

Augenschein nimmt (§ 35 iVm § 368f ZPO). Insoweit ist die Erstanhörung **Teil des Beweisverfahrens** und dient dem Prinzip der Unmittelbarkeit.

Andererseits soll der betroffenen Person – in einem möglichst frühen Stadium des Verfahrens – die Gelegenheit gegeben werden, sich über Grund und Zweck des Verfahrens zu informieren, dazu gehört zu werden (§ 118 Abs 1 zweiter Satz) und einen selbstgewählten Vertreter zu nennen (§ 119). Die Erstanhörung entspricht damit dem Grundsatz des **rechtlichen Gehörs** (s zu beiden Punkten *Maurer*<sup>3</sup> § 118 AußStrG Rz 1; *Fucik*, *ecolex* 2004, 923; *Fucik/Kloiber* § 118 Rz 1; *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 118 Rz 1 mwN). Die Erstanhörung dient letztlich aber auch (wenn auch nur beschränkt) der **Verfahrensökonomie**, weil sich so schon zu Beginn des Bestellungsverfahrens herausstellen kann, dass die betroffene Person keines Sachwalters bedarf (LG Salzburg EF 103.104; *Gitschthaler*, NZ 1990, 265; *Hengl/Mänhardt* in *Barth/Ganner*<sup>2</sup> 569).

- 3** § 118 ist im Verhältnis zu § 8 Abs 2 und 3 die speziellere Norm und verdrängt diese in ihrem Anwendungsbereich.

### II. Ablauf der Erstanhörung

- 4** § 118 enthält zur **Durchführung der Erstanhörung selbst keine eigenen Regelungen**. Es gilt daher der allgemeine Teil des AußStrG. Die Erstanhörung ist keine mündliche Verhandlung iSd § 18. Sie entspricht einer Einvernahme nach § 20 (so zum AußStrG 1854: 7 Ob 565/94; s zu § 20 Vor § 117 Rz 36). Sie ist daher nicht öffentlich. Vertreter der betroffenen Partei können anwesend sein, aber ausnahmsweise auch ausgeschlossen werden (§ 20; so im Ergebnis auch *Schauer* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 118 AußStrG Rz 13f).

- 5** Die Erstanhörung kann auch ohne **Ladung** der betroffenen Person durchgeführt werden, etwa wenn sich diese im Gerichtsgebäude befindet und gleich die Erstanhörung stattfinden kann. Abgesehen von solchen Fällen ist die betroffene Person zu laden, wenn nicht feststeht, dass die Voraussetzungen des § 118 Abs 2 zweiter Satz vorliegen (§ 55 Abs 1, § 56 Abs 2 Geo). Eine eigenhändige Zustellung der Ladung oder eine Zustellung mit Rückschein ist gesetzlich nicht gefordert (im Gegenteil, s § 126 Abs 2 lit c Geo: Zustel-

lung idR ohne Zustellnachweis). Sie kann allerdings – falls dies zur Wahrung der Privatsphäre notwendig ist oder aber, wenn schon zu diesem Zeitpunkt die spätere Vorführung als möglicherweise notwendig erkennbar ist (§ 87 GOG; § 126 Abs 2 lit c Geo) – angezeigt sein (*Maurer/Schrott/Schütz* § 118 Rz 2; *Hengl/Mänhardt* in *Barth/Ganner*<sup>2</sup> 569).

Wurde kein förmlicher Einleitungsbeschluss gefasst (was die Regel ist; s § 117 Rz 18), so ist nach der Rsp die Ladung zur Erstanthörung (als erster Beschluss des Gerichts, der die Einleitung und Durchführung des Sachwalterbestellungsverfahrens erkennen lässt; s § 117 Rz 18 zur Begründung) **als Einleitungsbeschluss** anzusehen und als solcher anfechtbar (LGZ Wien EF 112.918; *Maurer/Schrott/Schütz* § 118 Rz 2; *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 117 Rz 6; LG Salzburg EF 137.323: wenn das Verfahren von Amts wegen eingeleitet wurde).

Das Gesetz sieht **keine besondere Frist** zwischen Ladung und Erstanthörung vor (s § 56 Abs 1 Geo).

Lebt die betroffene Person in einem Heim oder befindet sie sich in einem Krankenhaus oder einer ähnlichen Einrichtung, so ist zur Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte darauf zu achten, dass die Erstanthörung **von anderen Patienten bzw Bewohnern** nicht wahrgenommen werden kann (vgl § 14 Abs 2 HeimAufG und § 24 zweiter Satz UbG; so auch *Hengl/Mänhardt* in *Barth/Ganner*<sup>2</sup> 569).

