

# TE OGH 1998/10/27 50b229/98g

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.10.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann und Dr. Hradil und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch als weitere Richter in der Pflegschaftssache des mj. A\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* , wegen Übertragung der einstweiligen Obsorge, infolge Revisionsrekurses der Mutter Dr. U\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Heimo Furlinger, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 30. Juli 1998, GZ 14 R 385/98f-189, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Linz vom 10. Juli 1998, GZ 5 P 2028/95i-182, bestätigt wurde, den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

Die Revisionsrekursbeantwortung des Vaters Dr. H\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* P\*\*\*\*\* wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Das pflegebefohlene Kind A\*\*\*\*\* wohnte früher mit seinen Eltern gemeinsam in \*\*\*\*\*. Der Vater ist dort Landarzt. 1994 ließen sich die Eltern scheiden. Die Mutter zog mit dem Kind nach L\*\*\*\*\* , wo sie als \*\*\*\*\* arbeitet. Im Scheidungsvergleich hatte sie die Obsorge für das Kind übernommen. Der Vater besuchte das Kind regelmäßig im üblichen Ausmaß. Größere Probleme gab es nicht.

Ab dem Sommer 1997 traten erhebliche Schwierigkeiten auf. Im Juli 1997 hatte der Vater mit dem Hinweis, das Kind fühle sich bei der Mutter nicht mehr wohl und wolle zu ihm, die Übertragung der Obsorge an ihn beantragt. Nach einem Aufenthalt des Kindes bei seinem Vater brachte dieser das Kind nicht mehr zur Mutter zurück, obwohl die Schule schon begonnen hatte. Gerichtlichen Aufträgen, das Kind zurückzubringen, folgte der Vater nicht. Erst mit zweimonatiger Verspätung konnte A\*\*\*\*\* dann die erste Klasse des Gymnasiums beginnen, nachdem sich die Eltern in einem gerichtlichen Vergleich über eine vorläufige Regelung dahin geeinigt hatten, daß das Kind beim mütterlichen Großvater in P\*\*\*\*\* Aufenthalt nehmen sollte, bis die Obsorgefrage endgültig entschieden sei.

Das Kind nahm im Herbst 1997 bei den mütterlichen Großeltern Aufenthalt, wobei es zu erheblichen Schwierigkeiten kam. Während des gerichtlichen Verfahrens über die Obsorgefrage entfaltete der Vater eine ungeahnte Umtriebigkeit, um sein Ziel der Obsorgeübertragung zu erreichen.

Im Pflegschaftsverfahren wurde Primarius Dr. Werner Gerstl, Facharzt für Kinderheilkunde und Kinder-Jugendneuropsychiatrie zum Sachverständigen bestellt, um Befund und Gutachten darüber zu erstellen, inwieweit

Umstände vorlägen, die aus jugendpsychologischer Sicht bzw neuropsychiatrischer Sicht den Entzug der Obsorge der Mutter notwendig machten.

Am 1. Juli 1998 erstattete der Sachverständige sein Gutachten. Am 3. 7. 1998 beantragte der Vater unter Hinweis auf die gutachterlichen Äußerungen, ihm die einstweilige Obsorge für das Kind A\*\*\*\*\* zu übertragen. In seinem Antrag argumentiert er, daß die beantragte einstweilige Maßnahme zur Abwendung der Gefährdung des Kindeswohls dringend geboten sei. Der Minderjährige zeige deutliche präsuizidale Symptome, sodaß eine sofortige Lösung der Obsorgefrage angezeigt sei. Eine Integration in den Haushalt der Mutter komme aus psychiatrischer Sicht gegen den Willen des Minderjährigen nicht in Frage. Auch ein weiterer Aufenthalt im Haushalt der Großeltern scheidet aus, weil diese nicht mehr in der Lage seien, die gespannte Situation zu ertragen. Der Minderjährige habe sich derart auf den Gedanken fixiert, in die Obsorge seines Vaters übernommen zu werden, daß jede Lösung gegen seinen Willen undurchführbar und bedenklich sei.

