

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Das Recht auf persönlichen Kontakt nach dem Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013

eingereicht von

Katja Hebein

bei

o.Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Graz, im Februar 2014

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

.....

Graz, im Februar 2014

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Einleitung	1
2 Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Kind und Eltern	3
2.1 Grundsätzliches zum Kontaktrecht	3
2.1.1 Gesetzliche Grundlagen.....	3
2.1.2 Zweck des Kontaktrechts.....	5
2.1.3 Anwendungsbereich des Kontaktrechts	6
2.1.4 Bedeutung des Kontaktrechts	8
2.2 Die Entwicklung vom „Besuchsrecht“ zur „Kontaktpflicht“	10
2.2.1 Das Besuchsrecht idF KindG 1977	10
2.2.2 Das Besuchsrecht idF KindRÄG 2001	12
2.2.3 Das Kontaktrecht idF KindNamRÄG 2013.....	13
2.3 Die Regelung des Rechts auf persönlichen Kontakt.....	15
2.3.1 Die einvernehmliche Regelung.....	15
2.3.2 Die gerichtliche Regelung	17
2.3.3 Die Kontaktregelung bei einvernehmlicher Scheidung.....	18
2.3.4 Das Kindeswohl	20
2.4 Die Wohlverhaltensklausel.....	22
2.5 Die Gestaltung des Rechts auf persönlichen Kontakt: Inhalt und Ausmaß	24
2.5.1 Der Inhalt des Kontaktrechts	24
2.5.1.1 Allgemeines	24
2.5.1.2 Die Art der Kontakte.....	25
2.5.2 Das Ausmaß des Kontaktrechts	27
2.5.2.1 Die Kriterien zur zeitlichen Ausgestaltung des Kontaktrechts.....	27

2.5.2.2	Die Rsp (<i>bis zum KindNamRÄG 2013</i>) zum zeitlichen Ausmaß des Kontaktrechts.....	28
2.5.2.2.1	Jüngere Kinder (<i>bis zum sechsten Lebensjahr</i>)	29
2.5.2.2.2	Ältere Kinder (<i>ab dem sechsten Lebensjahr</i>)	30
2.5.2.2.3	Übernachtungen	30
2.5.2.2.4	Ferienkontaktrecht, Feier- und Festtage.....	31
2.5.2.2.5	Ersatzkontakttermine.....	32
2.6	Einschränkung und Untersagung des Rechts auf persönlichen Kontakt.....	33
2.6.1	Allgemeines	33
2.6.2	Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel.....	35
2.6.3	Verstoß gegen das Gewaltverbot	36
2.6.4	Gründe, die eine Einschränkung oder Untersagung <i>auch</i> rechtfertigen.....	37
2.6.5	Gründe, die eine Einschränkung oder Untersagung <i>nicht</i> rechtfertigen.....	39
2.7	Die Durchsetzung des Rechts auf persönlichen Kontakt	39
2.7.1	Allgemeines	39
2.7.2	Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den kontaktberechtigten Elternteil	40
2.7.3	Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den betreuenden Elternteil	43
2.7.4	Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen das Kind	44
2.7.5	Die Zwangsmittel.....	45
2.8	Sanktionen bei Verletzung des Rechts auf persönlichen Kontakt	47
2.8.1	Verletzung des Kontaktrechts durch den kontaktberechtigten Elternteil	47
2.8.1.1	Erbrechtliche Sanktionen.....	47
2.8.1.2	Informationsrechtliche Sanktionen	49
2.8.1.3	Kontaktrechtliche Sanktionen.....	50
2.8.1.4	Unterhaltsrechtliche Sanktionen	50
2.8.1.5	Strafrechtliche Sanktionen.....	51
2.8.1.6	Schadenersatzrechtliche Sanktionen	51
2.8.2	Verletzung des Kontaktrechts durch den betreuenden Elternteil.....	52

2.8.2.1	Obsorgerechtliche Sanktionen	52
2.8.2.2	Informationsrechtliche Sanktionen	53
2.8.2.3	Unterhaltsrechtliche Sanktionen	54
2.8.2.4	Schadenersatzrechtliche Sanktionen	54
2.8.3	Verletzung des Kontaktrechts durch das Kind.....	57
2.8.3.1	Erbrechtliche Sanktionen.....	58
2.8.3.2	Informationsrechtliche Sanktionen	58
2.9	Unterstützungsinstrumente im Verfahren zur Regelung und Durchsetzung des Rechts auf persönlichen Kontakt.....	59
2.9.1	Die Besuchsbegleitung	59
2.9.2	Der Besuchsmittler	61
2.9.2.1	Abgrenzung zur Besuchsbegleitung.....	62
2.9.3	Der Maßnahmenkatalog nach § 107 Abs 3 AußStrG.....	63
3	Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Enkel und Großeltern.....	65
4	Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Kind und Dritten	67
4.1	Das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten idF KindRÄG 2001	67
4.1.1	EGMR Urteil <i>Anayo</i> gegen Deutschland.....	68
4.2	Das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten idF KindNamRÄG 2013	71
5	Verfahren	73
5.1	Zuständigkeiten und Grundsätze des Kontaktrechtsverfahrens.....	73
5.2	Das Kind im Kontaktrechtsverfahren.....	74
5.3	Vorläufige Einräumung von Kontaktrechten	76
6	Schlussbetrachtung	78
	Judikaturverzeichnis	82
	Literaturverzeichnis	88
	ANHANG: Gegenüberstellung der Gesetzestexte	94

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGB	(deutsches) bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaft
EFSIg	Ehe- und Familienrechtliche Entscheidungen
E-FZ	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz

EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ErläutBem	Erläuternde Bemerkungen
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EO	Exekutionsordnung
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidung
f	und der/die/das folgende
ff	und der/die folgenden
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
FN	Fußnote
gem	gemäß
GGG	Gerichtsgebührengesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung

JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Kap	Kapitel
KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger
KindG	Kindschaftsgesetz
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechtsänderungsetz
KindRÄG	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz
krit	kritisch
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RPfIG	Rechtspflegergesetz

Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl,- ziffer
S	Satz
StGB	Strafgesetzbuch
sog	sogenannte
TaKomm	Taschenkommentar
U	Urteil
uU	unter Umständen
udgl	und dergleichen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
zust	zustimmend

1 Einleitung

Mit dem am 01.02.2013 in Kraft getretenen KindNamRÄG 2013¹ wurde das Kindschafts- und Namensrecht weitgehend novelliert. Anlass für die Reform gab zum einen die sich in den letzten Jahren wesentlich geänderte gesellschaftliche Lage, vor allem im Hinblick auf die enorm gestiegene Zahl unehelich geborener Kinder. Zum anderen waren auch die Rsp des EGMR in der Sache *Zaunegger* gegen Deutschland² und *Sporer* gegen Österreich³ sowie das am 28.06.2012 ergangene Erkenntnis des VfGH⁴ in Bezug auf die Obsorge unehelicher Kinder maßgebende Anstöße für die Novellierung des Kindschaftsrechts.⁵

Im Bereich des Kindschaftsrechts war ein Schwerpunkt der Reform die Neugestaltung des Rechts auf persönlichen Kontakt (kurz Kontaktrecht).⁶ Gleich an dieser Stelle muss auf die terminologische Änderung hingewiesen werden: Der vor dem KindNamRÄG 2013 gebräuchliche Terminus „Recht auf persönlichen Verkehr“ oder „Besuchsrecht“ wurde durch „Recht auf persönlichen Kontakt“ bzw „Kontaktrecht“ ersetzt, da mit diesem der Zweck des Kontaktrechts besser zum Ausdruck gebracht werden soll.⁷

Mit der folgenden Arbeit soll eine umfassende Darstellung des reformierten Kontaktrechts geboten werden, wobei auch auf die Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 vergleichsweise Bezug genommen wird.

Der Aufbau der Arbeit lässt sich in vier Hauptbereiche gliedern. *Kap 2* behandelt das Kontaktrecht zwischen Kind und Eltern. Dabei werden zunächst allgemeine Aspekte, wie die positivrechtliche Verankerung, der Zweck, der Anwendungsbereich und die kinderpsychologische Bedeutung des Kontaktrechts angesprochen (vgl *Kap 2.1*). Danach wird die Entwicklungsgeschichte des Rechtsinstituts vom „Besuchsrecht“ hin zur durch das KindNamRÄG 2013 statuierten „Kontaktpflicht“ eingehend beleuchtet (vgl *Kap 2.2*). Im Anschluss wird besprochen, wie die persönlichen Kontakte geregelt werden können. Es gibt dabei zwei verschiedene Möglichkeiten, und zwar die einvernehmliche oder die gerichtliche

¹ Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/15.

² EGMR U 03.12.2009, *Zaunegger* gegen Deutschland, Nr 22028/04, ÖJZ 2010/2.

³ EGMR U 03.02.2011, *Sporer* gegen Österreich, Nr 35637/03, ÖJZ 2011/3.

⁴ VfGH G 114/11 EF-Z 2012/127.

⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4; *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (197 f).

⁶ Weitere Änderungen im Kindschaftsrecht erfolgten im Obsorgerecht und in der Umschreibung des Kindeswohls: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 1 und 8.

⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; Der Zweck des Kontaktrechts wird in Kap 2.1.2 besprochen.

Regelung des Kontaktrechts (vgl *Kap 2.3*). Ebenso wird die Wohlverhaltensklausel, die Eltern im Zusammenhang mit der Ausübung der Kontakte zu beachten haben, näher behandelt (vgl *Kap 2.4*). Ein wichtiger Themenkomplex in diesem Kapitel bildet zudem die Frage der inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung des Kontaktrechts. Mit der Novelle geht diesbezüglich nämlich eine neue Auffassung einher (vgl *Kap 2.5*). Sodann werden die Voraussetzungen und Gründe für eine etwaige Einschränkung bzw Untersagung des Kontaktrechts geklärt (vgl *Kap 2.6*). Des Weiteren folgt eine nähere Beleuchtung der zwangsweisen Durchsetzung der persönlichen Kontakte. Insbesondere wird hier auf das heikle Thema der zwangsweisen Vollstreckung des Kontaktrechts gegen den Willen des kontaktberechtigten Elternteils, welche nach der Rechtslage bis zum KindNamRÄG 2013 nicht möglich war, eingegangen (vgl *Kap 2.7*). Im Anschluss werden die verschiedenen rechtlichen Konsequenzen, die eine Verletzung des Kontaktrechts nach sich ziehen können, erläutert (vgl *Kap 2.8*). Abschließend folgt eine Darstellung der verschiedenen Unterstützungsinstrumente, die im Verfahren zur Regelung und Durchsetzung der Kontakte eingesetzt werden können, wenn dies im Interesse des Kindes nötig erscheint (vgl *Kap 2.9*).

In *Kap 3* wird das Kontaktrecht zwischen Kind und Großeltern besprochen. *Kap 4* ist den persönlichen Kontakten zwischen Kind und dritten Personen gewidmet. Durch das KindNamRÄG 2013 wird das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten beträchtlich erweitert, was nicht zuletzt auf die Rsp des EGMR im Fall *Anayo* gegen Deutschland⁸ zurückzuführen ist. Dieser EGMR-Fall wird aufgrund seiner Bedeutung für das Kontaktrecht Dritter in *Kap 4* genauer behandelt (vgl *Kap 4.1.1*).

Schließlich werden in *Kap 5* noch einige Aspekte des Kontaktrechtsverfahrens, wie bspw die Zuständigkeiten und Grundsätze des Verfahrens oder die Stellung des Kindes im Verfahren, überblicksmäßig angeführt.

⁸ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 (*Nademleinsky*).

2 Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Kind und Eltern

2.1 Grundsätzliches zum Kontaktrecht

In diesem Kapitel werden zunächst die Gesetzesbestimmungen zum Kontaktrecht und sodann der Zweck der persönlichen Kontakte näher dargestellt. Darüber hinaus wird geklärt, unter welchen Voraussetzungen bzw auf welche Personen das Kontaktrecht Anwendung findet. Schließlich wird noch der (kinder-) psychologische Aspekt der persönlichen Kontakte zwischen Kind und Eltern angeschnitten.

2.1.1 Gesetzliche Grundlagen

Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Kind und Eltern ist nach neuer Rechtslage in einem eigenen Fünften Abschnitt des ABGB angesiedelt. Es wird nunmehr in drei Bestimmungen, §§ 186 bis 188 ABGB, geregelt, wobei § 188 ABGB den persönlichen Kontakten zwischen Kind und Großeltern⁹ bzw anderen dritten Personen¹⁰ gewidmet ist. Vor dem KindNamRÄG 2013 war das Kontaktrecht demgegenüber nur in einer Bestimmung (§ 148 ABGB idF KindRÄG 2001¹¹) verankert.¹²

§ 186 ABGB bestimmt, dass jeder Elternteil persönliche Kontakte zu pflegen hat¹³ und § 187 Abs 1 S 1 ABGB führt dazu aus, dass das Kind und jeder Elternteil das Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte haben.

Das Kontaktrecht ist außerdem auf verfassungsrechtlicher Ebene als Grundrecht iSd Art 8 EMRK, welches jedermann einen Anspruch auf Achtung des Familienlebens garantiert, geschützt.¹⁴ Dementsprechend bringt auch die ständige Rsp zum Ausdruck, dass das Kontaktrecht ein „Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung“ und ein, durch Art 8 EMRK geschütztes, allgemeines Menschenrecht ist.¹⁵ Zum Begriff des „Familienlebens“ iSd Art 8

⁹ § 188 Abs 1 ABGB; siehe dazu Kap 3.

¹⁰ § 188 Abs 2 ABGB; siehe dazu Kap 4.

¹¹ Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl I 2000/135.

¹² *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013) 85 (85 f).

¹³ Die durch das KindNamRÄG 2013 eingeführte „Kontaktpflicht“ gem § 186 ABGB wird in Kap 2.2.3 behandelt.

¹⁴ *Ebert*, „First Call for Children!“ JBl 1995, 69 (78).

¹⁵ OGH 8 Ob 22/04z EFSlg 107.710; 6 Ob 148/10y EFSlg 126.696; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 1 (Stand Juli 2013, rdb.at); *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ Ergänzungsband Ia zu Band I (2013) § 187 Rz 1 mwN aus der Rsp.

EMRK ist noch anzumerken, dass dieser weit ausgelegt werden muss. In den Schutzbereich des Art 8 EMRK fallen daher nicht nur die traditionelle Familie, bestehend aus verheirateten Eltern und Kind, sondern auch sog „de facto-Familien“, bei welchen es nicht auf die Ehelichkeit oder die biologische Abstammung ankommt. Ein nach der EMRK geschütztes Familienleben besteht ebenso zwischen nahen Verwandten, wie etwa Großeltern und Enkel.¹⁶

Des Weiteren ist im Hinblick auf die positivrechtliche Verankerung des Kontaktrechts die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) zu nennen. Art 9 Abs 3 KRK bestimmt, dass jedes Kind, welches von einem Elternteil getrennt lebt, das Recht hat, persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Eltern zu pflegen, soweit dies nicht dem Kindeswohl widerspricht. Österreich ratifizierte das Übereinkommen am 05.09.1992, wobei dem Übereinkommen nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zuerkannt wurde.¹⁷ Der Nationalrat beschloss zudem, dass die KRK gem Art 50 Abs 2 B-VG durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist. Aufgrund des Erfüllungsvorbehalts ist die KRK nicht unmittelbar anwendbar. Dies bedeutet, dass sich der Einzelne in einem behördlichen Verfahren nicht unmittelbar auf die KRK berufen kann.¹⁸

Mit Inkrafttreten des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte)¹⁹ am 16.02.2011 ist der Nationalrat dem Erfüllungsvorbehalt nachgekommen und hat die KRK, wenn auch nur partiell, auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene umgesetzt.²⁰ Art 2 Abs 1 BVG schreibt nun ausdrücklich fest, dass jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Eltern hat, außer, es steht dem Wohl des Kindes entgegen. Somit ist das Kontaktrecht nunmehr neben Art 8 EMRK zusätzlich verfassungsrechtlich geschützt.

Abschließend ist als weitere positivrechtliche Verankerung des Kontaktrechts auf Ebene der europäischen Union noch Art 24 Abs 3 Grundrechtecharta²¹, dessen Wortlaut im Grunde Art 9 Abs 3 KRK entspricht, zu erwähnen.

¹⁶ *Jausovec*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 16 f; *Nademleinsky*, Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“, ÖJZ 2006, 275 (277); vgl *Meyer-Ladewig* (Hrsg), EMRK Handkommentar³ (2011) Art 8 Rz 48 ff.

¹⁷ *Haslinger*, Bewirkt die UN-Konvention über die Rechte des Kindes einen neuen völkerrechtlichen Status des Kindes in Österreich? in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 49; *Sax*, Kinderrechte in der Verfassung-was nun? EF-Z 2011, 204 (204).

¹⁸ *Haslinger* in *Rauch-Kallat/Pichler* 49; *Sax*, EF-Z 2011, 204.

¹⁹ BGBl I 2011/4.

²⁰ *Barth*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamZ 2011, 60 (60); *Sax*, EF-Z 2011, 207.

²¹ Art 24 Abs 3 Grundrechtecharta lautet: „Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.“.

