

# TE OGH 1992/6/9 1Ob580/92

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.06.1992

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann, Dr.Schlosser, Dr.Graf und Dr.Schiemer als weitere Richter in der Pflegschaftssache des mj. Mario S\*\*\*\*\*, geboren am 13.November 1988, infolge Revisionsrekurses des Vaters Anton S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Richard Stengg, Rechtsanwalt in Oberwart, gegen den Beschuß des Landesgerichtes Eisenstadt als Rekursgericht vom 9.April 1992, Gz R 446/92-32, womit der Beschuß des Bezirksgerichtes Mattersburg vom 21.Februar 1992, GZ P 57/90-29, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß der Antrag der Mutter, ihr die Obsorge für das Kind zu übertragen, abgewiesen wird.

## **Text**

Begründung:

Die Ehe der Eltern wurde am 15.10.1990 gemäß § 55 a EheG geschieden. Im Scheidungsfolgenvergleich vom 15.10.1990 einigten sich die Eltern darauf, daß die Obsorge für das Kind dem Vater zustehen solle; dieser Vergleich wurde pflegschaftsgerichtlich genehmigt.

Am 20.6.1991 beantragte die Mutter die Übertragung der Obsorge an sie. Zur Begründung des Antrags brachte sie vor, sie habe der Übertragung der Obsorge an den Vater deshalb zugestimmt, weil dieser damals über die besseren Betreuungsmöglichkeiten verfügt habe. Nun sei sie wieder verheiratet und besitze eine 52 m<sup>2</sup> große Wohnung. Sie sei im 6. Monat schwanger und werde nach der Entbindung keiner Beschäftigung mehr nachgehen. Sie sei überzeugt, daß sie dem Kind in Hinkunft eine "bessere Erziehung und Betreuung" bieten könne als der Vater, der die Erziehung und Betreuung seiner Mutter überlasse.

Der Vater sprach sich gegen diesen Antrag aus und wendete ein, er könne sich gemeinsam mit seinen Eltern der Betreuung widmen und habe schon bisher bewiesen, daß er zu einer gedeihlichen Erziehung imstande sei; die Mutter müßte dies dagegen erst unter Beweis stellen. Im übrigen würde es dem Kind zum Nachteil gereichen, würde es aus seiner gewohnten Umgebung herausgerissen.

Die Bezirkshauptmannschaft Mattersburg (Jugendamt) befürwortete die Überlassung der Obsorge an die Mutter, weil diese nun imstande sei, das Kind unter der Aufsicht durch das zuständige Jugendamt zu betreuen. Sie habe um ihr Kind "gekämpft und dafür gesorgt", daß sie ihm "bessere Verhältnisse bieten" könne. Dem stehe wohl eine "gut

gemeinte Betreuung" durch die Familie des Vaters gegenüber, der jedoch nach "gut überlegter" Meinung des Jugendamtes die leibliche Mutter vorzuziehen sei.