Im erstinstanzlichen Verfahren wurde der Mutter keine Äußerungsmöglichkeit zum Antrag auf einstweilige Obsorgeregelung eingeräumt, ebensowenig eine Äußerung zum Gutachten ermöglicht.

Ihrem Rekurs gab das Landesgericht Linz mit Entscheidung vom 30. Juli 1998 nicht Folge.

In Auseinandersetzung mit der gerügten Nichtigkeit bzw Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens ging das Rekursgericht allerdings inhaltlich auf die Argumente der Mutter gegen die einstweilige Obsorgeregelung ein und setzte sich mit ihrer Rüge der Ergebnisse des Sachverständigengutachtens auseinander.

Das Rekursgericht traf sodann umfangreiche Feststellungen des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aus dem in erster Instanz eingeholten Gutachten.

Im wesentlichen legte es folgenden entscheidungserheblichen Sachverhalt zugrunde:

Die Beziehung der geschiedenen Eltern des Minderjährigen ist irreparabel geschädigt. Seit die Mutter durch Aufnahme einer neuen Beziehung und Geburt eines weiteren Kindes eine neue Familie schuf, entwickelte der Vater aus Eifersucht destruktive Ideen mit Bestrafungscharakter, die er mit fast pathologischer Fixierung zur Entfaltung brachte. Der mj. A\*\*\*\*\*, der bisher allein mit seiner Mutter gelebt hatte, erfuhr durch die neue Partnerschaft der Mutter und die Rolle des Halbbruders eine neue Belastung, aus der sich wie bei seinem Vater auf der Grundlage der Solidarität mit seinem Vater ebenfalls Bestrafungsideen gegen die Mutter und deren neuen Partner, aber auch gegen die mütterlichen Großeltern aufbauten. Je mehr die Mutter und die mütterlichen Großeltern versuchten, den Einfluß des Vaters auf das Kind zu unterbinden umso mehr entfernte sich das Kind und schließlich fixierte sich im mj. A\*\*\*\*\* der Wunsch, zu seinem Vater nach St. Oswald zu wollen. Die Beziehung zwischen dem Minderjährigen, seiner Mutter und seinen mütterlichen Großeltern ist derart belastet, daß eine Reintegration des Minderjährigen in den Haushalt der Mutter aus psychiatrischer Sicht gegen den Willen des Kindes unmöglich ist. Angeheizt durch das Verhalten des Vaters und das abwertende Verhalten der Großmutter ist auch eine Unterbringung des Minderjährigen bei den mütterlichen Großeltern nicht möglich. Ein Ausklammern des Vaters aus dem Weltbild des Jugendlichen würde von diesem nie toleriert werden und ist daher nicht durchsetzbar.

Der Minderjährige zeigt bereits deutliche präsuizidale Symptome, in vielen Bereichen ist seine psychische Entwicklung gefährdet. Der "Kampf um das Kind" der Eltern muß wegen der psychischen Situation des Kindes rasch beendet werden.

Dabei ist keine Lösung in Sicht, welche ohne Risiko für das Kindeswohl und die psychische Persönlichkeitsentwicklung bleiben würde. Für die Zuweisung der (vorläufigen) Obsorge ist daher der Wunsch des fast 12jährigen entscheidend. Gegen seinen Willen ist ohnedies eine andere Lösung nicht durchsetzbar.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Rekursgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, daß wichtige Gründe für eine - zumindest vorläufige - Obsorgeänderung vorlägen. Eine weitere Aufrechterhaltung des Verbleibs des Minderjährigen in der Familie der Mutter oder der mütterlichen Großeltern sei wegen der dramatischen Zuspitzung nicht mehr möglich. Aus Gründen des Kindeswohls komme nur die Lösung in Betracht, daß dem massiven und verinnerlichten Wunsch des Kindes, in die Obsorge des Vaters zu gelangen, nachgegeben werde. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß dem Vater die Schuld dafür anzulasten sei, daß er das Kind emotional auf seine Seite gezogen habe. Die Erziehungsfähigkeit des Vaters sei zwar nicht erwiesen, allerdings lägen auch keine konkreten Umstände vor, die eine solche verneinen ließen. Vorläufig sei in dieser verfahrenen Situation daher die Obsorge dem Vater zu übertragen.

