

# TE OGH 1989/4/19 8Ob558/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.04.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch, Dr. Huber, Dr. Schwarz und Dr. Graf als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Sophie M\*\*\*, geboren 31. Jänner 1977, und der mj. Anna M\*\*\*, geboren 1. September 1978, infolge Revisionsrekurses der Mutter Eva K\*\*\*, Fasangasse 38/27, 1030 Wien, vertreten durch Dr. Walter Striegl und Dr. Gerhard Horak, Rechtsanwälte in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für ZRS Wien als Rekursgericht vom 28. November 1988, GZ. 43 R 881/88-54 in der Fassung des Beschlusses vom 25. Jänner 1989, 43 R 881/88-60, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 5. August 1988, GZ. 6 P 207/82-49, abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die Verfahrensergänzung und neuerliche Entscheidung aufgetragen.

## Text

Begründung:

Die Eltern der mj. Sophie M\*\*\*, geboren am 31. Jänner 1977, und der mj. Anna M\*\*\*, geboren am 1. September 1978, haben anläßlich der im Jahre 1982 erfolgten Scheidung ihrer Ehe einen pflegschaftsbehördlich genehmigten Vergleich geschlossen, nach welchem die Pflege und Erziehung der beiden Kinder sowie deren Vertretung und Vermögensverwaltung der Mutter übertragen wurde. Nach einer außergerichtlichen Regelung des Besuchsrechtes des Vaters beantragte die Mutter am 11. Jänner 1985 (ON 5) die gerichtliche Regelung des Besuchsrechtes, weil es bei dessen Ausübung zu ständigen Auseinandersetzungen zwischen den Eltern und nachteiligen Auswirkungen auf die Kinder gekommen sei. Die Mutter schlug vor, dem Vater ein Besuchsrecht für jedes zweite Wochenende, jeweils beginnend mit Freitag 17,00 Uhr und endend mit Sonntag 18,00 Uhr, einzuräumen.

Der Vater entgegnete, die bisherige Regelung, daß die Kinder von Freitag nachmittag bis Montag früh bei ihm seien, habe sich bewährt, sodaß kein Anlaß zu ihrer Abänderung bestehe. Tatsächlich brachte der Vater die Kinder in der Folge aber in der Regel bereits am Sonntag abend zur Mutter zurück (ON 8, 10, 14).

Am 9. Dezember 1987 (ON 35) beantragte die Mutter unter Hinweis auf im einzelnen dargestellte Vorfälle dem Vater lediglich ein Besuchsrecht am ersten Sonntag und dritten Samstag jeden Monates zu gewähren. Diesem Antrag widersprach der Vater (ON 39), der die gegen ihn erhobenen Vorwürfe als ungerechtfertigt bezeichnete. Mit seinem