2.1.2 Zweck des Kontaktrechts

Nach der Rsp besteht der Zweck des Kontaktrechts darin, die Verbundenheit zwischen Kind und Elternteil zu bewahren oder sofern eine persönliche Nahebeziehung nicht besteht, eine solche herzustellen. Durch die persönlichen Kontakte soll demnach verhindert werden, dass es zu einer Entfremdung zwischen Kind und Elternteil kommt.²² Dieser Zweck wird mit dem KindNamRÄG 2013 explizit im Gesetz festgelegt: § 187 Abs 1 S 4 ABGB besagt, dass die Regelung der Kontakte die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Kind und Elternteil sicherzustellen hat.²³

Ebenso ist neu, dass der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 dem Kontaktrecht eine gewisse Entlastungsfunktion zuerkennt. § 187 Abs 1 S 4 ABGB schreibt jetzt ausdrücklich vor, dass die persönlichen Kontakte sowohl Zeiten der Freizeit sowie den Alltag des Kindes umfassen sollen. Mit dieser Neuregelung kann nicht nur verhindert werden, dass der Kontaktberechtigte vom Kind bloß als „gelegentlicher Besucher“ wahrgenommen wird, sondern auch sichergestellt werden, dass der betreuende Elternteil im Alltag ein Stück weit entlastet wird.²⁴ Bisher wurde ein solcher Entlastungszweck des Kontaktrechts hingegen strikt abgelehnt.²⁵

Ein weiterer, anerkannter Zweck des Kontaktrechts besteht darin, dass sich der kontaktberechtigte Elternteil durch die persönlichen Kontakte mit dem Kind von dessen Gesundheitszustand und Erziehung überzeugen kann.²⁶ Allerdings dient das Kontaktrecht in diesem Zusammenhang nicht dazu, dem kontaktberechtigten Elternteil die Möglichkeit zur Miterziehung des Kindes zu geben. Der Kontaktberechtigte, sofern er nicht auch mit der Obsorge betraut ist, darf daher die Erziehungsmethoden des obsorgeberechtigten Elternteils nicht negativ beeinflussen bzw in irgendeiner Form in die Erziehung des Kindes eingreifen.²⁷ Es wäre jedoch ein wenig naiv zu verkennen, dass das Kind während der Kontaktzeit nicht zwangsläufig dem erzieherischen Einfluss des Kontaktberechtigten unterliegt. Vor allem in

²² OGH 7 Ob 618/91 EvBl 1992/80 = EFSlg 65.906; 1 Ob 133/04x EFSlg 107.734; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 2; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-267³ (2008) § 148 Rz 1 mwN aus der Rsp.

²³ ErkläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Deixler-Hübner*, Ausgestaltung und Durchsetzung der Kontaktrechte nach dem KindNamRÄG 2013, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 177 (179); *Kathrein*, ÖJZ 2013, 208.

²⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Nademleinsky*, Die neue Kontaktregelung, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013) 239 (242 f); *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 89.

²⁵ LG Salzburg 21 R 438/05s EFSlg 110.770.

²⁶ OGH 7 Ob 102/06k EFSlg 113.716.

²⁷ OGH 8 Ob 558/89 EFSlg 59.669; LG Wels 21 R 137/05d EFSlg 110.771; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ Band I (2011) § 148 Rz 10; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 22.

Anbetracht der neuen Rechtslage, die bestimmt, dass persönliche Kontakte ebenso im Alltag des Kindes stattfinden sollen (§ 187 Abs 1 S 4 ABGB), erscheint diese Ansicht ohnehin überholt. Ein gewisses Maß an erzieherischer Einflussnahme des Kontaktberechtigten wird im Alltag des Kindes, welcher bspw das Kontrollieren von Schulaufgaben umfasst, wohl unumgänglich sein.²⁸ Im Übrigen kann die Konfrontation mit unterschiedlichen Erziehungsstilen und Anschauungen für die Entwicklung des Kindes ja durchaus einen Mehrwert darstellen.²⁹ Dem Kontaktberechtigten ist insofern ein gewisses „Mitprägungsrecht“ zuzubilligen.³⁰

2.1.3 Anwendungsbereich des Kontaktrechts

Das Rechtsinstitut des Kontaktrechts kommt in jenen Fällen zum Tragen, in welchen das Kind und der Elternteil nicht im gemeinsamen Haushalt leben. Ob der getrennt lebende Elternteil mit der Obsorge betraut ist oder nicht, ist irrelevant. Somit steht auch dem obsorgeberechtigten Elternteil das Kontaktrecht zu, wenn sich das Kind nicht iSd § 179 Abs 4 ABGB hauptsächlich bei ihm aufhält. Maßgeblich ist also ausschließlich die faktische Trennung zwischen Kind und Elternteil.³¹ Den Eltern steht das Kontaktrecht deshalb ebenfalls zu, wenn sich das Kind bei Pflegeeltern befindet, jedoch unter der Prämisse, dass die persönlichen Kontakte die Beziehung zwischen Kind und Pflegeeltern nicht negativ beeinflussen dürfen.³²

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die „Haushaltstrennung“ nach § 148 Abs 1 ABGB idF KindRÄG 2001 noch expressis verbis Voraussetzung des Kontaktrechts war.³³ Obgleich der Gesetzeswortlaut des § 187 Abs 1 ABGB dies nicht mehr ausdrücklich klarstellt, setzt die

²⁸ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 11.

²⁹ LGZ Wien 45 R 555/00a EFSIlg 92.970; 42 R 483/05y EFSIlg 110.812.

³⁰ *Jausovec*, Besuchsecht 47.

³¹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ 1. Ergänzungsband (2003) § 148 Rz 1b; *Hopf*, Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 77 (78); *ders* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB³ (2010) § 148 Rz 2; *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar² (2012) § 148 Rz 4; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ (2013) 233.

³² OGH 5 Ob 243/02z = ÖA 2003, 230/K 10 = EFSIlg 100.201.

³³ § 148 Abs 1 S 1 ABGB idF KindRÄG 2001: „Lebt ein Elternteil mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, so haben das Kind und dieser Elternteil das Recht, miteinander persönlich zu verkehren.“.

Anwendung des Kontaktrechts nach wie vor getrennte Haushalte von Kind und Elternteil voraus.³⁴

Für das Bestehen eines Kontaktrechtsanspruches des Elternteils bzw des Kindes ist es unerheblich, ob das Kind ehelich oder unehelich geboren ist.³⁵ Aus dem Wortlaut des § 186 ABGB³⁶ kann jedoch gefolgert werden, dass sich das Kontaktrecht nach § 187 ABGB nur auf das minderjährige Kind bezieht.³⁷ Ist das Kind volljährig, so kann sich eine Pflicht zum persönlichen Kontakt aus der Beistandspflicht (§ 137 Abs 1 ABGB) ergeben.³⁸

Der Kontaktrechtsanspruch des Elternteils nach § 187 Abs 1 ABGB erfordert allerdings, dass dessen Elternschaft als solche rechtlich feststeht.³⁹ Mutter im rechtlichen Sinn ist gem § 143 ABGB die Frau, die das Kind geboren hat und rechtlicher Vater des Kindes ist gem § 144 ABGB derjenige, der entweder mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet war, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde.⁴⁰

Demzufolge hat der „bloß“ biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes kein Recht auf persönliche Kontakte nach § 187 Abs 1 ABGB, da ansonsten die besonderen Bestimmungen des Abstammungsrechts unterlaufen werden würden.⁴¹ Der biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes hat stattdessen die Möglichkeit, als Dritter iSd § 188 Abs 2 ABGB persönliche Kontakte zu dem Kind zu erlangen.⁴²

Dass nicht die biologische Abstammung, sondern die Elternschaft im rechtlichen Sinn für die Einräumung des Kontaktrechts nach § 187 Abs 1 ABGB ausschlaggebend ist, zeigt sich zudem im Falle einer Adoption des Kindes: Durch die Adoption erlöschen die familienrechtlichen Beziehungen zwischen Kind und biologischem Elternteil (§ 197 Abs 2 ABGB). Daher haben die biologischen Eltern nach einer Adoption zu dem Adoptivkind keinen

³⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 241; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 4.

³⁵ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 3; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 1; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, Zum Besuchsrecht des geschiedenen Ehegatten, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 621 (622).

³⁶ § 186 ABGB: „Jeder Elternteil eines minderjährigen Kindes hat mit dem Kind...“.

³⁷ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 2; *Jausovec*, Besuchsrecht 51.

³⁸ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 4; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 7.

³⁹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 4; *ders*, ÖJZ 2006, 275.

⁴⁰ *Kerschner*, Bürgerliches Recht: Band V: Familienrecht⁵ (2013) Rz 3/3 und 3/4.

⁴¹ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 5; *Nademleinsky*, ÖJZ 2006, 275.

⁴² *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 91; Das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten nach § 188 Abs 2 ABGB wird in Kap 4 eingehend besprochen.

Kontaktrechtsanspruch nach § 187 Abs 1 ABGB.⁴³ Sie können jedoch als Dritte iSd § 188 Abs 2 ABGB persönliche Kontakte zu dem Kind beantragen.⁴⁴

Im Zusammenhang mit der Anwendung des Kontaktrechts gilt es schließlich noch zu beachten, dass das Kontaktrecht als solches nicht verzichtbar ist und nicht verjährt. Außerdem kann es nicht verwirkt werden, indem bspw die Kontakte über einen gewissen Zeitraum nicht ausgeübt werden oder Unterhaltspflichten verletzt werden.⁴⁵

2.1.4 Bedeutung des Kontaktrechts

An dieser Stelle wird näher auf die Frage eingegangen, worin die Bedeutung der persönlichen Kontakte zwischen dem Kind und dem getrennt lebenden Elternteil liegt.

Der häufigste Grund, warum das Kind und ein Elternteil nicht im gemeinsamen Haushalt leben und persönliche Kontakte zwischen ihnen ausdrücklich eingeräumt werden müssen, ist die Scheidung oder Trennung der Eltern.⁴⁶ Wenn man bedenkt, dass 2012 in Österreich 17.006 Ehen geschieden wurden und von diesen Scheidungen insgesamt 19.334 Kinder betroffen waren,⁴⁷ lässt sich erahnen, dass das Kontaktrecht in praxi eine wichtige Rolle spielt.

Eine Scheidung der Eltern bewirkt für ein Kind ein traumatisches sowie belastendes Ereignis, da durch die Trennung die Lebenssituation des Kindes maßgeblich verändert wird und seine ihm vertraute Kinderwelt zerbricht.⁴⁸ Schließlich geht eine Trennung der Eltern idR mit einer Trennung des Kindes von einem Elternteil einher. Dieses Auseinanderbrechen der Eltern-Kind-Beziehung stellt für das Kind einen enormen emotionalen Stress dar und bedroht seine gesunde Entwicklung.⁴⁹ Denn das Kind hat nach der Trennung seiner Eltern meist mit großer Trauer und

⁴³ OGH 2 Ob 586/92 EFSlg 68.906 = EvBl 1993/64; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 186 Rz 3 und § 187 Rz 4; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 187 Rz 4.

⁴⁴ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 193; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 92.

⁴⁵ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 3; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 187 Rz 4; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 6; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 6. Die Einschränkung und Untersagung des Kontaktrechts wird in Kap 2.6 genauer behandelt.

⁴⁶ Diese Behauptung resultiert aus der in dieser Diplomarbeit behandelten Rsp.

⁴⁷ Laut Statistik Austria, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/ (Stand 10.01.2014).

⁴⁸ *Haller*, Kontakte zwischen Kindern und getrennten Eltern - Voraussetzungen eines Weges zur Linderung der Scheidungsfolgen im Lichte soziologischer Befunde, ÖA 1997, 3 (3); *Hayböck*, Kind und Trennung: Ausschnitt einer Lebenswirklichkeit - Einige sozialwissenschaftliche Überlegungen zur Obsorgeentscheidung, ÖA 1995, 139 (140).

⁴⁹ *Beck*, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 705.

Verlustängsten zu kämpfen. Es befürchtet, den anderen Elternteil ganz, und zusätzlich den betreuenden Elternteil auch noch zu verlieren („hoffentlich bleibt die Mama/der Papa noch bei mir“). Oftmals sucht es die Schuld am Beziehungsende seiner Eltern bei sich selbst („weil ich nicht brav war, haben sich Mama/Papa nicht mehr lieb“). In manchen Fällen empfindet das Kind zudem die Trennung vorrangig als Trennung von sich selbst („Mama/Papa ist von mir weggegangen“) und diese Kränkung, von dem Elternteil verlassen worden zu sein, lässt bei dem Kind eine „narzisstische Narbe“ entstehen.⁵⁰

Diese beispielhaft aufgezählten Folgen, die eine Scheidung für das Kind haben kann, zeigen, welche „emotionale Erschütterung“ eine elterliche Trennung bei dem Kind uU auslöst. Durch regelmäßige, intakte Kontakte zu beiden Elternteilen lassen sich diese Folgen zwar nicht gänzlich vermeiden, wohl aber bis zu einem gewissen Grad abmildern. Die persönlichen Kontakte sind somit als wichtigste Grundlage dafür anzusehen, dass das Kind die Scheidung bzw. Trennung langfristig gut verarbeiten kann.⁵¹

Abgesehen davon, dass ein intaktes Kontaktverhältnis dem Kind helfen kann, die Trennung der Eltern zu verkraften, braucht das Kind für seine natürliche Entwicklung Vater und Mutter, damit es „Vorbilder zur Nachahmung“ hat und lernen kann „sich abzusetzen“. Zwischen dem vierten und sechsten Lebensjahr (sog. ödipale Phase) benötigen Kinder den jeweils gleichgeschlechtlichen Elternteil (dh. der Sohn den Vater und die Tochter die Mutter), um dieses Verhalten am andersgeschlechtlichen Elternteil reflektieren zu können.⁵² Demzufolge brauchen Kinder, um ihre Persönlichkeit aufbauen zu können und ihre Identität zu entwickeln, beide Elternteile und nicht bloß eine Bezugsperson.⁵³

Diese tiefere Bedeutung des Kontaktrechts ist auch in der Rsp anerkannt. Immer wieder wird in Entscheidungen betont, dass persönliche Kontakte die Sicherstellung der „gedeihlichen Entwicklung des Kindes“ bezwecken, da „die Kontakte dem seelischen Wohl des Kindes dienen und seine Entwicklung fördern“.⁵⁴ Des Weiteren führt die Rsp aus, dass durch die

⁵⁰ Figdor, „Sorgepflicht“, „Besuchsrecht“...aber was hilft dem Kind? ÖA 1990, 3 (3 f); vgl. dazu ausführlich Aichhorn/Holz-Dahrenstaedt, Die Eltern lassen sich scheiden (2012) 27 ff.

⁵¹ Figdor, Lässt sich das Kindeswohl quantifizieren? FamZ 2006, 246 (246); Wallisch, Der „andere Elternteil“ und das Besuchsrecht (KindRÄG 2001), ÖJZ 2002, 487 (488).

⁵² Maurer, Kinder und Scheidung³ (2013) 152.

⁵³ Haybäck, ÖA 1995, 140; Figdor, ÖA 1990, 6.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0048013.

Aufrechterhaltung persönlicher Kontakte „die Persönlichkeits- und Charakterbildung des Kindes“ gewährleistet werden soll.⁵⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die persönlichen Kontakte zwischen Kind und getrennt lebendem Elternteil im Grunde dem Kindeswohl dienen und genau darin auch die Bedeutung des Kontaktrechts liegt.⁵⁶ Dies wird durch das KindNamRÄG 2013 bestätigt, da § 138 Z 9 ABGB⁵⁷ nunmehr ausdrücklich festschreibt, dass es dem elementaren kindlichen Bedürfnis entspricht, Kontakte zu beiden Elternteilen zu haben und eine beständige, persönliche Beziehung zu ihnen zu entwickeln bzw aufrechtzuerhalten.⁵⁸

2.2 Die Entwicklung vom „Besuchsrecht“⁵⁹ zur „Kontaktpflicht“

Das Recht auf persönlichen Kontakt unterlief in den letzten zwei Jahrzehnten einem Paradigmenwechsel: Verstand man das Kontaktrecht in den Siebzigerjahren des letzten Jahrhunderts noch als „Recht eines Elternteils“ und sprach man zur Jahrtausendwende bereits von einem „Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr“, so geht man nach der heutigen Rechtslage überhaupt von einer „Kontaktpflicht“ des Elternteils aus. Diese bedeutende Entwicklung des Kontaktrechts vom „Besuchsrecht des Elternteils“ bis hin zur „elterlichen Kontaktpflicht“ wird im Folgenden näher dargestellt.

2.2.1 Das Besuchsrecht idF KindG 1977⁶⁰

§ 148 Abs 1 ABGB⁶¹ gewährte dem Elternteil, dem die Pflege und Erziehung des minderjährigen Kindes nicht zustand, das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren. Das Gesetz ging folglich von einem rein elternbezogenen Kontaktrecht aus. Ein Recht des Kindes sowie eine Pflicht des Elternteils zum persönlichen Verkehr ließ sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen.⁶² In der Rsp wurde zwar anerkannt, dass das Besuchsrecht dem

⁵⁵ LGZ Wien 45 R 298/06s EFSlg 113.714; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 2 mwN aus der Rsp.

⁵⁶ *Jausovec*, Besuchsrecht 44.

⁵⁷ § 138 ABGB enthält eine Umschreibung des Kindeswohls. Mehr zum Kindeswohl findet sich in Kap 2.3.4.

⁵⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 17 und 27; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 180.

⁵⁹ Auf die durch das KindNamRÄG 2013 erfolgte terminologische Änderung wurde bereits in Kap 1 hingewiesen. In diesem Kapitel werden die Ausführungen der Lehre sowie der Rsp aber in ihrem unveränderten, sprachlich nicht angepassten Wortlaut wiedergegeben.

⁶⁰ BG vom 30. Juni 1977 über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl 1977/403.

⁶¹ Unter diesem Punkt beziehen sich alle Paragraphen ohne weitere Angaben auf das ABGB idF KindG 1977.

⁶² *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 239; *Jausovec*, Besuchsrecht 58.

