

# TE OGH 1984/9/6 8Ob600/84

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 Josef R\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, mj Ramona R\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, mj Markus R\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, und mj Anita R\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\*, in Folge Revisionsrekurses der ehelichen Mutter Anna R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Moringner, Rechtsanwalt in Linz, gegen den Beschluss des Landesgerichts Linz als Rekursgericht vom 9. April 1984, GZ 13 R 210/84-22, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Pregarten vom 8. Februar 1984, GZ P 68/83-16, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

Der Ehe der Anna und des Josef R\*\*\*\*\* entstammen vier Kinder, und zwar der mj Josef, geboren am \*\*\*\*\*, die mj Ramona, geboren am \*\*\*\*\*, der mj Markus, geboren am \*\*\*\*\*, und die mj Anita, geboren am \*\*\*\*\*. Die Ehe der Eltern ist aufrecht; sie leben nicht bloß vorübergehend getrennt.

Die Mutter beantragte, ihr die Pflege und Erziehung der Kinder zu überlassen und den Vater zu einer monatlichen Unterhaltsleistung für die drei älteren Kinder von je 1.500 S und für das jüngste Kind von 1.200 S zu verhalten. Sie brachte dazu vor, sie habe am 24. 9. 1983 die eheliche Gemeinschaft verlassen und gegen ihren Mann eine auf § 49 EheG gestützte Ehescheidungsklage eingebracht, weil er sie beschimpft und tätlich misshandelt habe. Sie habe zunächst alle vier Kinder mit sich genommen, dann aber über Wunsch des Vaters diesem die drei älteren Kinder wieder übergeben, damit ihnen durch einen Schulwechsel während des Jahres keine Nachteile entstünden. Im Interesse des Wohles der Kinder sei es aber geboten, dass sie nicht auseinandergerissen würden. Sie sei besser als der Vater geeignet, die Erziehung der Kinder zu übernehmen. In ihrem Beruf als Gastwirtin könnte sie sich ihre Arbeit besser einteilen als der Vater, der als Lederarbeiter kaum in der Lage sei, die Kinder entsprechend zu beaufsichtigen und anzuhalten. Der Vater verfüge über ein ausreichendes Einkommen zur Leistung der begehrten Unterhaltsbeträge.

Der Vater sprach sich gegen diese Anträge der Mutter aus und stellte seinerseits den Antrag, ihm die Pflege und Erziehung aller vier Kinder zu überlassen. Es sei richtig, dass die Mutter die eheliche Gemeinschaft am 24. 9. 1983 verlassen habe und nach B\*\*\*\*\* gezogen sei. Dazu habe er ihr aber keinen Anlass gegeben. Die Mutter sei in den letzten Jahren bereits mehrmals davongelaufen, ohne sich um das Wohl der zurückgelassenen Kinder zu kümmern.

Die Mutter unterhalte laufend Beziehungen zu verschiedenen Männern und vernachlässige darüber ihre Familie. Sie gehe oft allein aus und komme erst in den frühen Morgenstunden, oft schwer alkoholisiert, zurück. Auch an den Wochenenden kümmere sie sich oft nicht um die Kinder. Im Sommer 1983 habe sie Ramona und Anita auf eine Fahrt nach F\*\*\*\*\* mitgenommen und dann auf längere Zeit im Auto eingesperrt zurückgelassen. Die Mutter sei unberechenbar und aggressiv und habe den Vater im Zuge von Auseinandersetzungen tätlich misshandelt; dies sei auch am 24. 9. 1983 der Fall gewesen. Im Zuge einer früheren Auseinandersetzung habe die Mutter einmal ein Messer in die Hand genommen und angekündigt, sie werde sich umbringen. Eine dem Wohl der Kinder entsprechende Pflege und Erziehung sei bei der Mutter nicht gewährleistet. Ein annehmbares Mutter-Kind-Verhältnis sei allenfalls noch hinsichtlich der jüngsten Tochter gegeben. Besonders die drei größeren Kinder hätten unter dem unberechenbaren Verhalten der Mutter zu leiden; die Mutter habe sie grundlos und aus nichtigen Anlässen geschlagen. Für die drei älteren Kinder, die die Volksschule von F\*\*\*\*\* besuchten, sei es schädlich, aus ihrer gewohnten Umgebung gerissen zu werden. Der Vater habe trotz seiner Berufstätigkeit ausreichend Zeit, sich mit seinen Kindern zu beschäftigen. Im Übrigen würden die Kinder von der väterlichen Großmutter, die im gleichen Haus wohne, betreut.

