

# TE OGH 1984/9/6 8Ob599/84

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.09.1984

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.

Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als Richter in der Pflugschaftssache der mj Bettina K\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, infolge Revisionsrekurses der mütterlichen Großmutter Johanna P\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Sailer, Rechtsanwalt in Bruck/Leitha, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 13. Juni 1984, GZ 43 R 530/84-88, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Bruck/Leitha vom 20. März 1984, GZ P 41/82-68, bestätigt wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Die am 1. 11. 1973 geborene mj Bettina K\*\*\*\*\* befand sich seit dem Tode ihrer Mutter im Jahr 1978 (Reitunfall) im Haushalt der mütterlichen Großmutter Johanna P\*\*\*\*\* in W\*\*\*\*\*, wo sie auch die Volksschule besuchte. Ihr Vater hat im Dezember 1980 abermals geheiratet (AS 23) und wohnt mit seiner Frau Elisabeth und deren zwei, 15 und 17 Jahre alten Söhnen aus erster Ehe in einem Einfamilienhaus in M\*\*\*\*\*. Die mütterliche Großmutter und der Vater hatten hinsichtlich der Pflege und Erziehung der Minderjährigen vorerst einander widerstreitende Anträge gestellt, sie fanden jedoch in der Folge eine einvernehmliche Lösung, gegen die auch das Jugendamt keine Einwendungen erhoben hatte. Mit Beschluss vom 22. 9. 1982 (ON 18 d.A.) sprach das Erstgericht dementsprechend aus, dass die Minderjährige jeweils die Wochenenden und die Ferien bei ihrem Vater in M\*\*\*\*\* verbringt, die übrige Zeit jedoch bei ihrer Großmutter in W\*\*\*\*\* ist. Das Erstgericht sprach weiters aus, dass gesetzlicher Vertreter des Kindes der Vater bleibt, die Minderjährige die Volksschule in W\*\*\*\*\* weiter besucht, der Vater berechtigt ist, seine Tochter jeweils zum Wochenende nach Schulschluss bei der Großmutter abzuholen und verpflichtet ist, sie längstens bis 19 Uhr des dem nächsten Schultag vorangehenden Tages wieder zur Großmutter zurückzubringen und dass diese Regelung auch für die Schulferien sinngemäß gilt. Am 17. 11. 1982 beantragte der Vater, die Minderjährige in seine Pflege und Erziehung einzuweisen. Diesen Antrag wies das Erstgericht am 27. 7. 1983 (ON 46 d.A.) mit der Begründung ab, dass ein Wechsel in der Pflege und Erziehung der Minderjährigen vor Beendigung der Volksschule für die Minderjährige nicht günstig sei. Das Gericht zweiter Instanz hob diesen Beschluss auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf (ON 49 d.A.). Im fortgesetzten Verfahren erklärte der Vaters jedoch, damit einverstanden zu seine, seine Tochter erst nach Beendigung der Volksschule zu sich zu nehmen.

Die mütterliche Großmutter sprach sich gegen die Übergabe der Minderjährigen an den Vater aus; die Minderjährige selbst erklärte, sie wolle zwar ihren Vater öfters besuchen, sie fühle sich aber im Übrigen in W\*\*\*\*\* wohl und wolle bei der Großmutter bleiben.

Das Erstgericht übertrug mit seinem Beschluss vom 20. 3. 1984 (ON 68 d.A.) die Pflege und Erziehung der mj Bettina ab 1. 8. 1984 dem Vater und sprach auch aus, dass diesem die im § 144 ABGB genannten Rechte allein zustehen. Es traf über den bereits wiedergegebenen Sachverhalt hinaus im Wesentlichen folgende Feststellungen:

