

# TE OGH 1990/9/26 20b598/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Vogel, Dr.Melber, Dr.Kropfitsch und Dr.Zehetner als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Philipp Xaver Ludwig E\*\*\*, geboren am 30.April 1986, Obsmarktstraße 14, 5760 Saalfelden, infolge Revisionsrekurses der Mutter Ursula E\*\*\*, Obsmarktstraße 14, 5760 Saalfelden, vertreten durch Dr.Peter Rothart, Rechtsanwalt in Saalfelden, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Salzburg als Rekursgericht vom 12.Juli 1990, GZ 22a R 93/90-37, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Saalfelden vom 11.Juni 1990, GZ P 85/86-32, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Philipp Xaver E\*\*\* ist ebenso wie seine uneheliche Mutter Ursula Christine E\*\*\* deutscher Staatsbürger, beide haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Saalfelden. Der Vater Franz Josef K\*\*\* ist italienischer Staatsangehöriger und hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Bozen.

Mit Beschluß des Erstgerichtes vom 20.11.1989, ON 26, wurde dem Vater ein Besuchsrecht eingeräumt, und zwar in Abständen von 8 Wochen am Samstag/Sonntag, bei Verschiebungsmöglichkeiten in dringenden Fällen, jeweils in der Dauer von 8 Stunden, es wurde ihm die Möglichkeit eingeräumt, sich durch jeweils zwei Stunden allein mit seinem Sohn zu beschäftigen und weiters, daß er bei Urlaubsaufenthalten in der Nähe von Saalfelden in der Dauer von einer Woche seinen Sohn täglich bis zwei Stunden und bei Urlaubsaufenthalten in der Dauer von zwei Wochen seinen Sohn jeden 2. Tag eine Stunde besuchen kann. Bei dieser Entscheidung ging das Erstgericht von folgendem wesentlichen Sachverhalt aus:

Der minderjährige Philipp Xaver Ludwig E\*\*\* wächst bei seiner Mutter in Saalfelden auf, wird jedoch hauptsächlich von seiner mütterlichen Großmutter Helene E\*\*\* betreut und erzogen. Bei dem Minderjährigen handelt es sich um ein altersgemäß entwickeltes Kleinkind mit ansprechendem Äußeren und gewinnendem Kontaktverhalten. In seiner Grundstimmung wirkt er positiv und fröhlich, ist gut begabt und wird entsprechend gefördert und versorgt. Die Mutter wirkt vom Typ her aufgrund der nicht verarbeiteten Partnerschaft, vor allem in starker Abwehrhaltung in bezug auf das Besuchsrecht des Vaters, sehr angespannt. Angst gegenüber seinem unehelichen Vater, der vom Typ her eher ruhig und geduldig ist, zeigt das Kind nicht. Der Vater ist in der Lage, sich mit seinem Sohn zu beschäftigen und mit ihm auch

einen kleinen Spaziergang allein zu unternehmen. Bei seinen Besuchen wird er im Kontakt mit seinem Sohn sehr stark von der Mutter und der mütterlichen Großmutter überwacht, um ihm nicht die Möglichkeit zu der weitgehend unbegründet befürchteten Beeinflussung des Kindes zu geben. Dies führt zu einer gespannten Atmosphäre bei den Besuchen des Vaters.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt damals dahin, bei der Besuchsrechtsregelung handle es sich nicht um eine Schutzmaßnahme im Sinne des Haager Minderjährigenschutzübereinkommens. Gemäß § 25 Abs 2 IPRG sei deutsches Recht anzuwenden. Nach § 1705 BGB stehe das nichteheliche Kind unter der Sorge der Mutter, die auch gemäß § 1711 Abs 1 BGB den Umgang mit dem Vater bestimme. Wenn es dem Wohl des Kindes diene, könne das Vormundschaftsgericht entscheiden, daß dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang zustehe, dieses Gericht regle auch den Umfang dieser Befugnis. Ein persönlicher Umgang mit dem nicht sorgeberechtigten Vater diene dem Wohl des Kindes, sofern nicht dessen Belange gefährdet würden. Dies sei hier nicht der Fall. Am 26.3.1990 stellte der Vater den Antrag, ihm ab September 1990 ein monatliches Besuchsrecht zu seinem Sohn und darüber hinaus, unter Beibehaltung der Besuchsrechtsregelung, das Urlaubsbesuchsrecht dahin auszudehnen, daß er bei Urlauben in der Dauer von einer Woche seinen Sohn täglich vier Stunden besuchen dürfe.