Das Erstgericht entschied, dass alle aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten (§ 144 ABGB) hinsichtlich aller vier Kinder künftig dem Vater allein zustehen und wies den Antrag der Mutter auf Zuweisung dieser Rechte und ihren Unterhaltsantrag ab. Es begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass nach Möglichkeit alle vier Kinder gemeinsam leben sollten und dass aufgrund der Verfahrensergebnisse die Unterbringung der Kinder beim Vater sinnvoller sei. Der Vater sei zwar berufstätig, doch würden die Kinder während der berufsbedingten Abwesenheit des Vaters von dessen Mutter bestens betreut und versorgt. Auch seien die Wohnverhältnisse beim Vater derzeit unvergleichlich günstiger als bei der Mutter. Vor allem würden die Kindern nicht aus ihrer gewohnten Umgebung herausgerissen und bleibe ihnen ein nachteiliger Schulwechsel erspart.

Diese Entscheidung wurde von der Mutter mit Rekurs bekämpft.

Mit dem angefochtenen Beschluss gab das Rekursgericht diesem Rechtsmittel teilweise Folge. Es bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts in Ansehung der drei älteren Kinder und hob sie in Ansehung des jüngsten Kindes als nichtig auf; in diesem Umfang trug es dem Erstgericht eine neuerliche nach Verfahrensergänzung zu fällende Entscheidung auf.

Das Rekursgericht stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Mutter verließ am 24. 9. 1983 die eheliche Wohnung in F\*\*\*\*\*, mit den Kindern Ramona, Markus und Anita im Zuge einer tätlichen Auseinandersetzung mit dem Vater und zog zu ihren Eltern nach W\*\*\*\*\*. Zwei Tage später gab die Mutter die Kinder Ramona und Markus an den Vater heraus, damit sie weiterhin die Volksschule in F\*\*\*\*\* besuchen konnten.

In der Ehe der Eltern kommt es seit 1980 zu Streitigkeiten und tätlichen Auseinandersetzungen. Josef R\*\*\*\*\* hält seiner Frau ehewidrige Beziehungen vor, Anna R\*\*\*\*\* bestreitet solche und wirft ihrem Ehegatten grundlose Eifersucht vor. Sie ist bereits im Herbst 1980 und im Frühjahr 1982 im Zuge von tätlichen Auseinandersetzungen aus der ehelichen Wohnung ausgezogen, ist aber der Kinder wegen jeweils wieder dorthin zurückgekehrt. Die Eltern haben im Haus F\*\*\*\*\* gemeinsam eine Gastwirtschaft betrieben, der Vater nebenberuflich, da er hauptberuflich als Lederarbeiter beschäftigt ist.

Die drei älteren Kinder werden derzeit vom Vater und seiner nicht ganz 70-jährigen Mutter Theresia R\*\*\*\*\* betreut. Die Kinder werden vom Vater bzw der Großmutter zur Schule gebracht, essen mittags gemeinsam mit dem Vater zu Hause und werden anschließend vom Vater wieder in die Schule geführt. Die Hausaufgaben erledigen die Kinder unter Betreuung der Großmutter und fallweise auch des Vaters, der um ca 17 Uhr nach Hause kommt. Theresia R\*\*\*\*\*, die für ihr Alter rüstig ist, führt den Haushalt und versorgt auch teilweise die Gastwirtschaft, die vom Vater weiter betrieben wird. Der Vater hat vor, in Zeiten stärkerer Auslastung der Gastwirtschaft eine Aushilfskraft anzustellen, die auch im Haushalt und bei Versorgung der Kinder mithelfen müsste. Die Kinder Josef, Ramona und Markus folgen sowohl dem Vater als auch der Großmutter gut, wobei die Großmutter ihren Sohn als Haupterzieher respektiert. Die Kinder lehnen einen Besuch bei der Mutter ab, was nur vom ältesten Sohn Josef begründet werden konnte, nämlich damit, dass die Mutter die Kinder verlassen habe und nicht umgekehrt.

Die Mutter lebt mit der mj Anita bei ihren Eltern und ihrer verheirateten kinderlosen Schwester in einem alten