**Dritte** sind grundsätzlich nicht verpflichtet die **Erstanthörung** **7** **in ihren Räumlichkeiten** zu dulden (s allgemein zum Augenschein: zB *Rechberger* in *Rechberger* ZPO<sup>4</sup> § 369 ZPO Rz 3; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 31 AußStrG Rz 89f). Für Kur- und Krankenanstalten kann sich eine solche Verpflichtung aber aus § 5 a Abs 1 Z 4 KaKuG (s auch § 102 Steiermärkisches Krankenanstaltengesetz 2012 LGBL 2012/111, wonach durch die Anstaltsordnung sichergestellt sein muss, dass die Gerichte ihre Aufgaben ohne Beeinträchtigung wahrnehmen können und die geeigneten Räume für Verhandlungen zur Verfügung stehen), für Pflegeheime aus den Landesgesetzen (zB § 5 Abs 1 Z 8, 9 Steiermärkisches Pflegeheimgesetz 2003 – StPHG 2003 LGBL 2005/77) ergeben. Für die Erstanthörung am Wohnort der betroffenen Person gilt § 72 Geo; sie ist – wenn möglich – dem Gerichtsvorsteher vorher anzuzeigen (was in der Praxis aber idR nicht passiert). Die Gebühren richten sich nach

der RGV (s auch § 73 Geo zur Verzeichnung) und sind von der betroffenen Person – wenn sie nach § 129 grundsätzlich kostenersatzpflichtig ist – zu ersetzen (§ 1 Z 5 lit a GEG).

**8** Die Erstanthörung enthält zwar sicherlich Elemente der Parteieinvernahme, sie unterscheidet sich aber doch auch deutlich von ihr, ist sie doch auch dann durchzuführen, wenn der Betroffene nicht wahrnehmungs- oder wiedergabefähig ist (s Rz 9; vgl dagegen den Ausschlussgrund in § 320 Z 1 ZPO). Da sich das Gericht nach § 118 Abs 1 „von der betroffenen Person“ – und nicht etwa (jedenfalls nicht in erster Linie) von ihrer Wohnung oä – „einen persönlichen Eindruck“ zu verschaffen hat, kommen auch die Vorschriften des Augenscheins nicht uneingeschränkt zur Anwendung. Es liegt also uE **ein besonderes Beweismittel**, das über den Katalog „klassischer“ Beweismittel hinausgeht (s dazu allgemein *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 101 ff) und auf das die Vorschriften der § 35 AußStrG iVm § 370 Abs 2 ZPO und § 35 iVm § 343 Abs 1, § 375 ZPO, wonach das Ergebnis des Augenscheins und die Aussage der Partei zu protokollieren sind, nicht unmittelbar anzuwenden sind. Eine Verpflichtung, über die Erstanthörung ein Protokoll aufzunehmen, ergibt sich auch nicht aus § 216 ZPO, weil diese Bestimmung lediglich besagt, dass Protokolle, wenn sie außerhalb der mündlichen Verhandlung aufgenommen werden, den Bestimmungen der §§ 207–209 ZPO zu entsprechen haben (vgl *Schragel in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 216 ZPO Rz 1).

Eine **analoge Anwendung** der in § 370 Abs 2 ZPO und § 343 Abs 1, § 375 ZPO enthaltenen Verpflichtung, über die Beweisaufnahme ein Protokoll aufzunehmen, **scheidet uE aus**. Aus § 13 Abs 2 ergibt sich – im Einklang mit den Grundwertungen des § 21 ABGB (s dazu *Benke/Barth in Klang*<sup>3</sup> § 21 Rz 25) – unzweifelhaft, dass das Sachwalterverfahren so zu führen ist, dass das Wohl des Pflegebefohlenen bestmöglich gewahrt wird. Eine unbedingte Protokollierungsverpflichtung würde dem Sachwaltergericht die nötige Flexibilität nehmen, auf die Bedürfnisse des Betroffenen zu achten. Es liegt daher vielmehr im **Ermessen des Gerichts**, ob es ein Protokoll oder einen Aktenvermerk (§ 55 Abs 3 Geo) errichtet.

Ist eine Unterhaltung mit der betroffenen Person möglich, so wird es sich aber vielfach (so dies nicht zu einer Gefährdung ihres Wohls führt) empfehlen, über die Erstanthörung ein **Protokoll** anzu-

fertigen (so zum AußStrG 1854 auch *Gitschthaler* NZ 1990, 267; so auch im Ergebnis *Schauer* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 118 AußStrG Rz 15; LGZ Wien EF 137.324). Für dieses Protokoll gilt § 216 ZPO (iVm § 22) und § 63 Geo. Wird das Protokoll diktiert, gelten die § 212 a iVm § 212 ZPO. Es ist nach den allgemeinen Regeln in Gegenwart der betroffenen Partei zu diktieren (allgemein zur Erforderlichkeit eines Protokolls zum AußStrG 1854: *Gitschthaler*, NZ 1990, 267; 5 Ob 641/89 RZ 1990/63; differenzierend: 7 Ob 565/94). Die Unterschrift der Partei ist demnach zwar erwünscht, aber kein Gültigkeitserfordernis (s dazu allgemein: *Gitschthaler*, NZ 1990, 267; *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 118 Rz 3).