Die Mutter beantragte die Abweisung dieses Antrages mit der Begründung, der Vater habe sein Besuchsrecht bisher derart ausgeübt, daß es eher zum Schaden als zum Nutzen des Kindes wäre. Das Kind zeige nach den Besuchen seines Vaters massive Verhaltensstörungen, die sich durch "Stuhlverhaltungen" und "Bettnässen" dokumentierten. Es dauere jeweils zwei Wochen, bis sich das Kind nach den Besuchen des Vaters wieder einigermaßen beruhigt hätte; der Bub könne sich dann von seiner Mutter fast nicht mehr trennen, würde am liebsten den ganzen Vormittag am Gartentor warten, bis seine Mutter wieder zurückkomme. Der Vater übe bei seinen Besuchen auf seinen etwa vier Jahre alten Sohn auch einen unzulässigen und dem Alter des Kindes völlig unangemessenen Druck aus. Er behaupte dem Kind gegenüber, es werde jetzt mit ihm nach Bozen ziehen, werde dort in die Schule gehen und stelle auch darüber hinaus Entscheidungsfragen wie "Willst du nicht schon heute mit mir nach Bozen fahren?". Die bisherigen Besuche seien darüber hinaus auch zeitlich zu lange ausgeübt worden. Aus nichtigen Gründen fange der Vater mit der mütterlichen Großmutter, die bei den Besuchen hauptsächlich anwesend sei, immer wieder Streit an. Insgesamt ergebe sich bei den Besuchen eine gespannte, gereizte Atmosphäre, die sich auch auf das Kind übertrage und in der Gesamtheit zu den angeführten Verhaltensstörungen führe. Das Erstgericht räumte dem Vater ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende (Samstag/Sonntag) im Monat in der Dauer von jeweils acht Stunden bei Verschiebungsmöglichkeiten in dringenden Fällen mit der weiteren Möglichkeit ein, sich mit seinem Sohn allein durch jeweils zwei Stunden zu beschäftigen. Weiters wurde ihm ein "Urlaubsbesuchsrecht" in der Form eingeräumt, daß er seinen Sohn bei einwöchiger Urlaubsdauer in der Nähe von Saalfelden täglich bis zwei Stunden und bei vierzehntägiger Urlaubsdauer jeden zweiten Tag eine Stunde besuchen könne. Das Mehrbegehren des Vaters wurde abgewiesen. Hinsichtlich des Sachverhaltes verwies das Erstgericht auf seinen Beschluß ON 26 und traf folgende ergänzende Feststellungen:

Im Sinne des Kindes wurde bei der Erstellung des seinerzeitigen Gutachtens mit dem Vater ein Besuchskontakt in großen Intervallen vereinbart, weil dies damals der psychischen Belastbarkeit der Großmutter und Mutter - und somit des noch stark mit den beiden Frauen verbundenen Kindes - entsprach. Inzwischen sind eineinhalb Jahre vergangen. Die Großmutter hat den Hauptteil der Kontakte mit dem Vater und konnte sich mit ihm arrangieren. Das inzwischen vier Jahre alt gewordene Kind wird vermutlich im Herbst in den Kindergarten gehen und sich somit etwas aus der Kleinfamilie entwickeln, wodurch es neue Sozialbezüge erleben wird. Es ist durchaus glaubwürdig, daß das Kind auf Besuche seines Vaters Reaktionen zeigt, doch könnten diese bei jeder Besuchsfrequenz entstehen und sind - sollten sie negativ sein - sicher Ausdruck der situativen Spannung und liegen nicht allein in der Person des Vaters. Für den Minderjährigen, der bei zwei allein erziehenden Frauen aufwächst, ist der Kontakt zu seinem Vater sicher wichtig und prägend, sofern er so gestaltet werden kann, daß der Vater eine positive Identifikationsperson für ihn bedeutet.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, im Hinblick darauf, daß der Minderjährige bei zwei allein erziehenden Frauen aufwachse, sei der Kontakt zu seinem Vater besonders wichtig und prägend. Die bei dem Kind auftretenden Negativreaktionen seien nicht allein in der Person des Vaters gelegen, es werde eine Besserung schon allein dadurch zu erreichen sein, daß Mutter und Großmutter ihren Teil für eine Entspannung der Situation im Sinne einer lockereren betrachtungsweisen Behandlung dieses Problems beitragen. Der weiteren Entwicklung und dem Wohl des Kindes sei es sicherlich förderlich, wenn das Besuchsrecht mit einer Frequenz von acht Wochen auf eine solche von einem Monat ausgeweitet werde.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Mutter nicht Folge und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nach § 14 Abs 1 AußStrG zulässig sei. Das Gericht zweiter Instanz erachtete die inländische Gerichtsbarkeit im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen in Österreich gemäß § 110 Abs 1 Z 2 JN für gegeben und bejahte im Gegensatz zum Erstgericht die Frage, daß eine Besuchsrechtsregelung eine Schutzmaßnahme im Sinne des Art 1 des Haager Minderjährigenschutzabkommens sei. Da Österreich und die Bundesrepublik Deutschland Vertragsstaaten dieses Abkommens seien, Philipp Xaver Ludwig E\*\*\* sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht minderjährig sei und die deutsche Heimatbehörde noch keine Regelung getroffen habe, sei das Abkommen anzuwenden, und zwar komme österreichisches Recht zur Anwendung. Eingriffsmaßnahmen in gesetzliche Gewaltverhältnisse unterlägen jedoch zur Gänze dem Heimatrecht des Kindes. Gemäß § 1705 BGB stehe das nichteheliche Kind, solange es minderjährig sei, unter der elterlichen Sorge der Mutter. Diese bestimme nach § 1711 Abs 1 BGB den Umgang des Kindes mit dem Vater. Wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohl des Kindes diene, könne das Vormundschaftsgericht entscheiden, daß dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang zustehe. Da hier demnach von einem ex lege Gewaltverhältnis der unehelichen Mutter auszugehen sei und dieser gemäß § 1711 Abs 1 BGB die Bestimmung über das Umgangsrecht ihres Kindes mit dem unehelichen Vater zustehe, sei im Ergebnis dem Erstgericht zuzustimmen, daß hier bei der vom Vater beantragten Besuchsrechtsregelung auf die Bestimmungen der §§ 1705 und 1711 iVm § 1634 Abs 2 BGB insoweit Bedacht zu nehmen sei, als dadurch in das Gewaltverhältnis der Mutter nicht eingegriffen würde, zumal das in § 148 Abs 1 ABGB stipulierte Besuchsrecht