Das Erstgericht gab dem Antrag der Mutter statt. Sie erwecke "gegenüber früher" einen "gefestigteren, besonneneren" Eindruck und hege nicht nur die besten Absichten, sondern sie sei auch dazu fähig, ihr Kind zu erziehen; die Unterstützung durch das Jugendamt sei dabei nicht nur Hilfestellung, sondern auch Kontrolle. Da die Mutter ihr Kind nun selbst betreuen könne, sei es für das Kind "sicher besser", wenn es bei ihr aufwachse; bei sonst gleichen Vehrältnissen sei nämlich der Mutter der Vorzug zu geben.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte diesen Beschuß und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Soweit der Vater Nichtigkeit geltend mache, weil die Eltern von einer Rechtpflegeranwärterin vernommen wurden, sei ihm entgegenzuhalten, daß der Richter im Pflegschaftsverfahren selbst mehrere Vernehmungen durchgeführt und am 26.7.1991 Erhebungen angeordnet habe. Da der Richter die Eltern mehrmals selbst vernommen habe, habe er von ihnen einen ausreichenden persönlichen Eindruck gewinnen können; seine darauf gestützten Feststellungen begegneten deshalb keinen Bedenken. Aus der Stellungnahme des Jugendamtes vom 4.9.1991 ergebe sich, daß die derzeitigen Erziehungsverhältnisse nicht befriedigend seien. Die Großmutter väterlicherseits "setze ein Verhalten", das nicht zum Wohle des Kindes sei. Die Beeinflussung des Kindes gehe so weit, daß es unbedacht Schimpfwörter an seine Mutter richte. Zwar stellten die Kontinuität und Stabilität der Erziehung hohe Werte dar, sodaß die Erziehungsverhältnisse nur dann geändert werden dürften, wenn dies im Kindesinteresse dringend geboten sei, das treffe im vorliegenden Fall jedoch zu.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der vom Vater dagegen erhobene außerordentliche Revisionsrekurs ist nicht nur zulässig, weil das Gericht zweiter Instanz bei seiner Entscheidung - wie noch zu zeigen sein wird - von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist (§ 14 Abs 1 AußStrG), sondern auch berechtigt.

Mit der Nichtigkeitsrügen macht der Vater - wie schon in zweiter Instanz - erneut geltend, das erstgerichtliche Verfahren sei - entgegen § 19 Abs 2 Z 2 RPflG - vom Rechtpfleger bzw Rechtpflegeranwärter geführt worden. Abgesehen davon, daß dieses Vorbringen zum Teil nachgerade aktenwidrig ist, weil der Richter nicht bloß die (bekämpfte) Entscheidung selbst getroffen, sondern auch das vorangegangene Verfahren zum Teil selbst durchgeführt hat, ist dem Obersten Gerichtshof aus nachstehenden Erwägungen die sachliche Prüfung dieser Rügen verwehrt:

Aus § 519 Abs 1 Z 1 ZPO ist für das Berufungsverfahren abzuleiten, daß die Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz, mit der es die wegen Nichtigkeit erhobene Berufung verworfen hat, nicht angefochten werden kann (MietSlg 38/41 uva). Der Oberste Gerichtshof vertritt aber darüber hinaus für alle der Zivilprozeßordnung unterworfenen Verfahren, selbst soweit sie vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind, die Ansicht (JBl 1989, 389; 5 Ob 530/91 ua), daß die Nichtigkeit im Rekursverfahren nicht anders behandelt werden dürfe als im Berufungsverfahren. Es wäre ein Wertungswiderspruch, könnten zwar die Verwerfung der Berufung wegen Nichtigkeit und die Ablehnung der Klagsurückweisung nicht weiter angefochten, könnte dagegen aber ein inhaltsgleiches Rechtsschutzbegehren im Rekursverfahren an die dritte Instanz herangetragen werden (9 Ob A 98/91). Nach dem Ergebnis des wenigstens in diesem Umfang gebotenen Analogieschlusses darf der Oberste Gerichtshof somit eine Nichtigkeit, deren Vorliegen das Gericht zweiter Instanz verneinte, auch aufgrund eines Rekurses nicht mehr wahrnehmen; das muß jedenfalls für die Bekämpfung solcher rekursgerichtlicher Beschlüsse gelten, mit denen über Sachanträge bzw Rechtsschutzbegehren von Parteien abgesprochen wurde (vgl hiezu Fasching, LB2 Rz 1969).