Kindesinteresse entspricht. Ein dementsprechendes ausdrückliches „Recht des Kindes“ auf persönlichen Verkehr war der Rsp jedoch fremd und ebenso wurde eine „Besuchspflicht“ des Elternteils abgelehnt.⁶³

Die Lehre setzte sich indessen für ein Verständnis des Kontaktrechts als Recht des Kindes und einer korrespondierenden Verpflichtung des Elternteils, persönliche Kontakte zu pflegen, ein: *Ferrari*⁶⁴ nahm eine Besuchspflicht des Elternteils an, wenn es im Sinne des Kindeswohls (§ 178a ABGB)⁶⁵ nötig sei, dass persönliche Kontakte zwischen Kind und Elternteil bestehen. Als Rechtsgrundlage für eine etwaige Besuchspflicht und ein damit zusammenhängendes Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr zog sie die gegenseitige Beistandspflicht gem § 137 Abs 2 S 1 ABGB⁶⁶ heran. *Ferrari* betonte zugleich aber, dass die Besuchspflicht des Elternteils nicht selbstständig einklagbar sei.⁶⁷

*Klein*⁶⁸ begründete eine Verpflichtung des Elternteils, Kontakte zu dem Kind auszuüben sowie einen eigenen Besuchsrechtsanspruch des Kindes damit, dass nach dem Gesetz auf elterliche Rechte und Pflichten, einschließlich dem Besuchsrecht, nicht verzichtet werden kann. Darüber hinaus nahm er auf die psychologischen Aspekte der persönlichen Kontakte Bezug, wonach ein selbstständiger Anspruch des Kindes zudem in der für das Kind notwendigen „Bindungskontinuität zu beiden Eltern“ seine Rechtfertigung finde.

Schließlich ist noch auf die Ausführungen *Eberts*⁶⁹ zu verweisen. Er sah die Grundlagen für einen eigenen Rechtsanspruch des Kindes und einer dementsprechenden Besuchspflicht des Elternteils in der Grundrechtsnorm des Art 8 EMRK verankert, wonach „jedermann“, somit auch dem Kind, ein Anspruch auf Achtung seines Familienlebens zukomme. Zusätzlich führt er Art 9 Abs 3 KRK ins Treffen, welcher ausdrücklich von „einem Recht des Kindes auf persönliche Beziehungen“ spricht.⁷⁰

Richtungsweisend für einen Wandel hinsichtlich der Konzeption des Besuchsrechts als Recht des Kindes war die Rsp des OGH in der am 10.04.1997 ergangenen „*Udo-Jürgens-*

⁶³ LGZ Wien 43 R 1048/83 EFSlg 43.221; 43 R 708/93 EFSlg 71.664; *Jausovec*, Besuchsrecht 58 mwN aus der Rsp.

⁶⁴ *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, Die Rechtsstellung des Kindes bei Regelung über das Besuchsrecht, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 743 (751).

⁶⁵ Nach jetziger Rechtslage: § 138 ABGB.

⁶⁶ Nach jetziger Rechtslage: § 137 Abs 1 ABGB.

⁶⁷ *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* in *Harrer/Zitta* 751 f und 757.

⁶⁸ *Klein*, Eigener Besuchsrechtsanspruch des Kindes – eine Utopie? ÖA 1992, 6 (7).

⁶⁹ *Ebert*, JBl 1995, 78 f.

⁷⁰ *Ebert*, JBl 1995, 79.

Entscheidung⁷¹. In dieser Entscheidung wurde vom OGH zum ersten Mal anerkannt, dass auch dem Kind ein Anspruch auf persönlichen Verkehr zuzusprechen ist und dass diesem Recht des Kindes eine korrespondierende Verpflichtung des besuchsberechtigten Elternteils gegenübersteht. In den Entscheidungsgründen führten die Höchstrichter aus, dass das Besuchsrecht als Grundrecht iSd Gleichheitssatzes ausgelegt werden müsse, womit die Anerkennung eines selbstständigen Anspruchs des Kindes auf persönlichen Verkehr geboten sei. Des Weiteren wurde zur Begründung des Besuchsrechts des Kindes und der Besuchspflicht des Elternteils die gegenseitige Beistandspflicht nach § 137 Abs 2 ABGB⁷², sowie Art 9 Abs 3 KRK herangezogen.⁷³ Wie man sieht, stützte sich der OGH in dieser Entscheidung im Wesentlichen auf die oben angeführten Lehrmeinungen.

Der OGH stellte allerdings klar, dass zwischen dem grundsätzlich bestehenden Anspruch des Kindes bzw der Pflicht des Elternteils und dessen Durchsetzbarkeit zu differenzieren sei. Eine anständige, von gegenseitiger Achtung und Zuneigung getragene Begegnung könne eben nicht erzwungen werden.⁷⁴ Somit relativierten die Höchstrichter den Besuchsrechtsanspruch des Kindes, da sie zwar einerseits ein ausdrückliches Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr anerkannten, andererseits jedoch eine damit zusammenhängende, durchsetzbare Pflicht des kontaktberechtigten Elternteils ablehnten.⁷⁵

2.2.2 Das Besuchsrecht idF KindRÄG 2001

Mit Neufassung des § 148 ABGB idF KindG 1977 durch das KindRÄG 2001 fanden die soeben dargestellte Lehre und Rsp ihren gesetzlichen Niederschlag. Nach § 148 Abs 1 S 1 ABGB⁷⁶ hatten nunmehr das Kind und der getrennt lebende Elternteil das Recht, persönlich miteinander zu verkehren.⁷⁷ Das KindRÄG 2001 nahm folglich von der Auffassung des Kontaktrechts als rein elternbezogenes Recht Abstand und verankerte expressis verbis (auch) ein Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr. In den ErläutBem⁷⁸ wurde dazu ausgeführt, dass das

⁷¹ OGH 6 Ob 2398/96g EFSIlg 83.848 = ÖA 1997, 168 (*Klein*).

⁷² Nach jetziger Rechtslage: § 137 Abs 1 ABGB.

⁷³ OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 169 (*Klein*).

⁷⁴ OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 169 (*Klein*). Zur Durchsetzbarkeit des Kontaktrechts gegen den Willen des Kontaktberechtigten siehe Kap 2.7.2.

⁷⁵ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 240.

⁷⁶ Unter diesem Punkt beziehen sich alle Paragraphen ohne weitere Angaben auf das ABGB idF KindRÄG 2001.

⁷⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1.

⁷⁸ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 34.

Besuchsrecht nach dem KindRÄG 2001 in erster Linie als Recht des Kindes zu verstehen sei und dass der Elternteil ex lege zur Aufrechterhaltung persönlicher Kontakte verpflichtet sei.

Dem Rechtsanspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr stellte der Gesetzgeber des KindRÄG 2001 jedoch keine unmittelbar durchsetzbare Pflicht des kontaktberechtigten Elternteils gegenüber.⁷⁹ Der Elternteil hatte vielmehr das Recht, eine persönliche Beziehung zu dem Kind abzulehnen (§ 108 AußStrG idF KindRÄG 2001).⁸⁰

Da folglich dem Recht des Kindes auch nach der Änderung des § 148 Abs 1 ABGB idF KindG 1977 keine Durchsetzungsmöglichkeiten gegenüber gestellt wurden, hatte sich die Rechtslage im Vergleich zur Rsp⁸¹ vor dem KindRÄG 2001 de facto nicht wirklich geändert.⁸² Die Neuformulierung der Gesetzesbestimmung hatte eher eine bewusstseinsbildende Funktion. Nichtsdestotrotz war die Intention des Gesetzgebers, die rechtliche Situation des Kindes aufzuwerten und auf diese Weise das elterliche Verantwortungsgefühl stärker zu forcieren, durchaus positiv, als „Schritt in die richtige Richtung“, zu bewerten.⁸³

2.2.3 Das Kontaktrecht idF KindNamRÄG 2013

Der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 setzt den Paradigmenwechsel des Rechtsinstituts des Kontaktrechts fort. Die neu eingefügte Bestimmung des § 186 ABGB lautet: „*Jeder Elternteil eines minderjährigen Kindes hat mit dem Kind eine persönliche Beziehung einschließlich der persönlichen Kontakte (§ 187) zu pflegen*“. Das KindNamRÄG 2013 statuiert mit dieser programmatischen Norm erstmalig explizit eine Pflicht der Eltern, persönliche Kontakte zu ihrem Kind wahrzunehmen.⁸⁴ Mit dieser elterlichen Kontaktpflicht soll nun, neben § 138 Z 9 ABGB, verdeutlicht werden, wie bedeutsam persönliche Kontakte zwischen Kind und beiden Elternteilen für das Kindeswohl sind.⁸⁵

⁷⁹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 34; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1a; die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den kontaktunwilligen Elternteil wird in Kap 2.7.2 besprochen.

⁸⁰ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 46; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 10.

⁸¹ Vgl OGH 2398/96g ÖA 1997, 169 (*Klein*) und die Ausführungen in Kap 2.2.1.

⁸² *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 240.

⁸³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 33 f; *Wallisch*, ÖJZ 2002, 489.

⁸⁴ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 240; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 179; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 86.

⁸⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 27; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 186 Rz 1; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 207.

Das neue Verständnis des Kontaktrechts als Pflicht des Kontaktberechtigten veranlasste den Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 außerdem zu entscheidenden Änderungen auf verfahrensrechtlicher Ebene. Nach dem neugefassten § 108 AußStrG können Kontakte gegen den Willen des Elternteils geregelt werden, da er Kontakte zu dem Kind nicht mehr ablehnen kann.⁸⁶ § 110 Abs 2 AußStrG bekräftigt ebenfalls das neue Verständnis des Kontaktrechts als elterliche Pflicht: Persönliche Kontakte sind jetzt sogar gegen den Willen des kontaktberechtigten Elternteils durchsetzbar (§ 110 Abs 2 S 2 AußStrG). Vor dem KindNamRÄG 2013 wurde eine Vollstreckung gegen den kontaktunwilligen Elternteil dagegen strikt abgelehnt.⁸⁷

Dass nach neuer Rechtslage der Kontaktberechtigte ex lege dazu verpflichtet ist, Kontakte mit seinem Kind zu pflegen, ist meines Erachtens sehr begrüßenswert. Es macht meiner Ansicht nach schon allein in Bezug auf die Wahrnehmung des Kontaktrechts aus dem Blickwinkel des Kontaktberechtigten durchaus einen Unterschied, ob ihm bloß ein Recht auf persönliche Kontakte zukommt, mit welchem allerdings keinerlei Pflichten einhergehen, oder ob ausdrücklich eine gesetzliche Verpflichtung zur Ausübung des Kontaktrechts besteht. Auf diese Weise kann dem kontaktberechtigten (bzw kontaktverpflichteten) Elternteil nämlich vor Augen geführt werden, wie wichtig die Aufrechterhaltung persönlicher Kontakte für die Eltern-Kind-Beziehung ist.⁸⁸

Im Hinblick auf die elterliche Kontaktpflicht nach § 186 ABGB stellt sich nun noch die Frage, ob auch das Kind zur Ausübung persönlicher Kontakte verpflichtet ist. Im Gegensatz zur expliziten Kontaktpflicht des Elternteils schweigt das Gesetz zu einer etwaigen Kontaktpflicht des Kindes. Wenngleich eine Pflicht des Kindes nicht ausdrücklich normiert ist, kann eine Verpflichtung zur Wahrnehmung der Kontakte für das unmündige, unter vierzehnjährige Kind aber aus § 108 AußStrG e contrario gefolgert werden. Das mündige, über vierzehnjährige Kind hat hingegen nach § 108 AußStrG das Recht, persönliche Kontakte zu dem getrennt lebenden Elternteil abzulehnen, sodass seine etwaige Verpflichtung zur Kontaktausübung ausscheidet.⁸⁹

⁸⁶ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 240; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 186 Rz 1; § 108 AußStrG idF KindRÄG 2001 gewährte demgegenüber dem Kontaktberechtigten das Recht, die Kontaktausübung abzulehnen.

⁸⁷ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 180; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 186 Rz 1 und § 187 Rz 29; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 15.

⁸⁸ *Deixler-Hübner* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013) § 108 Rz 5, fordert bereits vor Einführung des § 186 ABGB eine explizite gesetzliche Verpflichtung des Elternteils zur Aufrechterhaltung persönlicher Kontakte „zur Untermauerung der Wichtigkeit eines Eltern-Kind-Verhältnisses“.

⁸⁹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 186 Rz 3.

2.3 Die Regelung des Rechts auf persönlichen Kontakt

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten, wie persönliche Kontakte festgelegt werden können. Entweder die Eltern und das Kind sind sich einig und regeln die Kontakte einvernehmlich oder das Gericht muss auf Antrag eine Kontaktregelung treffen.⁹⁰

2.3.1 Die einvernehmliche Regelung

Entsprechend dem Grundsatz der Familienautonomie⁹¹ bestimmt das Gesetz, dass die persönlichen Kontakte primär einvernehmlich zu regeln sind (§ 187 Abs 1 S 2 ABGB)⁹². Erst wenn eine einvernehmliche Vereinbarung nicht erzielt werden kann, ist eine gerichtliche Regelung der Kontakte erforderlich (§ 187 Abs 1 S 3 ABGB).⁹³

Der Vorrang der einvernehmlichen Regelung wird ebenso auf verfahrensrechtlicher Ebene abgesichert: § 13 Abs 3 AußStrG setzt fest, dass das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Regelung hinzuwirken hat. Dementsprechend kann das Gericht gem § 29 AußStrG mit dem Verfahren bis zu sechs Monate innehalten, wenn ein Einvernehmen der Parteien, vor allem mit der Hilfe von dafür geeigneten Einrichtungen, doch noch hergestellt werden kann. Auf solche Unterstützungsinstrumente, wie etwa die Teilnahme an einer Mediation oder Familienberatung, konnte das Gericht nach bisheriger Rechtslage lediglich hinweisen, aber nicht verpflichtend anordnen.⁹⁴ Da das KindNamRÄG 2013 das Erzielen einvernehmlicher Vereinbarungen noch stärker forcieren will, sieht die neue Rechtslage demgegenüber mit § 107 Abs 3 AußStrG die verpflichtende Anordnung derartiger Maßnahmen, wie bspw einer Familien- oder Erziehungsberatung, vor.⁹⁵

⁹⁰ *Leeb*, Obsorge-Besuchsrecht-Mindestrechte, in *Deixler-Hübner/Schwarzinger* (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (1998) 57 (69).

⁹¹ Der Grundsatz der Familienautonomie bedeutet, dass sich der Gesetzgeber bei der rechtlichen Gestaltung der Eltern-Kind-Beziehung zurückhalten und nur „Rahmenregelungen“ treffen soll. Die detaillierte Ausgestaltung der rechtlichen Belange soll also den Eltern und dem Kind selbst überlassen bleiben: siehe *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, ÖJZ 2001, 485 (487 f).

⁹² Nach bisheriger Rechtslage: § 148 Abs 1 S 2 ABGB idF KindRÄG 2001.

⁹³ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 10; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 241; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹¹ (2013) Rz 217; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 8.

⁹⁴ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 9; *ders*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden? iFamZ 2011, 139 (139); *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 248; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 3.

⁹⁵ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 184; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 26; für nähere Ausführungen zum Maßnahmenkatalog nach § 107 Abs 3 AußStrG siehe Kap 2.9.3.

Die einvernehmliche Regelung haben gem § 187 Abs 1 S 2 ABGB die Eltern und das Kind zu treffen. Auch das Kind hat demnach ein Mitspracherecht. Der mündige Minderjährige handelt in Kontaktrechtsangelegenheiten gem § 104 AußStrG selbst. Der unmündige Minderjährige wird durch den betreuenden Elternteil vertreten, wobei er seiner Einsichts- und Urteilsfähigkeit entsprechend schon vor Erreichen der Mündigkeit in die Vereinbarung miteinbezogen werden kann.⁹⁶ Bei der inhaltlichen Regelung der Kontakte haben die Beteiligten zu beachten, dass die Kontaktrechtsvereinbarung gem § 190 Abs 1 ABGB dem Kindeswohl bestmöglich zu entsprechen hat. Sie müssen vor allem auf das Alter des Kindes, dessen Wünsche und Bedürfnisse sowie auf die emotionale Tiefe der bisherigen Beziehungen Bedacht nehmen (§ 187 Abs 1 letzter Satz ABGB).⁹⁷ Sie müssen allerdings keine Formvorschriften einhalten und können die Vereinbarung auch konkludent treffen.⁹⁸

Hinsichtlich der rechtlichen Qualität einer einvernehmlichen (vor Gericht oder außergerichtlich geschlossenen) Vereinbarung ging man vor dem KindNamRÄG 2013 davon aus, dass die Vereinbarung nur verbindlich und zwangsweise durchsetzbar sei, wenn sie (zusätzlich) pflegschaftsgerichtlich genehmigt wurde.⁹⁹ Mit dem KindNamRÄG 2013 entfällt jedoch gem § 190 Abs 2 S 1 ABGB die gesonderte pflegschaftsgerichtliche Genehmigung von Vereinbarungen, die vor Gericht geschlossen werden (bspw im Zuge einer Scheidung). Die Genehmigung des Pflsgerichts wird durch eine sog „Missbrauchskontrolle“ ersetzt. Das Pflsgericht überprüft die gegenständliche Vereinbarung, welche es vom Gericht übermittelt bekommt,¹⁰⁰ lediglich auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl. Sollte die Vereinbarung das Kindeswohl gefährden, kann das Pflsgericht diese für unwirksam erklären und durch eine anderslautende Entscheidung ersetzen (§ 190 Abs 2 S 2 ABGB). Einvernehmliche, vor Gericht geschlossene Vereinbarungen sind nach der neuen Rechtslage somit sofort verbindlich und vollstreckbar (§ 190 Abs 2 ABGB, § 110 Abs 1 AußStrG).¹⁰¹ Außergerichtlich geschlossene einvernehmliche Vereinbarungen bedürfen hingegen für ihre

⁹⁶ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 10; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1c; Hopf in KBB³ § 148 Rz 3; Hinteregger, Familienrecht⁶ 234; die Verfahrensfähigkeit des Kindes wird in Kap 5.2 angeschnitten.

⁹⁷ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 190 Rz 2; Nademleinsky in Gitschthaler 242; der Inhalt und das Ausmaß der persönlichen Kontakte wird in Kap 2.5 besprochen.

⁹⁸ Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 8.

⁹⁹ OGH 2 Ob 133/07h iFamZ 2007/147 (Thoma-Twaroch); 6 Ob 101/10m EvBl 2011/1 = EF-Z 2011/108 (Beck); Stabentheiner in Rummel, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1c; Weitzenböck in Schwimann, ABGB TaKomm² § 148 Rz 5; Hopf in KBB³ § 148 Rz 3.