des Elternteiles, dem nicht die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes zustehe, nicht vorweg von dem anderen Elternteil bestimmt werde. Im Ergebnis sei aber sowohl nach der zu § 148 ABGB wie auch der zu § 1711 BGB ergangenen Rechtsprechung einziger und objektiver Maßstab bei der Entscheidung über das Besuchsrecht des Vaters das Wohl des Kindes, so daß selbst Spannungen der Eltern ohne Belang seien. Dabei seien das bisherige Verhalten des Vaters, seine Lebensführung, ebenso die Gründe, aus denen der Umgang verweigert werde, zu berücksichtigen, wobei der Wunsch der Mutter, den Vater endgültig aus ihrem Leben zu streichen, unberücksichtigt bleibe. Ebenso führten nach der zu § 148 ABGB ergangenen Rechtsprechung Spannungen zwischen Eltern, die sich in Maßen hielten und der Widerstand der Mutter, die den Vater vollkommen ablehne, zu keiner Untersagung oder Beschränkung des Besuchsrechtes. Nur bei konkreter Gefährdung des Kindeswohles sei das Besuchsrecht vorübergehend oder bis auf weiteres zu untersagen. Um den Zweck des Besuchsrechtes zu erreichen, sei eine gewisse Intensität des Kontaktes in zeitlicher Hinsicht erforderlich, weil erfahrungsgemäß bei längeren Zeiträumen zwischen den einzelnen Besuchen die Erinnerung des Kindes an die Bezugsperson so verblasse, daß der Erfolg des Besuchsrechtes beeinträchtigt oder ganz in Frage gestellt werden könnte. Nach der Rechtsprechung sei bei der Ausübung des Besuchsrechtes das Kind dem Besuchsberechtigten in der Regel allein anzuvertrauen. Bei dem festgestellten Sachverhalt sei daher die Rechtsansicht des Erstgerichtes zu billigen, daß dem Vater jedenfalls das Besuchsrecht entsprechend dem Beschluß des Erstgerichtes einzuräumen sei, um das auf der Blutsverwandtschaft beruhende Naheverhältnis zu festigen und aufrechtzuerhalten und um eine geistige Entfremdung zwischen Vater und Sohn zu verhindern. Bei dieser Besuchsrechtsregelung sei auch die Entfernung des Wohnortes des Vaters von dem gewöhnlichen Aufenthalt seines Sohnes mitzubedenken. Abstrakte Befürchtungen bildeten keine Besuchsrechtsversagungsgründe, desgleichen auch nicht Spannungen zwischen den Elternteilen. Zu den Rekursausführungen, das erweiterte Besuchsrecht wäre zu versagen, weil damit seelische und körperliche Irritationen des Kindes verbunden seien, verwies das Rekursgericht auf die Ausführungen der Fachpsychologin, die in den ergänzenden Feststellungen des Erstgerichtes Niederschlag fanden. Das Rekursgericht führte weiters aus, bei Auftreten von Spannungen, wie sie häufig nach zerfallenen Lebensgemeinschaften zu beobachten seien, sei es Pflicht und Aufgabe der Eltern, die Liebe und Zuneigung der Kinder zu beiden Elternteilen in gleicher Weise zu fördern. Dies möge zwar den Eltern vielfach schwerfallen, doch sei dieses Gebot gerade nach der Auflösung einer Ehe oder Lebensgemeinschaft für das richtig verstandene Kindeswohl, seine Charakterbildung und sein seelisches Gleichgewicht nach gesicherter Erkenntnis von besonderer Bedeutung. Der Umstand, daß die Beziehungen zwischen der Mutter und dem Vater gescheitert seien, bilde daher keinen Besuchsrechtsversagungsgrund in dem beantragten Sinne. Da sohin durch das dem Vater mit dem bekämpften Beschluß eingeräumte Besuchsrecht ein Naheverhältnis zwischen Vater und Kind hergestellt und weiter ausgebaut werden solle und dem Vater darüber hinaus dadurch Gelegenheit gegeben werde, sich vom körperlichen und geistigen Befinden seines Sohnes zu überzeugen, sowie verwandtschaftliche Beziehungen zu pflegen, sei die getroffene Besuchsrechtsregelung im Wohl des minderjährigen Kindes gelegen. Der von der Mutter gegen den Beschluß des Rekursgerichtes erhobene Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

