

## Kommentar zur Entscheidung des OGH zu GZ 8 Ob 8/11 x:

Letzte Woche ging durch die Medien das Gerücht, dass dem Kindesvater ein Betrag in Höhe von € 7.000,00 an Schmerzensgeld zugesprochen wurde, weil die Mutter das Kind manipuliere und der Vater somit sein Besuchsrecht nicht ausüben konnte. Tatsache ist, dass der OGH sich niemals mit der Höhe des Schmerzensgeldes auseinandersetzte, sondern lediglich feststellte, dass bei einem Verstoß gegen das Wohlverhaltensgebot durch den obsorgeberechtigten Elternteil auch der Zuspruch von Schmerzensgeld möglich sei, wenn aufgrund dessen das Besuchsrecht zum Kind nicht ausgeübt werden kann.

Der Entscheidung des OGH liegt nachstehender Sachverhalt zugrunde:

Die Scheidung der Eltern erfolgte, als das Kind drei Jahre alt war. Im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung wurde ein Besuchsrecht vereinbart und die Obsorge der Mutter übertragen. In der Folge kam es betreffend das Besuchsrecht zu gerichtlichen Entscheidungen.

Im Juni 2008 (also im Alter von zwölf Jahren!) lehnte der Minderjährige einen weiteren Kontakt mit seinem Vater ab. Eine Sozialarbeiterin des Jugendwohlfahrtsträgers vermeinte, dass dies auf eine Beeinflussung durch die Kindesmutter zurückzuführen sei. In der Folge wurde das Besuchsrecht des Vaters ausgesetzt, da ein weiterer Kontakt wegen der vehementen Ablehnung die seelische Gesundheit des Sohnes gefährde. Dieser Beschluss war gestützt auf ein kinderpsychologisches Gutachten und wurde vom Vater nicht angefochten.

Nunmehr behauptet der Vater, dass die Mutter den Sohn manipuliert habe, damit dieser keinen weiteren Kontakt zu ihm wünscht. Aus diesem Grunde habe er ihn seit der missglückten Begegnung im Juni 2008 nicht mehr gesehen. Hätte die Mutter positiv auf das Kind eingewirkt, so würde dieses ihn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit regelmäßig treffen. Der Vater begehrte einerseits die Kosten des Pflegschaftsverfahrens, andererseits Schmerzensgeld in Höhe von € 9.000,00 (!).

Die ersten zwei Instanzen wiesen das Klagebegehren des Vaters ab, im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes für psychische Schäden am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehle, betreffend die Kosten des Besuchsrechtsverfahrens haftet ein Verfahrensbeteiligter aber nur dann, wenn er bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass sein im Verfahren vertretener Standpunkt aussichtslos sei.

Der OGH hat nunmehr die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben und nachstehende rechtliche Überlegungen angestellt:

§ 145b ABGB hätte (auch) der mit der Obsorge betraute Elternteil zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Mj. zu anderen Personen, denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder deren Wahrnehmung von deren Aufgaben beschwert.

*§ 145b. Bei Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten nach diesem Hauptstück ist zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von deren Aufgaben erschwert.*

Die Wohlverhaltensklausel betrifft ein weites Spektrum an denkbaren Verhaltensweisen, u.a. herabwürdigende oder beleidigende Äußerungen oder gar Gewalttätigkeiten gegenüber dem anderen Elternteil, auch Vereinnahmungen, Aufwiegelungen oder gar Aufhetzungen der Kinder, Versuche über die Kinder Einzelheiten des Privatlebens des anderen Elternteils zu erfahren u.ä..

Der OGH vermeint nunmehr, dass bei Verstoß gegen das Wohlverhaltensgebot Schadenersatzansprüche des Vaters nicht gänzlich ausgeschlossen seien.

Dies ist für mich eine sehr bemerkenswerte Schlussfolgerung, da bei Verstoß gegen das Wohlverhaltensgebot durch den besuchsberechtigten Elternteil ebenso Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden könnten. Insbesondere wenn der besuchsberechtigte Elternteil das Kind gegen den erziehungsberechtigten Elternteil aufhetzt, diesen herabwürdigt und somit deren/dessen Aufgaben erschwert, könnte dies zu schadenersatzrechtlichen Ansprüchen führen.