¹⁰⁰ siehe § 109 Abs 2 AußStrG.

¹⁰¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30 f; Nademleinsky in Gitschthaler 250 f; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 190 Rz 1 und 5; Deixler-Hübner/Mayrhofer, Überblick über die Neuerungen im Verfahrensrecht, in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 227 (229 f); Kathrein, ÖJZ 2013, 212.

Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit weiterhin einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 190 Abs 2 ABGB, § 110 Abs 1 AußStrG e contrario).¹⁰²

An der neuen Regelung des § 190 Abs 2 ABGB ist zu kritisieren, dass das Pflegschaftsgericht im Zusammenhang mit der Durchführung der „Missbrauchskontrolle“ an keine Frist gebunden ist. Dadurch entsteht für die Parteien zwischen dem Abschluss der Vereinbarung und einer etwaigen Unwirksamkeitserklärung durch das Pflegschaftsgericht ein „Zustand der Rechtsunsicherheit“.¹⁰³ Daher wäre es meiner Ansicht nach sinnvoller gewesen, dem Pflegschaftsgericht eine zeitliche Frist vorzuschreiben, innerhalb welcher es die Vereinbarung auf die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl zu überprüfen hat.

2.3.2 Die gerichtliche Regelung

Kommt eine konsensuale Lösung zwischen den Parteien nicht zustande, hat das Gericht auf Antrag die persönlichen Kontakte durch Gerichtsbeschluss zu regeln. Antragslegitimiert sind gem § 187 Abs 1 S 3 ABGB beide Elternteile und das Kind. Der mündige Minderjährige kann den Antrag selbst einbringen (§ 104 AußStrG), der unmündige Minderjährige muss wiederum von dem betreuenden Elternteil vertreten werden.¹⁰⁴ Das Gericht kann jedoch ausnahmsweise von Amts wegen einschreiten und eine Kontaktregelung treffen, wenn ansonsten eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegen würde.¹⁰⁵ Zu beachten ist, dass eine gerichtliche Regelung der Kontakte gegen den Willen des mündigen Minderjährigen aber jedenfalls ausgeschlossen ist (§ 108 AußStrG).¹⁰⁶

Trifft das Gericht eine Kontaktregelung, so hat das Kindeswohl an oberster Stelle zu stehen. § 187 Abs 1 S 3 ABGB schreibt nämlich fest, dass die persönlichen Kontakte in einer dem Kindeswohl entsprechenden Weise angeordnet werden müssen. Das Gericht hat dabei im

¹⁰² *Nademleinsky in Gitschthaler* 251; *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §190 Rz 5.

¹⁰³ *Nademleinsky in Gitschthaler* 251.

¹⁰⁴ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 11; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 27; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1d.

¹⁰⁵ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 11; *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 182; *dies in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 89; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 6; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof in Harrer/Zitta* 630.

¹⁰⁶ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 13; *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 183.

Besonderen das Alter, die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes und die Intensität der bisherigen Beziehung zu berücksichtigen (§ 187 Abs 1 letzter S ABGB).¹⁰⁷

Damit die Kontakte nötigenfalls nach § 110 AußStrG zwangsweise durchgesetzt werden können, muss der Beschluss der Kontaktregelung „hinreichend bestimmt und klar sowie eindeutig“ formuliert sein.¹⁰⁸ Somit muss das Gericht zumindest Beginn und Ende der Kontakte, den Ort der Ausübung und eventuell die Art und Weise der Kontakte festlegen. Der Spruch muss fernerhin Pflichten zur Übergabe und Rückstellung des Kindes (eine „exekutionsfähige Doppelverpflichtung“) aufweisen. Wie detailliert das Gericht die Kontakte regelt bzw regeln muss, hängt im Allgemeinen von den Fähigkeiten der Eltern, gewisse Modalitäten der Kontaktausübung einvernehmlich und konfliktfrei festzulegen, ab.¹⁰⁹

Jeder Regelung der Kontakte ist die Umstandsklausel immanent, sodass bei der Änderung wesentlicher Verhältnisse zur Sicherstellung bzw Förderung des Kindeswohls die ursprüngliche Vereinbarung vom Gericht abgeändert werden kann.¹¹⁰ Solche geänderten Umstände sind zB ein höheres Alter des Kindes oder die eingetretene Schulpflicht des Kindes¹¹¹ oder wenn es auf Elternseite zu einer „wesentlichen Verhaltensänderung“¹¹² kommt.

2.3.3 Die Kontaktregelung bei einvernehmlicher Scheidung

Nach dem KindNamRÄG 2013 hat die Scheidungsfolgenvereinbarung bei einvernehmlicher Scheidung zwingend eine Regelung über die Ausübung der persönlichen Kontakte zu enthalten (§ 55a Abs 2 EheG). Den scheidungswilligen Eltern ist es somit nicht mehr gestattet, sich die Regelung der Kontakte auf einen späteren Zeitpunkt nach der Scheidung vorzubehalten (§ 55a Abs 2 letzter S EheG idF KindRÄG 2001).¹¹³

Der Wegfall des Vorbehalts der Regelung persönlicher Kontakte erscheint grundsätzlich sinnvoll. Eltern müssen sich jetzt bereits im Zuge ihrer Scheidung mit der künftigen

¹⁰⁷ *Nademleinsky in Gitschthaler* 241 f; *ders in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 22.

¹⁰⁸ OGH 9 Ob 35/08z EFSIlg 122.317 = iFamZ 2009/61 (*Thoma-Twaroch*).

¹⁰⁹ *Nademleinsky in Gitschthaler* 243; *ders in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 34; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 217; *Jausovec*, Besuchsrecht 114.

¹¹⁰ LGZ Wien 43 R 588/97g EFSIlg 83.985; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 31; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 13; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 766; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 218.

¹¹¹ LGZ Wien 43 R 27/01s EFSIlg 96.537.

¹¹² LGZ Wien 43 R 760/97a EFSIlg 83.957; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 31.

¹¹³ *Nademleinsky in Gitschthaler* 252; *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 182; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6 (11); *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften (2003) 63 f.

Ausgestaltung der Kontakte auseinandersetzen und können diesen wichtigen Punkt nicht mehr im Hinblick auf eine „rasche Scheidung“ ausklammern. Dadurch können a priori klare Verhältnisse geschaffen und langwierige Kontaktrechtsstreitigkeiten nach der Scheidung vermieden werden. Gerade die Praxis hat gezeigt, dass sich Eltern, die die Kontaktregelung vorbehielten, nach der Scheidung meist erst nicht einigen konnten und daher anschließende Kontaktrechtsverfahren einen beträchtlichen Teil der Pflegschaftsverfahren bildeten. Dies führte zu einer enormen Belastung der Gerichte.¹¹⁴ Natürlich werden sich Kontaktrechtsstreitigkeiten bzw Kontaktrechtsverfahren auch in Zukunft nicht gänzlich verhindern lassen. Denn die Kontaktregelung unterliegt, wie schon erwähnt, der Umstandsklausel, sodass vor allem in strittigen Fällen die Kontaktrechtsvereinbarung erst wieder vom Gericht an die geänderten Umstände nach der Scheidung angepasst werden muss.¹¹⁵

Meines Erachtens ist die Neufassung des § 55a Abs 2 EheG durchaus begrüßenswert. Wenngleich sich Konflikte im Zusammenhang mit der Kontaktausübung und anschließende Kontaktrechtsverfahren dadurch nicht „aus der Welt schaffen lassen“, finde ich es zweckmäßig, dass sich Eltern jetzt über die wichtige Frage der künftigen Gestaltung der persönlichen Kontakte bereits vor der Scheidung Gedanken machen müssen. Zudem verstärkt die Bestimmung meiner Meinung nach gewissermaßen die Bedeutung der persönlichen Kontakte. Die Frage der Kontaktausübung ist nunmehr „genauso wichtig“ wie etwa die Klärung der Obsorge, der Unterhaltspflichten oder der vermögensrechtlichen Aspekte (§ 55a Abs 2 EheG) und kann im Zuge der Scheidung eben nicht mehr aufgeschoben werden.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang noch der neu eingefügte Abs 1a des § 95 AußStrG anzuführen, der vorschreibt, dass sich Eltern vor der einvernehmlichen Scheidung einer Beratung über die speziellen aus der Scheidung resultierenden Bedürfnisse ihrer Kinder unterziehen müssen.¹¹⁶

¹¹⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 41; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 86; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209; krit *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 253, der in der neuen Regelung eher eine Hürde für einvernehmliche Scheidungen sieht, da diese in der Praxis mitunter schon allein deshalb scheitern würden, weil die Eltern kein Einvernehmen über die Obsorge erzielen könnten.

¹¹⁵ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 253.

¹¹⁶ *Barth/Pesendorfer*, Regelung und Durchsetzung des Kontaktrechts: Überblick über die bisherige Rechtslage und Änderung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 24 (26); *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 181.

2.3.4 Das Kindeswohl

Wie aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 187 Abs 1 S 3 und 190 Abs 1 ABGB hervorgeht, hat eine Kontaktregelung stets dem Wohl des Kindes zu entsprechen. Auch nach der Rsp gilt das Kindeswohl als oberster Grundsatz jeder Kontaktregelung.¹¹⁷ Dass das Kindeswohl leitender Gesichtspunkt ist, findet sich ferner in diversen weiteren Gesetzesbestimmungen, wie bspw in § 159 ABGB (Wohlverhaltensklausel) oder § 160 ABGB (Beachtung des Kindeswillens). Man kann die Wahrung des Kindeswohls überhaupt als höchste Maxime des Kindschaftsrechts bezeichnen.¹¹⁸

Doch was genau ist unter dem Begriff „Kindeswohl“ zu verstehen? Nach der Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 war der Terminus gesetzlich nicht definiert. § 178a ABGB idF KindRÄG 2001 bot lediglich eine demonstrative Aufzählung einiger Punkte, welche bei der Beurteilung des Kindeswohls zu berücksichtigen waren: die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern.¹¹⁹ Nach der Rsp umfasste das Wohl des Kindes darüber hinaus auch das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes.¹²⁰

Demgegenüber nimmt der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 mit der Neuregelung des Kindeswohls in § 138 ABGB eine mehrteilige Umschreibung des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ vor. § 138 ABGB enthält einen Kriterienkatalog, bestehend aus zwölf Ziffern, der bei Beurteilung des Kindeswohls zu berücksichtigen ist.¹²¹ Der Katalog lässt sich in drei Schwerpunkte gliedern, nämlich in „die immaterielle Förderung des Kindes“, „die Sicherung seiner materiellen Bedürfnisse“ und „den Schutz des Kindes vor Gewalt und Übergriffen“.¹²² Eine wichtige Rolle bei der Beurteilung des Kindeswohls spielen gem § 138 ABGB zB eine angemessene Versorgung des Kindes (Z 1), die Vermeidung der Gefahr für das Kind, Gewalt zu erleiden (Z 7) oder die Lebensverhältnisse des Kindes und seiner Eltern (Z 12).

¹¹⁷ OGH 1 Ob 133/06z EFSlg 113.725 = EF-Z 2006/44 (*Gitschthaler*); *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 3; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 5 mwN aus der Rsp.

¹¹⁸ *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 138 Rz 1; *Deixler-Hübner/Mayrhofer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 138 Rz 1; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 487.

¹¹⁹ *Deixler-Hübner/Mayrhofer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 138 Rz 2.

¹²⁰ LGZ Wien 48 R 106/05a EFSlg 110.906; *Deixler-Hübner/Mayrhofer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 138 Rz 2 mwN aus der Rsp.

¹²¹ *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 138 Rz 4; *Barnreiter*, Materielle rechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013, JAP 2012/2013, 241 (244).

¹²² *Kathrein*, ÖJZ 2013, 201.

Dieser Katalog ist jedoch nicht als abschließende Definition des Kindeswohls zu verstehen. Die demonstrativ aufgezählten Kriterien stellen vielmehr eine Orientierungshilfe und keine „abzuarbeitende Checkliste“ bei der Beurteilung des Kindeswohls dar. Daher muss, wie bisher, bei der Frage, ob eine Maßnahme dem Wohl des Kindes gerecht wird, immer auf den Einzelfall abgestellt werden. Außerdem dürfen auch andere Gesichtspunkte, wie etwa die Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen oder die innere Bindung des Kindes,¹²³ in die Beurteilung miteinfließen.¹²⁴ Im Übrigen herrscht zwischen den jeweiligen Ziffern des § 138 ABGB keine Rangordnung. Die einzelnen Ziffern sind vielmehr im Sinne eines „beweglichen Systems“ anzuwenden und das Kindeswohl muss stets in seiner Gesamtheit betrachtet werden.¹²⁵

Für die gerichtliche Praxis bringt die Neuregelung des Kindeswohls nun einerseits keine allzu große Änderung, da sich die Kriterien des § 138 ABGB größtenteils auf bereits anerkannte Elemente des Kindeswohls stützen und das Gericht den Fokus weiterhin immer auf den jeweiligen Einzelfall richten muss. Andererseits darf die Bedeutung des Kriterienkatalogs als „gesetzliches Leitbild“ nicht verkannt werden. Die beispielhaft aufgezählten Kriterien können den Eltern sowie dem Gericht als Anhaltspunkte dienen, wie den Bedürfnissen des Kindes bestmöglich entsprochen werden kann.¹²⁶

Meines Erachtens ist die Neuregelung des Kindeswohls in § 138 ABGB positiv zu würdigen. Die Kriterien bringen ein wenig Licht in den bislang recht unbestimmten Terminus „Kindeswohl“. Das Gesetz liefert nunmehr eine Vorstellung, welche Aspekte das Wohl des Kindes umfassen können. Da die Bestimmung keine abschließende Definition darstellt, bietet sie meiner Meinung nach zudem genügend Flexibilität, um dem jeweiligen Kind und seiner individuellen Situation Rechnung zu tragen.

¹²³ Vgl dazu ausführlich *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 178 a Rz 3 ff.

¹²⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16 und 18; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 159 Rz 5; *Jelinek*, Die Neuregelung des Kindeswohls, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 35 (37); *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 138 Rz 4 und 7.

¹²⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 18; *Jelinek* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 37 f.

¹²⁶ *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 138 Rz 7; *Jelinek* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 41; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 200. *Beck*, KindNamRÄG 2013: Zwischen Verfassungsrecht und Geschlechterkampf, iFamZ 2013, 37 (39).

2.4 Die Wohlverhaltensklausel

Die Eltern haben bei der Ausübung des Kontaktrechts die sog Wohlverhaltensklausel iSd § 159 ABGB¹²⁷ zu beachten. Diese Klausel bestimmt, dass Personen, denen Rechte und Pflichten nach dem Dritten Hauptstück des ABGB zukommen (somit insbesondere Obsorge- und Kontaktberechtigte), bei der Ausübung dieser Rechte und Pflichten zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zu anderen Personen, denen ebenfalls Rechte und Pflichten nach dem Dritten Hauptstück zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von deren Aufgaben erschwert (§ 159 ABGB).¹²⁸

Wie sich schon dem Wortlaut des § 159 ABGB entnehmen lässt, ist die Wohlverhaltensklausel in erster Linie als Unterlassungsgebot zu verstehen. Zu den Verhaltensweisen, die nach § 159 ABGB zu unterlassen sind, zählt man bspw herabwürdigende, beleidigende Äußerungen oder Gewalttätigkeiten gegenüber dem anderen Elternteil. Die Eltern dürfen das Kind auch nicht vereinnahmen, gegen den anderen Elternteil aufhetzen bzw aufwiegeln oder es als „Informationsquelle“ über Einzelheiten des Privatlebens des anderen Elternteils benützen.¹²⁹ Dieses Spektrum an Verhaltensweisen ist - zu Recht - so streng gehalten, da Kinder leicht beeinflussbar sind und sich schnell in einem Loyalitätskonflikt befinden können.¹³⁰

Die Eltern haben im Sinne der Wohlverhaltensklausel jedoch nicht nur gewisse Verhaltensweisen zu unterlassen, sondern sie müssen auch aktiv tätig werden und die Liebe und Zuneigung des Kindes zu dem jeweils anderen Elternteil fördern.¹³¹ Der betreuende Elternteil hat demnach in concreto bestimmte Unterstützungspflichten zu erfüllen. Er muss das Kind in positiver und einfühlsamer Art und Weise auf das Treffen mit dem anderen Elternteil vorbereiten und anschließend die Erlebnisse mit dem Kind entsprechend aufarbeiten.¹³² Der betreuende Elternteil soll dem Kind dabei vermitteln, dass die Ausübung der persönlichen Kontakte ein positives, erfreuliches Ereignis darstellt.¹³³ Weigert sich das Kind etwa, Kontakte

¹²⁷ Die Wohlverhaltensklausel war bisher in § 145b ABGB idF KindRÄG 2001 geregelt. Nach dem KindNamRÄG 2013 ist die Klausel nun in § 159 ABGB normiert, der inhaltlich zur Gänze § 145b ABGB idF KindRÄG entspricht: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 22.

¹²⁸ *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 159 Rz 2; *Nademleinsky* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 13; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 159 Rz 1; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 217.

¹²⁹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 53; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 159 Rz 1 und 2; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 145b Rz 1.

¹³⁰ *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 159 Rz 4.

¹³¹ OGH 9 Ob 201/02b EFSlg 100.241; LGZ Wien 42 R 39/09k EFSlg 123.166.

¹³² OGH 5 Ob 59/08z EFSlg 119.591; LGZ Wien 45 R 721/10b EFSlg 126.706.

