jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1997/4/10 6Ob2398/96g

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.04.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kellner, Dr.Schiemer, Dr.Prückner und Dr.Sailer als weitere Richter in der Pflegschaftssache der am 29. November 1994 geborenen mj. Gloria Julia Christabel B*****, in Obsorge der Mutter, Mag. Sabrina B*****, vertreten durch Dr.Georg Zanger und Mag.Michael Pilz, Rechtsanwälte in Wien, wegen Regelung des persönlichen Verkehrs, infolge Rekurses des unehelichen Vaters, Prof.Jürgen Udo B*****, vertreten durch Dr.Manfred Hintersteininger, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 26.(richtig 29.) Oktober 1996, GZ 43 R 655/96h-8, womit infolge Rekurses des Kindes der Beschluß des Bezirksgerichtes Donaustadt vom 26.Juni 1996, GZ 1 P 2376/95m-5, aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche, nach Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Rekursbeantwortung des Kindes wird zurückgewiesen.

Text

Begründung:

Der Vater hat die Vaterschaft zu dem am 29.11.1994 geborenen unehelichen Kind anerkannt und sich bis zum Eintritt des Kindes in einen Kindergarten bzw bis zur Vollendung des 3.Lebensjahres zu einem wertgesicherten monatlichen Unterhaltsbeitrag von 10.000 S verpflichtet. Das Kind wächst im Haushalt der obsorgeberechtigten Mutter auf.

Am 19.6.1996 stellte das Kind, vertreten durch die Mutter, einen Antrag auf Besuchsregelung. Es beantragte zunächst, den Antrag dem Vater zur Stellungnahme zu übermitteln. Für den Fall, daß sich der Vater "dem Besuchsrecht nicht widersetzt", wurde "schon jetzt" der Antrag gestellt, eine Besuchsregelung in der Form festzusetzen, daß das Kind "einmal im Monat den Kindesvater nach Maßgabe seiner Anwesenheit im Inland besuchen kann". Hilfsweise und ungeachtet der Erklärung des Vaters wurde beantragt, diesem aufzutragen, das Besuchsrecht des Kindes dadurch zu ermöglichen, daß eine Besuchsregelung geduldet werde bzw der Vater verpflichtet werde, das Kind einmal monatlich, und zwar am Sonntag von 14 bis 18 Uhr zu besuchen, allenfalls es von der Wohnung der Mutter abzuholen und nach zwei Stunden wieder zurückzubringen. Hilfsweise wurde ferner die Feststellung beantragt, daß das Kind berechtigt sei, den Vater einmal im Monat zu besuchen.

Diese Anträge wurden im wesentlichen damit begründet, daß der Vater das Kind bisher nur ein einziges Mal persönlich

gesehen habe. Er habe jedoch seine Bereitschaft erklärt, eine normale Beziehung zum Kind aufzunehmen. Das "Management" des Vaters (der einen künstlerischen Beruf ausübt) habe eine Kontaktaufnahme des Vaters mit der Mutter und dem Kind verhindert. Dieses habe ein Recht auf persönlichen Verkehr mit seinem Vater. Das Besuchsrecht sei ein Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung. Eigeninteressen der Eltern hätten zurückzutreten. In Art 9 Abs 3 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes sei das Recht des Kindes auf regelmäßigen persönlichen Kontakt zu beiden Elternteilen normiert. Dieses Recht achteten die Vertragsstaaten. Gemäß Art 8 MRK habe jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Dieses Recht verlange eine Gleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Kindern. Nach Meinung der modernen Kinderpsychiatrie litten Kinder in Ermangelung eines Elternteils unter Umständen an psychischen Schäden. Für die Mutter sei nicht feststellbar, ob der Vater persönlich noch immer dazu bereit sei, das Besuchsrecht des Kindes zu ermöglichen oder ob er es etwa in Verkennung der tatsächlichen Rechtslage und aus vermögensrechtlichen Gründen ablehne.Diese Anträge wurden im wesentlichen damit begründet, daß der Vater das Kind bisher nur ein einziges Mal persönlich gesehen habe. Er habe jedoch seine Bereitschaft erklärt, eine normale Beziehung zum Kind aufzunehmen. Das "Management" des Vaters (der einen künstlerischen Beruf ausübt) habe eine Kontaktaufnahme des Vaters mit der Mutter und dem Kind verhindert. Dieses habe ein Recht auf persönlichen Verkehr mit seinem Vater. Das Besuchsrecht sei ein Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung. Eigeninteressen der Eltern hätten zurückzutreten. In Artikel 9, Absatz 3, der UN-Konvention über die Rechte des Kindes sei das Recht des Kindes auf regelmäßigen persönlichen Kontakt zu beiden Elternteilen normiert. Dieses Recht achteten die Vertragsstaaten. Gemäß Artikel 8, MRK habe jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Dieses Recht verlange eine Gleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Kindern. Nach Meinung der modernen Kinderpsychiatrie litten Kinder in Ermangelung eines Elternteils unter Umständen an psychischen Schäden. Für die Mutter sei nicht feststellbar, ob der Vater persönlich noch immer dazu bereit sei, das Besuchsrecht des Kindes zu ermöglichen oder ob er es etwa in Verkennung der tatsächlichen Rechtslage und aus vermögensrechtlichen Gründen ablehne.