Beschluß ON 49 räumte das Erstgericht dem Vater ein Besuchsrecht derart ein, daß er die beiden Kinder an jedem zweiten Sonntag bei der Mutter um 9,00 Uhr abholen und sie zu dieser wiederum um 19,00 Uhr zurückzubringen hat. Es verwies auf das Vorbringen der Mutter, wonach der Vater die Kinder in seinem Bett in unbekleidetem Zustand schlafen lasse, unbekleidet fotografiere und sich unbekleidet von ihnen fotografieren lasse und es bei der Besuchsrechtsausübung noch zu anderen Unzukömmlichkeiten gekommen sei. Der Vater habe dies bestritten und erklärt, bei den vorgelegten Fotografien handle es sich um Schnappschüsse, welche die Kinder mit einem ihnen geschenkten Fotoapparat im ersten Überschwange gemacht hätten. Festzustellen sei, daß die Kinder zu beiden Elternteilen eine innige Beziehung haben, jedoch unter den zwischen diesen wegen des Besuchsrechtes bestehenden massiven Spannungen leiden, unter einem gewissen psychischen Druck stehen und im Sinne der "Meinung" der Mutter, den Vater nur an jedem zweiten Sonntag im Monat besuchen wollen. Die Mutter selbst habe sich allerdings damit einverstanden erklärt, daß die Kinder fallweise zum Wochenende beim Vater übernachten und während der Woche mit ihm Besorgungen machen. Die getroffene Regelung entspreche dem Kindeswohl, denn die Kinder hätten hiedurch die Möglichkeit, den Vater regelmäßig zu sehen und den Besuchstag mit ihm positiv zu gestalten, wodurch die Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung gesichert sei. Ein weitergehendes Besuchsrecht mit Übernachtungsmöglichkeit des Vaters gegen den erklärten Willen der Mutter würde die Spannungen und den Druck für die Kinder noch verschärfen. Trotz der Erklärung der Mutter, gegen eine fallweise Übernachtung der Kinder beim Vater nichts einzuwenden, erscheine es dem Kindeswohl zuträglicher, zunächst das Besuchsrecht so festzusetzen, wie es ohne Zwang und Druck derzeit erreichbar sei. Mit zunehmendem Alter würden die jetzt zehn- und elfjährigen Mädchen immer mehr in die Lage versetzt werden, ihre Besuchskontaktwünsche selbständig im Gespräch mit den Eltern zu äußern. Gegen eine von Eltern und Kindern einvernehmlich festgelegte Regelung des Besuchsrechtes auch in Form der Übernachtung der Kinder beim Vater bestehe kein Einwand. In Abänderung des erstgerichtlichen Beschlusses setzte das Rekursgericht das Besuchsrecht des Vaters derart fest, daß es ihm an jedem zweiten Wochenende beginnend mit Freitag 17,00 Uhr und endend mit dem folgenden Sonntag 19,00 Uhr, zustehe. Hinsichtlich der Vorwürfe der Mutter in ON 35 verwies es auf die Stellungnahme des Vaters in ON 39, nach welcher der Samstagvormittag-Unterricht des älteren Kindes Sophie nach Eintritt in die AHS jedenfalls kein Grund sei, die bisher gehandhabte Übernachtung nicht mehr zu gestatten; es nicht einsichtig erscheine, daß der Vater, der die Kinder bisher jeden Montag früh nach seinem Besuchsrecht in die Schule gebracht habe, dies nicht auch Samstag vormittag tun könne; der Vater nunmehr über eine größere Wohnung verfüge, die auch mehr Platz für die Kinder biete; es unrichtig sei, daß die Kinder unbekleidet schliefen; die von der Mutter vorgelegten Fotos bereits drei Jahre alt seien und sich aus ihnen nichts ableiten ließe; daß der sogenannte Nervenzusammenbruch der mj. Sophie ausschließlich auf das erstmalige Erleben einer schlechten Schularbeitsnote in der Schule zurückzuführen sei.

Nach der Wiedergabe dieses Vorbringens stellte das Rekursgericht aus dem Gutachten des psychologischen Dienstes ON 44 fest, daß die beiden Minderjährigen als reizende, guterzogene, gescheite und gesprächige, für ihr Alter relativ reif wirkende Kinder beschrieben werden, die zu beiden Elternteilen innige Beziehungen haben, allerdings durch die massiven Spannungen zwischen den Eltern immer wieder in Streßsituationen geraten und sich dadurch in einem psychischen Dilemma befinden. Nach der Auskunft des psychologischen Dienstes des zuständigen Jugendamtes seien beide Kinder derzeit der Ansicht, daß sie lieber nur einen Tag ohne Nächtigung beim Vater verbringen wollten. Es werde jedoch auch angeführt, daß beide Kinder die Änderung in der Familiensituation - aus der zweiten Ehe der Mutter entstammt ein weiteres Kind - als Grund für den von der Mutter geäußerten Wunsch nach Einschränkung der Besuchszeit bezeichneten.

Das Rekursgericht vertrat die Auffassung, das von der Mutter dem Vater vorgeworfene Verhalten zu den Kindern rechtfertige nicht die Einschränkung des von ihm bisher ausgeübten Besuchsrechtes. Oberstes Prinzip einer Besuchsrechtsregelung sei das Wohl der Kinder, welches einen Kontakt zu beiden Elternteilen erfordere, um den auf der Blutsverwandtschaft beruhenden Zusammenhang mit dem nicht erziehungsberechtigten Elternteil aufrecht zu erhalten, eine gegenseitige Entfremdung zu verhindern und diesem Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich von der Erziehung und vom Gesundheitszustand des Kindes zu überzeugen, wobei auf die Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen sei. Vorliegendenfalls müsse bei der Festsetzung des Ausmaßes des Besuchsrechtes des Vaters auf das ausnehmend gute und innige Verhältnis zwischen ihm und den Kindern Bedacht genommen werden. Dem erziehungsberechtigten Elternteil stehe es nicht zu, bestehende gute Kontakte der Minderjährigen zum andern Elternteil zu boykottieren, vielmehr habe er eigene negative Gefühle gegen diesen zurückzustellen und die Folgen der Zerreißen des Familienbandes möglichst gering zu halten. Die Mutter müsse hier daher gemäß § 144 ABGB alles

