

# TE OGH 1985/8/28 6Ob631/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.08.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Resch, Dr.Schobel, Dr.Zehetner und Dr.Riedler als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj.Gerhard A, geboren am 8.12.1971, infolge Revisionsrekurses der ehelichen Mutter Veronika A, Innsbruck, An der Lan-Straße 22, vertreten durch Dr.Harald Burmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen den Beschluß des Landesgerichtes Innsbruck als Rekursgerichtes vom 19. April 1985, GZ.2 b R 82/85-202, womit der Beschluß des Bezirksgerichtes Innsbruck vom 14.März 1985, GZ.2 P 1/84-198, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die Ehe der Eltern des Minderjährigen Gerhard ist geschieden. Mit dem schon vor der Scheidung der Ehe gefaßten Beschluß des Erstgerichtes vom 23.3.1980 waren die elterlichen Rechte und Pflichten nach § 144 ABGB hinsichtlich des Minderjährigen Gerhard der Mutter zugewiesen worden. Der Vater des Minderjährigen hat gegen den erklärten Willen der Mutter am 5.10.1982 den Minderjährigen Gerhard eigenmächtig zu sich genommen. Der am 9.2.1982 vom Vater gestellte Antrag, die elterlichen Rechte und Pflichten hinsichtlich des Minderjährigen Gerhard ihm zuzuteilen, wurde rechtskräftig abgewiesen (ON 81). Mit Beschluß des Erstgerichtes vom 7.10.1982 wurde dem Vater aufgetragen, den Minderjährigen Gerhard wieder an die Mutter herauszugeben. Da der Vater diesem Beschluß nicht Folge leistete, erging am 8.11.1982 der gerichtliche Auftrag, den Minderjährigen bei sonstiger Abnahme des Kindes in ein Internat zu überstellen (ON 92). Mit Beschluß des Landesgerichtes B als Rekursgerichtes vom 7.6.1983 (ON 115), wurde über den Vater eine Beugestrafe in der Höhe von S 1.000,-- verhängt und dem Vater aufgetragen, den Minderjährigen binnen einer Woche der Mutter zu übergeben. Da der Vater auch diesem Auftrag nicht nachkam, wurde über ihn mit Beschluß des Erstgerichtes vom 18.7.1983 (ON 122) eine neuerliche Beugestrafe in der Höhe von S 5.000,-- verhängt, der Auftrag zur Übergabe des Kindes an die Mutter wiederholt und für den Fall der weiteren Zuwiderhandlung gegen die gerichtliche Entscheidung eine Beugestrafe von einer Woche Haft angedroht. Schließlich wurde mit Beschluß des Landesgerichtes B als Rekursgerichtes vom 10.1.1984 (ON 158) ein Antrag der Mutter auf Verhängung einer Beugestrafe von S 5.000,-- und auf Übergabe des Kindes an die Mutter abgewiesen und dies damit begründet, daß die Abänderung des wenn auch zu Unrecht vom Vater hergestellten Zustandes 'nach der jetzigen Sachlage' nicht mehr dem Wohl des Kindes entspräche.

Am 28.2.1984 stellte der Vater den Antrag auf Übertragung der

elterlichen Rechte nach § 144 ABGB an ihn.

Die Mutter sprach sich gegen diesen Antrag aus.

Das Erstgericht gab dem Antrag statt und traf folgende

Feststellungen:

Gerhard besucht die zweite Klasse des Bundesrealgymnasiums B mit weitgehend unterdurchschnittlichem Erfolg (drei Nichtgenügend und drei Genügend bei insgesamt 12