Das Rekursgericht erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs deshalb für zulässig, weil eine Rechtsprechung des Höchstgerichtes darüber fehle, ob eine Obsorgeübertragung an einen Elternteil auch dann in Frage komme, wenn dieser durch sein Verhalten selbst einen so unerträglichen Zustand herbeigeführt habe, daß er nur durch die Obsorgeübertragung an ihn lösbar sei.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der ordentliche Revisionsrekurs der Mutter, der, weil er keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG zum Gegenstand hat, nicht zulässig ist. Gegen diesen Beschluß richtet sich der ordentliche Revisionsrekurs der Mutter, der, weil er keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG zum Gegenstand hat, nicht zulässig ist.

Die Revisionsrekursbeantwortung des Vaters ist unzulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Verfahrensrüge der Revisionsrekurswerberin ist klarzustellen, daß eine dem Erstgericht unterlaufene Nichtigkeit, die vom Rekursgericht infolge des im Verfahren Außer Streit nicht geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes beseitigt werden konnte (vgl MietSlg 58.466), im Revisionsrekursverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann (vgl EFSlg 70.385, 70.383; 58.469; Kodek in Rechberger Rz 2 zu § 503 ZPO). Zur Verfahrensrüge der Revisionsrekurswerberin ist klarzustellen, daß eine dem Erstgericht unterlaufene Nichtigkeit, die vom Rekursgericht infolge des im Verfahren Außer Streit nicht geltenden Unmittelbarkeitsgrundsatzes beseitigt werden konnte (vergleiche MietSlg 58.466), im Revisionsrekursverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann (vergleiche EFSlg 70.385, 70.383; 58.469; Kodek in Rechberger Rz 2 zu Paragraph 503, ZPO).

Im übrigen entspricht es ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung, daß ein Gericht bis zur endgültigen Entscheidung nach § 176 ABGB vorläufige dringende Maßnahmen treffen, etwa auch die vorläufige Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil vornehmen kann, wenn die Belassung des Kindes in der bisherigen Umgebung eine solche Gefährdung für das Kind mit sich bringt, daß Sofortmaßnahmen in Form einer Änderung des bestehenden Zustands dringend geboten erscheinen. Dabei muß es sich um einen Fall akuter Gefährdung des Kindes handeln (vgl RZ 1992/207; EFSlg 68.817, 68.824, 68.826, 75.144; EvBl 1994/123 ua). Es trifft auch zu, daß eine Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als äußerste Notmaßnahme angeordnet werden soll (vgl SZ 65/84 = JBl 1992, 780) und daß im Fall der Entziehung der elterlichen Obsorge dem Kindeswunsch nicht immer Rechnung zu tragen ist. Allerdings soll einem Minderjährigen die Obsorge durch einen Elternteil möglichst nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden, wenn nicht schwerwiegende Gründe dagegen sprechen und der Wunsch nicht gegen die offenbar erkennbaren Interessen des Kindes gerichtet ist (4 Ob 1572/94). Der Revisionsrekurswerberin ist auch zuzugeben, daß grundsätzlich kein Wechsel der Pflegeverhältnisse und Erziehungsverhältnisse vorzunehmen ist, wenn keine sicheren Prognosen über den Einfluß eines Obsorgewechsels vorliegen (vgl 5 Ob 513/95). Im übrigen entspricht es ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung, daß ein Gericht bis zur endgültigen Entscheidung nach Paragraph 176, ABGB vorläufige dringende Maßnahmen treffen, etwa auch die vorläufige Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil vornehmen kann, wenn die Belassung des Kindes in der bisherigen Umgebung eine solche Gefährdung für das Kind mit sich bringt, daß Sofortmaßnahmen in Form einer Änderung des bestehenden Zustands dringend geboten erscheinen. Dabei muß es sich um einen Fall akuter Gefährdung des Kindes handeln (vergleiche RZ 1992/207; EFSlg 68.817, 68.824, 68.826, 75.144; EvBl 1994/123 ua). Es trifft auch zu, daß eine Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als äußerste Notmaßnahme angeordnet werden soll (vergleiche SZ 65/84 = JBl 1992, 780) und daß im Fall der Entziehung der elterlichen Obsorge dem Kindeswunsch nicht immer Rechnung zu tragen ist. Allerdings soll einem Minderjährigen die Obsorge durch einen Elternteil möglichst nicht gegen seinen Willen aufgezwungen werden, wenn nicht schwerwiegende Gründe dagegen sprechen und der Wunsch nicht gegen die offenbar erkennbaren Interessen des Kindes gerichtet ist (4 Ob 1572/94). Der Revisionsrekurswerberin ist auch zuzugeben, daß grundsätzlich kein Wechsel der Pflegeverhältnisse und Erziehungsverhältnisse vorzunehmen ist, wenn keine sicheren Prognosen über den Einfluß eines Obsorgewechsels vorliegen (vergleiche 5 Ob 513/95).