¹³³ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 23; *Nademleinsky* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 14.

zu dem anderen Elternteil auszuüben, muss der betreuende Elternteil den Widerständen des Kindes aktiv entgegenzutreten. Eine bloß neutrale Haltung genügt in einer solchen Situation nicht.¹³⁴ Des Weiteren wird von dem betreuenden Elternteil im Rahmen seiner Unterstützungspflicht verlangt, dass er jegliche negative Beeinflussung des Kindes vermeidet und die Beziehung zwischen Kind und anderem Elternteil selbst dann fördert, wenn er subjektive Vorbehalte gegen diesen hat.¹³⁵

Der kontaktberechtigte Elternteil muss ebenso etwaige persönliche Auseinandersetzungen mit dem anderen Elternteil hintanstellen und sich um einen konfliktfreien Ablauf der Kontakte bemühen.¹³⁶ Darüber hinaus ist es grundsätzlich seine alleinige Pflicht, das Kind von seinem Wohnort bzw. gewöhnlichem Aufenthaltsort pünktlich abzuholen und wieder zurückzubringen. In gewissen Ausnahmefällen kann von diesem Grundsatz aber abgegangen werden und der betreuende Elternteil dazu verpflichtet werden, das Kind zu dem Kontaktberechtigten zu bringen.¹³⁷ Eine solche Ausnahmesituation ist etwa eine große räumliche Entfernung zwischen den Wohnorten des Kindes und des Kontaktberechtigten. So hat der OGH zB ausgesprochen, dass es der obsorgeberechtigten Mutter durchaus zumutbar sei, das Kind zum Flughafen zu bringen, damit es den Vater, der 700 Kilometer entfernt wohnt, besuchen kann.¹³⁸ Da das Kind bei einer großen räumlichen Distanz zwischen den Wohnorten die persönlichen Kontakte nur mithilfe seiner Eltern ausüben kann, ist es in Bezug auf das Kindeswohl gerechtfertigt, dass der betreuende Elternteil im Rahmen seiner Unterstützungspflicht aktiv tätig wird.¹³⁹

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Wohlverhaltensklausel iSd § 159 ABGB darauf abzielt, die Eltern dazu anzuhalten, das Kontaktrecht in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise auszuüben. Dementsprechend schreibt § 138 Z 10 ABGB jetzt auch explizit vor, dass in Bezug auf das Kindeswohl Loyalitätskonflikte und Schuldgefühle des Kindes vermieden werden sollen.¹⁴⁰

Die Konsequenzen, die ein etwaiger Verstoß der Wohlverhaltenspflicht seitens eines Elternteils zeitigt, werden in *Kap 2.6* und *Kap 2.8* besprochen.

¹³⁴ OGH 9 Ob 55/08s EF-Z 2009/7 = iFamZ 2009/23 (*Thoma-Twaroch*); 6 Ob 68/09g EF-Z 2009/119 (*Beck*).

¹³⁵ LGZ Wien 42 R 218/05b EFSlg 110.780.

¹³⁶ OGH 1 Ob 133/06z EFSlg 113.725 = EF-Z 2006/44 (*Gitschthaler*).

¹³⁷ OGH 3 Ob 84/11s EFSlg 130.497 = EFSlg 130.499 = EF-Z 2012/10 (*Beck*); LG Salzburg 21 R 37/07y EFSlg 116.832.

¹³⁸ OGH 3 Ob 84/11s EFSlg 130.497 = EFSlg 130.499 = EF-Z 2012/10 (*Beck*).

¹³⁹ *Beck*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 84/11s EF-Z 2012/10 (30).

¹⁴⁰ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 159 Rz 1; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 159 Rz 4.

2.5 Die Gestaltung des Rechts auf persönlichen Kontakt: Inhalt und Ausmaß

In diesem Kapitel wird auf die Frage, wie das Kontaktrecht inhaltlich und zeitlich ausgestaltet werden soll, näher eingegangen. Bei der Gestaltung bzw. Regelung der persönlichen Kontakte muss, wie bereits erwähnt, der Fokus stets auf das Wohl des Kindes gerichtet sein. Das Kindeswohl ist die oberste Richtschnur jeder Kontaktregelung.¹⁴¹

2.5.1 Der Inhalt des Kontaktrechts

2.5.1.1 Allgemeines

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Kontaktrechts muss im Besonderen beachtet werden, dass die persönlichen Kontakte eine gewisse Intensität erreichen. Denn nur so lässt sich der Zweck des Kontaktrechts, die Herstellung und Aufrechterhaltung einer besonderen Eltern-Kind-Beziehung,¹⁴² verwirklichen. Dementsprechend führte die Rsp bis zum KindNamRÄG 2013 aus, dass der Kontaktberechtigte nicht die Rolle eines „gelegentlichen Besuchers“ einnehmen darf.¹⁴³ Nichtsdestotrotz war die Rsp jedoch im Hinblick auf den zeitlichen Umfang eher restriktiv und sprach grundsätzlich lediglich ein sog. „Wochenendbesuchsrecht“ zu.¹⁴⁴

Das KindNamRÄG 2013 zielt aber nun darauf ab, die persönlichen Kontakte zwischen Kind und kontaktberechtigtem Elternteil zu intensivieren und spricht sich gegen das bisher übliche „Wochenendbesuchsrecht“ aus. Der Kontaktberechtigte darf nicht mehr länger nur „Freizeitunterhalter“ sein. Demzufolge schreibt § 187 Abs 1 S 4 ABGB vor, dass das Kontaktrecht sowohl Zeiten der Freizeit als auch die Betreuung des Kindes im Alltag umfassen soll. Der Kontaktberechtigte hat somit nicht mehr bloß in der Freizeit, wie zB am Wochenende, sondern grundsätzlich auch im Alltag des Kindes präsent zu sein. Er soll das Kind bspw. beim Erledigen der Schulaufgaben, beim Lernen und bei anderen alltäglichen Aktivitäten unterstützen.¹⁴⁵

¹⁴¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 2; für weitere Verweise siehe Kap 2.3.4 FN 102.

¹⁴² Siehe dazu die Verweise in Kap 2.1.2 FN 21.

¹⁴³ RIS-Justiz RS0048376; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 6.

¹⁴⁴ LGZ Wien 45 R 229/00h EFSIlg 92.962; *Beck*, Kindschaftrecht² Rz 784; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 156.

¹⁴⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 6; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 6; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 89; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 208.

Zu beachten ist allerdings, dass ein solch ausgedehntes Kontaktrecht unter dem Vorbehalt steht, dass dem Kontaktberechtigten eine alltägliche Betreuung des Kindes möglich sein muss. § 187 Abs 1 S 4 ABGB bestimmt ja, dass die persönlichen Kontakte „möglichst“ den Alltag des Kindes umfassen sollen. Unter gewissen Umständen wird der kontaktberechtigte Elternteil schlichtweg nicht in der Lage sein, das Kind im Alltag zu betreuen, etwa weil er aus beruflichen Gründen sehr eingespannt ist oder eine zu große Distanz zwischen seinem und dem Wohnort des Kindes liegt.¹⁴⁶ Meines Erachtens bleibt gerade im Zusammenhang mit berufstätigen Eltern abzuwarten, ob sich eine alltägliche Betreuung des Kindes in praxi überhaupt umsetzen lässt.

Dass der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 mit § 187 Abs 1 S 4 ABGB ausdrücklich persönliche Kontakte auch im Alltag des Kindes vorschreibt, ist meiner Ansicht nach für die Eltern-Kind-Beziehung sehr wichtig. Ein persönliches Naheverhältnis, das durch die persönlichen Kontakte bewahrt bzw hergestellt werden soll, umfasst sicherlich mehr als bloße Freizeitaktivitäten und Wochenendbesuche.¹⁴⁷

Darüber hinaus ist die neue Bestimmung aus pädagogischer Sicht sehr sinnvoll. Da der Kontaktberechtigte im Alltag des Kindes einen Platz einnehmen soll und somit auch weniger „erfreuliche Dinge“ mit dem Kind meistern wird müssen, wie zB das Erledigen von Hausaufgaben, hat das Kind nicht mehr zwischen kontaktberechtigtem Elternteil in der Rolle des „Spaß-Elternteils“, der für Freizeit und Wochenende steht, und dem betreuenden Elternteil, der meist den mahnenden und strafenden Part einnimmt, zu differenzieren.¹⁴⁸

2.5.1.2 Die Art der Kontakte

Das Kontaktrecht nach § 187 Abs 1 ABGB beinhaltet nicht nur den direkten, persönlichen Kontakt, sondern auch diverse andere Kontaktformen wie Telefonanrufe, „skype“-¹⁴⁹-Kontakte, Brief- oder E-Mail- Verkehr, Geschenkaustausch udgl.¹⁵⁰

In besonderen Situationen, wie bspw einer großen räumlichen Entfernung zwischen den Wohnorten des Kindes und des Kontaktberechtigten, sind Telefon- oder „skype“-Kontakte

¹⁴⁶ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 208.

¹⁴⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁴⁸ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 184 f; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 89.

¹⁴⁹ „Skype“ ist eine Software, mit der kostenlos über das Internet telefoniert werden kann: siehe <http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Skype-skype.html> (Stand 27.01.2014).

¹⁵⁰ LG Salzburg 21 R 307/11k EFSIlg 130.525; *Deixler-Hübner*, *Scheidung*¹¹ Rz 218; *Aichhorn*, *Das Recht der Lebenspartnerschaften* 67; *Leeb* in *Deixler-Hübner/Schwarzinger* 70.

notwendige Mittel, um die persönliche Beziehung zu wahren.¹⁵¹ Ob in concreto ein „Recht auf Telefonanrufe“ einzuräumen ist, muss immer im Zusammenhang mit dem Kindeswohl und dem jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Vor allem muss geprüft werden, ob Telefonate überhaupt zweckmäßig und möglich sind bzw in der Praxis auch umgesetzt werden können. Schließlich muss noch berücksichtigt werden, dass die Telefonate zu keinem Eingriff in die Rechtssphäre dritter Personen führen dürfen.¹⁵² Wird dem Kontaktberechtigten ein Recht auf Telefonkontakt zugesprochen, darf dies nicht so verstanden werden, dass dieser das Kind jederzeit anrufen kann. Fortwährende Anrufe könnten Eingriffe in das Alltagsleben des Kindes darstellen und sich zudem negativ auf die Beziehung zwischen Kind und betreuendem Elternteil auswirken.¹⁵³ Daher sollte für die Telefonanrufe eine bestimmte Tageszeit festgelegt werden.¹⁵⁴ Damit das Recht auf Telefonkontakt entsprechend umgesetzt werden kann, kann der betreuende Elternteil dazu angehalten werden, seine Telefonnummer bekannt zu geben bzw die technischen Bedingungen für einen Zugang zu „skype“ (Computer mit Internetanschluss) bereitzustellen.¹⁵⁵

Die Einräumung des Kontaktrechts in Form von Brief-, E-Mail- oder SMS-Verkehr setzt voraus, dass das Kind bereits lesen kann. Ansonsten wären briefliche Kontakte kaum sinnvoll, zumal sich im Gesetz keine Pflicht des betreuenden Elternteils finden lässt, dem Kind Briefe udgl vorzulesen. Im Übrigen wäre eine solche Pflicht auch nicht sehr zweckmäßig, da diese in einem etwaigen konfliktgeladenen Verhältnis zwischen den Eltern nur zusätzlichen Nährboden für weitere Auseinandersetzungen bieten würde.¹⁵⁶

Abschließend sind als mögliche alternative Kontaktformen noch Geschenke des kontaktberechtigten Elternteils an das Kind anzuführen. Geschenke können sich nämlich positiv auf die Eltern-Kind-Beziehung auswirken, weil durch sie dem Kind ebenso Liebe und Zuneigung vermittelt wird. Der Kontaktberechtigte darf mit seinen Geschenken jedoch nicht „übertreiben“. Nur maßvolle Geschenke, die dem Erziehungsstil des betreuenden Elternteils nicht zuwiderlaufen, sind zulässig und entsprechen dem Kindeswohl. Denn haben die Eltern eine unterschiedliche Auffassung über die Angemessenheit der Geschenke, können zusätzliche

¹⁵¹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 10; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 58; *Fürst*, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89 (97).

¹⁵² *Mottl*, Umfasst das Besuchsrecht auch Telefonanrufe? ÖA 1994, 173 (174).

¹⁵³ LGZ Wien 43 R 514/98a EFSlg 86.882; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 59.

¹⁵⁴ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 9; aA *Mottl* in ÖA 1994, 174, die die Festsetzung „fixer Telefonzeiten“ ablehnt.

¹⁵⁵ LGZ Wien 43 R 640/06w EFSlg 113.735; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 10; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 780.

¹⁵⁶ LGZ Wien 47 R 766/92 EFSlg 68.653; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 779; aA *Jausovec*, Besuchsrecht 137 FN 603, die eine Pflicht des betreuenden Elternteils, Briefe vorzulesen annimmt und als Rechtsgrundlage die Wohlverhaltensklausel ins Treffen führt.

Konflikte zwischen ihnen entstehen. Der betreuende Elternteil könnte sich uU unter Druck gesetzt fühlen, ein ebenso „tolles“ Geschenk zu leisten oder der Ansicht sein, dass seine Erziehungsmaßnahmen sabotiert werden. In solchen Fällen sind Geschenke des Kontaktberechtigten dem Kindeswohl eher abträglich¹⁵⁷

2.5.2 Das Ausmaß des Kontaktrechts

2.5.2.1 Die Kriterien zur zeitlichen Ausgestaltung des Kontaktrechts

Das konkrete Ausmaß des Kontaktrechts, dh die Frage wie häufig und wie lange persönliche Kontakte einzuräumen sind, ist immer vom jeweiligen Einzelfall abhängig und muss sich primär am Kindeswohl orientieren.¹⁵⁸ Wie bereits erwähnt, müssen die persönlichen Kontakte einen solchen Umfang einnehmen, dass eine persönliche Beziehung zwischen Kind und Kontaktberechtigtem aufrechterhalten bzw hergestellt werden kann. Dies erfordert naturgemäß eine Regelmäßigkeit sowie eine gewisse Dauer der Kontakte.¹⁵⁹

Mit dem KindNamRÄG 2013 werden jetzt im Gesetz selbst gewisse Aspekte festgeschrieben, die bei der Ausmessung der Kontakte zu beachten sind. § 187 Abs 1 letzter S ABGB besagt, dass insbesondere das Alter des Kindes, seine Wünsche und Bedürfnisse sowie die Intensität der bisherigen Beziehungen zu berücksichtigen sind. Besteht also zwischen Kind und Kontaktberechtigtem eine besonders enge Beziehung, werden entsprechend längere und häufigere Kontakte einzuräumen sein. In gleichem Maße ist auf die Wünsche des Kindes Rücksicht zu nehmen, sodass die zeitliche Ausgestaltung der Kontakte zB an die Freizeitgestaltung des Kindes angepasst werden kann. Darüber hinaus können im Hinblick auf den zeitlichen Umfang die beruflichen Verpflichtungen der Eltern oder die räumliche Entfernung zwischen den Wohnorten des Kindes und des Kontaktberechtigten eine Rolle spielen.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Jausovec, Besuchsrecht 140.

¹⁵⁸ Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 6; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 14; Weitzenböck in Schwimann, ABGB TaKomm² § 148 Rz 10; Deixler-Hübner, Scheidung¹¹ Rz 218; Ferrari-Hofmann-Wellenhof in Harrer/Zitta 628.

¹⁵⁹ Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 14; Fürst, ÖA 1998, 96.

¹⁶⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 5 und 6; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 6; Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/Huber 89; Kathrein, ÖJZ 2013, 208.

2.5.2.2 Die Rsp (*bis zum KindNamRÄG 2013*) zum zeitlichen Ausmaß des Kontaktrechts

Die bisherige Rsp hat im Zusammenhang mit der Bemessung der Häufigkeit und Dauer der persönlichen Kontakte gewisse Leit- bzw Richtlinien, die sich an den unterschiedlichen Altersstufen des Kindes orientieren, entwickelt.¹⁶¹ Diese Leitsätze wurden allerdings oft viel zu schematisch und ohne ausreichende Beachtung der jeweiligen individuellen Situation des Kindes angewandt. Wenngleich in der Rsp immer wieder betont wurde, dass es keine starren, altersabhängigen Ausmaße der Kontaktzeiten geben könne und stets auf den Einzelfall abzustellen sei,¹⁶² war bei der zeitlichen Ausmessung des Kontaktrechts dennoch überwiegend das Alter des Kindes ausschlaggebend. Dabei sind aber eine Reihe anderer Faktoren gleichermaßen mitzubersichtigen, wie etwa die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes oder die Intensität der bisherigen Beziehung (§ 187 Abs 1 letzter S ABGB).¹⁶³

Im Allgemeinen sprach die Rsp, bei entsprechender Altersstufe, ein Kontaktrecht idR zwei Mal monatlich am Wochenende zu.¹⁶⁴ Dahingegen schreibt das KindNamRÄG 2013 explizit Kontakte auch im Alltag des Kindes vor (§ 187 Abs 1 S 4 ABGB), sodass diese Rsp als überholt zu betrachten ist.¹⁶⁵ Wie häufig und wie lange persönliche Kontakte konkret einzuräumen sind, legt das Gesetz allerdings nicht fest. In den ErläutBem¹⁶⁶ weist der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 bloß darauf hin, dass mindestens ein Kontakt unter der Woche, zusätzlich zum Wochenendkontaktrecht, vorgesehen werden sollte. Die Festsetzung eines „gesetzlichen Mindestkontaktrechts“ wäre aber auch nicht sehr sinnvoll gewesen, zumal aufgrund der unterschiedlichen Bedürfnisse des Kindes gerade keine pauschal gültige Aussage bezüglich einer angemessenen Dauer der Kontakte getroffen werden kann. Außerdem kann sich das Gericht ohne die Vorschreibung eines gesetzlichen Mindestmaßes viel eher auf den Einzelfall konzentrieren und das Ausmaß der Kontakte diesem entsprechend anpassen.¹⁶⁷

¹⁶¹ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 218; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 65; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 14; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 6.

¹⁶² LGZ Wien 48 R 258/10m EFSlg 126.744.