Ohne die beantragte Stellungnahme des Vaters einzuholen wies das Erstgericht sämtliche Anträge des Kindes ab.§ 148 ABGB bestimme ausdrücklich, daß nur dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil ein Recht zustehe, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Weder die UN-Konvention über die Rechte des Kindes noch die MRK enthielten Bestimmungen, aus denen sich ein subjektives, durchsetzbares Besuchsrecht des Kindes ableiten ließe. Das Landesgericht für ZRS Wien habe bereits ausgesprochen, daß der österreichischen Rechtsordnung eine Verpflichtung des Vaters zur Ausübung eines Besuchsrechtes fremd sei (EFSlg 71.664).Ohne die beantragte Stellungnahme des Vaters einzuholen wies das Erstgericht sämtliche Anträge des Kindes ab. Paragraph 148, ABGB bestimme ausdrücklich, daß nur dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil ein Recht zustehe, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Weder die UN-Konvention über die Rechte des Kindes noch die MRK enthielten Bestimmungen, aus denen sich ein subjektives, durchsetzbares Besuchsrecht des Kindes ableiten ließe. Das Landesgericht für ZRS Wien habe bereits ausgesprochen, daß der österreichischen Rechtsordnung eine Verpflichtung des Vaters zur Ausübung eines Besuchsrechtes fremd sei (EFSlg 71.664).

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Kindes Folge und hob den angefochtenen Beschluß zur Verfahrensergänzung auf. Es vertrat die Auffassung, daß der Kontakt des Kindes zum nichtbetreuenden Elternteil zum Wohl des Kindes beitrage und zu fördern sei. Ob das Kind gegenüber dem nichtbetreuenden Elternteil einen rechtlichen Anspruch darauf habe, daß es besucht werde, sei in der Lehre noch nicht erörtert worden. Das Besuchsrecht werde als Restbestand des Personenobsorgerechtes verstanden. Die Meinung des Kindes sei zu seinem Wohl zu berücksichtigen. Mündige Minderjährige könnten nicht zur Duldung eines Besuchsrechtes gezwungen werden. Bei der Regelung eines Besuchsrechtes sei ausschließlich davon auszugehen, ob das Wohl des Minderjährigen durch den Kontakt gefördert werden könne. Auf vermögensrechtliche Fragen, etwa in Richtung des Pflichtteilsrechtes nach § 773a ABGB, komme es nicht an. Nach zwei Lehrmeinungen (Harrer/Zitta, Familie und Recht 749 ff und Klein in ÖA 1992, 6) werde ein Besuchsrecht des Kindes aus § 137 Abs 2 erster Halbsatz sowie aus § 178a ABGB abgeleitet. Beide Autoren lehnten aber eine Durchsetzung des Besuchsrechtes gegen den erklärten Willen des nicht obsorgeberechtigten Elternteils ab. Diesen Argumenten der Lehre sei zu folgen. Der Gesetzgeber habe nicht zum Ausdruck gebracht, daß er ein Besuchsrecht des Kindes als nicht gegeben erachte. Die Wortwahl des § 148 ABGB sei auf die Anlaßgesetzgebung zurückzuführen. Daraus sei noch nicht auf eine Negierung des Rechtes des Kindes zu schließen. Nach Art 8 EMRK habe jedermann und somit auch das Kind Anspruch auf Achtung seines Familienlebens. Dazu gehöre auch der Kontakt zu beiden Elternteilen. Für einen Anspruch des Kindes auf Besuchsrechtsausübung spreche auch das Übereinkommen