unternehmen, was zu einem positiven Verlauf des Besuchsrechtes beitrage, widrigenfalls Beugemaßnahmen nach § 19 AußStrG in Frage kämen und ihre Erziehungssuffizienz in Frage stehe. Nach den Angaben der Kinder liege der Grund für den von der Mutter betriebenen Wunsch nach Einschränkung des Besuchsrechtes des Vaters in der Änderung der Familiensituation durch die Geburt eines Kindes aus der zweiten Ehe der Mutter. Dies sei zwar verständlich, ändere aber nichts an der Notwendigkeit, dem Vater den bisherigen Kontakt zu seinen beiden Kindern zu gewähren, welcher ihnen bereits zum Vorteil gereicht habe. Die dem Vater im Schriftsatz ON 35 vorgeworfenen Verhaltensweisen erschienen keinesfalls gravierend. Auch die Harmlosigkeit der vorgelegten Fotos, welche die Kinder und den Vater unbekleidet zeigten, lasse die Annahme zu, daß ihr gegenseitiges Verhältnis ein ungezwungenes und inniges sei. Die weiters behaupteten "Unzukömmlichkeiten" bezögen sich im wesentlichen auf das Verhältnis zwischen den beiden Elternteilen. Sonstige, im einzelnen geschilderte "Vorfälle" stellten sich vielleicht als pädagogisch nicht ganz einwandfrei dar, seien jedoch insgesamt keine Verstöße, die eine Gefährdung des Kindeswohles zur Folge haben könnten.

In ihrem gegen die rekursgerichtliche Entscheidung und auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses gerichteten Revisionsrekurs bringt die Mutter vor, ausgehend von dem für die Besuchsrechtsregelung in erster Linie maßgebenden Kindeswohl nehme die angefochtene Entscheidung nicht darauf Bedacht, welche Auswirkungen ein Wochenendbesuchsrecht auf die Integration der Kinder in ihren jetzigen Familienverband, ihre schulische Belastung, ihre Erziehung durch die Kindesmutter sowie ihre seelische Entwicklung in der Phase der Frühpubertät hätten. Das Rekursgericht hätte sich nicht mit der Erklärung begnügen dürfen, daß sich die von der Kindesmutter "herangezogenen Vorfälle" vielleicht als pädagogisch nicht ganz einwandfrei darstellten, eine Gefährdung des Kindeswohls aber nicht zu befürchten sei, sondern Feststellungen zu den Vorwürfen treffen müssen, daß der Kindesvater die Kinder durch sein sprunghaftes und unvernünftiges Verhalten verunsichere, mit ihnen bis in die späte Nacht Parties besuche, wo sie viele Stunden ohne pädagogische Betreuung vor dem Fernseher zubrachten und dabei unter anderem Nachtwestern, Horrorfilme sowie Krimis konsumierten; es nach solchen Wochenenden ein bis zwei Tage dauere, bis sich das soziale Verhalten der Kinder wieder normalisiert habe; der Kindesvater die Kinder durch Vorwürfe, daß sie ihn nicht lieb hätten, unter Druck setze; die Erziehung der Kinder dadurch beeinträchtige, daß er ihnen Geldbeträge ohne pädagogisch vertretbaren Anlaß zur freien Verwendung zukommen lasse; der Kindesvater sich gegenüber der Gesundheit und der Konstitution der beiden Kinder zu sorglos verhalte. Auf einer diesbezüglichen Feststellungsgrundlage wäre die erstgerichtliche Entscheidung zu bestätigen gewesen. Nach der Rechtsprechung seien zudem zur Aufrechterhaltung des erforderlichen Kontaktes zwischen Kindern und nicht erziehungsberechtigtem Elternteil zwei Besuchstage pro Monat hinreichend. Es müsse auch darauf Bedacht genommen werden, daß der Großteil des Wochenendes dem erziehungsberechtigten Elternteil als primärer Bezugsperson zur Verfügung stehen müsse, weil er sich zu dieser Zeit am meisten den schulpflichtigen Kindern widmen könne. Diesbezüglich sei hier auch feststellungsbedürftig, daß die Mutter berufstätig sei. Unter allen diesen Gesichtspunkten entspreche die rekursgerichtliche Entscheidung somit nicht dem Kindeswohl. Spannungen zwischen den Eltern seien nach der Rechtsprechung ebenfalls ein Grund zur Beschränkung oder gar Entziehung des Besuchsrechtes, wenn ein Kind in diese Konflikte derart einbezogen werde, daß seine psychische Entwicklung gefährdet sei. Zur Frage einer solchen Zwangssituation für die Kinder seien hier vom Rekursgericht keine Feststellungen getroffen worden. Wenngleich einem zehnjährigen Kind kein Anhörungsrecht in Fragen des Besuchsrechtes zustehe, seien auch seine diesbezüglichen Willensäußerungen letztlich doch nicht ganz bedeutungslos. Diesen Ausführungen kommt im Ergebnis Berechtigung zu. Zunächst ist darauf zu verweisen, daß bei der Regelung des persönlichen Verkehrs des Vaters mit seinen Kindern nicht so sehr die auf der Grundlage früherer Vereinbarungen der Eltern tatsächlich erfolgte Ausübung - die nach ihrer Bewährung zu beurteilen ist -, sondern in erster Linie die für das Kindeswohl im Entscheidungszeitpunkt maßgebenden Umstände zu berücksichtigen sind.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das vom Berufungsgericht dem Vater zugestandene Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitag 17,00 Uhr bis Sonntag 19,00 Uhr erscheint nach den objektiven Interessen der Kinder zu weitgehend, weil es auf die mit ihrem zunehmenden Alter verbundenen schulischen Verpflichtungen - sie mußten früher Samstag Vormittag nicht zur Schule gehen, die mj. Sophie besucht nunmehr die AHS und auch die mj. Anna steht inzwischen im 11. Lebensjahr - nicht entsprechend Rücksicht nimmt und auch geeignet ist, die der Mutter übertragene Erziehung und Pflege der Kinder zu erschweren. Dem Vater käme damit bereits auch eine bedeutende Einflußnahme auf die von der Mutter zu

