

# TE OGH 1987/12/21 1Ob706/87

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schragel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert, Dr. Hofmann, Dr. Schlosser und Dr. Kodek als weitere Richter in der Pflugschaftssache der mj. Kinder Daniela K\*\*\*, geboren 8. Februar 1980, und Michael Alexander K\*\*\*, geboren 12. März 1983, infolge Revisionsrekurses der Mutter Ingrid K\*\*\*, Hausfrau, Wien 20., Salzachstraße 31/21, vertreten durch Dr. Reinhard Kohlhofer, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 17. September 1987, GZ 43 R 251/87-137, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 10. März 1987, GZ 5 P 220/83-126 teils bestätigt, teils aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird insoweit zurückgewiesen, als die Besuchsrechtsregelung und die Abweisung des Antrages auf Ablehnung des Sachverständigen bekämpft werden.

Im übrigen wird dem Revisionsrekurs Folge gegeben; der angefochtene Beschluß wird dahin abgeändert, daß die Entscheidung des Erstgerichtes in vollem Umfang wiederhergestellt wird.

## Text

Begründung:

Die Ehe der Eltern wurde am 16. Mai 1977 geschlossen. Beide Elternteile waren ab 1978 oder 1979 durch Taufe Zeugen Jehovas. Sie beteiligten sich an deren religiösen Veranstaltungen. Beide Kinder wurden mit Willen der Eltern im Glauben der Zeugen Jehovas erzogen. Der Vater wurde Anfang 1983 aus dieser Gemeinschaft ausgeschlossen. Anfang April 1985 zog der Vater aus der ehelichen Wohnung, er nahm in der Folge mit Renate M\*\*\* eine Lebensgemeinschaft auf. Ein Scheidungsverfahren ist abhängig, die Eltern leben dauernd getrennt. Nach dem Auszug des Vaters verblieben die Kinder vorerst bei der Mutter. Anlässlich eines Besuchskontaktes brachte der Vater die beiden Kinder am 1. Februar 1986 nicht mehr zur Mutter zurück. Da sowohl er als auch seine Lebensgefährtin berufstätig waren, wurden die Kinder in einem Tageskinderheim untergebracht. Die Wochenenden verbrachte der Vater mit den Kindern meist bei den Eltern seiner Lebensgefährtin in der Steiermark. Die berufstätige Mutter wiederum brachte die Kinder nach einem Besuch am 4. Juli 1986 nicht mehr zum Vater zurück. Sie besucht weiterhin unter Mitnahme der Kinder religiöse Veranstaltungen der Zeugen Jehovas.

Beide Teile beantragten, ihnen das Sorgerecht an den Kindern zuzuerkennen, allenfalls ihnen ein Besuchsrecht einzuräumen, die Mutter lehnte weiters während des Verfahrens den bestellten Sachverständigen Univ.Dozent Dr. Max H. Friedrich wegen Befangenheit ab.

