

TE OGH 2002/4/22 4Ob68/02g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2002

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. Grijf und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Pflegschaftssache des mj Daniel G*****, und des mj David G*****, beide vertreten durch ihre Mutter Anna G*****, über den Revisionsrekurs des Vaters Herbert G*****, vertreten durch Dr. Michael Pressl & Partner, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen den Beschluss des Landesgerichtes Salzburg als Rekursgericht vom 12. Dezember 2001, GZ 21 R 325/01t-57, womit der Beschluss des Bezirksgerichtes Salzburg vom 11. September 2001, GZ 3 P 160/00m-51, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Begründung:

Text

Der am 14. 5. 1986 geborene Daniel und der am 23. 6. 1989 geborene David sind eheliche Kinder. Die Ehe ihrer Eltern wurde am 18. 10. 1995 im Einvernehmen geschieden. Seither kommt der Mutter auf Grund des pflegschaftsbehördlich genehmigten Scheidungsfolgenvergleichs die Obsorge allein zu.

Mit Schriftsatz vom 3. 7. 2001 beantragte der Vater die "Teilnahme an der Obsorge in allen Angelegenheiten gemäß § 167 Abs 2 ABGB". Er wolle auf Grund der neuen Gesetzeslage die Mitverantwortung für die Kindererziehung übernehmen. Die Söhne lebten mit Einverständnis ihrer Mutter bereits in erheblichem Umfang in seinem Haushalt. Die gemeinsame Obsorge widerspreche nicht dem Kindeswohl. Mit Schriftsatz vom 3. 7. 2001 beantragte der Vater die "Teilnahme an der Obsorge in allen Angelegenheiten gemäß Paragraph 167, Absatz 2, ABGB". Er wolle auf Grund der neuen Gesetzeslage die Mitverantwortung für die Kindererziehung übernehmen. Die Söhne lebten mit Einverständnis ihrer Mutter bereits in erheblichem Umfang in seinem Haushalt. Die gemeinsame Obsorge widerspreche nicht dem Kindeswohl.

Die Mutter bestätigte zwar den häufigen Aufenthalt der Kinder beim Vater, sprach sich jedoch entschieden gegen eine gemeinsame Obsorge aus, die ihrer Auffassung nach nicht dem Kindeswohl entspreche.

Das Erstgericht wies den Antrag des Vaters ab. § 167 Abs 2 ABGB ermögliche den Abschluss einer Vereinbarung über die Teilhabe des Vaters an der Obsorge. Eine derartige Vereinbarung fehle, zumal sich die Mutter vehement gegen den einseitigen Antrag des Vaters ausspreche. Das Erstgericht wies den Antrag des Vaters ab. Paragraph 167, Absatz 2,

ABGB ermögliche den Abschluss einer Vereinbarung über die Teilhabe des Vaters an der Obsorge. Eine derartige Vereinbarung fehle, zumal sich die Mutter vehement gegen den einseitigen Antrag des Vaters ausspreche.

Das Rekursgericht bestätigte diesen Beschluss und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Voraussetzungen für eine gemeinsame Obsorge der vor dem 1. 7. 2001 geschiedenen Ehegatten fehle.