Ist die betroffene Person nicht ansprechbar oder gefährdet die Aufnahme eines Protokolls ihr Wohl, ist ein **Aktenvermerk ausreichend** (§ 55 Abs 3 Geo; so auch *Gitschthaler*, NZ 1990, 267; *Maurer/Schrott/Schütz* § 118 Rz 1; *Hengl/Mänhardt* in *Barth/Ganner*<sup>2</sup> 570; vgl auch 5 Ob 641/89 EvBl 1990/77). Im Aktenvermerk kann und soll auch der Eindruck des Richters von der betroffenen Person festgehalten werden, va, wenn sich die begründeten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung nicht aus dessen Aussage selbst ergeben (LG Salzburg 26. 1. 2011 21 R 465/10 v; LGZ Wien EF 133.320).

Die Erstanthörung ist auch dann durchzuführen, wenn die **betroffene Person nicht ansprechbar** ist (so auch *Gitschthaler*, NZ 1990, 267; s zum Rekurs bei Unterblieben der Erstanthörung in diesen Fällen § 118 Rz 26). Ändert sich der Zustand der betroffenen Person vor der Bestellung des Sachwalters (und wird sie ansprechbar), so muss die Erstanthörung nicht noch einmal durchgeführt werden. Ihr rechtliches Gehör wird dann unmittelbar ua durch die Verhandlung nach § 121 gewahrt.

Droht ein **erheblicher und unwiederbringlicher Nachteil** für die betroffene Person, kann die Bestellung eines einstweiligen Sachwalters vor der Erstanthörung erfolgen (s § 120 Rz 8).

### III. Persönlicher Eindruck des Entscheidungsorgans

Der richterlichen Wahrnehmung kommt in diesem Stadium des Verfahrens besondere Bedeutung zu, letztlich stellt sich im Rahmen der Erstanthörung iaR heraus, ob die „**begründeten Anhalts-**

**punkte**“ iSd § 117 (die Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens waren) für die Bestellung eines Sachwalters **erhärtert oder widerlegt** werden. Bleiben nach der Erstanthörung **Zweifel**, ob die betroffene Person eine psychische Krankheit oder geistige Behinderung hat, so ist das Verfahren – sofern Angelegenheiten zu besorgen sind – fortzusetzen (LGZ Wien EF 137.329).

**12** Die Erstanthörung darf nur vom Gericht, also dem **Richter** (und nicht etwa von einem Richteramtsanwärter, Rechtspraktikanten, Sachverständigen, im Rahmen des Clearing von Mitarbeitern der Clearingstelle oder einer Verwaltungsbehörde) durchgeführt werden (*Maurer/Schrott/Schütz* § 118 Rz 1; *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 118 Rz 3, jeweils mwN; vgl auch 1 Ob 305/98 d SZ 71/198 [die besondere Bedeutung der Erstanthörung unterstreichend]). Führt (zB wegen längerer Krankheit oder Urlaubs des Kollegen) ausnahmsweise der nach der Geschäftsverteilung zuständige Vertretungsrichter die Erstanthörung durch, soll dieser möglichst während seiner Vertretungstätigkeit – uE aber nicht zwingend – auch über die Bestellung eines Verfahrens- (und einstweiligen) Sachwalters entscheiden. Eine Bestellung des Verfahrens- (und einstweiligen) Sachwalters nach dem Ende der Vertretung durch den Vertretungsrichter, der die Erstanthörung durchgeführt hat, ist aber unzulässig.

**13** Wird die **Zuständigkeit** nach § 44 JN oder § 111 JN **nach der Erstanthörung** – und allenfalls nach Bestellung des Verfahrens- und einstweiligen Sachwalters – an ein anderes Gericht **übertragen**, weil sich erst jetzt herausstellt, dass die betroffene Person bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sprengel dieses Gerichts hatte, muss dieses Gericht die Erstanthörung nicht nochmals durchführen; es genügt der persönliche Eindruck, den das Entscheidungsorgan von der betroffenen Person in der mündlichen Verhandlung gewinnt (so auch *Gitschthaler* NZ 1990, 266; so auch zu § 111 JN OLG Wien 5. 5. 2006 12 Nc 11/06 v [Übertragung nach Bestellung des einstweiligen Sachwalters], s auch § 111 JN Rz 2; differenzierend 7 Nc 5/07 f).

### IV. Rechtliches Gehör

**14** Der Richter hat die betroffene Person nach § 118 Abs 1 zweiter Satz „**über Grund und Zweck des Verfahrens**“ zu **unterrichten**;