verantwortende Erziehung und Pflege der Kinder zu, wodurch der Zweck des im § 148 ABGB normierten persönlichen Verkehrs des anderen Teiles zweifellos überschritten würde. Nach der vorgenannten Bestimmung hat der Elternteil, dem nicht die Pflege und Erziehung zusteht, das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Nach der bereits vom Rekursgericht zitierten ständigen Rechtsprechung dient dieses Recht der Aufrechterhaltung des auf der Blutsverwandtschaft beruhenden persönlichen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kindern; es soll eine gegenseitige Entfremdung verhindern und auch die Möglichkeit bieten, die Pflege und Erziehungsarbeit des anderen Teiles zu überwachen.

Unter diesen Gesichtspunkten des Kindeswohls ist hier grundsätzlich lediglich die Einräumung eines Besuchsrechtes des Vaters an jedem zweiten schulfreien Wochenende (also ab Samstag nachmittags) in Erwägung zu ziehen.

Da bei der konkreten Gestaltung des persönlichen Verkehrs die besonderen Umstände des Einzelfalles von Bedeutung erscheinen, sind vorliegendenfalls die von der Mutter gegenüber dem Vater im einzelnen erhobenen (ON 35) Vorwürfe pädagogischen Fehlverhaltens usw. keinesfalls ganz außer acht zu lassen. Eine diesbezügliche Überprüfung kann schon im Rahmen einer allgemeinen Befragung der Kinder über die bisherige praktische Freizeitgestaltung beim Vater erfolgen. Nach § 148 Abs. 1 zweiter Satz ABGB hat das Gericht tunlicherweise das mindestens zehnjährige Kind zur Frage der Besuchsrechtsregelung ohnehin anzuhören. Die beiden Kinder - die mj. Sophie stand im Zeitpunkt der erstgerichtlichen Beschlußfassung bereits im 12. Lebensjahr, die mj. Anna war damals knapp 10 Jahre alt - sind daher zweckmäßigerweise zu möglichen, über die vom Erstgericht getroffene Regelung hinausgehenden Gestaltungen der Besuchsrechtsausübung zu befragen, wodurch jedenfalls auch Anhaltspunkte für eine ihrer psychischen Entwicklung nicht nachteilige, sondern trotz der sie belastenden Spannungen zwischen den Eltern ihrem Wohl dienende Besuchsrechtsregelung gewonnen werden können.

Aus diesen mehrfachen Gründen waren die vorinstanzlichen Beschlüsse aufzuheben und es war dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufzutragen.

#### **Anmerkung**

E17613

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0080OB00558.89.0419.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890419\_OGH0002\_0080OB00558\_8900000\_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)