über die Rechte des Kindes BGBl 1993/7 (Kinderrechtskonvention-KRK), dem Österreich beigetreten sei. Nach Art 9 Abs 3 des Übereinkommens sei das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu achten, soferne dies nicht dem Wohle des Kindes widerspreche. Zu diesem Artikel habe die österreichische Bundesregierung ausgeführt, daß der Konventionsbestimmung durch § 148 ABGB entsprochen werde. Die Bestimmungen der Konvention seien größtenteils durch die österreichische Rechtsordnung bereits "abgedeckt". Das Bundesministerium für Justiz habe eine Kommission eingesetzt, um die österreichische Gesetzeslage in bezug auf eine Anpassung an die Konventionsbestimmungen zu prüfen. Eine Notwendigkeit für Anpassungsänderungen sei nicht erkannt worden. Daraus sei zu folgern, daß ein Besuchsrechtsanspruch des Kindes nach der österreichischen Rechtslage zu bejahen sei, der allerdings gegen den erklärten Willen des nichtbetreuenden Elternteils nicht durchgesetzt werden könne. Mit Zwangsmaßnahmen (§ 19 AußStrG) sei nämlich dem Wohl des Kindes nicht gedient. Bei ernsthafter Weigerung des Elternteils habe eine "Titelschöpfung" nicht stattzufinden. Im fortzusetzenden Verfahren sei der Vater zu laden und mit dem Begehren des Kindes zu konfrontieren.Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Kindes Folge und hob den angefochtenen Beschluß zur Verfahrensergänzung auf. Es vertrat die Auffassung, daß der Kontakt des Kindes zum nichtbetreuenden Elternteil zum Wohl des Kindes beitrage und zu fördern sei. Ob das Kind gegenüber dem nichtbetreuenden Elternteil einen rechtlichen Anspruch darauf habe, daß es besucht werde, sei in der Lehre noch nicht erörtert worden. Das Besuchsrecht werde als Restbestand des Personenobsorgerechtes verstanden. Die Meinung des Kindes sei zu seinem Wohl zu berücksichtigen. Mündige Minderjährige könnten nicht zur Duldung eines Besuchsrechtes gezwungen werden. Bei der Regelung eines Besuchsrechtes sei ausschließlich davon auszugehen, ob das Wohl des Minderjährigen durch den Kontakt gefördert werden könne. Auf vermögensrechtliche Fragen, etwa in Richtung des Pflichtteilsrechtes nach Paragraph 773 a, ABGB, komme es nicht an. Nach zwei Lehrmeinungen (Harrer/Zitta, Familie und Recht 749 ff und Klein in ÖA 1992, 6) werde ein Besuchsrecht des Kindes aus Paragraph 137, Absatz 2, erster Halbsatz sowie aus Paragraph 178 a, ABGB abgeleitet. Beide Autoren lehnten aber eine Durchsetzung des Besuchsrechtes gegen den erklärten Willen des nicht obsorgeberechtigten Elternteils ab. Diesen Argumenten der Lehre sei zu folgen. Der Gesetzgeber habe nicht zum Ausdruck gebracht, daß er ein Besuchsrecht des Kindes als nicht gegeben erachte. Die Wortwahl des Paragraph 148, ABGB sei auf die Anlaßgesetzgebung zurückzuführen. Daraus sei noch nicht auf eine Negierung des Rechtes des Kindes zu schließen. Nach Artikel 8, EMRK habe jedermann und somit auch das Kind Anspruch auf Achtung seines Familienlebens. Dazu gehöre auch der Kontakt zu beiden Elternteilen. Für einen Anspruch des Kindes auf Besuchsrechtsausübung spreche auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes BGBl 1993/7 (Kinderrechtskonvention-KRK), dem Österreich beigetreten sei. Nach Artikel 9, Absatz 3, des Übereinkommens sei das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu achten, soferne dies nicht dem Wohle des Kindes widerspreche. Zu diesem Artikel habe die österreichische Bundesregierung ausgeführt, daß der Konventionsbestimmung durch Paragraph 148, ABGB entsprochen werde. Die Bestimmungen der Konvention seien größtenteils durch die österreichische Rechtsordnung bereits "abgedeckt". Das Bundesministerium für Justiz habe eine Kommission eingesetzt, um die österreichische Gesetzeslage in bezug auf eine Anpassung an die Konventionsbestimmungen zu prüfen. Eine Notwendigkeit für Anpassungsänderungen sei nicht erkannt worden. Daraus sei zu folgern, daß ein Besuchsrechtsanspruch des Kindes nach der österreichischen Rechtslage zu bejahen sei, der allerdings gegen den erklärten Willen des nichtbetreuenden Elternteils nicht durchgesetzt werden könne. Mit Zwangsmaßnahmen (Paragraph 19, AußStrG) sei nämlich dem Wohl des Kindes nicht gedient. Bei ernsthafter Weigerung des Elternteils habe eine "Titelschöpfung" nicht stattzufinden. Im fortzusetzenden Verfahren sei der Vater zu laden und mit dem Begehren des Kindes zu konfrontieren.