¹⁶³ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 186; *dies*, Scheidung¹¹ Rz 218; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 782; *Jausovec*, Besuchsrecht 143; schon *Ferrari* kritisierte, dass die Rsp zu oberflächlich sei und sich viel zu sehr an den Altersstufen der Kinder orientiere: siehe *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* in *Harrer/Zitta* 626.

¹⁶⁴ LG Innsbruck 54 R 14/11x EFSlg 130.519; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 184; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 156; krit *Ferrari*, die sich bereits für Kontakte auch unter der Woche ausspricht: siehe *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* in *Harrer/Zitta* 627.

¹⁶⁵ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 787.

¹⁶⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29; vgl *Beclin*, iFamZ 2013, 10, die in diesem Zusammenhang ein Kontaktrecht im Ausmaß von ungefähr einem Drittel der Zeit vorschlägt, zB ein Wochenendkontaktrecht alle 14 Tage und zusätzlich zwei oder drei Tage unter der Woche.

¹⁶⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28 f; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 185 f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 787.

In weiterer Folge werden die Leitsätze der bisherigen Rsp kurz dargestellt. Es muss abermals betont werden, dass diese Richtlinien in Bezug auf die derzeitige Rechtslage nicht unkritisch übernommen bzw fortgeschrieben werden können, da das KindNamRÄG 2013 eben ein intensiveres Kontaktrecht auch im Alltag des Kindes vorsieht.¹⁶⁸

2.5.2.2.1 Jüngere Kinder (*bis zum sechsten Lebensjahr*)

Die Rsp ging schon bisher davon aus, dass bei Kleinkindern grundsätzlich häufigere, dafür jedoch kürzere Kontakte einzuräumen sind. Jüngere Kinder haben ein anderes Zeitgefühl. Schon bei längeren Abständen zwischen den einzelnen Kontakten kann sich das Kind möglicherweise nicht mehr an den Kontaktberechtigten erinnern, was wiederum zu einer Entfremdung führen kann.¹⁶⁹

Bei Kleinkindern bis zu zwei Jahren waren bislang persönliche Kontakte im Ausmaß von drei Stunden pro Woche üblich.¹⁷⁰ Das Kontaktrecht konnte im Zusammenhang mit solch kleinen Kindern zudem grundsätzlich nur in Anwesenheit des betreuenden Elternteils ausgeübt werden, da Kleinkinder eine Trennung von ihrer Hauptbezugsperson idR nicht verkraften können. Mit zunehmendem Alter des Kindes wurden die Kontakte sodann auch in Abwesenheit des betreuenden Elternteils zugesprochen.¹⁷¹ Bei drei- bis sechsjährigen Kindern wurden Kontakte im Ausmaß von vier Stunden bis zu einem ganzen Tag zwei Mal monatlich zugebilligt.¹⁷² Kinder dieser Altersgruppe wurden dem Kontaktberechtigten grundsätzlich schon alleine anvertraut.¹⁷³

Nicht ganz nachvollziehbar ist, warum die bisherige Rsp das Kontaktrecht, das ja häufig ohnehin stundenweise begrenzt wurde, meist auf nur zwei Tage im Monat beschränkte. Gerade weil bei kleinen Kindern eine Entfremdungsgefahr schon bei kurzen zeitlichen Abständen gegeben ist, wäre ein wöchentliches Kontaktrecht wohl zweckmäßiger.¹⁷⁴

¹⁶⁸ LG St. Pölten 23 R 111/13s EF-Z 2013/112; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 6.

¹⁶⁹ LGZ Wien 44 R 115/10b EFSIlg 126.735; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 7; *Jausovec*, Besuchsrecht 144; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 186; idS betont auch der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013, dass bei kleinen Kindern häufigere, aber eher kürzere Kontakte angebracht sind: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁷⁰ LGZ Wien 43 R 681/00s EFSIlg 96.511.

¹⁷¹ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 15; *Fürst*, ÖA 1998, 96; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 66.

¹⁷² LG Salzburg 21 R 88/01i EFSIlg 96.510 (zwei Kontakttage im Monat im Umfang von einem Tag); LGZ Wien 42 R 318/02d EFSIlg 100.229 (zwei Kontakttage im Monat im Umfang von vier Stunden).

¹⁷³ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 218; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 157.

¹⁷⁴ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 15.

2.5.2.2.2 Ältere Kinder (*ab dem sechsten Lebensjahr*)

Bei Kindern ab dem sechsten Lebensjahr wurden die persönlichen Kontakte idR alle vierzehn Tage im Ausmaß von einem ganzen Wochenende (sog „Wochenendbesuchsrecht“) eingeräumt.¹⁷⁵

Ein Kontaktrecht an Wochentagen wurde von der bisherigen Rsp grundsätzlich abgelehnt. In einer Entscheidung des LGZ Wien¹⁷⁶ wird im Hinblick auf die Nichteinräumung persönlicher Kontakte an Wochentagen zu einem Kind im Volksschulalter ausgeführt, dass ein Treffen mit dem Vater unter der Woche nicht sinnvoll sei. Das Kind sei am Nachmittag mit Schulaufgaben und Lernen beschäftigt und solle daher nicht in seinem gewohnten Tagesablauf gestört werden. Des Weiteren sei ein Kontakt nicht zweckmäßig, da Vater und Kind aufgrund der schulischen Belastung ohnehin keine Freizeitaktivitäten unternehmen könnten.

Diese Rsp ist angesichts der aktuellen Auffassung des Kontaktrechts als obsolet anzusehen. Nach dem KindNamRÄG 2013 geht es beim Kontaktrecht eben nicht mehr darum, dass der Kontaktberechtigte lediglich „Freizeitunterhalter“ des Kindes ist. Er soll vielmehr in den Alltag des Kindes eingebunden werden (§ 187 Abs 1 S 4 ABGB) und sich ebenso um schulische Belange des Kindes kümmern.¹⁷⁷ Es bleibt zu hoffen, dass die Rsp in Anbetracht der neuen Rechtslage diese ablehnende Haltung gegenüber Kontakten an Wochentagen zukünftig ad acta legen wird. Damit ein echtes, inniges Naheverhältnis zwischen Kind und kontaktberechtigtem Elternteil entstehen kann, bedarf es gewiss mehr als bloß zwei Wochenenden im Monat.¹⁷⁸

2.5.2.2.3 Übernachtungen

Übernachtungen beim kontaktberechtigten Elternteil können sich auf die Eltern-Kind-Beziehung sehr positiv auswirken. Denn durch damit zusammenhängende Rituale, wie etwa das gemeinsame Schlafengehen, Aufstehen und Frühstücken udgl, wird die Beziehung zwischen Kind und Kontaktberechtigtem wesentlich vertieft.¹⁷⁹

Nach der bisherigen Rsp war ein Kontaktrecht mit Übernachtung grundsätzlich erst bei einem Kind ab dem sechsten Lebensjahr üblich. Unter gewissen Umständen waren Nüchtigungen beim Kontaktberechtigten auch bei jüngeren Kindern nicht prinzipiell ausgeschlossen. Wenn

¹⁷⁵ LGZ Wien 45 R 75/05w EFSlg 110.800; 42 R 249/07i EFSlg 116.850.

¹⁷⁶ LGZ Wien 43 R 1031/97d EFSlg 83.913.

¹⁷⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 801.

¹⁷⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁷⁹ LGZ Wien 42 R 298/06v EFSlg 113.747; *Jausovec*, Besuchsrecht 147; *Leeb* in *Deixler-Hübner/Schwarzinger* 70.

zwischen Kind und Kontaktberechtigtem eine vertrauensvolle Beziehung besteht, der Kontaktberechtigte in der Lage ist, das Kind entsprechend zu betreuen und er über ausreichende Übernachtungsmöglichkeiten verfügt, wurde ein Kontaktrecht mit Übernachtungen bei unter sechsjährigen Kindern als möglich erachtet.¹⁸⁰

2.5.2.2.4 Ferienkontaktrecht, Feier- und Festtage

Bei schulpflichtigen Kindern (circa ab dem sechsten Lebensjahr) wurde bislang ein sog Ferienkontaktrecht zugebilligt. Ein solches Ferienkontaktrecht ermöglicht Kind und Kontaktberechtigtem über einen längeren Zeitraum beisammen zu sein und trägt somit ungemein zur Intensivierung der persönlichen Nahebeziehung bei. Daher standen die persönlichen Kontakte in den Ferien zusätzlich zum „gewöhnlichen“ Kontaktrecht zu.¹⁸¹

Das Ausmaß der Kontaktzeit in den Ferien betrug bisher üblicherweise eine Woche im Winter und vier Wochen im Sommer.¹⁸² Die Ferienzeit war dabei allerdings nicht mathematisch genau aufzuteilen, sondern sie sollte so eingeteilt werden, dass beide Elternteile die Ferien mit dem Kind sinnvoll gestalten können.¹⁸³

Die Einräumung des Ferienkontaktrechts war, im Gegensatz zum „gewöhnlichen“ Kontaktrecht, stets davon abhängig, ob zwischen Kind und Kontaktberechtigtem bereits ein ausreichend enges Vertrauensverhältnis, eine sog „tragfähige Eltern-Kind-Beziehung“, besteht. Andernfalls würde das Kind eine derart lange Trennung von seiner Hauptbezugsperson und seiner ihm gewohnten Umgebung nur schwer verkraften. Aus diesem Grund wurde ein Ferienkontaktrecht bei jüngeren Kindern bloß ausnahmsweise zugesprochen, und zwar nur, wenn feststand, dass ihnen eine so lange Trennung von ihrem gewohnten Umfeld zumutbar war.¹⁸⁴

Des Weiteren kam dem kontaktberechtigten Elternteil nach der Rsp bis zum KindNamRÄG 2013 ein Recht auf persönliche Kontakte an Feier- bzw Festtagen zu. Schließlich ist das gemeinsame Feiern an besonderen Festtagen für das Naheverhältnis zwischen Kind und Kontaktberechtigtem äußerst bedeutsam. Die Rsp hat in diesem Zusammenhang den Leitsatz

¹⁸⁰ LG Wels 21 R 294/08x EFSIlg 119.617; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 7; *Fürst*, ÖA 1998, 96; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 66.

¹⁸¹ LGZ Wien 42 R 347/06z EFSIlg 113.745 = EFSIlg 113.746; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 17; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 8; *Fürst*, ÖA 1998, 96.

¹⁸² LGZ Wien 45 R 229/00h EFSIlg 92.962; 45 R 54/03d EFSIlg 104.254; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 8.

¹⁸³ LG Linz 14 R 82/02f EFSIlg 100.232.

¹⁸⁴ LGZ Wien 42 R 501/03t EFSIlg 104.253; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 18.

entwickelt, dass das Kind wichtige Feier- und Festtage, bspw den Heiligen Abend und den Christtag sowie seinen Geburtstag, beim betreuenden Elternteil verbringen sollte. Dem Kontaktberechtigten stand deshalb ein Kontaktrecht zum „Nachfeiern“ am 26.12. oder dem Geburtstag des Kindes nachfolgenden Tag zu.¹⁸⁵

2.5.2.2.5 Ersatzkontakttermine

Die bisherige Rsp lehnte die Einräumung von Ersatzkontaktterminen im Falle von ausgefallenen Kontaktzeiten idR ab. Vor allem, wenn der Kontaktberechtigte den festgesetzten Kontakttermin versäumte, entfiel dieser Termin ersatzlos. Aber auch wenn der Entfall des Kontakttermins andere Gründe, wie etwa eine Erkrankung des Kindes, hatte, wurde ein Ersatzkontakt nur ausnahmsweise gewährt, wenn ansonsten aufgrund zu langer Abstände zwischen den Kontaktterminen die Gefahr einer Entfremdung zwischen Kind und Kontaktberechtigtem drohte.¹⁸⁶

Diese strenge Judikaturlinie wurde bereits von *Wallisch*¹⁸⁷ heftig kritisiert. Seiner Ansicht nach war diese Rsp mit dem Kindeswohl und dem Umstand, dass das Kontaktrecht seit dem KindRÄG 2001 *expressis verbis* (auch) ein Recht des Kindes ist, nicht vereinbar. Er forderte eine Differenzierung hinsichtlich der Gründe, weshalb die regulär festgesetzten Kontakttermine entfallen. Demzufolge sollten in jenen Fällen, in denen der Kontaktberechtigte die Kontakte ohne triftigen Grund entfallen lässt, Ersatztermine nicht eingeräumt werden. Wenn hingegen der Grund für den Ausfall des Kontakts nicht in seiner „Sphäre“ liegt, bspw weil das Kind krank war oder der betreuende Elternteil den Termin mutwillig vereitelt hat, sei die Einräumung von Ersatzkontakten nach *Wallisch* in Bezug auf das Kindeswohl geboten und solle nicht bloß ausnahmsweise, bei Vorliegen einer Entfremdungsgefahr, erfolgen.¹⁸⁸

Diese Rsp kann im Hinblick auf die neue Rechtslage ohnehin kaum fortgeschrieben werden. Denn eine solche restriktive Haltung wird dem Ziel des Gesetzgebers des KindNamRÄG 2013, durch die Novellierung des Kontaktrechts das Eltern-Kind-Verhältnis zu intensivieren,¹⁸⁹ nicht gerecht. Im Zuge einer Erkrankung des Kindes ausgefallene Kontakte nur ausnahmsweise einzuräumen, wenn ansonsten eine Entfremdung droht, trägt nicht gerade zur

¹⁸⁵ LGZ Wien 44 R 252/94 EFSlg 75.058; *Jausovec*, Besuchsrecht 152.

¹⁸⁶ OGH 2 Ob 184/12s EF-Z 2013/46 (*Beck*); LG Krems 2 R 49/07d EFSlg 116.835; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 20; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 9; *Fürst*, ÖA 1998, 97.

¹⁸⁷ *Wallisch*, ÖJZ 2002, 491.

¹⁸⁸ *Wallisch*, ÖJZ 2002, 491; zust *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 8.

¹⁸⁹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 6.

Aufrechterhaltung einer innigen Beziehung bei. Damit die vom Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 geforderte Intensität der persönlichen Kontakte sichergestellt werden kann, müssen Ersatztermine zukünftig häufiger in Erwägung gezogen werden.¹⁹⁰

2.6 Einschränkung und Untersagung des Rechts auf persönlichen Kontakt

Der Kontaktberechtigte kann grundsätzlich frei entscheiden, wie und wo er seine Kontaktzeit mit dem Kind verbringt. Er ist dabei idR nicht an bestimmte Personen oder Örtlichkeiten gebunden.¹⁹¹ Es können jedoch gewisse Umstände vorliegen, die eine Beschränkung der persönlichen Kontakte erfordern. Die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Kontaktrecht werden im Folgenden eingehend erläutert.

2.6.1 Allgemeines

Die Einschränkung und Untersagung des Kontaktrechts ist in Abs 2 des § 187 ABGB geregelt. Die Norm zählt zwei Einschränkungs- bzw Untersagungsgründe auf, nämlich den Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB und die Anwendung von Gewalt gegen das Kind bzw gegen eine wichtige Bezugsperson des Kindes (§ 187 Abs 2 ABGB). Diese Einschränkungs- bzw Entziehungsgründe sind lediglich demonstrativ genannt, sodass andere Verhaltensweisen gleichfalls zu einer Untersagung des Kontaktrechts führen können.¹⁹² In *Kap 2.6.4* werden mögliche weitere Beschränkungsgründe angeführt.

Eine wichtige Voraussetzung der Einschränkung und Untersagung des Kontaktrechts ist die Kindeswohlgefährdung. Die persönlichen Kontakte dürfen nur beschränkt werden, wenn durch die Kontaktausübung das Wohl des Kindes in körperlicher oder seelischer Hinsicht schwerwiegend gefährdet werden würde. Die Kindeswohlgefährdung muss zudem konkret vorliegen, eine bloß abstrakte Befürchtung ist nicht ausreichend.¹⁹³

¹⁹⁰ *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 186 f; *Beck*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 184/12s EF-Z 2013/46 (68).

¹⁹¹ RIS-Justiz RS0048369; LGZ Wien 48 R 356/06t EFSlg 116.831.

¹⁹² *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 90; *dies*, Scheidung¹¹ Rz 219; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 234; § 187 Abs 2 ABGB entspricht im Wesentlichen § 148 Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2001, außer dass „die Anwendung von Gewalt“ nunmehr neben dem Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel als zusätzlicher Einschränkungsgrund genannt ist: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29.

¹⁹³ OGH 3 Ob 19/11z EFSlg 130.538 = iFamZ 2011/21 (*Fucik*); *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 187; *Hopf in KBB*³ § 148 Rz 7; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 11.

In diesem Zusammenhang ist als Beispiel eine Entscheidung des OGH¹⁹⁴ aus dem Jahre 2011 anzuführen: Die obsorgeberechtigte Mutter war der Ansicht, dass das Biotop im Garten und die Treppe im Haus des Vaters eine Gefahrenquelle für das Kind darstellen. Daher verlangte sie eine Einschränkung des Kontaktrechts in der Form, dass dem Vater diverse Auflagen hinsichtlich der Örtlichkeit auferlegt werden sollten. Die Höchstrichter wiesen das Begehren der Mutter zurück und betonten, dass eine Beschränkung des Kontaktrechts nur möglich sei, wenn das Kindeswohl konkret gefährdet ist. Da der Vater jedoch entsprechende Schutzmaßnahmen getroffen hatte, dass das Kind das Biotop nicht selbstständig erreichen konnte, sei im vorliegenden Fall, laut OGH, eine konkrete Kindeswohlgefährdung gerade nicht anzunehmen. Abstrakte Befürchtungen der Mutter könnten eine Beschränkung des Kontaktrechts nicht rechtfertigen.¹⁹⁵

Die Rsp hat sowohl für die Einschränkung als auch für die Untersagung der persönlichen Kontakte somit die gleiche Eingriffsschwelle, nämlich die konkrete Kindeswohlgefährdung, entwickelt. Daher muss bei der Frage, ob das Kontaktrecht „nur“ einzuschränken oder doch gänzlich zu untersagen ist, immer auf den Einzelfall abgestellt werden und alle Umstände müssen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden.¹⁹⁶ Dabei gilt der Grundsatz, dass die gänzliche Untersagung des Kontaktrechts nur im Sinne einer ultima ratio angeordnet werden darf. Demnach müssen, sofern das Kindeswohl dadurch gewahrt bleibt, zuvor alle gelinderen Mittel ausgeschöpft werden. Gelindere Mittel sind neben der Besuchsbegleitung nunmehr die Bestellung des durch das KindNamRÄG 2013 eingeführten Besuchsmittlers oder die Anordnung einer Elternberatung oder einer Mediation gem § 107 Abs 3 AußStrG.¹⁹⁷ Damit eine Einschränkung des Kontaktrechts, etwa in Form einer Anordnung der Besuchsbegleitung, im Hinblick auf das Kindeswohl ausreichend ist, muss das Kindeswohl allerdings „graduell geringer“ gefährdet sein.¹⁹⁸

Des Weiteren gilt, dass eine Beschränkung oder Entziehung des Kontaktrechts immer nur vorläufig oder bis auf Weiteres angeordnet werden darf. Ein Ausschluss für immer, ohne auf

¹⁹⁴ OGH 1 Ob 179/11x JBl 2012, 116 = EF-Z 2012/69 (*Beck*) = iFamZ 2012/13 (*Thoma-Twaroch*).