Die mütterliche Großmutter ist über 70 Jahre alt. Sie hat ihr Enkelkind bisher sehr gut betreut und zeigte sich dieser Aufgabe durchaus gewachsen. Die Minderjährige lebt mit ihren (1963 und 1964 geborenen) Halbgeschwistern (Kinder der verstorbenen Mutter aus erster Ehe) zusammen. Der Vater ist nach vorübergehender Arbeitslosigkeit wieder berufstätig, wobei er während der Woche öfters auswärts arbeitet. Seine Ehefrau ist nicht berufstätig und kümmert sich um den Haushalt und die Versorgung ihrer Söhne, die die Obsorge der Mutter bereits als manchmal etwas zu weitgehend empfinden und eine altersgemäße Tendenz zur Ablösung zeigen; der Aufnahme der mj Bettina stehen sie nicht ablehnend gegenüber; sie gehen im Übrigen ihren eigenen Interessen nach. Elisabeth K\*\*\*\*\* ist an der Übernahme der Minderjährigen in ihren Haushalt interessiert, es kann auch erwartet werden, dass sie gemeinsam mit dem Vater für die entsprechende Erziehung der Minderjährigen sorgen wird, wobei beabsichtigt ist, das Kind die Hauptschule in S\*\*\*\*\* besuchen zu lassen. Die Verhältnisse im Haushalt des Vaters sind ebenfalls als geordnet anzusehen.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Ansicht, dass die seinerzeit von allen beteiligten Erwachsenen akzeptierte Lösung, wonach die mj Bettina die Volksschule in W\*\*\*\*\* besuchen und dann zu ihrem Vater übersiedeln und in S\*\*\*\*\* in die Hauptschule gehen sollte, wieder aufzugreifen und dementsprechend zu entscheiden sei. Wenn die Minderjährige selbst derzeit auch einen Verbleib bei der Großmutter vorziehe, so könne nicht übersehen werden, dass aus Altersgründen die nunmehr getroffene Lösung für die Entwicklung des Kindes günstiger erscheine. Insbesondere müsse damit gerechnet werden, dass die Großmutter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage sein könnte, die Minderjährige wie bisher zu versorgen. Es bestehe nunmehr die Möglichkeit eines allmählichen Übergangs, wozu auch die eingeräumte Frist bis Ende Juli 1984 diene. Trotz der nach wie vor bestehenden Bedenken erscheine die nunmehrige Lösung für die Minderjährige letztlich die günstigere zu sein, wobei die Bedenken vor allem dahin gingen, dass die völlige Herauslösung aus dem bisherigen Familienverband naturgemäß mit Schwierigkeiten verbunden sein werde. Im Hinblick darauf, dass die (im ersten Rechtsgang vorhanden gewesenen) Bedenken wegen eines Schulwechsels nunmehr weggefallen seien, sei ein ergänzendes Sachverständigengutachten nicht erforderlich gewesen.