Das Rekursgericht sprach aus, daß der "ordentliche Revisionsrekurs" zugelassen werde. Zur strittigen Frage, ob ein Kind einen Besuchsrechtsanspruch gegenüber dem nichtbetreuenden Elternteil habe, liege keine oberstgerichtliche Rechtsprechung vor.

Mit seinem Rekurs beantragt der Vater die Abänderung dahin, daß der Beschluß des Erstgerichtes wiederhergestellt werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Das Kind erstattete eine Rekursbeantwortung.

Rechtliche Beurteilung

Das Gesetz normiert ausdrücklich nur ein Recht des Elternteils auf persönlichen Verkehrs mit dem Kind, nicht aber ein solches Recht des Kindes. Die Bejahung eines derartigen Anspruchs führt zwangsläufig zur Bejahung einer

entsprechenden Verpflichtung des Elternteils. Dazu liegt eine näher begründete oberstgerichtliche Rechtsprechung noch nicht vor. Der Rekurs des Vaters gegen den Aufhebungsbeschluß ist daher wegen Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 14 Abs 1 AußStrG zulässig.Das Gesetz normiert ausdrücklich nur ein Recht des Elternteils auf persönlichen Verkehrs mit dem Kind, nicht aber ein solches Recht des Kindes. Die Bejahung eines derartigen Anspruchs führt zwangsläufig zur Bejahung einer entsprechenden Verpflichtung des Elternteils. Dazu liegt eine näher begründete oberstgerichtliche Rechtsprechung noch nicht vor. Der Rekurs des Vaters gegen den Aufhebungsbeschluß ist daher wegen Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 14, Absatz eins, AußStrG zulässig.

Gemäß § 148 Abs 1 ABGB hat der Elternteil, dem die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes nicht zustehen, das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Das Gericht hat auf Antrag die Ausübung dieses Rechtes in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln oder nötigenfalls, besonders wenn die Beziehungen des Kindes zu dem Elternteil, bei dem es aufwächst, unerträglich gestört würden, ganz zu untersagen. Diese zu den Obsorgeregeln gehörige Bestimmung für eheliche Kinder gilt auch für uneheliche Kinder (§ 166 ABGB).Gemäß Paragraph 148, Absatz eins, ABGB hat der Elternteil, dem die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes nicht zustehen, das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Das Gericht hat auf Antrag die Ausübung dieses Rechtes in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln oder nötigenfalls, besonders wenn die Beziehungen des Kindes zu dem Elternteil, bei dem es aufwächst, unerträglich gestört würden, ganz zu untersagen. Diese zu den Obsorgeregeln gehörige Bestimmung für eheliche Kinder gilt auch für uneheliche Kinder (Paragraph 166, ABGB).

Beim Recht auf persönlichen Verkehr (kurz: Besuchsrecht) handelt es sich nach herrschender Auffassung um ein aus der Eltern-Kind-Beziehung abgeleitetes Grundrecht (Menschenrecht) des nichtbetreuenden Elternteils (EFSlg 53.875, 68.627 f, 71.652 uva; Pichler in Rummel, ABGB2 Rz 1 zu § 148), dessen Zweck darin besteht, den auf Blutsverwandtschaft beruhenden Zusammenhang aufrecht zu erhalten und eine Entfremdung zu verhindern (EFSlg 53.878, 68.624). Bei der gerichtlichen Regelung der Ausübung des Besuchsrechtes ist immer das Kindeswohl entscheidend (EFSlg 68.629 uva).Beim Recht auf persönlichen Verkehr (kurz: Besuchsrecht) handelt es sich nach herrschender Auffassung um ein aus der Eltern-Kind-Beziehung abgeleitetes Grundrecht (Menschenrecht) des nichtbetreuenden Elternteils (EFSlg 53.875, 68.627 f, 71.652 uva; Pichler in Rummel, ABGB2 Rz 1 zu Paragraph 148,), dessen Zweck darin besteht, den auf Blutsverwandtschaft beruhenden Zusammenhang aufrecht zu erhalten und eine Entfremdung zu verhindern (EFSlg 53.878, 68.624). Bei der gerichtlichen Regelung der Ausübung des Besuchsrechtes ist immer das Kindeswohl entscheidend (EFSlg 68.629 uva).