Das Erstgericht sprach unter anderem aus, daß das Recht und die Pflicht, die beiden Kinder zu pflegen und zu erziehen, ihr Vermögen zu verwalten und sie zu vertreten, der Mutter zustehe. Dem Vater räumte es ein Besuchsrecht dergestalt ein, daß er berechtigt ist, beide Kinder an jedem zweiten und vierten Samstag im Monat um 8 Uhr von der Wohnung der Mutter abzuholen und verpflichtet ist, sie um 18 Uhr dorthin wieder zurückzubringen. Weiters räumte es dem Vater zu beiden Kindern im Sommer ein Besuchsrecht von neun und während der Winterferien von fünf Tagen nach freier Vereinbarung ein. Dem Ablehnungsantrag der Mutter gab es nicht statt. Es stellte fest, der mj. Michael habe, als er sich beim Vater befand und in einem Kindertagesheim untergebracht gewesen sei, massive Kontaktschwierigkeiten und Abwehrreaktionen gezeigt. Später sei allerdings auch nach Besuchskontakten der Mutter eine gewisse Verstörtheit der Kinder und teilweise ein Rückfall in ihre anfänglichen Abwehrreaktionen aufgefallen. Als Folge einer psychosomatischen Störung habe der mj. Michael im Mai 1986 durch zwangshaftes Drehen der Haare an einer stelle des Kopfes in der Größe einer Münze einen Haarausfall erlitten. Die mj. Daniela besuche seit Herbst 1986 mit überdurchschnittlich gutem Erfolg die Volksschule. Die Mutter lerne mit dem Kind, dieses mache seine Aufgaben ordentlich. Das Kind sei in der Schule unauffällig und in die Klassengemeinschaft gut integriert. Es wirke nur anlässlich überraschender Besuche seines Vaters in der Klasse verstört. An Aktivitäten der Klasse im Zusammenhang mit religiösen oder politischen Feiertagen beteiligte sich die Minderjährige über Wunsch ihrer Mutter nicht. Dies werde von der Lehrerin akzeptiert. Beide Kinder seien somatisch altersgemäß entwickelt und gut gepflegt. Sie wiesen weder Anzeichen einer Verwahrlosung oder augenscheinlicher Persönlichkeitsentwicklungsstörungen noch sonstige Verhaltensstörungen auf. Weder bei der Unterbringung beim Vater noch bei der Mutter hätten sich Betreuungsmängel feststellen lassen. Die Kinder hätten zu beiden Elternteilen eine enge Beziehung, akzeptierten aber auch die Lebensgefährtin des Vaters. Im Umgang mit dieser und dem Vater seien sie wesentlich lockerer und freier als im Umgang mit der Mutter. Beide Elternteile seien zur Erziehung, zum Aufbau stabiler Beziehungen und zur Vermittlung bei Konfliktbewältigung geeignet. Die Elternteile hätten aber ihre eigenen Beziehungskonflikte nicht bewältigt und benützten die Kinder in einer Art "Machtkampf", um den Partner unter Druck zu setzen. Als sich die Kinder beim Vater befanden, hätte dieser mit den Kindern alle in unserem Kulturkreis üblichen Feste gefeiert. Diese seien fester Bestandteil ihres Lebens geworden. Bei der Mutter würden diese Feste nicht mehr gefeiert. Es könne nicht gesagt werden, daß die von den Kindern im Kindertagesheim gezeigten Verhaltensauffälligkeiten ausschließlich auf eine mangelnde Erziehungsfähigkeit der Mutter zurückzuführen wären. Rechtlich ging das Erstgericht davon aus, daß sowohl die Erziehung bei der Mutter als auch während einiger Monate beim Vater die Erziehungsfähigkeiten der Elternteile bestätigt hätten. Negativ sei die Konfliktsituation der Eltern, diese erlebten die Kinder voll mit und reagierten entsprechend darauf. Der von den Elternteilen jeweils dem anderen gemachte Vorwurf der Beeinflussung der Kinder im negativen Sinn entbehre nicht der Grundlage. Entgegen der Meinung des Sachverständigen, daß eine weitergehende Abkapselung der Kinder von der Mutter zu ihrer völligen Ruhigstellung und gedeihlichen Entwicklung die einzig richtige Lösung sei, vertrat das Erstgericht die Auffassung, daß eine solche Vorgangsweise weder tunlich noch zum Wohl der Kinder sei. Der Mutter seien bisher keine so gravierenden Erziehungsfehler vorzuwerfen, die eine völlige Isolierung von ihr rechtfertigten. Es dürfe dabei nicht außer acht gelassen werden, daß der Vater selbst Angehöriger der Zeugen Jehovas gewesen sei und die Kinder auch mit seiner Zustimmung in diesem Glauben erzogen worden seien. Die Isolierung der Mutter von ihren Kindern könne nicht zu deren Wohl sein, wie immer man auch über ihre religiöse Einstellung denken mag. Wesentlich für die Weiterentwicklung der Kinder sei die Konstanz der Erziehungsverhältnisse. Der gegenwärtige Zustand sei aufrecht zu erhalten, die Kinder seien bei der Mutter zu belassen. Dem Vater solle allerdings ausreichend Gelegenheit geboten werden, mit seinen Kindern zu verkehren. Er habe seine Betreuungsfähigkeiten bereits unter Beweis gestellt, die Kinder kannten die Umgebung und seine Lebensgefährtin, sie hätten eine gute Beziehung zu beiden, so daß gegen Besuchskontakte nichts einzuwenden sei. Die Mutter habe die Ablehnung des Sachverständigen damit begründet, daß dieser das Ergebnis seines Gutachtens nur auf ihre religiöse Zugehörigkeit gestützt habe. Diese lehne er ab, zumal er an einer Arbeitsgruppe zur Bekämpfung von Sekten mitarbeite. Der Sachverständige habe sich aber sehr wohl mit dem gesamten Lebensraum der Kinder auseinandergesetzt. Er habe seinen Vorschlag, die Kinder beim Vater unterzubringen, nicht nur mit der Religionszugehörigkeit der Mutter, sondern mit ihrer gesamten Persönlichkeit begründet. Diesen Beschluß bekämpfte der Vater, unter anderem, soweit das Sorgerecht der Mutter zugesprochen wurde, die Mutter im Umfang der