Die Rechtsmittelwerberin vertritt die Ansicht, das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen sei auf Besuchsrechtsregelungen nicht anwendbar, gemäß § 25 Abs 2 IPRG sei deutsches Recht anzuwenden, nach welchem die Mutter den Umgang des Kindes mit dem Vater bestimme. Das Besuchsrecht widerspreche dem Wohl des Kindes, weil es zu Verhaltensstörungen führe.

Hiezu ist folgendes zu erwägen:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Vormundschaftsabkommen vom 5.2.1927 zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reiche nicht anwendbar ist, weil dieses nur die Vormundschaft im engeren Sinne regelt (SZ 55/153; Löwe, Zwischenstaatlicher Rechtsverkehr in Zivilrechtssachen 456). Um eine solche handelt es sich hier aber nicht, weil deutsche nichteheliche Kinder kraft Gesetzes unter der elterlichen Sorge der Mutter stehen (Löwe aaO). Es entspricht der Lehre und der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß die Regelung des Besuchsrechtes zu den Schutzmaßnahmen des Haager Minderjährigenschutzübereinkommens gehört (Schwimann, Das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen 248; SZ 55/153; EFSlg. 54.909, 57.646). Da die Mutter in ihrem Revisionsrekurs keinerlei Gründe für ihre abweichende Ansicht anführt, genügt es, auf diese Lehre und Rechtsprechung zu verweisen. Grundsätzlich wäre somit österreichisches Recht anzuwenden (Schwimann aaO 243). Zu berücksichtigen ist allerdings, daß gemäß Art 3 Haager Minderjährigenschutzübereinkommen ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige angehört, kraft Gesetzes besteht, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen ist. Ein Gewaltverhältnis in diesem Sinne ist die elterliche Gewalt (Schwimann aaO 237). Gemäß § 1705 BGB steht das nichteheliche Kind, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Sorge der Mutter. Diese bestimmt gemäß § 1711 BGB den Umgang des Kindes mit dem Vater. Die Einräumung eines Besuchsrechtes an den Vater durch das Gericht bedeutet somit einen Eingriff in das gesetzliche Gewaltverhältnis des Heimatrechtes des Minderjährigen (vgl. Schwimann aaO 243).

Bei Beurteilung der Frage, ob dies die Einräumung eines Besuchsrechtes durch ein österreichisches Gericht überhaupt hindert, ist der herrschenden Lehre zu folgen, daß ein Eingriff in ein Gewaltverhältnis in dem Ausmaß zulässig ist, in welchem das Heimatrecht selbst Eingriffe in das gesetzliche Gewaltverhältnis zuläßt (Schwimann aaO 243 mwN). Einen Eingriff in das elterliche Sorgerecht der nichtehelichen Mutter, die auch den Umgang des Kindes mit dem Vater bestimmt, läßt das Gesetz aber zu, denn gemäß § 1711 Abs 2 BGB kann, wenn ein persönlicher Umgang mit dem Vater dem Wohle des Kindes dient, das Vormundschaftsgericht entscheiden, daß dem Vater die Befugnis zum persönlichen Umgang zusteht. Dem Vater ist daher auch vom österreichischem Gericht ein Besuchsrecht einzuräumen, soweit dies nach § 1711 Abs 2 BGB zulässig ist. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre in der Bundesrepublik Deutschland ist einziger Maßstab für die Einräumung des Besuchsrechtes das Wohl des Kindes. Es wird ebenso wie in Österreich überwiegend die Ansicht vertreten, ein Umgang mit dem Vater diene regelmäßig dem Wohl des Kindes (Palandt, BGB49 1699 f; Hinz im Münchener Kommentar<sup>2</sup> Rz 9 und 10 zu § 1711 ua): Nach den Feststellungen ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, daß ein Umgang des Kindes, das in einem Haushalt mit zwei Frauen aufwächst, mit dem Vater für die Entwicklung des Kindes günstig ist. Die möglichen Reaktionen des Minderjährigen auf die Besuche des Vaters sind nicht so gravierend, daß die Einräumung des Besuchsrechtes dem Wohl des Kindes zuwiderliefe, zumal negative Reaktionen bei entsprechender Vorbereitung des Kindes auf die Besuche des Vaters durch die Mutter wohl gemildert werden könnten und überdies die Gefahr derartiger Reaktionen ohne Zweifel mit zunehmendem Alter des Kindes geringer wird. Solche Reaktionen werden auch eher ausbleiben, wenn das Kind den Vater durch häufige Besuche näher kennenlernt und ihn nicht nur alle zwei Monate einmal sieht. Die Einräumung des Besuchsrechtes entspricht daher der Vorschrift des § 1711 Abs 2 BGB. Ebenso entspricht sie der Vorschrift des § 148 ABGB.

Aus diesen Gründen war dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen.

## **Anmerkung**

E22107

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0020OB00598.9.0926.000

## **Dokumentnummer**

JJT\_19900926\_OGH0002\_0020OB00598\_9000000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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