Das Gericht zweiter Instanz gab dem Rekurs der mütterlichen Großmutter keine Folge. Es traf noch ergänzend die Feststellung, dass der Vater der Minderjährigen mit seiner Frau und deren Kinder ein gepflegtes Einfamilienhaus bewohnen und der mj Bettina dort ein eigener Schlafräum zur Verfügung gestellt werden kann. Das Erstgericht habe die für die Entscheidung über die Übertragung der Pflege und Erziehung auf den Vater maßgeblichen Umstände beachtet und zutreffend gewürdigt. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass die Bestimmung des § 145 ABGB den „anderen Elternteil“ in die Rechte des ausgefallenen Teiles ipso iure eintreten lasse und erst bei Wegfall beider Elternteile eine Übertragung der elterlichen Rechte auf die Großeltern oder einen Großelternteil in Frage käme. Wenn aber schon eine Entscheidung über die Zuteilung der elterlichen Rechte und Pflichten iSd § 177 ABGB an einen Elternteil erfolgt sei, so könne die Rückübertragung dieser Aufgaben von einem Elternteil auf den anderen im Allgemeinen nur dann erfolgen, wenn eine Gefährdung des Kindes durch den derzeit betreuenden Elternteil nachgewiesen werde. In gleicher Weise rechtfertige der Gefährdungstatbestand des § 176 ABGB naturgemäß auch die Entziehung der den Großeltern (einem Großelternteil) zugeteilten Betreuungsrechte. Darüber hinaus sei aber im Hinblick auf den dargelegten, im Gesetz begründeten Vorrang der Eltern vor den Großeltern bei der Betreuung des Kindes, dessen Rückführung zu den Eltern bzw einem Elternteil, nicht nur bei Gefährdung des Kindes oder bei besonders gelagerten Einzelfällen möglich. Der vom Gesetzgeber bevorzugten elterlichen Betreuung sei auch dann Rechnung zu tragen, wenn die Eltern (ein Elternteil) zur Wahrung der elterlichen Rechte und Pflichten durch günstigere Änderung ihrer Lebensverhältnisse in die Lage versetzt wurden, dem Kind eine Erziehung und Pflege ihren Lebensverhältnissen entsprechend zu bieten. Die ergänzenden Erhebungen hätten ergeben, dass der Vater in geordneten Verhältnissen lebe, seine Frau, die nicht berufstätig sei, den Haushalt versorge und bereit sowie auch in der Lage sei, die mj Bettina während der berufsbedingten Abwesenheit des Vaters zu betreuen. Soweit die

Rekurswerberin geltend mache, die Stiefmutter und deren Söhne aus erster Ehe stünden dem Kind als Fremde gegenüber, sei auf den Bericht der Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha zu verweisen, nach dem diese Personen die Minderjährige seit 4 Jahren kennen und einer Aufnahme der Minderjährigen in den elterlichen Haushalt nicht ablehnend gegenüberstünden. Da die Übertragung der Pflege und Erziehung mit 1. 8. 1984 erfolge, sei dafür gesorgt, dass die Minderjährige die Volksschule in W\*\*\*\*\* beenden könne. Das Kind werde ab Herbst die Hauptschule besuchen, weshalb die Übersiedlung zum Vater keinen zusätzlichen Schulwechsel nach sich ziehe. Wenn die Großmutter in ihrem Rekurs darzutun versuche, dass es dem Kindeswohl am besten entspreche, wenn die Minderjährige weiterhin in ihrer Pflege und Erziehung verbliebe, so übersehe sie, dass der Sachverständige Dr. Schmuttermeier sich in seinem Gutachten aus überzeugenden Gründen für eine baldige Einweisung der Minderjährigen in Pflege und Erziehung des Vaters ausgesprochen habe. Dem Einwand der Großmutter, es seien die Wohnverhältnisse des Vaters nicht entsprechend geprüft worden, sei entgegenzuhalten, dass nach dem Bericht der Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha, die Familie in M\*\*\*\*\* ein gepflegtes Einfamilienhaus bewohne und die Möglichkeit bestehe, der Minderjährigen ein eigenes Schlafzimmer zur Verfügung zu stellen. Da die Pflege und Erziehung mit dem Übertritt des Kindes von der Volks- in die Hauptschule zusammenfalle, demnach keine Schwierigkeiten durch einen zusätzlichen Schulwechsel entstehen könnten und die übrigen für die Entscheidung wesentlichen Umstände durch die Vernehmung der in Betracht kommenden Personen sowie durch die Erhebungen der Bezirkshauptmannschaft Bruck/Leitha hinreichend geklärt erschienen, habe das Erstgericht von der Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens mit Recht Abstand nehmen können. Die angefochtene Entscheidung stehe somit mit dem Kindeswohl im Einklang.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen diesen rekursgerichtlichen Beschluss richtet sich der Revisionsrekurs der mütterlichen Großmutter, der unzulässig ist. Da das Rekursgericht den Beschluss des Erstgerichts bestätigte, ist der Revisionsrekurs nur wegen offener Gesetzwidrigkeit, Aktenwidrigkeit oder Nichtigkeit zulässig (§ 16 AußStrG). Die mütterliche Großmutter erklärt in ihrem Revisionsrekurs, alle diese Anfechtungsgründe geltend zu machen. Worin eine Aktenwidrigkeit zu erblicken wäre, führt sie überhaupt nicht aus; eine solche ist auch nicht zu erkennen. Die Beschwerdegründe der offenbaren Gesetzwidrigkeit und der Nichtigkeit hingegen sind nicht gegeben.