Bauernhaus unter ziemlich beengten Wohnverhältnissen. Diese räumlichen Verhältnisse lassen es nicht zu, dass die Mutter ihre drei größeren Kinder dort zu sich nehmen kann. Die Mutter hat die Absicht, sich in F\*\*\*\*\* eine Wohnung zu suchen, ohne hierfür konkrete Schritte unternommen zu haben. Da sie sich bewusst ist, dass ein Schulwechsel für die größeren Kinder schlecht ist, hat sie auch die Möglichkeit erwogen, eine Wohnung in der Nähe von G\*\*\*\*\* zu suchen, ohne allerdings eine Vorstellung zu haben, wo sie eine solche Wohnung erhalten könnte. Die Mutter ist derzeit ohne Beschäftigung; sie hilft am Bauernhof ihrer Schwester bzw ihrer Eltern mit. Anita ist ein lebhaftes, fröhliches und altersmäßig entsprechend entwickeltes Kind. Die Beziehung zwischen der Mutter und dieser Tochter ist herzlich. Nach einem Besuch zu Weihnachten in F\*\*\*\*\* wollte Anita wieder zu ihren anderen Geschwistern, im besonderen zu ihrer Schwester Ramona, zurück. Die Mutter macht sich Sorgen über ihre Zukunft, besonders über die Schwierigkeiten, eine entsprechende Wohnung für sich und alle vier Kinder zu finden. Sie hofft, im Fall des Zuspruchs alle vier Kinder von den Familienbeihilfen und den Unterhaltsleistungen des Vaters ohne Arbeit ihr Auslangen finden zu können. Sie ist sich bewusst, dass viele Streitigkeiten vor den Kindern ausgetragen worden sind und gibt zu, dass sie zu den Kindern streng gewesen ist und ihnen auch fallweise eine Ohrfeige versetzt hat.

Rechtlich führte das Rekursgericht im Wesentlichen aus, dass die Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 177 ABGB gegeben seien, weil die Eltern nicht bloß vorübergehend getrennt lebten. Eine derartige Entscheidung habe ausschließlich auf das Wohl der Kinder Bedacht zu nehmen. In Ansehung der drei älteren Kinder entspreche die Zuteilung der Elternrechte an den Vater dem Kindeswohl. Stelle man die Lebensumstände dieser Kinder beim Vater denen bei der Mutter in ihrer Gesamtheit gegenüber, dann müsse eine Zuteilung der Elternrechte an die Mutter schon an deren unzureichender Wohnsituation scheitern. Da die Mutter nicht einmal in der Lage sei, den drei älteren Kindern eine ausreichende Wohnmöglichkeit zu bieten, gefährde schon dieser Umstand das Wohl der Kinder. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die Mutter aufgrund ihrer Persönlichkeit besser geeignet wäre, die Pflege und Erziehung der Kinder zu übernehmen, zumal auch von der grundsätzlichen Erziehungstauglichkeit des Vaters unter Einbeziehung der sachgerechten Unterstützung durch die Großmutter väterlicherseits auszugehen sei.

Im Umfang der Entscheidung bezüglich der mj Anita sei der Beschluss des Erstgerichts allerdings als nichtig aufzuheben, weil der Mutter nicht das erforderliche rechtliche Gehör gewährt worden sei; in diesem Umfang werde das Erstgericht nach Anhörung der Mutter neu zu entscheiden haben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs der Mutter. Sie bekämpft sie insoweit, als sie die Zuteilung der Elternrechte bezüglich der drei älteren Kinder betrifft, mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss in diesem Umfang im Sinne der Stattgebung ihrer in erster Instanz gestellten Anträge abzuändern; hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dieser Revisionsrekurs ist unzulässig.

Wenn die vom Rekursgericht in einer Entscheidung zusammengefassten Aussprüche teils bestätigenden, teils abändernden oder aufhebenden Inhalts verschiedene Gegenstände oder verschiedene Personen betreffen, ist auf den bestätigenden Teil der Entscheidung § 16 AußStrG anzuwenden (5 Ob 355/58; 5 Ob 61, 87/74; 8 Ob 501/80; 2 Ob 521/84). Das Rekursgericht hat bezüglich der drei älteren Kinder die Entscheidung des Erstgerichts über die Übertragung der im § 144 ABGB umschriebenen Rechte und Pflichten an den Vater bestätigt. Bezüglich dieser Kinder kann daher nicht von einer abändernden Entscheidung gesprochen werden, mag auch das Rekursgericht gleichzeitig die Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich der mj Anita aufgehoben haben. Die vom Rekursgericht bezüglich der drei älteren Kinder getroffene bestätigende Entscheidung ist daher nur unter den Voraussetzungen des § 16 Abs 1 AußStrG anfechtbar (5 Ob 61, 87/74 und 8 Ob 501/80 in gleichgelagerten Fällen).

Nach dieser Gesetzesstelle findet gegen eine bestätigende Entscheidung des Rekursgerichts nur im Falle einer offenbaren Gesetz- oder Aktenwidrigkeit der Entscheidung oder einer begangenen Nullität die Beschwerde an den Obersten Gerichtshof statt. Im Rechtsmittel der Mutter wird das Vorliegen eines dieser Anfechtungsgründe nicht aufgezeigt.

Dass dem Rekursgericht eine Aktenwidrigkeit unterlaufen wäre, wird im Rechtsmittel nicht behauptet und ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich.