Besuchsrechtseinräumung des Vaters und in der Abweisung ihres Ablehnungsantrages. Der Vater wies in seinem Rechtsmittel darauf hin, daß die Entscheidung des Erstgerichtes rund ein halbes Jahr nach der Begutachtung durch den Sachverständigen ergangen sei. Es wäre unbedingt erforderlich gewesen, beide Kinder noch einmal zu begutachten, zumal auch die mj. Daniela das erste Schulhalbjahr hinter sich gebracht habe und auf Grund der religiösen Einstellung der Mutter verschiedene Aktivitäten der Klassengemeinschaft nicht mitmache. Es sei jedenfalls nicht selbstverständlich, daß dies für die mj. Daniela keine Belastung darstelle. Diese religiöse Einstellung der Mutter bringe es auch mit sich, daß der mj. Michael bei religiösen Veranstaltungen zwei Stunden lang sitzen und sich in Ruhe beschäftigen müsse.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Mutter nicht, dem des Vaters aber Folge. Es hob die Entscheidung des Erstgerichtes über die Zuteilung der Kinder nach § 177 Abs2 ABGB auf und trug diesem die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Zur verlässlichen Prüfung der Frage, ob der Verbleib der Kinder bei der Mutter ihrem Wohl förderlich sei, sei eine ergänzende Begutachtung durchzuführen. Die den bisherigen Beweiserhebungen zu entnehmenden Auffälligkeiten im Verhalten der Kinder schienen zwar in erster Linie auf Angst vor neuerlichen Veränderungen der Betreuungssituation und nicht so sehr auf die Verhältnisse beim jeweils betreuenden Elternteil zurückzuführen zu sein. Ob aber nun der Erziehungsstil der Mutter bei ununterbrochener Betreuungssituation dem Kindeswohl tatsächlich mehr entspreche als jener des Vaters, könne im Hinblick auf den nunmehr ununterbrochenen Verbleib der Kinder bei der Mutter seit Juli 1986 mit einem größeren Maß an Verlässlichkeit überprüft werden. Es werde auch auf die Betreuungsverhältnisse beim Vater, die sich nach seiner Aussage im Scheidungsprozeß wesentlich geändert hätten, eingegangen werden können. Die Aussage des Vaters lasse erkennen, daß eine gleichmäßige Betreuung der Kinder durch ihn und seine Lebensgefährtin derzeit nicht erwartet werden könne. Im übrigen sei darauf hinzuweisen, daß auch der Sachverständige in seinem Gutachten die Konstanz der Bezugsperson der Kinder für eminent bedeutend angesehen habe. Was die Besuchsrechtsregelung betreffe, hätten alle Verfahrensergebnisse gezeigt, daß die Kinder auch zum Vater eine gute Beziehung hätten. Die von der Mutter vorgebrachten Veränderungen in den Wohn- und Lebensverhältnissen des Vaters berührten nicht dessen Besuchsrechtsausübung. Für die Ausübung seiner Besuchskontakte zu den Kindern sei es nicht erforderlich, daß der Vater seinen Hauptwohnsitz in Wien habe, bzw. mit seiner Lebensgefährtin gemeinsam wohne. Der regelmäßige Kontakt der Kinder auch zu jenem Elternteil, in dessen Pflege und Erziehung sie sich nicht befänden, sei von medizinischer und psychologischer Seite als äußerst wichtig für die Entwicklung der Kinder angesehen worden. Es sei eine wesentliche Verpflichtung des die Kinder betreuenden Elternteiles, diese auf die Besuchskontakte zum anderen Elternteil positiv vorzubereiten und einzustimmen, selbst wenn ihm dies durch verbliebene Ressentiments schwerfiele. Es sei naheliegend und dem persönlichen Reifungsprozeß der Kinder keineswegs abträglich, ihnen bewußt zu machen, daß es verschiedene Lebensweisen gebe und die eigene Lebensweise, die derzeit von der Mutter bestimmt werde, nur eine von mehreren Möglichkeiten darstelle. Es wäre verfehlt und dem Kindeswohl abträglich, würde die Mutter versuchen, in intoleranter Weise Begegnungen der Kinder mit anderen Lebensauffassungen zu verhindern. Das Gutachten des Sachverständigen lasse keine unsachlichen Erwägungen erkennen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Soweit der Revisionsrekurs der Mutter die Entscheidung des Rekursgerichtes über ihren Ablehnungsantrag und die Besuchsrechtsregelung bekämpft, ist er unzulässig, im übrigen ist er zulässig (EFSlg. 47.126 uva) und berechtigt.