Wenn man im Sinne der herrschenden Meinung das Besuchsrecht des Elternteils als Grundrecht auffaßt, ist es nur naheliegend und in verfassungskonformer Gesetzesauslegung im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten, auch einen Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem Elternteil, bei dem es nicht aufwächst, anzuerkennen. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ergibt sich dies schon aus der für Eltern und (eheliche oder uneheliche) Kinder normierten gegenseitigen Beistandspflicht (§ 137 Abs 2 ABGB). Die Ausübung des Besuchsrechtes ist grundsätzlich als dem Kindeswohl förderlich anzusehen. Ein Bedürfnis des Kindes auf entsprechenden unmittelbaren Kontakt mit dem Elternteil kann im allgemeinen bejaht werden.Wenn man im Sinne der herrschenden Meinung das Besuchsrecht des Elternteils als Grundrecht auffaßt, ist es nur naheliegend und in verfassungskonformer Gesetzesauslegung im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes geboten, auch einen Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem Elternteil, bei dem es nicht aufwächst, anzuerkennen. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ergibt sich dies schon aus der für Eltern und (eheliche oder uneheliche) Kinder normierten gegenseitigen Beistandspflicht (Paragraph 137, Absatz 2, ABGB). Die Ausübung des Besuchsrechtes ist grundsätzlich als dem Kindeswohl förderlich anzusehen. Ein Bedürfnis des Kindes auf entsprechenden unmittelbaren Kontakt mit dem Elternteil kann im allgemeinen bejaht werden.

Daß den Elternteil auch eine Verpflichtung zur Ausübung des Besuchsrechtes trifft, wird in Österreich in den vom Rekursgericht zitierten Lehrmeinungen vertreten (Ebert in JBl 1995, 69 [79] FN 93; Klein in ÖA 1992, 6; Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Familie und Recht (1992) 749 ff).

Auch in Deutschland bejaht die jüngere Lehre bei vergleichbarer Rechtslage (§ 1634 dBGB normiert das dem§ 148 ABGB vergleichbare Besuchsrecht des Elternteils; § 1618a dBGB normiert die gegenseitige Beistandspflicht zwischen Eltern und Kind) mehrheitlich dem Grunde nach einen Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr und eine entsprechende Umgangspflicht des Elternteils (Peschel-Gutzeit in Staudinger, BGB12 Rz 24 zu § 1634; Hinz in Münchner Kommentar3 Rz 1a zu § 1634; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht4 1063 f), während die deutsche

Rechtsprechung - allerdings ohne nähere Begründung und Auseinandersetzung mit der Lehre - einen gegenteiligen Standpunkt einnimmt (BGH in FamRZ 1984, 778; OLG Düsseldorf in FamRZ 1986, 202).Auch in Deutschland bejaht die jüngere Lehre bei vergleichbarer Rechtslage (Paragraph 1634, dBGB normiert das dem Paragraph 148, ABGB vergleichbare Besuchsrecht des Elternteils; Paragraph 1618 a, dBGB normiert die gegenseitige Beistandspflicht zwischen Eltern und Kind) mehrheitlich dem Grunde nach einen Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr und eine entsprechende Umgangspflicht des Elternteils (Peschel-Gutzeit in Staudinger, BGB12 Rz 24 zu Paragraph 1634 ;, Hinz in Münchner Kommentar3 Rz 1a zu Paragraph 1634 ;, Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht4 1063 f), während die deutsche Rechtsprechung - allerdings ohne nähere Begründung und Auseinandersetzung mit der Lehre - einen gegenteiligen Standpunkt einnimmt (BGH in FamRZ 1984, 778; OLG Düsseldorf in FamRZ 1986, 202).