Rechtliche Beurteilung

Der Revisionsrekurs des Vaters ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Der Revisionsrekurswerber weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die in § 177 ABGB idF KindRÄG 2001 vorgesehene Obsorge beider Eltern auch in Abänderung bestehender Obsorgeregelungen möglich ist, bei denen - wie hier - ein Elternteil auf Grund des im Zeitpunkt des früheren Ehescheidungsverfahrens geltenden § 177 ABGB allein mit der Obsorge betraut wurde (RV 296 BlgNR 21. GP 63, 66; Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 56; Gründler, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 ff [711]). Eine derartige Änderung setzt allerdings zwingend eine Vereinbarung der Eltern über die Abänderung der bisherigen alleinigen Obsorge in eine nunmehr beiderseitige Obsorge der Eltern voraus (Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 ff [492]) und kann nicht gerichtlich angeordnet, sondern nur bei Vorliegen einer derartigen Vereinbarung und unter Wahrung des Kindeswohls vom Gericht genehmigt werden. § 177 ABGB idF KindRÄG 2001 räumt den Eltern bei Gestaltung der Obsorge nach der Scheidung ihrer Ehe zwar einen weiten Spielraum ein (Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 485 ff [489]), zwingt sie aber zu einvernehmlichem Handeln (Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 54 ff, 57; Gründler, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 ff [715]; RV 296 BlgNR 21. GP 23). Der Revisionsrekurswerber weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die in Paragraph 177, ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 vorgesehene Obsorge beider Eltern auch in Abänderung bestehender Obsorgeregelungen möglich ist, bei denen - wie hier - ein Elternteil auf Grund des im Zeitpunkt des früheren Ehescheidungsverfahrens geltenden Paragraph 177, ABGB allein mit der Obsorge betraut wurde (RV 296 BlgNR 21. GP 63, 66; Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 56; Gründler, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 ff [711]). Eine derartige Änderung setzt allerdings zwingend eine Vereinbarung der Eltern über die Abänderung der bisherigen alleinigen Obsorge in eine nunmehr beiderseitige Obsorge der Eltern voraus (Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 ff [492]) und kann nicht gerichtlich angeordnet, sondern nur bei Vorliegen einer derartigen Vereinbarung und unter Wahrung des Kindeswohls vom Gericht genehmigt werden. Paragraph 177, ABGB in der Fassung KindRÄG 2001 räumt den Eltern bei Gestaltung der Obsorge nach der Scheidung ihrer Ehe zwar einen weiten Spielraum ein (Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 485 ff [489]), zwingt sie aber zu einvernehmlichem Handeln (Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts 54 ff, 57; Gründler, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 ff [715]; RV 296 BlgNR 21. GP 23).

Dass es angesichts der ablehnenden Haltung der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter an einem entsprechenden Einvernehmen fehlt, verkennt auch der Revisionsrekurswerber nicht. Er führt aus, das Gericht (gemeint offenbar das Erstgericht) hätte im Sinn des § 177a ABGB iVm § 182e AußStrG das Einvernehmen der Eltern in dieser Frage herstellen müssen. § 182e AußStrG verpflichtet das PflEGschaftsgericht ganz allgemein, in außerstreitigen Familienangelegenheiten "tunlichst auf eine gütliche Einigung" zwischen den Parteien hinzuwirken und in Verfahren, die unter anderem die Obsorge betreffen, auch die Möglichkeit einer Mediation anzusprechen. Nach den Materialien (RV 296 BlgNR 21. GP 89) verfolgt diese Bestimmung das Ziel, "die gesetzlichen Regelungen über die verfahrensrechtliche Anknüpfung der Mediation nach dem Vorbild der §§ 222 Abs 1 AußStrG, 460 Z 7 und Z 7a ZPO im PflEGschaftsverfahren zu verankern". Dass es angesichts der ablehnenden Haltung der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter an einem entsprechenden Einvernehmen fehlt, verkennt auch der Revisionsrekurswerber nicht. Er führt aus, das Gericht (gemeint offenbar das Erstgericht) hätte im Sinn des Paragraph 177 a, ABGB in Verbindung mit Paragraph 182 e, AußStrG das Einvernehmen der Eltern in dieser Frage herstellen müssen. Paragraph 182 e, AußStrG verpflichtet das PflEGschaftsgericht ganz allgemein, in außerstreitigen Familienangelegenheiten "tunlichst auf eine gütliche Einigung" zwischen den Parteien hinzuwirken und in Verfahren, die unter anderem die Obsorge betreffen, auch die Möglichkeit einer Mediation anzusprechen. Nach den Materialien (RV 296 BlgNR 21. GP 89) verfolgt diese Bestimmung das Ziel, "die gesetzlichen Regelungen über die verfahrensrechtliche Anknüpfung der Mediation nach dem Vorbild der Paragraphen 222, Absatz eins, AußStrG, 460 Ziffer 7 und Ziffer 7 a, ZPO im

Pflegschaftsverfahren zu verankern".

