mit den offenbar erstmals einen Vollzug gemäß § 382d EO durchführenden Gendarmeriebeamten hinsichtlich der Überprüfung der behaupteten Gesundheitsgefährdung und hinsichtlich der Einräumung der Rechte nach § 382d Abs 2 2.Satz EO - scheint dem abgelehnten Richter nicht in den Sinn gekommen zu sein. Er hat dadurch jenen Eindruck der Einseitigkeit manifestiert, den der Ablehnungswerber in seinem Rekurs in folgender Weise als Ablehnungsgrund formuliert hat: "Befangenheit wegen Gefahr der richterlichen Beharrung auf dem durch das bisherige verfahrensrechtliche Vorgehen vorgezeichneten, extrem unausgewogenen, die Verfahrensgegnerin N\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\* stark begünstigenden und bevorzugenden Entscheidungstendenz". Bei seinem Vorwurf, der abgelehnte Richter habe dem Ablehnungswerber beim Vollzug der einstweiligen Verfügung jegliche Zugeständnisse verweigert, übersieht das Rekursgericht nicht, daß Richter Dr.\*\*\*\*\* zunächst einen Vollzugaufschub von exakt zwei Tagen gewährt hat. Die Begründung dieser Bewilligung der Vollzugsaussetzung mit Datum 6.11.1997

rückt aber selbst diesen scheinbaren Akt des Entgegenkommens in die Nähe einer Willkür: Demnach waren ausschließlich "gesundheitliche Gründe" maßgeblich, also die telefonische Mitteilung des Gendarmeriebeamten K\*\*\*\*\*, daß der Ablehnungswerber an Grippe erkrankt sei. Auch im gefaxten Aussetzungsantrag des Beklagtenvertreters vom 5.11.1997 wurde mit Fettdruck hervorgehoben, daß der Ablehnungswerber an Grippe erkrankt sei. Eigenartigerweise hat Richter Dr.\*\*\*\*\* ohne Beziehung eines Amtsarztes die Ferndiagnose getroffen, daß einem in der kalten Jahreszeit an Grippe erkrankten 71-jährigen Mann bereits nach zwei Tagen eine Delogierung zugemutet werden könne. Rechtsirrig war aber jedenfalls auch die Auslegung des Paragraph 25, 1.Satz JN durch den abgelehnten Richter in seinem Beschluß vom 6.11.1997. Wegen des inzwischen eingelangten Ablehnungsantrages legte er die Dringlichkeit als Voraussetzung für weiteres richterliches Vorgehen nur dahin aus, daß die möglichst rasche Festsetzung eines neuen Vollzugstermines dringlich im Interesse der gefährdeten Partei wäre. Daß aber auch bei gesundheitlicher Gefährdung des Antragsgegners, ja bei der vom Beklagtenvertreter noch vor Vollzugsbeginn am 7.11.1997 bescheinigten Selbstmordgefahr auch in Ansehung des Ablehnungswerbers dringliche richterliche Akte vonnöten sein könnten - z.B. eine Kontaktaufnahme mit den offenbar erstmals einen Vollzug gemäß Paragraph 382 d, EO durchführenden Gendarmeriebeamten hinsichtlich der Überprüfung der behaupteten Gesundheitsgefährdung und hinsichtlich der Einräumung der Rechte nach Paragraph 382 d, Absatz 2, 2.Satz EO - scheint dem abgelehnten Richter nicht in den Sinn gekommen zu sein. Er hat dadurch jenen Eindruck der Einseitigkeit manifestiert, den der Ablehnungswerber in seinem Rekurs in folgender Weise als Ablehnungsgrund formuliert hat: "Befangenheit wegen Gefahr der richterlichen Beharrung auf dem durch das bisherige verfahrensrechtliche Vorgehen vorgezeichneten, extrem unausgewogenen, die Verfahrensgegnerin N\*\*\*\*\*N\*\*\*\*\* stark begünstigenden und bevorzugenden Entscheidungstendenz".

Nach Auffassung des erkennenden Senates ist die Befangenheit des Richters Dr.\*\*\*\*\* spätestens ab der Beschlußfassung vom 6.11.1997 (AS 33) anzunehmen. Somit sind sowohl der zitierte Beschluß als auch die im Gendarmeriebericht ON 12 vom 11.11.1997 dokumentierten Vollzugshandlungen als nichtig aufzuheben. In diesem Sinn ist dem Rekurs des Ablehnungswerbers teilweise Folge zu geben und der angefochtene Beschluß abzuändern.

Soweit der Ablehnung durch das Rekursgericht stattgegeben wird, ist gemäß § 24 Abs 2 JN ein Rechtsmittel unzulässig. Soweit die Rekursentscheidung auf eine teilweise Bestätigung des angefochtenen Beschlusses hinausläuft (keine rückwirkende Erfassung der einstweiligen Verfügung durch den späteren Ablehnungsantrag), ergibt sich die Unzulässigkeit eines Revisionsrekurses aus § 528 Abs 2 Z 2. Soweit der Ablehnung durch das Rekursgericht stattgegeben wird, ist gemäß Paragraph 24, Absatz 2, JN ein Rechtsmittel unzulässig. Soweit die Rekursentscheidung auf eine teilweise Bestätigung des angefochtenen Beschlusses hinausläuft (keine rückwirkende Erfassung der einstweiligen Verfügung durch den späteren Ablehnungsantrag), ergibt sich die Unzulässigkeit eines Revisionsrekurses aus Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2,

ZPO.

Der Ablehnungswerber hat für seinen teilweise erfolgreichen Rekurs Kosten verzeichnet. Diese betreffen jedenfalls keinen Zwischenstreit iSd § 52 ZPO. Sie betreffen aber auch nicht nur das Provisorialverfahren, in dem allenfalls gemäß § 393 EO eine sofortige Kostenentscheidung möglich wäre, sondern auch das Scheidungsverfahren als Hauptverfahren, in dem nunmehr ein anderer Richter zu verhandeln und zu entscheiden haben wird. Das Rekursgericht behält daher die Entscheidung über die verzeichneten Rekurskosten der Entscheidung in der Hauptsache vor. Der Ablehnungswerber hat für seinen teilweise erfolgreichen Rekurs Kosten verzeichnet. Diese betreffen jedenfalls keinen Zwischenstreit iSd Paragraph 52, ZPO. Sie betreffen aber auch nicht nur das Provisorialverfahren, in dem allenfalls gemäß Paragraph 393, EO eine sofortige Kostenentscheidung möglich wäre, sondern auch das Scheidungsverfahren als Hauptverfahren, in dem nunmehr ein anderer Richter zu verhandeln und zu entscheiden haben wird. Das Rekursgericht behält daher die Entscheidung über die verzeichneten Rekurskosten der Entscheidung in der Hauptsache vor.

#### **Anmerkung**

EL00062 02R02737

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

ECLI:AT:OLG0459:1997:00200R00273.97Y.1229.000

#### **Dokumentnummer**



JJT\_19971229\_OLG0459\_00200R00273\_97Y0000\_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)