Nach Ansicht des erkennenden Senates ist für den österreichischen Rechtsbereich der Meinung der Vorzug zu geben, daß ein Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem Elternteil besteht. Es wäre ein nicht vertretbarer Wertungswiderspruch, diesen Kontakt nur unter dem Gesichtspunkt des nach § 148 ABGB berechtigten Elternteils als dem Kindeswohl förderlich zu erachten, einen eigenen Anspruch des Kindes aber zu verneinen. Ein solcher Standpunkt entspräche nicht der aus § 137 Abs 2 ABGB ableitbaren Absicht des Gesetzgebers. Zutreffend verweist das Rekursgericht zur Stützung seiner Ansicht auch auf die Kinderrechtskonvention, in der ausdrücklich auf das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen hingewiesen wird. Wenn diese Konvention auch keinen unmittelbaren Anspruch des Kindes schafft, geht doch daraus klar die Absicht des Gesetzgebers hervor, den erwähnten Anspruch des Kindes zu wahren. Auch ohne weitere Umsetzung der KRK durch innerstaatliche Normen kann nach Ansicht des erkennenden Senates schon de lege lata eine Verpflichtung des Elternteils zur Kontaktpflege mit den Kindern, die nicht bei ihm aufwachsen, bejaht werden. Zwangsläufig ergibt sich daraus eine korrespondierende Verpflichtung des Elternteils.Nach Ansicht des erkennenden Senates ist für den österreichischen Rechtsbereich der Meinung der Vorzug zu geben, daß ein Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem Elternteil besteht. Es wäre ein nicht vertretbarer Wertungswiderspruch, diesen Kontakt nur unter dem Gesichtspunkt des nach Paragraph 148, ABGB berechtigten Elternteils als dem Kindeswohl förderlich zu erachten, einen eigenen Anspruch des Kindes aber zu verneinen. Ein solcher Standpunkt entspräche nicht der aus Paragraph 137, Absatz 2, ABGB ableitbaren Absicht des Gesetzgebers. Zutreffend verweist das Rekursgericht zur Stützung seiner Ansicht auch auf die Kinderrechtskonvention, in der ausdrücklich auf das Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen hingewiesen wird. Wenn diese Konvention auch keinen unmittelbaren Anspruch des Kindes schafft, geht doch daraus klar die Absicht des Gesetzgebers hervor, den erwähnten Anspruch des Kindes zu wahren. Auch ohne weitere Umsetzung der KRK durch innerstaatliche Normen kann nach Ansicht des erkennenden Senates schon de lege lata eine Verpflichtung des Elternteils zur Kontaktpflege mit den Kindern, die nicht bei ihm aufwachsen, bejaht werden. Zwangsläufig ergibt sich daraus eine korrespondierende Verpflichtung des Elternteils.

Vom Rechtsanspruch des Kindes und der Rechtspflicht des Elternteils zu unterscheiden ist die konkrete Ausübung des persönlichen Verkehrs und dessen Durchsetzbarkeit. Dazu ist folgendes auszuführen:

Ein Bedürfnis zur Regelung der Besuchsrechtsausübung entsteht üblicherweise bei diesbezüglichen Differenzen zwischen den Eltern, allenfalls (auch) dem mündigen Kind. Auf den Willen unmündiger Minderjähriger kommt es bei der Besuchsrechtsregelung nach ständiger Rechtsprechung nicht an (EFSlg 74.998). Eine Versagung der Besuchsrechtsausübung käme nur bei einer Gefährdung des Kindeswohls in Frage. Den obsorgepflichtigen Elternteil trifft die Pflicht, das Kind auf den Besuch des anderen Elternteils vorzubereiten. Einer Verletzung dieser Verpflichtung kann allenfalls mit Zwangsmaßnahmen begegnet werden. In diesem Sinn ist die Besuchsrechtsausübung durchsetzbar. Anders verhält es sich nach ständiger oberstgerichtlicher Judikatur aber in den Fällen, wo der bereits mündige Minderjährige den persönlichen Verkehr mit dem antragstellenden Elternteil (und sei es auch völlig unbegründet) ablehnt. Gegenüber mündigen Minderjährigen soll kein Zwang ausgeübt werden (EFSlg 45.737, 53.911 uva; zuletzt 7 Ob 1547/94 = EFSlg 75.001; Pichler aaO Rz 3; Schwimann, ABGB Rz 2 zu § 148). Ein mit Zwangsmitteln gegen den Willen des Minderjährigen durchgesetzter persönlicher Verkehr widerspricht dem Kindeswohl. Wegen der bei mündigen Minderjährigen vorauszusetzenden Einsicht und Urteilsfähigkeit kommt der Ablehnung des Besuchsrechtes durch das Kind entscheidende Bedeutung zu. Dies muß aber umgekehrt auch gelten, wenn der eigenberechtigte Elternteil sein Besuchsrecht nicht ausüben will. Der Oberste Gerichtshof hat in einem vergleichbaren Fall schon ausgesprochen, daß dem besuchsunwilligen Vater ein Verweigerungsrecht zugestanden werden muß (7 Ob