Unterrichtsgegenständen im ersten Halbjahr 1984/85). Dieser schlechte Schulerfolg wird von der Schule, aber auch vom Tagesschulheim, wo sich der Minderjährige nach Unterrichtsschluß täglich bis 16 Uhr aufhält, im mangelnden Fleiß des Minderjährigen gesehen, wird aber auch 'in anderen Strukturen zu finden sein'. Diese sind darin zu erblicken, daß der Minderjährige insgesamt sich zu einem 'Einzelgänger' mit einer Verarmung im seelischen emotionalen Bereich entwickelt, die als ablehnendes Gruppenverhalten zutage tritt. Der Minderjährige baut um sich eine Wand auf, durch die nicht durchzudringen ist. Er verhärtet sich gegenüber seiner weiteren Umwelt und sondert sich von Gleichaltrigen und den Erwachsenen, die mit ihm im weiteren Umfeld zu tun haben, immer mehr ab, weshalb für die Zukunft eine Vereinsamung und Schrumpfung der seelischen Entwicklung zu befürchten ist. Der Minderjährige lehnt seine Mutter 'zur Gänze' ab und begründet dies mit dem Verhalten seiner Mutter gegenüber dem Vater während des aufrechten Bestandes der Ehe. Er möchte auf jeden Fall bei seinem Vater bleiben, da sich dieser, so meint der Minderjährige, viel mehr um ihn kümmere. Rechtlich hielt sich das Erstgericht an die Ansicht des Landesgerichtes B als Rekursgerichtes in den Beschlüssen vom 10.1.1984 (ON 158) und vom 3.2.1984 (ON 163) gebunden, wonach eine zwangsweise Rückführung des sich vehement weigernden Minderjährigen zur Mutter durch einen pflegschaftsgerichtlichen Auftrag nicht mehr als eine dem Wohle des Kindes dienende Maßnahme angesehen werden könne. Andererseits brachte das Erstgericht aber auch zum Ausdruck, daß die subjektive Einstellung des Minderjährigen zu seinen Eltern von vorneherein so beschaffen sei, daß eine zwangsweise Maßnahme zu seelischen Konflikten, aber auch zu Konflikten zwischen dem Kind und der Behörde führen müsse, da vorherzusehen sei, daß der Minderjährige nicht bei der Mutter bleiben werde. Wenn auch der Verbleib des Minderjährigen bei seinem Vater durch einen für einen rechtlich denkenden Menschen nicht verständlichen Gewaltakt ausgelöst worden sei, so dürfe nicht übersehen werden, daß in den Vordergrund nicht die Frage der rechtlichen Werte, sondern das Gedeihen eines jungen Menschen zu rücken sei. Unter diesem Gesichtspunkt erscheine bei der Abwägung, bei welchem Elternteil das Kindeswohl besser gewährleistet sei, die Waage sich zugunsten des Vaters zu neigen. Der Minderjährige habe sich gegen die Mutter und für den Vater entschieden. Diese Entscheidung sei, solle nicht ein schwerer Eingriff in die Willensbildung und seelische Entwicklung eines heranwachsenden Menschen geschehen, zu respektieren. Allerdings sei bei Belassen des Kindes beim Vater nach den bisherigen Erhebungen und vorliegenden Beweisen eine beginnende Isolation des Kindes zu befürchten, die sich in bestimmten, in Zukunft möglicherweise schädlichen Verhaltensweisen äußern werde. Derzeit seien allerdings noch keine objektiven Anhaltspunkte für Verwahrlosungserscheinungen vorhanden, doch werde die Jugendwohlfahrtsbehörde den weiteren Fortgang im Auge behalten müssen, um rechtzeitig Fürsorgemaßnahmen einleiten oder beantragen zu können. Im vorliegenden Fall habe somit die unbedingte Bedachtnahme auf die Rechtsordnung in den Hintergrund zu treten, während das Wohl des Kindes in den primären Blickpunkt rücke. Insgesamt erscheine die Belassung des Minderjährigen beim Vater eher dem Wohl des Kindes zu dienen.

Der dagegen erhobene Rekurs der ehelichen Mutter blieb erfolglos.

Das Rekursgericht führte aus: Seien die Elternrechte bereits einem Elternteil allein zugewiesen, könne eine Änderung im Sinne einer gänzlichen oder teilweisen Entziehung dieser Befugnis nur bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 176 ABGB erfolgen. Ein subjektives Verschulden des Elternteiles, dem die Elternrechte zugewiesen seien, sei für die Annahme der Gefährdung des Kindeswohles nicht erforderlich. Für einen Wechsel in den Pflege- und Erziehungsverhältnissen gemäß § 176 ABGB genüge, daß besonders wichtige Gründe eine Änderung geboten erscheinen ließen. Für die Frage, welchem Elternteil die elterlichen Rechte und Pflichten zu übertragen seien, sei ausschließlich das Kindeswohl maßgeblich. Vom Willen eines Kindes allein könne zwar noch nicht auf sein Wohl geschlossen werden. Gegen den ausgesprochenen Willen eines 13-jährigen sei aber, wenn nicht ganz gravierende Umstände vorlägen, nicht zu entscheiden. Gehe man von diesen Grundsätzen aus, so zeige sich, daß gegenüber der ursprünglichen Zuteilung der elterlichen Rechte an die Mutter eine wesentliche Änderung in den Voraussetzungen eingetreten sei. Der Rekurswerberin sei zwar zuzustimmen, daß diese Umstände vom Vater 'wider Treu und Glauben