Diese Anfechtungsbeschränkung muß sich dann aber wohl auch auf solche im Verfahren außer Streitsachen ergangenen Beschlüsse erstrecken, deren Gegenstand ein Sachantrag oder ein sonstiges Rechtsschutzbegehren einer Partei ist, ist doch durch Art I WGN 1989 der Rechtszug zum Obersten Gerichtshof in dieser Verfahrensart einer grundlegenden Wandlung unterworfen worden. Die Neuordnung des Revisionsrekurses orientiert sich nämlich im wesentlichen an den Grundsätzen der Zivilprozeßordnung (Petrusch in ÖJZ 1989, 752; vgl auch JAB, 991 BlgNr 17. GP, 58 ff). Die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1989 beseitigte entsprechend den Neuerungen im Revisionsrecht (va § 502 ZPO) im Verfahren außer Streitsachen nicht nur die unterschiedliche Anfechtbarkeit abändernder bzw bestätigender zweitinstanzlicher Entscheidungen (§§ 14 und 16 AußStrG aF), sondern band in dieser Verfahrensart die Anrufung des Obersten Gerichtshofes ebenso wie die Bekämpfbarkeit berufungsgerichtlicher Urteile daran, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes - wenigstens im Regelfall - den Schwellenwert von S 50.000 übersteigt und die

Entscheidung von der Lösung (zumindest) einer erheblichen Rechtsfrage abhängt (§ 14 AußStrG bzw § 520 ZPO). Ebenso wurden auch die Revisionsrekursgründe im § 15 AußStrG den im § 503 ZPO erschöpfend aufgezählten Revisionsgründen nachgebildet (JAB aaO 61). So wie daher die Revision gemäß § 503 Z 1 ZPO nur begehrt werden kann, wenn das Urteil des Berufungsgerichtes wegen eines der im § 477 ZPO bezeichneten Mängel nichtig ist, kann gemäß § 15 Z 1 AußStrG in einem Revisionsrekurs im Verfahren außer Streitsachen nur geltend gemacht werden, daß der Beschuß des Rekursgerichtes nichtig ist. Schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmung fallen deshalb Nichtigkeiten, die nur dem erstinstanzlichen Verfahren anhaften, nicht aber auch auf das zweitinstanzliche Verfahren fortwirken, wie etwa - wie hier behauptet - die Führung des Verfahrens durch den Rechtspfleger (oder gar Rechtspflegeranwärter) anstatt des Richters, nicht unter den Anfechtungsgrund des § 15 Z 1 AußStrG. Es wäre aber auch sonst nicht einzusehen, weshalb die Anfechtung wegen einer Nichtigkeit im Verfahren außer Streitsachen weitergezogen werden sollte als nach der dafür vorbildlichen Bestimmung der Zivilprozeßordnung. W. Kralik (JBl 1991, 290), der auf diese Umstände ausdrücklich hinweist, hält diesem Auslegungsergebnis allerdings entgegen, daß die Beschränkung auf mit Nichtigkeit bedrohte Verfahrensfehler bloß der zweiten Instanz mit dem auch für die Zivilprozeßordnung maßgeblichen Grundsatz im Widerspruch stehe, daß Nichtigkeiten auch der ersten Instanz in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen auch dann wahrzunehmen seien, wenn sie von der zweiten Instanz übersehen wurden; diese Einschränkung hätte man besser weglassen sollen. Eine Auseinandersetzung mit diesem Argument, das von der Rechtsprechung zu § 503 Z 1 ZPO nicht geteilt wird (SZ 59/104 uva), bedarf es im vorliegenden Fall aber schon deshalb nicht, weil schon das Rekursgericht die behauptete Nichtigkeit sachlich geprüft, aber nicht für gegeben erachtet hat. Die Ausdehnung der sich aus § 503 Z 1 ZPO ergebenden Anfechtungsbeschränkung auch auf das außerstreitige Rechtsmittelverfahren dritter Instanz begegnet im übrigen auch unter dem Gesichtspunkt des diese Verfahrensart beherrschenden Untersuchungsgrundsatzes keinen Bedenken, beherrscht dieser Verfahrensgrundsatz die Prüfung von Nichtigkeitsgründen doch auch im streitigen Verfahren, weil Nichtigkeitsfehler nicht nur von Amts wegen wahrzunehmen, sondern die zu deren Prüfung nötigen Erhebungen auch von Amts wegen ohne Bindung an Parteianträge zu veranlassen sind. Bei nunmehr gleicher Rechtslage lassen sich keine stichhäftigen Gründe dafür finden, behauptete Nichtigkeiten erster Instanz, die nicht auch dem rekursgerichtlichen Verfahren anhaften, deren Vorliegen das Gericht zweiter Instanz jedoch verneint hat, als Gegenstand neuerlicher Anfechtung zwar nicht im Streitverfahren, wohl aber im außerstreitigen Verfahren zuzulassen. Auf die Nichtigkeitsrüge des Vaters ist deshalb nicht weiter einzugehen.