Eine offenbare Gesetzwidrigkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs nur dann vor, wenn die zu beurteilende Frage im Gesetz so klar gelöst ist, dass kein Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers aufkommen kann, und trotzdem eine damit im Widerspruch stehende Entscheidung gefällt wurde (SZ 46/98 und die dort angeführte Rechtsprechung; EFSlg 32.616, 37.388, 42.327 uva). Wie sich aus § 177 ABGB ergibt, ist für die nach dieser Gesetzesstelle zu treffende Entscheidung darüber, wem die im § 144 ABGB umschriebenen Rechte und Pflichten hinsichtlich eines Kindes allein zustehen sollen, das Wohl des Kindes maßgebend. Nach § 178a ABGB sind bei Beurteilung des Kindeswohls die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen. Wenngleich bei der Entscheidung, ob die Pflege und Erziehung bei einem Elternteil oder bei Großeltern besser gewährleistet ist, eine Interessenabwägung nicht stattzufinden hat, sondern das Elternrecht Vorrang hat, hat bei der von einem Elternteil geforderten Aufhebung einer bereits im Interesse des Kindes erfolgten Einschränkung der elterlichen Rechte eine Abwägung doch stattzufinden (SZ 51/112; EFSlg 31.357, 38.385 ua). Das Rekursgericht hat im Rahmen des ihm damit eingeräumten pflichtgemäßem Ermessens unter Bedachtnahme auf die Persönlichkeit der Minderjährigen, ihre Bedürfnisse, Fähigkeiten und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse bei der mütterlichen Großmutter und beim Vater seine bestätigende Entscheidung hinsichtlich der Minderjährigen getroffen. In einer solchen Ermessensentscheidung kann aber eine offenbare Gesetzwidrigkeit iSd § 16 Abs 1 AußStrG nicht gelegen sein (JBl 1968, 373; SZ 44/180; EFSlg 32.640, 42.331 f uva). Die Revisionsrekurswerberin versucht in ihrem Rechtsmittel darzulegen, dass der Aufenthalt der Minderjährigen bei ihr dieser mehr zum Wohle gereichen würde. Die Rechtsmittelauführungen stellen daher lediglich den unbeachtlichen Versuch dar, eine unrichtige rechtliche Beurteilung des Sachverhalts aufzuzeigen. Eine allfällige unrichtige rechtliche Beurteilung kann aber dem Begriff der offenbaren Gesetzwidrigkeit nicht gleichgehalten werden (SZ 39/103; EFSlg 30.557, 32.594, 42.329 ua). Im Übrigen vermag bei einer nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu treffenden Regelung – wie der vorliegenden – der Vorwurf, dass nicht alle Umstände des Einzelfalls gebührend berücksichtigt worden seien, die im § 16 AußStrG angeführte Rechtsmittelvoraussetzung der offenbaren Gesetzwidrigkeit nicht herzustellen (EFSlg 14.687,