Bei der nach § 177 Abs2 ABGB zu treffenden Entscheidung, welchem Elternteil die im § 144 ABGB genannten rein persönlichen Rechte und Pflichten allein zustehen sollen, ist in erster Linie das Kindeswohl ausschlaggebend (EFSlg. 48.422, 48.420, 43.353 uva). Die bei beiden Elternteilen bestehenden Lebensverhältnisse und die sich daraus ergebenden Prognosen sind einander gegenüberzustellen und abzuwägen. Oft werden solche Umstände teils für den einen, teils für den anderen Elternteil sprechen. Das Gericht hat dann unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse die bessere Alternative für die Kinder zu wählen. Die konkreten Verhältnisse sprechen, ohne daß es noch weiterer Erhebungen bedürfte, eindeutig für die Mutter. Die Mutter ist nicht berufstätig. Die Wohn- und Lebensverhältnisse beim berufstätigen Vater sind, wie vom Rekursgericht richtig erkannt wurde und sich aus den eigenen Angaben des Vaters im Scheidungsverfahren ergibt, nicht derart, daß eine gleichmäßige Betreuung durch ihn erwartet werden könnte. Die Kinder sind erst 7 1/2 und 4 1/2 Jahre alt (vgl. EFSlg. 48.445). Soweit Auffälligkeiten in psychischer Hinsicht bestanden haben, sind diese nicht auf die Erziehungsunfähigkeit der Eltern, sondern auf die Angst der Kinder vor neuerlichen Änderungen ihre Betreuungssituation zurückzuführen, so daß auch die Kontinuität

(vgl. EFSlg. 48.430 bis 48.432 uva) für die mütterliche Erziehung spricht. Die Mutter lernt mit der nunmehr schulpflichtigen Daniela und führte sie zu einem überdurchschnittlichen Lernerfolg und zu einer Integration in die Klassengemeinschaft. Dagegen wandte der Vater in seinem gegen den erstgerichtlichen Beschluß gerichteten Rekurs nur ein, das - für ihn sprechende - Gutachten des beigezogenen Sachverständigen, dem sich das Erstgericht allerdings nicht angeschlossen hatte, läge schon Monate zurück. Konkrete Anhaltspunkte, daß sich der Erziehungsstil der Mutter geändert habe und sich dies auf das Wohl der Kinder ungünstig ausgewirkt haben könnte, wurden von ihm weder behauptet noch vom Rekursgericht angenommen. Dieser hielt es nur ungeachtet der von ihm selbst als für die Mutter sprechend angenommenen Argumente die nochmalige (dritte!) Vorstellung der Kinder bei einem Psychiater bloß deshalb für erforderlich, um mit einem größeren Maß an Verlässlichkeit zu überprüfen, ob der Erziehungsstil der Mutter bei ununterbrochener Betreuungssituation mehr dem Wohl der Kinder entspräche als jener des Vaters. Die Mutter hat aber die Pflege und Erziehung der beiden Kinder mit Ausnahme des Zeitraumes vom 1. Februar 1986 bis 4. Juli 1986, in dem sich die Kinder gegen ihren Willen beim Vater und dessen Lebensgefährtin befanden, immer selbst ausgeübt. Zur Beurteilung ihrer Erziehungsfähigkeit stand daher dem Erstgericht ein ausreichend großer Zeitraum zur Verfügung. Darüber hinaus hat die Mutter gerade auch in den Monaten nach der letzten Vorstellung der Kinder beim Sachverständigen ihre Erziehungsfähigkeit durch die Betreuung der im ersten Schuljahr stehenden Daniela eindeutig unter Beweis gestellt.