Berechtigt erweist sich jedoch dessen Rechtsrüge. Ihm steht aufgrund eines pflegschaftsgerichtlich genehmigten gerichtlichen Vergleiches die Obsorge für das Kind zu. Nach ständiger Rechtsprechung (EFSIg 62.864; SZ 51/136 uva; Pichler in Rummel, ABGB2 § 177 Rz 2) darf die Obsorge nur dann auf den anderen Elternteil übertragen werden, wenn die Voraussetzungen des § 176 Abs 1 ABGB - also die Gefährdung des Kindeswohls - gegeben sind, der Obsorgeberechtigte demnach die elterlichen Pflichten subjektiv gröblich vernachlässigt oder wenigstens objektiv nicht erfüllt hat (SZ 53/142 uva; Pichler aaO § 176 Rz 1). Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen, sodaß die Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als äußerste Notmaßnahme angeordnet werden darf (EFSIg 62.865 uva). Vor allem dürfen Vorkehrungen im Sinne des § 176 ABGB nicht schon dann getroffen werden, wenn die Verhältnisse beim anderen Elternteil zwar an sich besser wären, die Pflege und Erziehung durch den Obsorgeberechtigten aber keinen Anlaß zur Besorgnis bieten (EFSIg 51.284 ua).

Die Mutter hat die Übetrugung der Obsorge an sie bloß deshalb beantragt, weil sie nun in gesicherten Verhältnissen lebe und das Kind deshalb bei ihr besser aufgehoben sei als beim Vater. Gründe, die einen Obsorgewechsel nach den vorher dargestellten Kriterien rechtfertigten, hat sie dagegen nicht behauptet. Das Erstgericht hat denn auch die Übertragung der Obsorge an die Mutter lediglich damit begründet, daß der Mutter bei sonst gleichen Verhältnissen der Vorzug gebühre. Soweit das überhaupt zutrifft - entsprechende Erhebungen hat das Erstgericht, sieht man von dem kurorischen Bericht des Jugendamtes ab, gar nicht angestellt -, kann das aber nur für die erstmalige Zuteilung der Obsorge von Bedeutung sein, rechtfertigt aber nicht deren Wechsel. Das Rekursgericht beruft sich zu Unrecht auf vom zuständigen Jugendamt referierte Umstände bei der Erziehung durch den Vater (bzw dessen Eltern). Abgesehen davon, daß auch im Bericht des Jugendamtes von einer gut gemeinten Betreuung durch den Vater und dessen Familie die Rede ist, fehlt darin ein verlässlicher, weil belegter Hinweis auf eine Gefährdung des Kindeswohls, würde das Kind weiterhin beim Vater bleiben; auch das Jugendamt meint letztlich nur, nach seiner "gut überlegten" Meinung sei "die

leibliche Mutter vorzuziehen". Abgesehen davon, daß diese Wertung einer überprüfbaren Begründung ermangelt, führt selbst das Jugendamt bloß Erwägungen ins Treffen, die nur bei der Erstzuteilung der Obsorge von Bedeutung sein könnten.

Da von zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Notvorkehrungen keine Rede sein kann, ist der Antrag der Mutter in Abänderung der vorinstanzlichen Beschlüsse abzuweisen, ohne daß noch auf die weiters geltend gemachten Anfechtungsgründe der Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens und der Aktenwidrigkeit eingegangen werden müßte.

**Anmerkung**

E29152

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:0010OB00580.92.0609.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19920609\_OGH0002\_0010OB00580\_9200000\_000

**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](http://www.jusline.at)