§ 176 ABGB begegnet der Gefährdung des Kindeswohls durch Verhalten der Eltern oder anderer Obsorgeberechtigter, wobei weder ein Verschulden der Sorgeberechtigten erforderlich ist, noch der Mißbrauch elterlicher Befugnisse oder die Vernachlässigung der Obsorgepflichten an sich (vgl Darstellung der Rechtsprechung in Schwimann Rz 4 zu § 176 ABGB). Paragraph 176, ABGB begegnet der Gefährdung des Kindeswohls durch Verhalten der Eltern oder anderer

Obsorgeberechtigter, wobei weder ein Verschulden der Sorgeberechtigten erforderlich ist, noch der Mißbrauch elterlicher Befugnisse oder die Vernachlässigung der Obsorgepflichten an sich vergleichbare Darstellung der Rechtsprechung in Schwimann Rz 4 zu Paragraph 176, ABGB).

Im Kern vermißt die Revisionsrekurswerberin Feststellungen über eine akute Gefährdung des Kindes, die Voraussetzung einer vorläufigen Maßnahme nach § 176 ABGB sei. Dabei übersieht sie aber die klaren Feststellungen, die das Rekursgericht unter Berücksichtigung der Argumente der Mutter im Rekursverfahren aus dem Gutachten des Sachverständigen gewonnen hat. Demnach liegen beim mj. A\*\*\*\*\* präsuizidale Symptome vor und eine Erkennbarkeit der Gefährdung seiner Entwicklung in vielen psychischen Bereichen. Daher ist die Notwendigkeit einer sofortigen Lösung der Obsorgefrage indiziert. Gleichzeitig steht fest, daß eine weitere Unterbringung des mj. A\*\*\*\*\* bei den mütterlichen Großeltern, also eine Belassung des bisherigen Zustandes, unmöglich ist. Damit war für das Rekursgericht in ausreichendem Maße dargetan, daß die akute Gefährdung des Kindes die vorläufige Maßnahme der einstweiligen Obsorgezuteilung erforderlich machte. Im Kern vermißt die Revisionsrekurswerberin Feststellungen über eine akute Gefährdung des Kindes, die Voraussetzung einer vorläufigen Maßnahme nach Paragraph 176, ABGB sei. Dabei übersieht sie aber die klaren Feststellungen, die das Rekursgericht unter Berücksichtigung der Argumente der Mutter im Rekursverfahren aus dem Gutachten des Sachverständigen gewonnen hat. Demnach liegen beim mj. A\*\*\*\*\* präsuizidale Symptome vor und eine Erkennbarkeit der Gefährdung seiner Entwicklung in vielen psychischen Bereichen. Daher ist die Notwendigkeit einer sofortigen Lösung der Obsorgefrage indiziert. Gleichzeitig steht fest, daß eine weitere Unterbringung des mj. A\*\*\*\*\* bei den mütterlichen Großeltern, also eine Belassung des bisherigen Zustandes, unmöglich ist. Damit war für das Rekursgericht in ausreichendem Maße dargetan, daß die akute Gefährdung des Kindes die vorläufige Maßnahme der einstweiligen Obsorgezuteilung erforderlich machte.