Der in § 177a Abs 1 und Abs 2 ABGB formulierte (und durch § 182e AußStrG verfahrensrechtlich näher ausgestaltete) Grundsatz, wonach die gerichtliche Obsorgeentscheidung erst dann erfolgen soll, wenn eine "gütliche Einigung" nicht herbeigeführt werden kann, bezieht sich zunächst auf Fälle, in denen nach Ehescheidung eine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt (oder die Betrauung mit der Obsorge) nicht zustandekommt oder die von den Ehegatten getroffene Vereinbarung vom Gericht nicht genehmigt werden kann, weil sie nicht dem Wohl des Kindes entspricht, wie auch auf Fälle, in denen zunächst beide Elternteile vereinbarungsgemäß mit der gemeinsamen Obsorge betraut wurden und von ihnen danach die Aufhebung dieser Obsorge begehrt wird (siehe Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 ff [491]). In all diesen Fällen bedarf es einer Regelung der künftigen Obsorge durch Gerichtsbeschluss, womit einer der beiden Elternteile mit der Obsorge betraut wird. Der in Paragraph 177 a, Absatz eins und Absatz 2, ABGB formulierte (und durch Paragraph 182 e, AußStrG verfahrensrechtlich näher ausgestaltete) Grundsatz, wonach die gerichtliche Obsorgeentscheidung erst dann erfolgen soll, wenn eine "gütliche Einigung" nicht herbeigeführt werden kann, bezieht sich zunächst auf Fälle, in denen nach Ehescheidung eine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt (oder die Betrauung mit der Obsorge) nicht zustandekommt oder die von den Ehegatten getroffene Vereinbarung vom Gericht nicht genehmigt werden kann, weil sie nicht dem Wohl des Kindes entspricht, wie auch auf Fälle, in denen zunächst beide Elternteile vereinbarungsgemäß mit der gemeinsamen Obsorge betraut wurden und von ihnen danach die Aufhebung dieser Obsorge begehrt wird (siehe Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 ff [491]). In all diesen Fällen bedarf es einer Regelung der künftigen Obsorge durch Gerichtsbeschluss, womit einer der beiden Elternteile mit der Obsorge betraut wird.

Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall, weil das Gericht mangels Einigung der geschiedenen Ehegatten über die vom Revisionsrekurswerber angestrebte gemeinsame Obsorge im Allgemeinen keine neue Regelung vorzunehmen hat. Mangels Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge bleibt es bei der anlässlich der früheren Ehescheidung festgelegten alleinigen Obsorge der Mutter. Eine Verpflichtung der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter, der vom Vater nunmehr angestrebten gemeinsamen Obsorge zuzustimmen, besteht nicht (siehe Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 55, insbesondere FN 8, die meint, ein Elternteil, der die gemeinsame Obsorge nicht wolle, brauche bloß eine derartige Vereinbarung nicht abzuschließen; in diesem Sinn auch Schwab in Ferrari/Hopf 93). Ob das Pflegschaftsgericht im Allgemeinen gehalten ist, auch in dieser Frage das Einvernehmen der Eltern iSd § 177a ABGB herzustellen, kann hier offenbleiben. Ein Tätigwerden des Gerichts im Zusammenhang mit der von einem Elternteil angestrebten, vom anderen (bisher allein obsorgeberechtigten) aber abgelehnten gemeinsamen Obsorge mag im Einzelfall durch das Kindeswohl angezeigt sein. Dass hier die gemeinsame Obsorge (anders als das bisherige Obsorgerecht der Mutter in Verbindung mit einem umfassenden Besuchsrecht des Vaters) besser geeignet wäre, dem Kindeswohl zu entsprechen, macht aber der Vater nicht geltend. Derartiges ist auch den vorliegenden Umständen nicht zu entnehmen. Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall, weil das Gericht mangels Einigung der geschiedenen Ehegatten über die vom Revisionsrekurswerber angestrebte gemeinsame Obsorge im Allgemeinen keine neue Regelung vorzunehmen hat. Mangels Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge bleibt es bei der anlässlich der früheren Ehescheidung festgelegten alleinigen Obsorge der Mutter. Eine Verpflichtung der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter, der vom Vater nunmehr angestrebten gemeinsamen Obsorge zuzustimmen, besteht nicht (siehe Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform des Kindschaftsrechts, 55, insbesondere FN 8, die meint, ein Elternteil, der die gemeinsame Obsorge nicht wolle, brauche bloß eine derartige Vereinbarung nicht abzuschließen; in diesem Sinn auch Schwab in Ferrari/Hopf 93). Ob das Pflegschaftsgericht im Allgemeinen gehalten ist, auch in dieser Frage das Einvernehmen der Eltern iSd Paragraph 177 a, ABGB herzustellen, kann hier offenbleiben. Ein Tätigwerden des Gerichts im Zusammenhang mit der von einem Elternteil angestrebten, vom anderen (bisher allein obsorgeberechtigten) aber abgelehnten gemeinsamen Obsorge mag im Einzelfall durch das Kindeswohl angezeigt sein. Dass hier die gemeinsame Obsorge (anders als das bisherige Obsorgerecht der Mutter in Verbindung mit einem umfassenden Besuchsrecht des Vaters) besser geeignet wäre, dem Kindeswohl zu entsprechen, macht aber der Vater nicht geltend. Derartiges ist auch den vorliegenden Umständen nicht zu entnehmen.