32.627, 8 Ob 584/83 ua), es sei denn, es wäre das Grundprinzip des Pflegschaftsverfahrens durch eine gänzlich unterbliebene Bedachtnahme auf das Wohl des pflegebefohlenen Kindes außer Acht gelassen worden (EFSlg 19.065, 32.631, 39.832, 42.334 uva). Von einem solchen Verstoß gegen das Kindeswohl kann aber im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Revisionsrekurswerberin keine Rede sein. Befindet sich nämlich ein Kind aus irgendwelchen Gründen bei anderen Personen als bei den Eltern oder einem Elternteil in Pflege, muss die mit einem Wechsel regelmäßig verbundene, meist aber vorübergehende Belastung des Kindes in Kauf genommen werden, wenn die Eltern oder ein Elternteil die Gewähr für eine ordnungsgemäße Erziehung bietet (EFSlg 31.354, 33.466, 33.605, 38.415 ua). Dem Wunsch der Minderjährigen nach Verbleib bei ihrer Großmutter und den etwa 10 Jahre älteren Halbgeschwistern kann daher in diesem Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Dass der Vater von seinem Besuchsrecht zuletzt längere Zeit hindurch nicht Gebrauch gemacht hat, ist auch nicht geeignet, seine Erziehungsqualitäten und sein Interesse an der Minderjährigen in Zweifel zu ziehen, weil er diese Haltung nur im Interesse der Minderjährigen eingenommen hat, um nämlich eine weitere Beeinträchtigung der Minderjährigen aus Anlass der Besuche zu vermeiden. Dass sein Interesse an der Minderjährigen erst durch den Antrag der mütterlichen Großmutter, ihn zur Zahlung von Unterhalt zu verpflichten, ausgelöst worden sei, ist eine bloße Vermutung der Großmutter, deren Stichhaltigkeit im Verfahren nicht hervorgekommen ist.

Der Begriff der Nichtigkeit ist auch im Außerstreitverfahren im Wesentlichen unter sinngemäßer Anwendung der im Zivilprozess geltenden Nichtigkeitsgründe (§ 477 ZPO) zu erfassen (Fasching IV 112; Barchetti, ÖJZ 1962, 421 ff; EFSlg 32.586, 35.050, 37.368, 42.366 uva). Verfahrensverstöße können im Rahmen eines auf die Anfechtungsgründe des § 16 Abs 1 AußStrG beschränkten Revisionsrekurses nur dann wahrgenommen werden, wenn sie mit Nichtigkeit bedroht sind (EFSlg 28.446, 32.602, 39.783, 42.365 uva). Ein solcher Verfahrensverstoß soll darin liegen, dass die Vorinstanzen „durch eine weitere Stoffsammlung die Grundprinzipien eines Pflegschaftsverfahrens, nämlich die absolute Förderung des Kindes vollkommen außer Acht gelassen hätten“; sie hätten nämlich die Halbgeschwister und die Minderjährige selbst neuerlich befragen und eine Stellungnahme des Vaters zu den Eingaben der mütterlichen Großmutter einholen sowie eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens veranlassen müssen. Die Unterlassung der Vernehmung der Halbgeschwister und einer neuerlichen Befragung der Minderjährigen sowie einer Ergänzung des Sachverständigengutachtens können nicht als Mängel angesehen werden, die im Hinblick auf ihre entscheidende Bedeutung das Gewicht einer Nichtigkeit erreichen. Von einer derart mangelhaft gebliebenen Stoffsammlung der Vorinstanzen, dass das Wohl des Kindes außer Acht gelassen worden wäre, kann auch keine Rede sein, zumal die Vorinstanzen im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung ohnedies auf die im § 178a ABGB angeführten Entscheidungskriterien Bedacht genommen haben und der Vorwurf, nicht alle Umstände des Einzelfalls gebührend berücksichtigt zu haben, weder – wie bereits dargetan – eine offenbare Gesetzeswidrigkeit noch eine Nichtigkeit zu begründen vermag.

Mangels Vorliegens eines der im § 16 Abs 1 AußStrG normierten Rechtsmittelgründe musste daher der Revisionsrekurs zurückgewiesen werden.

**Textnummer**

E122530

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1984:0080OB00599.840.0906.000

**Im RIS seit**

30.08.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

30.08.2018

**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)