Der OGH führt weiter aus, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ein von der Rechtsordnung anerkanntes, grundrechtlich abgesichertes Rechtsverhältnis, das auch das Streben nach persönlichem Kontakt erfasst, sei. Dieses Recht sei auch vom obsorgeberechtigten Elternteil zu respektieren, da dieser aufgrund seiner faktischen Position in besonderer Weise die Möglichkeit hat, die Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern oder zu stören. Lässt er sich dabei nicht vom Kindeswohl leiten, das regelmäßig für einen weiteren Kontakt des Kindes zu beiden Eltern sprechen wird, so greift er in eine

grundrechtlich verbürgte Rechtsposition des anderen Elternteils ein und handelt damit nicht nur gegenüber dem Kind, sondern auch gegenüber dem anderen Elternteil rechtswidrig.

Dies bedeutet aber, dass der obsorgeberechtigte Elternteil sehr wohl auf das Kindeswohl achten muss und in Fällen, in denen das Besuchsrecht das Kindeswohl gefährden würde – bei einer Verhinderung keinesfalls schadenersatzpflichtig werden könnten. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, dass der Mj., als er seinen Wunsch äußerte, den Vater nicht mehr zu sehen, bereits 12 Jahre alt war. Es ist fraglich, ob eine Mutter oder ein Vater tatsächlich einen 12-jährigen in einem solchen Ausmaß beeinflussen können, dass dieser den Kontakt zum anderen Elternteil abbricht. Andererseits zeigt die Praxis, dass der Wunsch der Kinder nicht dem besuchsberechtigten Elternteil gegenüber geäußert wird, sondern jener Person gegenüber, die die beste Bindung zum Minderjährigen hat und das Vertrauen genießt. Ist dies nun der obsorgeberechtigte Elternteil und versucht dieser das Kind zu unterstützen, muss er sich i.d.R. mit dem Vorwurf konfrontiert sehen, das Kind zu beeinflussen. Ein Einfluss kann natürlich vorhanden sein, es stellt sich aber die Frage ob ein 12-jähriger nicht aufgrund seiner eigenen Erfahrungen mit dem anderen Elternteil den Kontakt verweigert, weil dieser auf die Bedürfnisse des Kindes in keiner Weise eingehen kann und diese negiert? Muss der erziehungsberechtigte Elternteil nunmehr, wenn das Kind psychisch durch einen Besuch gefährdet ist, dafür Sorge tragen, dass das Kind gebeugt wird, nicht gehört wird und dem Willen des i.d.R. Vaters entsprochen wird? Ist das eine Erziehung, die selbstbestimmte und selbstbewusste Menschen hervorbringt?

Der OGH führt aus, dass das Gesetz besondere Sanktionen für die Verletzung der nach § 145b ABGB bestehenden Verpflichtungen vorsieht.

Nach § 148 Abs 2 ABGB kann die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr eingeschränkt oder untersagt werden, wenn der berechtigte Elternteil seine Pflichten aus § 145b ABGB verletzt.

Das Problem ist, dass, wenn der Wunsch des Kindes die Kontaktpflege zum anderen Elternteil ist, der erziehungsberechtigte Elternteil keine Handhabe hat. Ein Antrag auf Belehrung durch das Gericht über das Wohlverhaltensgebot wurde mir bereits einmal zurückgewiesen. Aber vielleicht sollte ich in Zukunft auch Schmerzensgeld einklagen.

Der OGH führt nämlich weiter aus, dass Ziel dieser Maßnahmen immer die bestmögliche Wahrung des Kindeswohls ist. Daher ist damit – auch was die zwangsweise Durchsetzung betrifft – ausschließlich das Pflschaftsgericht befasse.

Die Praxis zeigt, dass gerade im Pflegschaftsverfahren mittlerweile die Meinung vertreten wird, dass es immer dem Kindeswohl entspräche, wenn das Besuchsrecht zum nicht obsorgeberechtigten Elternteil eingehalten wird, auch wenn dieser das Besuchsrecht – wie bereits oben erwähnt – in keiner Weise für die Kontaktpflege zum Kind nützt, sondern ev. auch seinen Interessen nachgeht. Wenn der obsorgeberechtigte Elternteil versucht seine Kinder zu unterstützen, läuft er in Gefahr, dass ihm unterstellt wird, diese zu manipulieren. Ich weiß nicht mehr, wie Kinder geschützt werden können. Ein beliebtes Argument der RichterInnen ist, dass die Kinder auch der Schulpflicht nachkommen müssten – wenn jedoch das Kind in einer Schule unglücklich ist, besteht immer noch die Möglichkeit eine andere zu suchen, neue Eltern sind für Kinder nicht so leicht zu finden.