1547/94). Die Durchsetzbarkeit des Besuchsrechtes eines Elternteils zu einem unmündigen Minderjährigen kann wegen dessen eingeschränkter Urteilsfähigkeit durchaus sinnvoll sein, nicht aber bei Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch verständige Beteiligte (des mündigen Minderjährigen oder des eigenberechtigten Elterteils). Zur Anerkennung eines Ablehnungsrechtes des Elternteils wird in der schon zitierten Meinung Ferrari-Hofmann-Wellenhofs folgendes ausgeführt:Ein Bedürfnis zur Regelung der Besuchsrechtsausübung entsteht üblicherweise bei diesbezüglichen Differenzen zwischen den Eltern, allenfalls (auch) dem mündigen Kind. Auf den Willen unmündiger Minderjähriger kommt es bei der Besuchsrechtsregelung nach ständiger Rechtsprechung nicht an (EFSlg 74.998). Eine Versagung der Besuchsrechtsausübung käme nur bei einer Gefährdung des Kindeswohls in Frage. Den obsorgepflichtigen Elternteil trifft die Pflicht, das Kind auf den Besuch des anderen Elternteils vorzubereiten. Einer Verletzung dieser Verpflichtung kann allenfalls mit Zwangsmaßnahmen begegnet werden. In diesem Sinn ist die Besuchsrechtsausübung durchsetzbar. Anders verhält es sich nach ständiger oberstgerichtlicher Judikatur aber in den Fällen, wo der bereits mündige Minderjährige den persönlichen Verkehr mit dem antragstellenden Elternteil (und sei es auch völlig unbegründet) ablehnt. Gegenüber mündigen Minderjährigen soll kein Zwang ausgeübt werden (EFSlg 45.737, 53.911 uva; zuletzt 7 Ob 1547/94 = EFSlg 75.001; Pichler aaO Rz 3; Schwimann, ABGB Rz 2 zu Paragraph 148,). Ein mit Zwangsmitteln gegen den Willen des Minderjährigen durchgesetzter persönlicher Verkehr widerspricht dem Kindeswohl. Wegen der bei mündigen Minderjährigen vorauszusetzenden Einsicht und Urteilsfähigkeit kommt der Ablehnung des Besuchsrechtes durch das Kind entscheidende Bedeutung zu. Dies muß aber umgekehrt auch gelten, wenn der eigenberechtigte Elternteil sein Besuchsrecht nicht ausüben will. Der Oberste Gerichtshof hat in einem vergleichbaren Fall schon ausgesprochen, daß dem besuchsunwilligen Vater ein Verweigerungsrecht zugestanden werden muß (7 Ob 1547/94). Die Durchsetzbarkeit des Besuchsrechtes eines Elternteils zu einem unmündigen Minderjährigen kann wegen dessen eingeschränkter Urteilsfähigkeit durchaus sinnvoll sein, nicht aber bei Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch verständige Beteiligte (des mündigen Minderjährigen oder des eigenberechtigten Elterteils). Zur Anerkennung eines Ablehnungsrechtes des Elternteils wird in der schon zitierten Meinung Ferrari-Hofmann-Wellenhofs folgendes ausgeführt:

"Welchen Sinn hätte es, zB den nicht obsorgeberechtigten Vater, der an persönlichem Kontakt mit dem Kind nicht interessiert ist, zu zwingen (etwa mit den Mitteln des § 19 Abs 1 AußStrG), sein Kind in regelmäßigen Abständen zu treffen? Solche Zusammenkünfte dürften sich für das Kind wenig erfreulich gestalten, sodaß die zwangsweise Durchsetzung eines etwaigen Besuchsrechtes des Kindes wohl nicht dem Kindeswohl entsprechen, sondern ihm vielmehr zuwiderlaufen würde" (aaO 751). Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Der aus der Beistandspflicht des § 137 Abs 2 ABGB abgeleitete Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem nichtbetreuenden Elternteil ist nicht durchsetzbar. § 137 Abs 2 ABGB gewährt kein unmittelbares Verfolgungsrecht (Pichler aaO Rz 4 zu § 137). Eine anständige, von gegenseitiger Achtung und Zuneigung getragene Begegnung kann nicht erzwungen werden. Diese Ansicht wird auch in den zitierten deutschen (Gernhuber/Coester-Waltjen aaO 1064; Hinz aaO Rz 12) und österreichischen Lehrmeinungen (Klein aaO; Ferrari-Hofmann-Wellenhof aaO) vertreten. Das Rekursgericht ist dieser Ansicht frei von Rechtsirrtum gefolgt und hat seine Rechtsansicht dem Erstgericht zutreffend überbunden. Vor der Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch den Vater ist das durch seine Mutter vertretene Kind legitimiert, einen Antrag auf Besuchsregelung zu stellen (7 Ob 610/93). Der Fürsorgecharakter des Pflegschaftsverfahrens gebietet es, daß das Gericht zur Wahrung des Kindeswohls auf den Vater einwirkt und eine positive Stellungnahme zu erreichen sucht. Erst wenn feststeht, daß der Vater (nach Belehrung) der Besuchsrechtsausübung ablehnend gegenübersteht, ist die Sache im Sinne einer Abweisung der Anträge des Kindes spruchreif. Der gegen den Aufhebungsbeschluß des Rekursgerichtes gerichtete Rekurs des Vaters ist daher nicht berechtigt."Welchen Sinn hätte es, zB den nicht obsorgeberechtigten Vater, der an persönlichem Kontakt mit dem Kind nicht interessiert ist, zu zwingen (etwa mit den Mitteln des Paragraph 19, Absatz eins, AußStrG), sein Kind in regelmäßigen Abständen zu treffen? Solche Zusammenkünfte dürften sich für das Kind wenig erfreulich gestalten, sodaß die zwangsweise Durchsetzung eines etwaigen Besuchsrechtes des Kindes wohl nicht dem Kindeswohl entsprechen, sondern ihm vielmehr zuwiderlaufen würde" (aaO 751). Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Der aus der Beistandspflicht des Paragraph 137, Absatz 2, ABGB abgeleitete Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit dem nichtbetreuenden Elternteil ist nicht durchsetzbar. Paragraph 137, Absatz 2, ABGB gewährt kein unmittelbares Verfolgungsrecht (Pichler aaO Rz 4 zu Paragraph 137,). Eine anständige, von gegenseitiger Achtung und Zuneigung getragene Begegnung kann nicht erzwungen werden. Diese Ansicht wird auch in den zitierten deutschen (Gernhuber/Coester-Waltjen aaO 1064; Hinz aaO Rz 12) und österreichischen Lehrmeinungen (Klein aaO; Ferrari-Hofmann-Wellenhof aaO) vertreten. Das

Rekursgericht ist dieser Ansicht frei von Rechtsirrtum gefolgt und hat seine Rechtsansicht dem Erstgericht zutreffend überbunden. Vor der Ablehnung der Besuchsrechtsausübung durch den Vater ist das durch seine Mutter vertretene Kind legitimiert, einen Antrag auf Besuchsregelung zu stellen (7 Ob 610/93). Der Fürsorgecharakter des Pflegschaftsverfahrens gebietet es, daß das Gericht zur Wahrung des Kindeswohls auf den Vater einwirkt und eine positive Stellungnahme zu erreichen sucht. Erst wenn feststeht, daß der Vater (nach Belehrung) der Besuchsrechtsausübung ablehnend gegenübersteht, ist die Sache im Sinne einer Abweisung der Anträge des Kindes spruchreif. Der gegen den Aufhebungsbeschluß des Rekursgerichtes gerichtete Rekurs des Vaters ist daher nicht berechtigt.

Die Rekursbeantwortung ist unzulässig. Das Rekursverfahren in außerstreitigen Rechtssachen ist außer in den hier nicht vorliegenden gesetzlichen Ausnahmefällen einseitig. Unter dem Gesichtspunkt der Neuerungserlaubnis (§ 10 AußStrG) könnte eine Rechtsmittelgegenschrift nur zu Rekursen für zulässig erachtet werden, die zulässige Neuerungen enthalten (7 Ob 653/89 mwN). Derartiges liegt hier nicht vor, weil der Rekurs des Vaters auf der Basis eines an sich unstrittigen Sachverhalts nur Rechtsausführungen enthält.Die Rekursbeantwortung ist unzulässig. Das Rekursverfahren in außerstreitigen Rechtssachen ist außer in den hier nicht vorliegenden gesetzlichen Ausnahmefällen einseitig. Unter dem Gesichtspunkt der Neuerungserlaubnis (Paragraph 10, AußStrG) könnte eine Rechtsmittelgegenschrift nur zu Rekursen für zulässig erachtet werden, die zulässige Neuerungen enthalten (7 Ob 653/89 mwN). Derartiges liegt hier nicht vor, weil der Rekurs des Vaters auf der Basis eines an sich unstrittigen Sachverhalts nur Rechtsausführungen enthält.

Anmerkung

E45815 06A23986

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1997:0060OB02398.96G.0410.000

Dokumentnummer

JJT_19970410_OGH0002_0060OB02398_96G0000_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