Den Rechtsmittelgrund der Nichtigkeit erblickt die Mutter darin, dass sich das Rekursgericht nicht mit den in ihrem Rekurs vorgebrachten Neuerungen über die schlechten Schulnoten der Kinder Ramona und Markus und deren Ursachen auseinandergesetzt habe. Davon kann aber im vorliegenden Fall keine Rede sein.

Die Nichtbeachtung von Neuerungen stellt grundsätzlich einen Verfahrensmangel dar, der im Rahmen eines außerordentlichen Revisionsrekurses nur aufgegriffen werden könnte, wenn er in seinen Auswirkungen einer Nichtigkeit gleichkommt. Dies wurde in der Rechtsprechung etwa dann bejaht, wenn eine Neuerung geeignet ist, die gesamten Entscheidungsgrundlagen zu verändern oder umzustoßen (EFSlg 19.053 uva) oder wenn durch die Nichtbeachtung solcher Neuerungen tragende Grundsätze des Pflegschaftsverfahrens wie die Beachtung des Kindeswohls vernachlässigt werden (EvBl 1965/133 ua).

Derartiges ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Das Rekursgericht ist auf die von der Mutter in ihrem Rekurs vorgebrachten Neuerungen eingegangen und hat in pflichtgemäßer Abwägung der im Sinne des § 178a ABGB bei Beurteilung des Kindeswohls zu beachtenden Umstände sinngemäß ausgeführt, dass auch bei Zutreffen dieser Behauptungen der Mutter dieser nicht die Elternrechte bezüglich der drei älteren Kinder überlassen werden könnten, weil sie nicht in der Lage sei, alle vier Kinder im Haus ihrer Eltern unterzubringen (S 11 der Rekursentscheidung). Soweit die Mutter letzteres mit ihren Rechtsmittelausführungen in Frage zu stellen versucht, übersieht sie, dass sie selbst im Verfahren erster Instanz angegeben hat, sie könnte mit den Kindern nicht bei ihren Eltern bleiben, weil diese keinen Platz hätten (ON 3 S 13). Davon, dass das Rekursgericht durch Nichtbeachtung von der Mutter in ihrem Rekurs vorgebrachter Neuerungen einen Verfahrensmangel vom Gewicht einer Nichtigkeit gesetzt hätte, kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

Wenn die Mutter in ihrem Revisionsrekurs darauf verweist, dass sie seit 4. 6. 1984 in einer eigenen Wohnung in F\*\*\*\*\* wohne, liegt darin eine im Rahmen eines außerordentlichen Revisionsrekurses unzulässige Neuerung. Eine derartige Änderung der Sachlage nach der Entscheidung des Rekursgerichts mag unter Umständen die Grundlage für eine neuerliche Antragstellung der Mutter bilden, kann aber nicht unter die im § 16 AußStrG beschränkten Rechtsmittelgründe subsumiert werden.

Mit ihren Ausführungen zum „Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung“ zeigt die Mutter eine dem Rekursgericht unterlaufene offenbare Gesetzwidrigkeit nicht auf. Eine solche liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die zur Beurteilung gestellte 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 44/180; 4 Ob 515/78; 8 Ob 501/80 uva). Wie sich aus § 177 ABGB ergibt, ist für die nach dieser Gesetzesstelle zu treffende Entscheidung darüber, welchem Elternteil die im § 144 ABGB umschriebenen Rechte und Pflichten hinsichtlich eines Kindes allein zustehen sollen, das Wohl des Kindes maßgebend. Gemäß § 178a ABGB sind bei der 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.

Unter Bedachtnahme auf diese Entscheidungskriterien hat das Rekursgericht im Rahmen des ihm damit eingeräumten pflichtgemäßen Ermessens seine bestätigende Entscheidung hinsichtlich der drei älteren Kinder getroffen. Darin kann aber eine offenbare Gesetzwidrigkeit iSd § 16 Abs 1 AußStrG nicht gelegen sein (JBl 1968, 373; SZ 44/180; 4 Ob 515/78; 8 Ob 501/80 uva). Darauf, dass die Mutter im Verfahren erster Instanz selbst ausgeführt hat, dass sie mit den Kindern nicht bei ihren Eltern bleiben könne, weil diese keinen Platz hätten, wurde bereits oben hingewiesen.

Mangels Vorliegens eines der im § 16 Abs 1 AußStrG normierten Rechtsmittelgründe war daher der Revisionsrekurs der Mutter zurückzuweisen.

**Textnummer**

E125007

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1984:00800B00600.840.0906.000

**Im RIS seit**

21.05.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

21.05.2019

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)