Der OGH vermeint, dass gravierende Verletzungen der nach § 145b ABGB bestehenden bestehenden Wohlverhaltenspflichten praktisch sanktionslos bleiben könnten, da unter Umständen die mit einem schwerwiegenden Loyalitätskonflikt des Kindes begründete Aussetzung des Besuchsrechtes das Geringere Übel sein kann als die Übertragung der Obsorge an den anderen Elternteil.

Dem ist beizupflichten. Das gleiche gilt jedoch auch, wenn ein besuchsrechtsausübender Elternteil immer wieder gegen das Wohlverhaltensgebot verstößt und – da das Kind dies wünscht – das Besuchsrecht nicht ausgesetzt wird. Aufhetzen gegen den anderen Elternteil, Aufforderungen dessen Anordnungen nicht Folge zu leisten etc., kommen in der Praxis nicht selten vor. Insbesondere pubertierende junge Menschen erhalten oftmals die Nachricht, bei mir würdest du alles bekommen, bei mir wären keine Regeln einzuhalten – der verantwortliche Elternteil steht in der Regel schier unlösbar gegenüber den Erziehungsproblemen und ist es auch nicht immer zum Wohl des Kindes dieses aufzufordern zum anderen Elternteil zu ziehen.

Der OGH kommt zu dem Schluss, dass, wenn das Besuchsrecht wegen eines schwerwiegenden Loyalitätskonflikt des Kindes ausgesetzt wird, weil eben der obsorgeberechtigte Elternteil gegen das Wohlverhaltensgebot verstieß, keinen ausreichenden Grund gäbe Schadenersatzansprüche von vornherein auszuschließen. Diese seien eine im Verhältnis zwischen den Eltern schon aus Gerechtigkeitsgründen gebotene Ergänzung der ausschließlich dem Kindeswohl berücksichtigenden Entscheidung im Pflegschaftsverfahren, wobei im Vordergrund beim Schadenersatzrecht der Ausgleich des bereits eingetretenen Schadens stehe. Soweit Schadenersatzansprüche den Elternteil – und damit das Kind – übermäßig belasten, greift der Pfändungsschutz des Exekutionsrechts.

Es ist erfreulich, dass der OGH auch daran denkt, dass durch den Schadenersatzanspruch gegen die Mutter auch das Kind belastet werden könnte. Schlimmer ist dies noch bei Fällen, wo der Vater leider aufgrund seiner „Belastung“ nicht arbeiten kann und daher kaum Unterhalt für das Kind bezahlt.

Der OGH hält fest, dass Verhaltenspflichten, die sich aus dem von der Rechtsordnung gewährten Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses ergeben und in § 145b ABGB konkretisiert sind, nicht nur das Kind, sondern auch den anderen Elternteil schützen.

Unbestritten sei dies für die Verfahrenskosten. Für den Fall, dass die Ablehnung auf eine schuldhaft Beeinflussung der Mutter zurückzuführen sein, hätte sie die vom Vater aufgewendeten Kosten des Besuchsrechtsverfahrens rechtswidrig und schuldhaft verursacht.

Wie ist dies, wenn der besuchsberechtigte Elternteil eine Eingabe nach der andern macht, dies immer wieder mit unrichtigen Behauptungen, Herabwürdigungen und Unterstellungen? Wenn er nicht gegen das Wohlverhaltensgebot verstößt habe ich wahrscheinlich keine Rechtsgrundlage für Schadenersatz. So stellte ich in einem Fall den Antrag, den Vater die SV-Kosten aufzuerlegen, nachdem dieser immer wieder unrichtige Behauptungen über die psychische Gesundheit der Mutter aufstellte und die SV-Kosten in diesem Verfahren enorm hoch waren. Das Erstgericht trug dem Vater die Kosten auf, der Rekurs der Vater war erfolgreich, da im Pflegschaftsverfahren beide Elternteile die Kosten tragen müssen. Die Mutter hatte keine Lust sich noch in weiteren Verfahren mit diesem Vater auseinanderzusetzen.

