

TE OGH 2010/5/26 7Ob81/10b (7Ob97/10f)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.05.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Pflegschaftssache der Minderjährigen D***** A*****, geboren am 21. Oktober 1999, und N***** A*****, geboren am 18. Mai 2003; Mutter A***** A*****, vertreten durch Dr. Ekkehard Erlacher, Rechtsanwalt in Innsbruck; Vater M***** A*****, vertreten durch Dr. Günther Egger und Dr. Karl Heiss, Rechtsanwälte in Innsbruck, über die außerordentlichen Revisionsreklame der Mutter 1. gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 1. Februar 2010, GZ 54 R 122/09a-58, mit dem der Antrag der Mutter auf Ablehnung eines Sachverständigen abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 21. Oktober 2009, GZ 4 Ps 305/09p-24, bestätigt wurde, 2. gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 31. März 2010, GZ 54 R 31/10w-80, mit dem die Protokollsprüfung der Mutter zurückgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Innsbruck vom 8. Februar 2010, GZ 4 Ps 305/09p-63, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

1. Soweit

a) der außerordentliche Revisionsreklame gegen den Beschluss des Rekursgerichts vom 1. Februar 2010 die Abweisung des Antrags der Mutter auf Ablehnung des Sachverständigen Univ.-Doz. Prof. Dr. M***** S***** bekämpft und

b) der außerordentliche Revisionsreklame gegen den Beschluss des Rekursgerichts vom 31. März 2010 die Zurückweisung der Protokollsprüfung der Mutter bekämpft,

wird den (insoweit als Reklame anzusehenden) Rechtsmitteln nicht Folge gegeben.

2. Im Übrigen werden die außerordentlichen Revisionsreklame mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG zurückgewiesen.

Text

Begründung:

Die Eltern der minderjährigen ehelichen Kinder D***** und N***** leben seit Februar 2008 getrennt. Der Vater hat eine Ehescheidungsantrag eingereicht. Die Kinder wohnen derzeit bei der Mutter, die aus der Ehewohnung im gemeinsamen Haus ausgezogen ist. Dort wohnt nur mehr der Vater. Beide Elternteile beantragten, ihnen die einstweilige und auch die endgültige Obsorge für die Kinder alleine zuzuweisen.

Mit Beschluss vom 21. 10. 2009 gab das Erstgericht insbesondere auch im Hinblick auf das Gutachten des beigezogenen kinderpsychologischen und pädagogischen Sachverständigen Dr. S***** den Anträgen des Vaters statt und wies jene der Mutter ab.

In der vom Rekursgericht anberaumten Rekursverhandlung am 13. 1. 2010 lehnte die Mutter den zur Verhandlung beigezogenen Sachverständigen Dr. S***** als befangen ab. Mit Beschluss vom 1. 2. 2010 wies das Gericht zweiter Instanz diesen Ablehnungsantrag ab und gab dem Rekurs der Mutter gegen die Entscheidungen des Erstgerichts keine Folge. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Inzwischen hatte die Mutter am 6. 11. 2009 und 18. 1. 2010 neuerliche Anträge gestellt, ihr die einstweilige und endgültige Obsorge für die Kinder zu übertragen oder die Obsorge des Vaters dahin einzuschränken, dass die Kinder bis zur Rechtskraft der Obsorgeentscheidung bei ihr zu verbleiben haben und von einem Privatlehrer unterrichtet werden; weiters, dass dem Vater aufgetragen wird, vorerst für die Dauer des Obsorgeverfahrens von der Durchsetzung des einstweiligen Obsorgebeschlusses vom 21. 10. 2009 Abstand zu nehmen; weiters lehnte sie den genannten Sachverständigen abermals ab. Mit Beschluss vom 8. 2. 2010 wies das Erstgericht diese Anträge ab. Das Rekursgericht bestätigte mit Beschluss vom 31. 3. 2010 diese Entscheidung mit der Maßgabe, dass die Anträge der Mutter nicht abgewiesen, sondern zurückgewiesen wurden. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Behauptungen der Mutter habe sich erübrigkt, weil über diese zum überwiegenden Teil bereits abgesprochen worden sei und sie im Übrigen nicht geeignet seien, eine Änderung der bereits getroffenen Entscheidung über die Obsorge herbeizuführen. Auch gegen diese Entscheidung erklärte das Rekursgericht den ordentlichen Revisionsrekurs für nicht zulässig.