Bei Anwendung dieser von der Rechtsprechung gewonnenen Grundsätze ist dem Rekursgericht keine Fehlbeurteilung unterlaufen. Ebenso wurde bei der Entscheidung berücksichtigt, daß für die Zuteilung der Obsorge ausschließlich das Kindeswohl maßgeblich ist, es hingegen auf Verschulden oder den Wunsch nach Wahrung von Elternrechten nicht maßgeblich ankommt.

Auf die vom Rekursgericht als entscheidungsmaßgeblich aufgeworfene Frage, ob einem Elternteil die (vorläufige) Obsorge zuerkannt werden könne, der schuldhaft die Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgesituation herbeigeführt habe, geht der Revisionsrekurs nicht ein. Es kommt allerdings darauf auch nicht entscheidend an. Die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffende Entscheidung, welchem Elternteil bei Gegenüberstellung der Persönlichkeit, der Eigenschaften und Lebensumstände die Obsorge für ein Kind übertragen werden soll, ist immer eine solche des Einzelfalls, der keine grundsätzliche Bedeutung im Sinn des § 14 Abs 1 AußStrG zuerkannt werden kann (vgl. ÖA 1992, 22). Daß sich die bekämpfte Entscheidung im Einklang mit den von der Rechtsprechung gewonnenen tragenden Grundsätzen befindet, wurde schon dargelegt. Auf die vom Rekursgericht als entscheidungsmaßgeblich aufgeworfene Frage, ob einem Elternteil die (vorläufige) Obsorge zuerkannt werden könne, der schuldhaft die Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgesituation herbeigeführt habe, geht der Revisionsrekurs nicht ein. Es kommt allerdings darauf auch nicht entscheidend an. Die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffende Entscheidung, welchem Elternteil bei Gegenüberstellung der Persönlichkeit, der Eigenschaften und Lebensumstände die Obsorge für ein Kind übertragen werden soll, ist immer eine solche des Einzelfalls, der keine grundsätzliche Bedeutung im Sinn des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG zuerkannt werden kann vergleiche ÖA 1992, 22). Daß sich die bekämpfte Entscheidung im Einklang mit den von der Rechtsprechung gewonnenen tragenden Grundsätzen befindet, wurde schon dargelegt.

Es fehlen somit die in § 14 Abs 1 AußStrG normierten Voraussetzungen für die Anrufung des Obersten Gerichtshofes, was nach § 16 Abs 3 AußStrG iVm § 508a Abs 2 und § 510 ZPO zur Zurückweisung des Rechtsmittels zu führen hatte. Es fehlen somit die in Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG normierten Voraussetzungen für die Anrufung des Obersten Gerichtshofes, was nach Paragraph 16, Absatz 3, AußStrG in Verbindung mit Paragraph 508 a, Absatz 2 und Paragraph 510, ZPO zur Zurückweisung des Rechtsmittels zu führen hatte.

#### **Anmerkung**

E51898 05A02298

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

ECLI:AT:OGH0002:1998:00500B00229.98G.1027.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19981027\_OGH0002\_0050OB00229\_98G0000\_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)