¹⁹⁵ OGH 1 Ob 179/11x JBl 2012, 116 (116); *Beck*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 179/11x EF-Z 2012/69 (117).

¹⁹⁶ *Fürst*, ÖA 1998, 100; *Jausovec*, Besuchsrecht 162.

¹⁹⁷ LGZ Wien 43 R 326/11a EFSlg 130.553; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABBG⁴ I § 148 Rz 18; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 38; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 187; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209; Die Besuchsbegleitung, der Besuchsmittler und der Maßnahmenkatalog nach § 107 Abs 3 AußStrG werden in Kap 2.9 besprochen.

¹⁹⁸ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 17; *Fürst*, ÖA 1998, 100; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABBG⁴ I § 148 Rz 18.

sich ändernde Umstände Bedacht zu nehmen, ist unzulässig.¹⁹⁹ Ebenso sprach der EGMR unlängst im Zuge einer Beschwerde eines Vaters, der die Aussetzung seines Kontaktrechts bekämpfte, aus, dass eine Einschränkung bzw Entziehung des Kontaktrechts regelmäßig, dh jährlich, überprüft werden müsse.²⁰⁰

Abschließend ist noch festzuhalten, dass jedem Eingriff in das Kontaktrecht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit innewohnt. Demzufolge setzt jegliche Beschränkung des Kontaktrechts voraus, dass der Eingriff angemessen und erforderlich ist.²⁰¹

2.6.2 Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel

§ 187 Abs 2 ABGB nennt (demonstrativ) als etwaigen Einschränkungs- bzw Entziehungsgrund den Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB.²⁰²

Um eine Beschränkung des Kontaktrechts rechtfertigen zu können, muss die Verletzung der Pflichten aus § 159 ABGB schon eine gewisse Schwere erreichen.²⁰³ Denn wie schon erwähnt, setzt eine Einschränkung bzw Untersagung des Kontaktrechts stets eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls voraus.²⁰⁴

Eine derart schwerwiegende Verletzung der Wohlverhaltensklausel ist etwa dann anzunehmen, wenn der Kontaktberechtigte das Kind gegen den betreuenden Elternteil aufhetzt oder wenn er den betreuenden Elternteil gegenüber dem Kind als „grundlegend schlecht“ darstellt. Mit solchen Verhaltensweisen kann der kontaktberechtigte Elternteil das Kind in einen massiven Loyalitätskonflikt stürzen, sodass sich das Kind dann zwischen den Elternteilen hin- und hergerissen fühlt und psychisch sehr belastet wird.²⁰⁵

Ebenso wird massiv gegen die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB verstoßen, wenn sich der kontaktberechtigte Elternteil im Zuge der Kontaktausübung nicht bemüht, persönliche

¹⁹⁹ OGH 6 Ob 171/05y EFSIlg 110.814; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 17; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 833 mwN aus der Rsp.

²⁰⁰ EGMR E 17.05.2011, *Heidemann gegen Deutschland*, Nr 9732/10, www.egmr.org (27.01.2014).

²⁰¹ *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 18; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 38.

²⁰² Für nähere Ausführungen zur Wohlverhaltensklausel siehe Kap 2.4.

²⁰³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 57; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16 *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 188 f; *dies in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 90.

²⁰⁴ *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 28.

²⁰⁵ OGH 10 Ob 61/03y EFSIlg 107.744; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 90; *dies in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 188; *Haidenthaler*, Schwerpunkt der Kindschaftsrechts-Reform 2001, JBI 2001, 622 (625).

Konflikte mit dem betreuenden Elternteil hintanzuhalten und es daher immer wieder zu Auseinandersetzungen zwischen den Eltern kommt. Das ständige Miterleben von Konflikten zwischen den Eltern bedroht das Wohl des Kindes zweifelsohne enorm.²⁰⁶

2.6.3 Verstoß gegen das Gewaltverbot

Durch das KindNamRÄG 2013 wird im Gesetz die Gewaltanwendung gegen das Kind oder gegen eine Bezugsperson desselben als weiterer Beschränkungsgrund genannt (§ 187 Abs 2 ABGB). Damit nimmt der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 explizit auf das in § 138 Z 7 ABGB normierte Bedürfnis des Kindes, in einem gewaltfreien Umfeld aufzuwachsen, Bezug.²⁰⁷

Von dem Gewaltbegriff sind nicht nur physische, sondern auch psychische Gewaltakte, die mit einer körperlichen Aggression vergleichbar sind, umfasst.²⁰⁸ Der Gewaltbegriff darf aber nicht zu eng ausgelegt werden. Wie bereits mehrfach angeführt, rechtfertigt nur das Vorliegen einer erheblichen Kindeswohlgefährdung eine Einschränkung des Kontaktrechts. Daher muss in diesem Zusammenhang differenziert und stets auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden. Es kann nicht jeder kleine Vorfall, wie bspw ein „Klaps auf den Po“ oder eine Ohrfeige, einen Verstoß gegen das Gewaltverbot iSd § 187 Abs 2 ABGB nach sich ziehen. Natürlich ist jede Form von Gewalt unzulässig. Nichtsdestotrotz würde hier aber ein zu enges Verständnis von Gewalt Eltern kriminalisieren und außerdem über den Zweck des § 187 Abs 2 ABGB hinausgehen. In der Realität kann es schon vorkommen, dass einem überforderten Elternteil einmal „die Nerven durchgehen“. Würde man in solchen Fällen, insbesondere wenn es sich nur um einen einmaligen Vorfall mit minimalen Auswirkungen handelt, ohne jegliche Differenzierung das Kontaktrecht verbieten, könnte das Kindeswohl uU durch die Trennung vom Kontaktberechtigten sogar viel stärker beeinträchtigt werden.²⁰⁹ Wenn die Gewaltausübung hingegen den strafrechtlichen Tatbestand der leichten Körperverletzung gem

²⁰⁶ OGH 1 Ob 133/06z EFSIlg 113.725 = EF-Z 2006/44 (*Gitschthaler*); *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 90; *dies* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 188.

²⁰⁷ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209.

²⁰⁸ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209.

²⁰⁹ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 188 f; *zust Beck*, *Kindschaftsrecht*² Rz 831.

§ 83 StGB²¹⁰ erfüllt, so muss selbstverständlich jedenfalls nach § 187 Abs 2 ABGB vorgegangen werden.²¹¹

Gleichermaßen kann die Gewaltanwendung gegen eine wichtige Bezugsperson des Kindes zum Ausschluss des Kontaktrechts führen (§ 187 Abs 2 ABGB). Vor allem das Miterleben von Gewalt zwischen den Eltern kann bei dem Kind enorme psychische Belastungen auslösen.²¹² Daher muss, wenn der Kontaktberechtigte in der Vergangenheit gegen den betreuenden Elternteil Gewalt ausübte, vor der Regelung der Kontakte die Beziehung zwischen Kind und kontaktberechtigten Elternteil sowie die Auswirkungen etwaiger Kontakte auf das Kindeswohl eingehend überprüft werden.²¹³ In einem Fall des LGZ Wien²¹⁴ wurde zB einem Vater das Kontaktrecht entzogen, da er die Mutter vor den Augen der Kinder psychisch und physisch schwer misshandelte. Begründet wurde die Untersagung der Kontakte damit, dass es den Kindern nicht zumutbar sei, eine persönliche Beziehung zum Vater aufrechtzuerhalten. Denn wenn die Kinder den Vater immer wieder sehen müssten, wären sie stets mit den traumatischen Geschehnissen aus der Vergangenheit konfrontiert und könnten diese nie wirklich verarbeiten.

2.6.4 Gründe, die eine Einschränkung oder Untersagung *auch* rechtfertigen

Wie bereits zu Beginn angemerkt, sind die in § 187 Abs 2 ABGB aufgezählten Entziehungs- bzw Untersagungsgründe des Kontaktrechts nur beispielhaft. Die Rsp kennt daher eine Fülle an vergleichbaren Gründen, die zu einem Eingriff in das Kontaktrecht führen können.

Ein in der Praxis sehr bedeutsamer Umstand, der sogar eine Untersagung des Kontaktrechts rechtfertigen kann, ist die fortwährende Nichteinhaltung fixierter Kontakttermine durch den Kontaktberechtigten. Wenn er ohne erkennbaren Anlass zu regulär festgesetzten Terminen wiederholt nicht erscheint, gefährdet er dadurch das Kindeswohl massiv. Das Kind hat nämlich eine gewisse Erwartungshaltung und wird durch ein derartiges Verhalten ständig zutiefst enttäuscht.²¹⁵

²¹⁰ Unter den Tatbestand des § 83 StGB fallen „nicht ganz geringfügige Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit“, zB Prellungen, Blutergüsse, starkes Nasenbluten, Schwellungen: siehe *Burgstaller/Fabrizy* in *Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² § 83 Rz 6 und 8 (Stand April 2002, rdb.at).

²¹¹ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 189; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 90; zust *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 831.

²¹² *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 831.

²¹³ OGH 7 Ob 11/08f Zak 2008/679.

²¹⁴ LGZ Wien 45 R 578/99d EFSlg 89.725.

²¹⁵ LGZ Wien 45 R 170/97a EFSlg 83.966; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 189.

Als äußerst problematisch im Zusammenhang mit der Ausübung des Kontaktrechts kann sich eine Alkoholabhängigkeit des kontaktberechtigten Elternteils darstellen, wobei die Alkoholkrankheit per se allerdings noch nicht zu einer Entziehung des Kontaktrechts führt. Kommt es jedoch zu einer Gefahrensituation für das Kind, etwa weil der Kontaktberechtigte während dem Treffen unter übermäßigem Alkoholeinfluss steht, muss der Kontakt mit dem Kind eingeschränkt bzw sogar untersagt werden.²¹⁶ Wurde dem Kontaktberechtigten der Führerschein wegen alkoholisiertem Lenken abgenommen, kann das Kontaktrecht zB derart eingeschränkt werden, dass der Kontaktberechtigte mit dem Kind keine Fahrten mit einem von ihm gelenkten PKW unternehmen darf.²¹⁷

Gleichermaßen können andere psychische Erkrankungen des Kontaktberechtigten eine gravierende Gefahr für das Kindeswohl bedeuten und eine Untersagung der persönlichen Kontakte zur Folge haben.²¹⁸ In einem Fall des LGZ Wien²¹⁹ wurde bspw einem Vater das Kontraktrecht entzogen, weil er in Gegenwart seiner Kinder immer wieder von „Weltverschwörungstheorien“ sprach und diese dadurch sehr verängstigte. Der Umgang mit einem psychisch kranken Menschen kann einem Kind schlichtweg nicht aufgebürdet werden.

Demzufolge muss das Kontaktrecht auch eingeschränkt werden, wenn der Kontaktberechtigte suizidgefährdet oder ein äußerst gewaltbereiter Mensch ist.²²⁰

Des Weiteren ist das Kontaktrecht zu entziehen, wenn der Kontaktberechtigte das Kind in irgendeiner Form sexuell missbraucht hat.²²¹ Schwierig ist allerdings die Situation, wenn lediglich der Verdacht eines Kindesmissbrauchs besteht. In einer Entscheidung des OGH²²² sprachen die Höchstrichter aus, dass sofern sich der Verdacht eines Missbrauchs nicht verifizieren lässt, es im Ermessen des Gerichts liegen würde zu beurteilen, ob die „Verdachtsmomente“ einen Eingriff in das Kontaktrecht des Berechtigten rechtfertigen oder nicht. Der OGH verdeutlichte aber auch, dass sobald sich die „Verdachtsmomente“ derart verdichten, sodass diese als „erheblich wahrscheinlich“ einzustufen sind, das Kontaktrecht auf alle Fälle beschränkt werden müsse.²²³

²¹⁶ LGZ Wien 43 R 253/93 EFSlg 71.711; 44R 394/96h EFSlg 81.018.

²¹⁷ OGH 3 Ob 264/03z EFSlg 107.750.

²¹⁸ LGZ Wien 43 R 1066/83 EFSlg 43.256; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 43.

²¹⁹ LGZ Wien 43 R 246/02y EFSlg 100.248.

²²⁰ LGZ Wien 45 R 412/11p EFSlg 130.542.

²²¹ LG Feldkirch 1 R 101/02i EFSlg 100.247; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 18.

²²² OGH 1 Ob 207/10p EFSlg 126.748 = EF-Z 2011/36.

²²³ OGH 1 Ob 207/10p EFSlg 126.748 = EF-Z 2011/36; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16.

2.6.5 Gründe, die eine Einschränkung oder Untersagung *nicht* rechtfertigen

Seelische Irritationen des Kindes, die im Zuge der Kontaktausübung aufgrund bestehender Spannungen zwischen den Eltern hervorgerufen werden, rechtfertigen eine Beschränkung des Kontaktrechts idR nicht. Erst wenn die Irritationen das mit einer Trennung der Eltern verbundene „übliche Maß“ überschreiten, können Kontakte eingeschränkt werden.²²⁴

Ebenso führt die ablehnende Haltung eines unmündigen, unter vierzehnjährigen Kindes gegenüber dem Kontaktberechtigten nicht zur Versagung des Kontaktrechts.²²⁵ Wehrt sich das unmündige Kind jedoch vehement gegen die persönlichen Kontakte, werden die Kontakte im Hinblick auf das Kindeswohl dahingegen zu unterbinden sein.²²⁶

Eine Untersagung des Kontakts ist außerdem nicht gerechtfertigt, bloß weil der Kontaktberechtigte bisher an einer persönlichen Beziehung zu dem Kind nicht interessiert war²²⁷ oder das Kontaktrecht über einen geraumen Zeitraum nicht ausgeübt hat.²²⁸ Auch kann die Tatsache, dass der Kontaktberechtigte der Mutter die Abtreibung des Kindes nahe gelegt hatte, die Ausübung persönlicher Kontakte nicht verhindern.²²⁹

Wichtig ist im Übrigen, dass die Erfüllung der Unterhaltspflicht und das Recht auf persönlichen Kontakt unabhängig voneinander bestehen. Daher führt eine Verletzung der Unterhaltspflicht auch nicht zur Versagung des Kontaktrechts.²³⁰

2.7 Die Durchsetzung des Rechts auf persönlichen Kontakt

2.7.1 Allgemeines

Das Recht auf persönlichen Kontakt kann zwangsweise durchgesetzt werden. Rechtsgrundlage dafür bietet § 110 AußStrG.²³¹ Vollstreckbar sind allerdings nur gerichtliche Entscheidungen

²²⁴ OGH 4 Ob 109/05s EFSIlg 110.811; LGZ Wien 44 R 116/11a EFSIlg 130.543; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 7.

²²⁵ LGZ Wien 42 R 374/06w EFSIlg 113.761 (10 Jahre altes Kind); zum Ablehnungsrecht des mündigen Kindes (§ 108 AußStrG) siehe Kap 2.7.4.

²²⁶ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 217.

²²⁷ LGZ Wien 44 R 1097/95i EFSIlg 81.005.

²²⁸ LG Salzburg 21 R 11/02t EFSIlg 100.245.

²²⁹ LG Eisenstadt 20 R 159/95 EFSIlg 78.055.

²³⁰ LG Innsbruck 54 R 14/11x EFSIlg 130.552.

²³¹ *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 71; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 110 Rz 1.

und Vereinbarungen, die vor Gericht geschlossen wurden (§ 110 Abs 1 AußStrG). Wie schon in *Kap 2.3.1* ausgeführt, sah die Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 demgegenüber noch vor, dass vor Gericht vereinbarte Kontaktregelungen (zusätzlich) pflegschaftsgerichtlich genehmigt werden müssen, um vollstreckt werden zu können.²³² Diese pflegschaftsgerichtliche Genehmigung ist mit dem KindNamRÄG 2013 entfallen und vor Gericht geschlossene Vereinbarungen sind somit sofort vollstreckbar. Außergerichtliche Vereinbarungen sind hingegen (weiterhin) nicht zwangsweise durchsetzbar.²³³

In weiterer Folge wird geklärt, gegen wen das Kontaktrecht durchgesetzt werden kann. Gleich vorweg ist festzuhalten, dass eine Kontaktregelung gegen Dritte idR nicht durchsetzbar ist.²³⁴ Der OGH war jüngst mit folgendem Sachverhalt konfrontiert: Die obsorgeberechtigte Mutter gab dem Betreiber des Schülerhortes Anweisungen, welche den Modalitäten der Kontaktrechtsentscheidung widersprachen. Obwohl im Beschluss ein Kontaktrecht des Vaters jeden zweiten Freitag ab 12 Uhr vorgesehen war, vereinbarte die Mutter mit der Hortleitung, dass der Vater das Kind nur vom Hort abholen dürfe, wenn dies zuvor von ihr bekanntgegeben werde und selbst dann erst ab 13 Uhr. Folglich ging der Vater gegen den Leiter des Hortes vor und wollte den Beschluss gegenüber diesem durchsetzen.²³⁵ Die Höchstrichter sprachen jedoch aus, dass Dritte das Kontaktrecht zwar zu respektieren hätten und nicht willkürlich eingreifen dürften, aber dass ein Beschluss gegen dritte, am Verfahren nicht beteiligte Personen, nicht durchsetzbar sei. Der Hortbetreiber könne nicht dazu verpflichtet werden, die Übereinstimmung der Anordnungen des obsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kontaktrechtsbeschluss zu überprüfen. Der Vater müsse sich in einer solchen Situation vielmehr an die Mutter wenden.²³⁶

2.7.2 Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den kontaktberechtigten Elternteil

Bis zum Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 konnten persönliche Kontakte gegen den Willen des kontaktberechtigten Elternteils weder geregelt noch durchgesetzt werden. § 108 AußStrG idF KindRÄG 2001 gewährte dem Kontaktberechtigten nämlich das Recht, die

²³² OGH 2 Ob 133/07h iFamZ 2007/147 (*Thoma-Twaroch*); 6 Ob 101/10m EvBl 2011/1 = EF-Z 2011/108 (*Beck*).