Unter einem wies das Rekursgericht eine von der Mutter betreffend die Rekursverhandlung vom 13. 1. 2010 am 16. 2. 2010 schriftlich erhobene Protokollrüge mit folgender Begründung zurück: Nach § 22 AußStrG seien die Bestimmungen der ZPO unter anderem über Protokolle (§§ 207 ff ZPO) sinngemäß anzuwenden. Nach § 212a ZPO könne sich der Vorsitzende für die Abfassung des Verhandlungsprotokolls eines Schallträgers bedienen, wobei in diesem Fall § 212 ZPO sinngemäß anzuwenden sei. Anstelle der in § 212 Abs 1 ZPO vorgesehenen Einsichtnahme oder Verlesung des Protokolls könnten die Parteien die Wiedergabe der Aufnahme verlangen. Nach § 212 Abs 5 ZPO sei von dem in Kurzschrift aufgenommenen Teil des Protokolls eine Übertragung in Vollschrift anzufertigen, vom Richter und Schriftführer zu unterschreiben und binnen drei Tagen nach Schluss der Tagsatzung dem Protokoll als Beilage anzufügen. Die Partei könne binnen drei weiteren Tagen in die Übertragung Einsicht nehmen und gegen Fehler der Übertragung Widerspruch erheben. Ihr sei, wenn sie dies bei der Tagsatzung beantragt habe, eine Abschrift der Übertragung binnen drei Tagen nach Schluss der Tagsatzung zuzustellen. In diesem Fall beginne die Frist zur Erhebung des Widerspruchs gegen Fehler der Übertragung mit dem Tag nach Zustellung. Die Mutter habe allerdings während der Rekursverhandlung weder eine Richtigstellung des Protokollinhalts verlangt, noch gegen Angaben des Verhandlungsprotokolls Widerspruch eingelegt. Auch die Wiedergabe der Aufnahme sei nicht verlangt worden. Letztlich habe die Mutter auch nicht beantragt, dass ihr eine Abschrift der Übertragung binnen drei Tagen nach Schluss der Tagsatzung zuzustellen sei. Damit sei die erst am 16. 2. 2010 beim Rekursgericht eingereichte Protokollrüge verspätet. Außerdem sei im Einvernehmen der Parteien die mündliche Gutachtenserstattung durch den Sachverständigen wiederholt worden, als der Bedienungsfehler bemerkt worden sei. Die Mutter mache somit eigentlich nicht einen Fehler gegen die Übertragung, sondern gegen das Protokoll an sich geltend. Dieser Widerspruch hätte bereits anlässlich der Tagsatzung (§ 212 Abs 3 ZPO) erfolgen müssen.

Rechtliche Beurteilung

1. Zu den Rekursen:

a) Im außerordentlichen Revisionsrekurs gegen den Beschluss vom 1. 2. 2010 wendet sich die Mutter ausdrücklich auch gegen die Abweisung ihres Antrags auf Ablehnung des Sachverständigen und beantragt, die betreffende Entscheidung des Rekursgerichts im Sinn einer Ablehnung des genannten Sachverständigen wegen Befangenheit abzuändern.

Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Sachverständiger unter den Voraussetzungen des § 355 Abs 2 zweiter Satz ZPO auch noch im Verfahren zweiter Instanz abgelehnt werden (RIS-Justiz RS0040667). Das Rekursgericht hat hier über den Ablehnungsantrag der Mutter funktionell als erste Instanz entschieden. Diese Entscheidung ist daher nach § 45 AußStrG mit Rekurs an den Obersten Gerichtshof (jedenfalls) bekämpfbar (vgl 7 Ob 164/08f, 184/08x). Die Bestimmungen der ZPO über die Ablehnung von Sachverständigen finden auch im

Außerstreitverfahren Anwendung (RIS-Justiz RS0040722); dies gilt nach § 35 AußStrG insbesondere auch für die Rechtsmittelbeschränkung des § 366 Abs 1 ZPO (6 Ob 76/06d, RIS-Justiz RS0040730 [T10]; Fucik/Kloiber, AußStrG § 35 Rz 2). Da der daher abgesondert nicht bekämpfbare Beschluss über den Ablehnungsantrag gemeinsam mit der Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz über den Rekurs der Mutter gegen die Obesorgeentscheidungen gefällt wurde, konnte die Mutter ihren Rekurs (die Fehlbezeichnung schadet nicht - § 84 Abs 2 zweiter Satz ZPO analog) mit ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs gegen die bestätigenden Entscheidungen des Rekursgerichts verbinden (RIS-Justiz RS0043719).