Besteht aber kein Anhaltspunkt dafür, daß ungeachtet dieser Erziehungserfolge sich die Gesamtsituation dennoch verschlechtert haben könnte, so beruht der Erhebungsauftrag des Rekursgerichtes auf einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung, die dazu führt, daß in Abänderung des Aufhebungsbeschlusses die Sachentscheidung des Erstgerichtes wiederherzustellen ist.

Im übrigen ist das Rechtsmittel der Mutter allerdings unzulässig. Abgesehen davon, daß durch die endgültige Entscheidung nach § 177 Abs2 ABGB die Beschwer der Mutter, daß ihrem gegen den Sachverständigen gerichteten Ablehnungsantrag nicht Folge gegeben wurde, weggefallen wäre, übersieht die Rekurswerberin, daß im Außerstreitverfahren die Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm und Zivilprozeßordnung über die Ablehnung von Richtern auch auf die Ablehnung von Sachverständigen Anwendung finden (SZ 38/89 ua). Auch in Sachverständige betreffenden Ablehnungssachen ist der Rechtszug im § 24 Abs2 JN geregelt (1 Ob 635/87; 8 Ob 544/81). Danach findet aber gegen die Zurückweisung der Ablehnung des Sachverständigen nur der Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht, aber kein weiterer Rechtszug mehr statt.

Was die bestätigende Besuchsrechtsregelung betrifft, ist die Mutter auf die Revisionsrekursgründe des § 16 AußStrG beschränkt. Sie macht zwar das Vorliegen einer offenbaren Gesetzwidrigkeit geltend, diese ist aber nicht gegeben. Eine offenbare Gesetzwidrigkeit liegt nur in jenen Fällen unrichtiger rechtlicher Beurteilung vor, in denen entweder ein Fall im Gesetz selbst ausdrücklich so klar gelöst ist, daß kein Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers aufkommen kann und trotzdem eine damit im Widerspruch stehende Entscheidung gefällt wurde oder in denen das Gericht gegen ein Grundprinzip des Rechts wie etwa gegen das Wohl des Kindes verstoßen hat

(EFSlg. 49.930, 49.931, 47.208, 44.648 uva). Wurden im Falle einer Entscheidung über die Besuchsrechtsregelung alle nach dem Gesetz zu berücksichtigenden Kriterien und insbesondere das Wohl des Kindes in die Ermessenserwägungen einbezogen, liegt eine offenbare Gesetzwidrigkeit nicht vor (EFSlg. 49.966, 44.656, 44.657 uva). Die Vorinstanzen meinten, daß selbst unter Annahme der von der Mutter behaupteten Veränderung in den Wohn- und Lebensverhältnissen des Vaters der regelmäßige Kontakt der Kinder zum Vater für die weitere Entwicklung der Kinder wichtig sei. Die Mutter wiederholt nur ihre gegen die Ausübung des Besuchsrechts sprechenden Befürchtungen, der Vater könnte die Besuchskontakte erneut dazu nutzen, um ihr die Kinder zu entziehen. Die rechtliche Situation hat sich aber insofern geändert, daß nunmehr eine endgültige Zuteilung der Kinder an die Mutter nach § 177 Abs2 ABGB erfolgt, sodaß ihr bei einem gewiß niemals ausschließbaren rechtswidrigen Verhalten des anderen Elternteiles alle rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, dagegen vorzugehen.

#### **Anmerkung**

E12724

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:00100B00706.87.1221.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19871221\_OGH0002\_0010OB00706\_8700000\_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)