Soweit der Revisionsrekurswerber schließlich meint, sein Antrag auf Anordnung der gemeinsamen Obsorge schließe den Antrag auf alleinige Obsorge mit ein, ist ihm zu entgegnen, dass die Eltern wohl im Rahmen des § 177 Abs 1 ABGB sowohl die gemeinsame Obsorge als auch die alleinige Obsorge eines von ihnen vereinbaren können. Die alleinige

Obsorge eines Elternteils bedeutet jedoch im Vergleich zur gemeinsamen Obsorge beider Elternteile ein aliud und wird daher von Letzterer nicht umfasst. Soweit der Revisionsrekurswerber erkennbar meint, sein hier gestellter Antrag ermögliche auch - ohne eine entsprechende Vereinbarung - die Zuteilung der alleinigen Obsorge an ihn, übersieht er, dass die von ihm angestrebte alleinige Obsorge einer Abänderung der bisherigen Obsorgeregelung bedürfte. Mangels entsprechender Vereinbarung der Eltern bedürfte die Zuteilung der alleinigen Obsorge jedoch der im § 176 ABGB geregelten Voraussetzungen. Dass derart gewichtige Gründe für eine nicht einvernehmliche Änderung der Obsorgeregelung vorlägen, behauptet der Revisionsrekurswerber selbst nicht. Sie sind auch dem Akt in keiner Weise zu entnehmen. Soweit der Revisionsrekurswerber schließlich meint, sein Antrag auf Anordnung der gemeinsamen Obsorge schließe den Antrag auf alleinige Obsorge mit ein, ist ihm zu entgegnen, dass die Eltern wohl im Rahmen des Paragraph 177, Absatz eins, ABGB sowohl die gemeinsame Obsorge als auch die alleinige Obsorge eines von ihnen vereinbaren können. Die alleinige Obsorge eines Elternteils bedeutet jedoch im Vergleich zur gemeinsamen Obsorge beider Elternteile ein aliud und wird daher von Letzterer nicht umfasst. Soweit der Revisionsrekurswerber erkennbar meint, sein hier gestellter Antrag ermögliche auch - ohne eine entsprechende Vereinbarung - die Zuteilung der alleinigen Obsorge an ihn, übersieht er, dass die von ihm angestrebte alleinige Obsorge einer Abänderung der bisherigen Obsorgeregelung bedürfte. Mangels entsprechender Vereinbarung der Eltern bedürfte die Zuteilung der alleinigen Obsorge jedoch der im Paragraph 176, ABGB geregelten Voraussetzungen. Dass derart gewichtige Gründe für eine nicht einvernehmliche Änderung der Obsorgeregelung vorlägen, behauptet der Revisionsrekurswerber selbst nicht. Sie sind auch dem Akt in keiner Weise zu entnehmen.

Die Vorinstanzen haben daher zu Recht den Antrag des Vaters abgewiesen. Sein Revisionsrekurs erweist sich als nicht berechtigt.

Textnummer

E65431

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2002:0040OB00068.02G.0422.000

Im RIS seit

22.05.2002

Zuletzt aktualisiert am

11.02.2014

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at