Die Rekurswerberin macht im Wesentlichen geltend, das Rekursgericht habe bei der Beurteilung, ob der Sachverständige bei seiner Tätigkeit befangen gewesen sei, nicht bedacht, dass seine Angabe, er habe über Auftrag der Erstrichterin Kontakt mit dem Vater und dem Jugendwohlfahrtsamt aufgenommen, von der Erstrichterin nicht bestätigt, sondern dezidiert bestritten worden sei. Auch dass der Sachverständige eine gemeinsame Obsorge vorgeschlagen habe und ohne ergänzende Einvernahme der Mutter davon ausgegangen sei, dass diese „zerstörerische Fakten“ gesetzt habe, belege, dass der Sachverständige nicht unbefangen, sondern voreingenommen sei.

Mit diesen Ausführungen vermag die Rekurswerberin einen Rechtsirrtum des Rekursgerichts nicht aufzuzeigen. Zwar kann das Verhalten des Sachverständigen im Verfahren selbst ein berechtigtes Misstrauen in seine Unparteilichkeit hervorrufen, etwa wenn er sich nicht an den Gutachtensauftrag hält oder wenn er bei Erstellung des Befunds ohne sachliche Rechtfertigung nur eine Partei berücksichtigt. Allein aus seiner Tätigkeit als Sachverständiger können allerdings keine gerechtfertigten Bedenken gegen seine Unbefangenheit abgeleitet werden; die Kompetenz des Sachverständigen und die Qualität seiner Tätigkeit hat der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen (Rechberger in Fasching/Konecny2 §§ 355, 356 Rz 4 f). Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin kann aus dem Umstand, dass der Sachverständige zunächst die Fachmeinung vertrat, die gemeinsame Obsorge beider Elternteile wäre im Interesse der Kinder anzustreben, eine Parteilichkeit keineswegs abgeleitet werden. Der Sachverständige hat auch anlässlich seiner Beziehung zur Rekursverhandlung an seiner Expertise festgehalten, dass das Verhalten der Mutter dem Wohl der Kinder abträglich sei. Darin, dass er eine neuerliche Einvernahme der Mutter nicht für notwendig erachtete, kann im Hinblick darauf, dass von ihm im Rahmen der Befundaufnahme vor Gutachtenserstellung, wie er festgehalten hat, vier persönliche Gespräche mit der Mutter geführt und mehrere schriftliche Stellungnahmen der Mutter berücksichtigt wurden, kein Grund gesehen werden, seine Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen. Schließlich ist die Behauptung, der Sachverständige habe sich nicht mit Wissen und Willen des Erstgerichts mit dem Vater und einer Vertreterin des Jugendamts getroffen, um die Übergabe der Kinder an den Vater zu unterstützen, schlicht falsch. Die Erstrichterin hat in einer Erklärung vom 27. 1. 2010 ausdrücklich klargestellt, dass der Sachverständige in Absprache mit ihr und mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung tätig geworden sei. Keine Rede kann davon sein, dass die Überparteilichkeit eines Sachverständigen deshalb in Zweifel zu ziehen wäre, weil dieser seine Fachkompetenz und Unterstützung bei einer vom Gericht angeordneten Übergabe eines Kindes an den anderen Elternteil anbietet. Umstände, wonach die Überparteilichkeit und Unbefangenheit des genannten Sachverständigen zu bezweifeln wären, werden demnach von der Rekurswerberin nicht aufgezeigt und sind auch nicht aktenkundig. Dem Rekurs der Mutter gegen die Entscheidung über ihren Ablehnungsantrag ist daher ein Erfolg zu versagen.

b) Auch die Zurückweisung der Protokollsäge der Mutter hat das Rekursgericht funktionell als erste Instanz vorgenommen, weshalb auch diese Entscheidung nach § 45 AußStrG mit Rekurs an den Obersten Gerichtshof (gemäß § 214 Abs 2 zweiter Satz ZPO nicht abgesondert) bekämpfbar ist. Nach § 22 AußStrG sind die Bestimmungen der ZPO über Protokolle sinngemäß anzuwenden.

Die Rekurswerberin macht im Wesentlichen geltend, einen Übertragungsfehler gerügt zu haben, der ihr erst nach Zustellung der Protokollsabschrift am 15. 2. 2010 auffallen habe können. Da sie das Fehlen zweier Passagen der Angaben des Sachverständigen (zum einen mit dem Vater und dessen Vertreter Gespräche geführt zu haben, zum anderen die Aussage, dass die Mutter „zerstörerische Fakten“ gesetzt habe) bereits mit am 16. 2. 2010 eingebrachten Schriftsatz gerügt habe, könne diese - für die Frage der Befangenheit des Sachverständigen relevante - Protokollsäge entgegen der Ansicht des Rekursgerichts nicht verspätet sein.