Auch Ansprüche wegen einer durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten verursachte Gesundheitsbeeinträchtigung sind nicht ausgeschlossen. Der Vater behauptet wegen des Kontraktabbruches mit seinem Sohn psychische Schäden erlitten zu haben, die Krankheitswert erreichen würden. Hier ist jedoch noch zu prüfen, ob diese im Rechtswidrigenzusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung stehen. Der OGH meint, dass eine gewisse Ähnlichkeit mit Schockschäden wegen des Verlustes oder der schweren Verletzung naher Angehöriger bestünde. Die einen Schockschaden erleidende Person wird als unmittelbar geschädigt angesehen und muss der Schock im Hinblick auf seinen Anlassfall verständlich sein muss.

Die Rechtsgutverletzung ergäbe sich bei der Verletzung absolut geschützter Rechte oder Rechtsgüter (Gesundheit des Dritten) gebotene Interessensabwägung. Ein wesentliches Element dieser Interessensabwägung ist die typische Gefährlichkeit des Verhaltens für die

psychische Gesundheit von Dritten, die insbesondere bei Bestehen einer familiären Nahebeziehung anzunehmen sei. Im vorliegenden Fall schützte demgegenüber schon die von der Mutter (angeblich) übertretene Verhaltenspflicht, die sich aus der (auch) vom anderen Elternteil zu respektierenden Eltern-Kind-Beziehung ergibt, auch den Vater. Ein Anknüpfen (allein) an seiner Rechtsgutbeeinträchtigung ist daher nicht erforderlich. Die der Rechtsprechung zu Schockschäden zugrundeliegenden Wertungen könnten aber dennoch bei der Beantwortung der Frage herangezogen werden, wie weit der sachliche Schutzbereich dieser Verhaltenspflicht (dh im Fall einer Pflichtverletzung der Rechtswidrigkeitszusammenhang) reicht. Denn ein durch beharrliche Beeinflussung herbeigeführter Abbruch jeglicher Beziehungen mit einem - dadurch ebenfalls geschädigten - Kind sei ebenso wie dessen Tod oder schwere Verletzung typischerweise geeignet, beim betroffenen Elternteil zu psychischen Problemen zu führen, die unter Umständen Krankheitswert erreichen können. Diese Schadensgeneignetheit des Verhaltens spräche für die Haftung.

Wie ist es jedoch mit den Schäden, die Kinder aufgrund der Verletzung von Verhaltenspflichten von Eltern erleiden. Werden jetzt diese, sobald sie großjährig sind, diese einklagen können? Oder kann eventuell schon vorher mit pflegschaftsbehördlicher Genehmigung geklagt werden? Oder müssen Elternteile, die die Hauptverantwortung für das Kind tragen, befürchten, dass entgegengehalten wird, dass sie das Kind gegen den anderen Elternteil beeinflussen, ev. auch das großjährige, da dieser Elternteil in der Regel unterstellt wird Einfluss auf das Kind zu nehmen. Ich glaube ja, dass die Macht von Eltern, die im Alltag die Verantwortung übernehmen müssen, bei weitem überschätzt wird, aber ich bin ja nur eine Juristin und keine Psychologin.

Damit meint, dass als Argument gegen eine Haftung letztlich nur die damit drohende „Schadenersatzspirale“, die „nicht zu bremsen“ und daher dem Kindeswohl abträglich wäre (Jausovec, Besuchsrecht 98) bliebe. Es sei zwar nicht auszuschließen, dass die Möglichkeit, solche Schadenersatzansprüche zu erheben, von betroffenen Elternteilen missbraucht werden könnte. Ein drohender Missbrauch könne aber nicht dazu führen, das Bestehen eines Anspruchs von vornherein zu verneinen. Vielmehr ist ihm mit den Mitteln des Verfahrensrechts - also insbesondere durch strikte Beschränkung des Beweisverfahrens auf die für den Anspruch relevanten Punkte - entgegenzuwirken.