und Gesetz' geschaffen worden seien. Tatsache sei aber, daß sich der Minderjährige nun schon über zwei Jahre bei seinem Vater aufhalte und bei jeder sich bietenden Gelegenheit seinen eindeutigen Willen zum Ausdruck bringe, auf keinen Fall zur Mutter zurückkehren zu wollen. Bei dieser seiner Ansicht sei er auch verblieben, obwohl die Rekurswerberin mit Vernunft und Behutsamkeit versucht habe, mit ihm den Kontakt wiederherzustellen. Es könne der Rekurswerberin auch beigespflichtet werden, daß der Wille des Minderjährigen nicht ausschließlich von ihm ausgehe, sondern sicherlich auch vom Vater beeinflusst worden sei. Es verbleibe aber die Tatsache, daß der nun bald 14-jährige seine Ansicht so gefestigt und die Trennung gegenüber der Mutter in einem Ausmaß vorgenommen habe, daß bei gewaltsamer Zurückführung des Minderjährigen zur Mutter ein nicht wieder gut zu machender seelischer Schaden zu befürchten wäre. Für die gedeihliche Entwicklung des Minderjährigen werde sicher von Vorteil sein, wenn er in der nunmehr gewohnten Umgebung verbleibe und der Streit um seine Person in den Hintergrund trete. Komme der Minderjährige zur Ruhe, werde sich auch der schulische Erfolg und die seelische Entwicklung zum Guten wenden. Dazu müsse aber der Vater mit der erforderlichen Behutsamkeit und Sorgfalt darauf hinwirken, daß die für die gedeihliche Entwicklung eines Kindes erforderliche Kind-Mutter-Beziehung wiederaufgenommen, entfaltet und vertieft werde. Der Vater werde daher seinen persönlichen Streit mit der Mutter und die durch den Zwist mit der Mutter ausgelöste Verärgerung, Verletzung und persönliche Kränkung im Interesse des Kindes hintanzustellen haben, damit nicht das Wohl des Kindes dem Streit zwischen den Eltern geopfert werde. Vom Kind sei zu hoffen, daß es durch die Respektierung seiner Willensentscheidung den für seine gedeihliche Entwicklung erforderlichen Kontakt mit der Mutter wieder finde.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen den Beschluß des Rekursgerichtes erhobene Revisionsrekurs der ehelichen Mutter ist unzulässig.

Da ein bestätigender Beschluß der zweiten Instanz vorliegt, ist dessen Bekämpfung nur aus den Anfechtungsgründen des § 16 Abs.1 AußStrG, nämlich wegen offenbarer Gesetz- oder Aktenwidrigkeit oder wegen Nullität zulässig.

Die Rechtsmittelwerberin macht den Anfechtungsgrund der offenbaren Gesetzwidrigkeit geltend, den sie darin erblickt, daß ein Grundprinzip des Pflegschaftsverfahrens, nämlich die Berücksichtigung des Wohles des Kindes, verletzt worden sei. Die Rechtsmittelwerberin vermag aber eine offenbare Gesetzwidrigkeit nicht aufzuzeigen.

Es ist zwar richtig, daß nach der Rechtsprechung auch die Verletzung des Grundprinzips des Pflegschaftsverfahrens, nämlich die Außerachtlassung des Kindeswohles, eine offenbare Gesetzwidrigkeit darstellt. Davon kann aber erst gesprochen werden, wenn die Vorinstanzen Erwägungen über die für das Wohl des Kindes maßgebenden Kriterien unterlassen haben oder unter völliger Außerachtlassung des Kindeswohles willkürlich vorgegangen sind (vgl.EFSlg.39.824, 39.832, 42.340 ua.). An dieser Voraussetzung fehlt es - wie die oben wiedergegebenen Begründungen der Vorinstanzen zeigen - im vorliegenden Fall. Die Vorinstanzen haben entgegen der Auffassung der Rechtsmittelwerberin auch nicht das Kindeswohl mit dem Willen desselben gleichgesetzt, sondern beurteilt, was angesichts des klar erklärten Willens des Minderjährigen, beim Vater zu bleiben, seinem Wohl besser dient.

Da somit die geltend gemachte offenbare Gesetzwidrigkeit nicht vorliegt, war der Revisionsrekurs zurückzuweisen.

### **Anmerkung**

E06257

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0060OB00631.85.0828.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19850828\_OGH0002\_0060OB00631\_8500000\_000

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