Das Rekursgericht ist allerdings aufgrund der Protokollsäge der Mutter und der Vorgänge in der Verhandlung am 13. 1. 2010 davon ausgegangen, dass bereits in dieser Verhandlung bemerkt wurde, dass - offensichtlich aufgrund eines Bedienungsfehlers - Teile der Aussagen des Sachverständigen auf dem Schallträger nicht festgehalten wurden. Dass die anschließend vorgenommene Wiederholung (Rekonstruktion) der Aussagen des Sachverständigen

unvollständig erfolgt sei, hat die Mutter nach Beendigung der Protokollierung nicht gerügt, und sie hat am Ende der Tagsatzung vor Unterfertigung des Verhandlungsprotokolls auch nicht Widerspruch erhoben. Unter diesen Umständen ist das Rekursgericht zutreffend von einem Protokollierungsfehler ausgegangen. Ein solcher ist von den Parteien sofort, also spätestens am Ende der Verhandlung, zu rügen (RIS-Justiz RS0120115). Nach der Verhandlung konnte die Mutter das Fehlen der betreffenden Angaben daher nicht mehr erfolgreich geltend machen; ihre nachträgliche Protokollsäge wurde vom Rekursgericht deshalb zu Recht als verspätet zurückgewiesen (vgl Fucik/Peer, Die Protokollberichtigung, ÖJZ 2009/75 mwN in FN 19). Im Übrigen wäre aus den Aussagen des Sachverständigen, deren Fehlen von der Mutter behauptet wird, nichts für ihren Standpunkt zu gewinnen. Dass der Sachverständige Kontakt zum Vater hatte und versucht hat, die Übergabe der Kinder an diesen zu unterstützen, steht ohnehin fest; auf diesen Umstand wurde bereits eingegangen. Für eine allenfalls von Amts wegen vorzunehmende Protokollberichtigung (RIS-Justiz RS0037267), deren Unterbleiben die Antragsgegnerin weiters beanstandet, bestand daher kein Anlass.

Da dem Rekursgericht hinsichtlich der Protokollsäge der Mutter ein Rechts- oder Verfahrensfehler nicht unterlaufen ist, muss die einen Rekurs darstellende Anfechtung der Zurückweisung dieser Säge erfolglos bleiben.

2. Zu den außerordentlichen Revisionsrekursen:

Die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffende Entscheidung, welchem Elternteil bei Gegenüberstellung der Persönlichkeit, Eigenschaften und Lebensumstände die Kindesobsorge vorläufig oder endgültig übertragen werden soll, ist - wenn dabei auf das Kindeswohl ausreichend Bedacht genommen wurde - eine Frage des Einzelfalls, der keine grundsätzliche Bedeutung im Sinn des § 62 AußStrG zukommt (RIS-Justiz RS0007101; RS0115719; RS0114625). Die Vorinstanzen haben sich nach umfangreichen Erhebungen und Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens mit den für die Obsorgeentscheidung maßgeblichen Kriterien auseinandergesetzt. In der vom Rekursgericht durchgeführten Verhandlung, in der auch die Mutter und deren nunmehriger Lebensgefährte vernommen wurden, wurde das Gutachten nochmals eingehend erörtert. Aufgrund dieser Erörterung und der Ergebnisse ihrer Erhebungen kamen die Vorinstanzen übereinstimmend zum Ergebnis, dass bei Gegenüberstellung der Elterncharaktere der Vater besser geeignet ist, das Wohl der Kinder auf längere Sicht zu gewährleisten. Während seine Erziehungsfähigkeit nicht zu bezweifeln sei, neige die Mutter dazu, ihre eigenen Interessen in den Vordergrund zu stellen und scheue dabei auch nicht davor zurück, die Kinder und auch die mit dem Wohl der Kinder betrauten Behörden zu ihren Zwecken zu instrumentalisieren. Dass die Kinder seit ihrer „Entführung“ durch die Mutter nach Deutschland bei der Mutter aufhältig seien, könne daran nichts ändern. Der Grundsatz der Kontinuität der Erziehung sei im vorliegenden Fall nicht entscheidend, da die Mutter mit ihrem Verhalten das Wohl der Kinder rücksichtslos massiv beeinträchtige und nicht gewillt sei, ihr Verhalten zu ändern.