Ein relevanter Punkt ist jedoch die Frage, ob der/die Mj. vom obsorgeberechtigten Elternteil beeinflusst wurde. Um Schadenersatzansprüche abzuwehren muss somit

der beklagte Elternteil den Mj. als Zeugen führen. Dies führt wieder zu einer Belastung des Kindes, auch wenn dieser nunmehr lt. Entscheidung bereits 15 Jahre alt ist. Oder aber der obsorgeberechtigter Elternteil will dies verhindern und anerkennt die Schadenersatzansprüche – was auch kein wünschenswertes Ergebnis ist. Es könnte jedoch auch die Sozialarbeiterin befragt werden aufgrund welcher fachkundigen Expertise sie den Kontaktabbruch auf die Beeinflussung durch die Mutter zurückführte, welche Tests sie durchführte und wie sie diesen Eindruck gewann, eventuell müsste auch deren Qualifikation überprüft werden. Mir zumindest waren immer wieder Fälle der Wr. Jugendwohlfahrt bekannt, bei denen SozialarbeiterInnen Mj. massiv unter Druck setzen, wenn diese den besuchsberechtigten Elternteil nicht sehen wollten. Allerdings war dies vor ca. 3-5 Jahren häufiger, insbesondere als die Diskussion um die Diskriminierung der Väter massiv in den Medien zu wirken begann.

Jetzt muss abgeklärt werden, ob die Mutter ihre aufgrund des Eltern-Kind-Verhältnisses bestehenden Pflichten durch eine erhebliche Einwirkung auf den gemeinsamen Sohn, die über eine in einer Konfliktsituation unvermeidbare faktische Beeinflussung hinausging, schuldhaft verletzt hat und ob dies zur Weigerung des Sohnes führte, mit dem Vater zusammenzutreffen. Dies wäre jedenfalls kausal für die Kosten des Besuchsrechtsverfahrens; darüber hinaus könnte bei Vorliegen einer dadurch verursachten psychischen Beeinträchtigung des Vaters, die Krankheitswert aufweist, auch ein Anspruch auf immateriellen Schadenersatz bestehen. Die Beweislast für die nachhaltige negative Beeinflussung des Sohnes und eine dadurch verursachte Gesundheitsbeeinträchtigung trifft nach allgemeinen Grundsätzen den Vater. Die Mutter muss beweisen, dass ihr Verhalten nicht gegen das Wohlverhaltensgebot verstoßen hat und für den Fall dass dies so sei, Beweise anbieten, die dieses Verhalten entschuldigen.

Es wird sich erst im Verfahren herausstellen, ob die Mutter tatsächlich ein Verhalten gesetzt hat, das das Verhältnis zwischen Vater und Sohn beeinträchtigte.

Der Minderjährige war zum Zeitpunkt der Entscheidung 12 Jahre alt. Der Vater billigt somit seinem 12-jährigen Kind, das jahrelang seine Besuchspflicht zu ihm wahrgenommen hat, keinen eigenen Willen zu. Mir zeigt dieser „Kampf“ und die Entscheidung wieder einmal, dass es keineswegs um das Kind geht und um Reflexion eines eigenen Verhaltens, einer Lösungsorientierung, sondern vielmehr um sogenannte Prinzipien. Als Anwältin könnte ich über die Entscheidung glücklich sein, bietet diese doch die Möglichkeit weitere Verfahren im familienrechtlichen Bereich zu

eröffnen. Zum Wohle von Kindern ist diese Entscheidung sicher nicht, da diese in einen weiteren Konfliktbereich hineingezogen werden und wieder einmal sehr wenig auf die Bedürfnisse der Kinder geachtet wird sondern auf jene des nicht hauptverantwortlichen Elternteils, i.d.R. die Väter.

Mütter müssen in Zukunft nicht nur mit heftigen Ordnungsstrafen rechnen, wenn sie das Kind, das sich weigert mit dem Vater mitzugehen, nicht mitgeben, sondern auch mit Schadenersatzsprüchen. Eventuell kann das Kind dann nicht an Schulveranstaltungen teilnehmen, da dies ja kein Sonderbedarf mehr ist und die Mutter ihre Prozesskosten und die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des Vaters erfüllen muss.