Umstände, die an der Richtigkeit dieser rechtlichen Einschätzung des Rekursgerichts zweifeln ließen, vermag die Revisionsrekurswerberin nicht aufzuzeigen und sind auch nicht aktenkundig. Die Mutter behauptet vor allem das Vorliegen mehrerer Verfahrensmängel. Soweit diese Mängel des Verfahrens erster Instanz allerdings bereits vom Rekursgericht verneint wurden, könnten sie vom Obersten Gerichtshof nur aufgegriffen werden, wenn dies aus Gründen des Kindeswohls erforderlich wäre, wofür hier aber keine Anhaltspunkte vorhanden sind (vgl RIS-Justiz RS0050037; RS0030748 [T7], jeweils mwN). Ein Mangel des Rekursverfahrens wird von der Revisionsrekurswerberin vor allem darin erblickt, dass das Rekursgericht über den Antrag auf Ablehnung des kinderpsychologischen Sachverständigen nicht sofort, sondern gemeinsam mit der Entscheidung über die Obsorge entschieden hat. Ein wesentlicher Verfahrensfehler kann darin allerdings nicht gesehen werden; eine Befragung des Sachverständigen und Erörterung seines Gutachtens wurde dadurch nicht verhindert. Im Revisionsrekurs werden auch keine Fragen aufgeworfen, die deshalb unerörtert geblieben wären.

Im Wesentlichen wird von der Revisionsrekurswerberin mit ihrer Mängel- und Rechtsäge die Richtigkeit des Gutachtens des Sachverständigen bekämpft. Eine Anfechtung der Ergebnisse von Sachverständigengutachten, die die Tatsacheninstanzen ihren Entscheidungen zugrundelegten, kann unter dem Gesichtspunkt eines Verfahrensmangels allerdings nicht erfolgen (RIS-Justiz RS0043168) und ist auch wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung nach ständiger Rechtsprechung nur insoweit möglich, als dem Sachverständigen bei seinen Schlussfolgerungen ein Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder gegen objektiv überprüfbare zwingende Gesetze des sprachlichen Ausdrucks unterlaufen ist (RIS-Justiz RS0043168 [T8]). Dies wird von der Revisionsrekurswerberin hier nicht behauptet und ist auch nicht der Fall.

Eine Fehlbeurteilung des Rekursgerichts, die aus Gründen des Wohls der pflegebefohlenen Kinder vom Obersten Gerichtshof korrigiert werden müsste, liegt nicht vor. Der Grundsatz der Kontinuität der Erziehung darf nicht um seiner selbst willen aufrechterhalten werden, sondern ist dem Wohl der Kinder unterzuordnen. Die Forderung nach Kontinuität entspringt dem Gedanken des Kindeswohls, weil nach der Lebenserfahrung die Stetigkeit und Dauer Grundbedingungen für eine erfolgreiche und damit dem Wohl des Kindes dienende Erziehung sind (RIS-Justiz RS0047928). Das Rekursgericht hat das Kriterium der Kontinuität auf Basis der getroffenen Feststellungen ohnehin ausdrücklich erörtert. Eine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung ist hiebei nicht zu erkennen.

Auch im außerordentlichen Revisionsrekurs gegen den Beschluss des Rekursgerichts vom 31. 3. 2010 wird von der Mutter keine Fehlbeurteilung hinsichtlich der Frage der vorläufigen und endgültigen Obsorgezuteilung sowie der übrigen Anträge und daher auch kein tauglicher Zulassungsgrund dargetan. Auf die von ihr vorgebrachten Neuerungen wäre nur dann einzugehen, wenn sie im Interesse des Kindeswohls beachtlich wären. In der Ansicht der Vorinstanzen, dass auch das neue Vorbringen der Mutter nicht geeignet sei, eine Änderung der getroffenen Entscheidungen herbeizuführen, ist jedoch eine Verkennung der Rechtslage nicht zu erblicken.

Insgesamt vermag die Mutter demnach keinen tauglichen Grund für die Zulassung ihrer außerordentlichen Revisionsreklame aufzuzeigen. Ihre wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG unzulässigen außerordentlichen Rechtsmittel sind daher zurückzuweisen. Dies bedarf nach § 71 Abs 3 AußStrG keiner weiteren Begründung.

Schlagworte

Zivilverfahrensrecht,Familienrecht

Textnummer

E94251

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0070OB00081.10B.0526.000

Im RIS seit

22.07.2010

Zuletzt aktualisiert am

05.07.2012

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