²³³ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 234 f; *Nademeinsky* in *Gitschthaler* 251 f; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 220.

²³⁴ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 14; *Kerschner*, Familienrecht⁵ Rz 3/58; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 30.

²³⁵ OGH 5 Ob 21/13v EF-Z 2013, 211 (211 f).

²³⁶ OGH 5 Ob 21/13v EF-Z 2013, 212 f.

Kontaktausübung abzulehnen. Blieben Belehrungen des Gerichts über die Rechtslage und die Bedeutung des Kontaktrechts für das Kindeswohl sowie der Versuch einer gütlichen Einigung ohne Erfolg, waren Anträge des Kindes bzw des betreuenden Elternteils auf Regelung der Kontakte ohne inhaltliche Prüfung abzuweisen und von der Fortsetzung der Durchsetzung abzusehen (§ 108 AußStrG idF KindRÄG 2001).²³⁷ Weigerte sich der Kontaktberechtigte also kategorisch, Kontakte zu dem Kind wahrzunehmen, war das Gericht machtlos.

Ebenso vertrat die bisherige Rsp den Standpunkt, dass das Kontaktrecht gegen den unwilligen Elternteil nicht durchgesetzt werden sollte. So wurde in der bereits erwähnten „Udo-Jürgens-Entscheidung“²³⁸ zwar erstmals ein Recht des Kindes auf persönlichen Kontakt und eine damit korrespondierende Pflicht des Elternteils anerkannt, ein durchsetzbarer Anspruch des Kindes aber abgelehnt. In den Entscheidungsgründen verwies der OGH im Wesentlichen auf die Meinung *Ferraris*²³⁹, die davon ausging, dass zwangsweise durchgesetzte Kontakte gegen den Willen des Kontaktberechtigten eine Gefährdung für das Kindeswohl darstellen würden.²⁴⁰

Auch in einer Entscheidung des OGH²⁴¹ aus dem Jahre 2009 wurde diese Haltung bestätigt. Ein minderjähriges Mädchen hatte den innigen Wunsch, ihren Vater kennenzulernen und stellte den Antrag, diesen zu einem regelmäßigen, in eventu nur zu einem einmaligen Besuchskontakt zu verpflichten. Der OGH wies den Antrag des Kindes gem § 108 AußStrG idF KindRÄG 2001 ab und betonte abermals, dass Kontakte gegen den Willen des Kontaktberechtigten nicht durchsetzbar seien.²⁴² In diesem Fall stützten sich die Höchststrichter ebenfalls auf den Standpunkt, dass der Umgang mit einem ablehnenden Elternteil für das Kind zu schmerzhaft sei und sein Wohl gefährde.²⁴³

Diese Rsp stieß jedoch auch auf Kritik. So war *Beck*²⁴⁴ der Ansicht, dass durch die generelle Wertung des Gesetzgebers und der Rsp, die Vollstreckung gegen den unwilligen Elternteil gefährde das Kindeswohl, der Rechtsanspruch des Kindes zu einer „bloß programmatischen Norm“ degradiert werden würde. Sie forderte daher eine Prüfung des Einzelfalls. Denn vor allem in jenen Fällen, in denen sich das Kind gar keine innige Beziehung zu dem

²³⁷ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 33 und 38; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 46 und 47; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 10 *Deixler-Hübner*, Die neuen familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 115 (126).

²³⁸ OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 168 (*Klein*).

²³⁹ *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* in *Harrer/Zitta* 751.

²⁴⁰ OGH 6 Ob 2398/96g ÖA 1997, 169 (*Klein*).

²⁴¹ OGH 7 Ob 8/09s JBl 2009, 571 = EF-Z 2009, 143 (*Beck*) = iFamZ 2009/150 (*Thoma-Twaroch*).

²⁴² OGH 7 Ob 8/09s JBl 2009, 571 (571 ff).

²⁴³ *Beck*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 8/09s EF-Z 2009, 143 (145).

²⁴⁴ *Beck*, Kinder brauchen beide Eltern-Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010, 220 (225).

Kontaktberechtigten erwartet, sondern diesen nur einmal kennenlernen möchte, sei, *Beck* zufolge, eine Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den Willen dem Wohl des Kindes eher dienlich als dass es das Kindeswohl gefährden würde.

Mit dem KindNamRÄG 2013 geht nun in diesem Bereich ein echter Paradigmenwechsel einher: Nach § 110 Abs 2 S 3 AußStrG können Kontaktregelungen jetzt gegen den Willen des kontaktberechtigten Elternteils durchgesetzt werden. Dementsprechend wurde § 108 AußStrG idF KindRÄG 2001 ebenfalls geändert. Im neugefassten § 108 AußStrG ist das Ablehnungsrecht des Kontaktberechtigten nicht mehr enthalten.²⁴⁵

Doch ist diese neue Regelung, insbesondere in Bezug auf das Kindeswohl, überhaupt zweckmäßig? Gerade aus dem Blickwinkel der bisherigen Wertung des Gesetzgebers erscheint dies fraglich. *Deixler-Hübner*²⁴⁶ begrüßt die neue Bestimmung. Sie ist der Ansicht, dass es „recht und billig“ sei, dem Kontaktrecht des getrennt lebenden Elternteils eine durchsetzbare Pflicht gegenüberzustellen. Vor allem sei es nur fair, dass der Kontaktberechtigte mit Zwangsmitteln rechnen muss, wenn er die in der Vereinbarung festgesetzten Kontakttermine nicht einhält, zumal er dadurch das Kind immer wieder zutiefst enttäuscht. Außerdem könne die Möglichkeit der zwangsweisen Vollstreckung dem Kontaktberechtigten verdeutlichen, wie wichtig persönliche Kontakte für das Kindeswohl sind.

*Fucik*²⁴⁷ unterscheidet zwischen zwei Verhaltensweisen des Kontaktberechtigten: Ist er nachlässig und sagt immer wieder grundlos Termine ab, so sei die zwangsweise Vollstreckung nach § 110 Abs 2 AußStrG ein passendes Mittel, um einem solchen Verhalten Einhalt zu gebieten. Lehnt der Kontaktberechtigte hingegen den Kontakt gänzlich ab, so nimmt *Fucik* an, dass ein „erzwungener“ Kontakt nicht zweckmäßig sei, da ein Umgang unter solchen Umständen nicht liebevoll sein könne und somit nur schwer dem Kindeswohl entspreche.

Ich teile den Standpunkt *Deixler-Hübners*, dass es gerecht ist, jene Kontaktberechtigte, die die Kontaktregelung immer wieder missachten, mittels Zwangsmaßnahmen zur ordnungsgemäßen Einhaltung der Kontaktregelung anzuhalten. Nichtsdestotrotz bin ich einerseits, ebenso wie *Fucik* skeptisch, ob es wirklich dem eigentlichen Zweck des Kontaktrechts gerecht werden kann, einen Elternteil, der eine Beziehung zu dem Kind ausdrücklich ablehnt, zur Ausübung

²⁴⁵ EräutRV 2004 BlgNR 24. GP 41; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 194; *dies*, *Scheidung*¹¹ Rz 220; *Nadernleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 34; *Barth/Pesendorfer*, iFamZ 2013, 26; *Beclin*, iFamZ 2013, 10 f; *Beck*, iFamZ 2013, 39.

²⁴⁶ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 194 f; *dies*, *Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013*, Zak 2013, 9 (12 f).

²⁴⁷ *Fucik*, *Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013*, ÖJZ 2013, 297 (308).

des Kontaktrechts „zu zwingen“. Andererseits finde ich wiederum *Becks* Argument durchaus treffend. Möchte das Kind den Kontaktberechtigten nur einmal kennenlernen und erhofft es sich gar keine liebevolle Beziehung zu ihm, wird es durchaus dem Kindeswohl entsprechen, ihn zu einem Treffen zu verpflichten. Meiner Ansicht nach lässt sich somit die Frage, ob die zwangsweise Durchsetzung bei Weigerung des Kontaktberechtigten im Hinblick auf das Kindeswohl sinnvoll ist, nur unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände beantworten.

In bestimmten Situationen hat das Gericht dennoch, wie bisher, eine Durchsetzung der Kontakte gegen den Willen des kontaktberechtigten Elternteils abzulehnen. Lässt dieser seine abweisende Haltung das Kind massiv spüren und gefährdet dadurch das Wohl des Kindes, muss das Gericht von der Vollstreckung der persönlichen Kontakte gem § 110 Abs 3 AußStrG Abstand nehmen.²⁴⁸ Die Wahrung des Kindeswohls ist auch im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Kontaktrechts oberste Maxime (§ 110 Abs 3 AußStrG).²⁴⁹

Der Kontaktberechtigte hat zudem mit gewissen Sanktionen zu rechnen, wenn er sich weigert, persönliche Kontakte auszuüben. Diese Rechtsfolgen werden in *Kap 2.8.1* dargelegt.

2.7.3 Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den betreuenden Elternteil

Die Kontaktregelung ist ebenso gegen den Willen des betreuenden Elternteils durchsetzbar. Gegenstand der Vollstreckung sind die Unterstützungs- und Mitwirkungspflichten, die dieser im Rahmen der Wohlverhaltensklausel (§ 159 ABGB) zu erfüllen hat.²⁵⁰

Typischerweise wird eine Kontaktregelung dann zwangsweise durchgesetzt werden, wenn der betreuende Elternteil die Beziehung des Kindes zum Kontaktberechtigten vereitelt, indem er bspw das Kind negativ beeinflusst oder es gegen den anderen Elternteil aufhetzt.²⁵¹ Des Weiteren werden Zwangsmaßnahmen zu verhängen sein, wenn der betreuende Elternteil nicht versucht, einer ablehnenden Haltung des Kindes entgegenzuwirken. Er muss nämlich bestmöglich dafür sorgen, dass das Kind festgesetzte Kontakttermine einhält. Wie bereits in

²⁴⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 36; *Deixler-Hübner*, Zak 2013, 13; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 235; *Barth/Pesendorfer*, iFamZ 2013, 25; *Fucik*, ÖJZ 2013, 306.

²⁴⁹ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 195; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 33.

²⁵⁰ OGH 1 Ob 259/05b EFSlg 116.076; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 25; *Jausovec*, Besuchsrecht 232; *Fucik*, ÖJZ 2013, 308.

²⁵¹ LG Eisenstadt 20 R 84/02f EFSlg 100.257; *Jausovec*, Besuchsrecht 232 f.

Kap 2.4 angesprochen, genügt in einer solchen Situation eine „neutrale Haltung“ nicht.²⁵² Eine zwangsweise Durchsetzung der Kontaktregelung ist überdies vorstellbar, wenn sich der betreuende Elternteil weigert, das Kind dem Kontaktberechtigten zu übergeben oder festgesetzte Termine grundlos ausfallen lässt.²⁵³

Es muss an dieser Stelle ebenfalls die Frage aufgeworfen werden, ob die zwangsweise Durchsetzung in solchen Fällen wirklich zweckmäßig ist oder ob sich diese nicht zusätzlich nachteilig auf das Kindeswohl auswirkt.²⁵⁴ Denn in vielen Fällen wird eine zwangsweise Vollstreckung kaum zu einem Umdenken des betreuenden Elternteils führen, sondern seine negative Haltung gegenüber dem Kontaktberechtigten eher schüren. Leidtragender dieser zusätzlichen Konflikte ist letzten Endes erst das Kind. Ob die Durchsetzung des Kontaktrechts mit dem Kindeswohl vereinbar ist, muss also auch hier anhand des Einzelfalls und den jeweiligen Umständen beurteilt werden. Die Vollstreckung des Kontaktrechts ist ein sehr sensibles Thema, welches die Rechtsordnung vor schwierige Herausforderungen stellt.²⁵⁵

Die Vereitelung des Kontaktrechts durch den betreuenden Elternteil kann im Übrigen andere rechtliche Konsequenzen auslösen. Diese Sanktionen werden in *Kap 2.8.2* besprochen.

2.7.4 Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen das Kind

Die Durchsetzung des Kontaktrechts gegen den ausdrücklichen Willen des mündigen, über vierzehnjährigen Minderjährigen ist nicht möglich. In diesem Zusammenhang ist nämlich § 108 AußStrG einschlägig, welcher dem über Vierzehnjährigen nach wie vor das Recht einräumt, die Kontaktausübung zu verweigern. Lehnt dieser persönliche Kontakte zu dem Kontaktberechtigten ausdrücklich ab, kann das Kontaktrecht somit nicht zwangsweise vollstreckt werden.²⁵⁶

²⁵² Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 25.

²⁵³ LGZ Wien 43 R 674/07x EFSIlg 122.318; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 38; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 220.

²⁵⁴ *Jausovec*, Besuchsrecht 233.

²⁵⁵ *Huber*, Scheidung: Besuchsrecht schwer durchsetzbar und teuer http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/481728/Scheidung_Besuchsrecht-schwer-durchsetzbar-und-teuer (Stand 27.01.2014); *Jausovec*, Besuchsrecht 233; *Fucik*, ÖJZ 2013, 308.

²⁵⁶ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 76; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 14; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 108 Rz 1; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 29 und 34; *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 81 f; *Barth/Pesendorfer* iFamZ 2013, 25.

Der unmündige, unter vierzehnjährige Minderjährige kann persönliche Kontakte nicht ablehnen, dh er kann sehr wohl zur Ausübung der Kontakte „gezwungen“ werden (§ 108 AußStrG e contrario). Die Mündigkeit ist jedoch nicht als „fixe Grenze“ zu sehen, sodass in Einzelfällen und bei Vorliegen entsprechender Einsichts- bzw Urteilsfähigkeit des Kindes seinem ablehnenden Wille Folge zu leisten ist.²⁵⁷ Die in § 108 AußStrG normierte Altersgrenze kann dabei allerdings nicht um mehr als zwei Jahre herabgesetzt werden, weshalb die Ablehnung eines unter Zwölfjährigen für sich allein nicht ausschlaggebend ist.²⁵⁸ Würde die zwangsweise Vollstreckung des Kontaktrechts aber das Wohl des Kindes gefährden, so hat das Gericht von der Durchsetzung jedenfalls abzusehen (§ 110 Abs 3 AußStrG).²⁵⁹

Weigert sich der über vierzehnjährige Minderjährige Kontakte auszuüben, hat das Gericht, bevor es Anträge auf Kontaktregelung ohne inhaltliche Prüfung abweisen bzw von der Fortsetzung der Vollstreckung Abstand nehmen kann, ein gewisses Prozedere einzuhalten: Es muss den Minderjährigen über die Rechtslage belehren, ihm verdeutlichen, dass die Ausübung persönlicher Kontakte grundsätzlich seinem Wohl entspricht und versuchen, eine gütliche Einigung zwischen den Beteiligten zu erwirken (§ 108 AußStrG). Zusätzlich muss das Gericht überprüfen, ob die Ablehnung des Minderjährigen wirklich auf seine eigene, unbeeinflusste Meinung zurückzuführen ist.²⁶⁰ Der Minderjährige muss seine ablehnende Haltung hingegen nicht begründen.²⁶¹

Zu beachten ist noch, dass eine grundlose Ablehnung des Kontaktrechts für den mündigen Minderjährigen allerdings gewisse, in *Kap 2.8.3* dargestellte rechtliche Folgen zeitigt.

2.7.5 Die Zwangsmittel

Die zwangsweise Durchsetzung gerichtlicher Kontaktrechtsbeschlüsse und gerichtlicher Vereinbarungen erfolgt gem § 110 Abs 2 AußStrG nicht nach der EO, sondern durch angemessene Zwangsmittel iSd § 79 Abs 2 AußStrG, die das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen anordnet. Wichtig ist, dass das Gericht bei der Vollstreckung einer Kontaktregelung, im

²⁵⁷ LGZ Wien 45 R 191/08h EFSIlg 122.307; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 108 Rz 3; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband §148 Rz 3.

²⁵⁸ LGZ Wien 44 R 229/10t EFSIlg 129.527.

²⁵⁹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 187 Rz 14; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 195; *Pesendorfer*, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 64 (64).

²⁶⁰ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 187 Rz 13; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 3a.

²⁶¹ LG Salzburg 21 R 322/08m EFSIlg 122.304.

Unterschied zur Durchsetzung von Obsorgeentscheidungen, keinen unmittelbaren körperlichen Zwang (zB eine Kindesabnahme) anwenden darf.²⁶² Das Gericht kann die Zwangsmittel ansonsten frei auswählen. Es hat dabei die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen und jene Maßnahme zu verfügen, die in Anbetracht der Umstände am erfolgversprechendsten zu sein scheint.²⁶³ Das Gericht ist im Übrigen nicht verpflichtet, die Verhängung der Zwangsmaßnahmen zuvor anzudrohen.²⁶⁴ Zweck der Zwangsmaßnahmen ist nun, die Beteiligten zur künftigen Einhaltung der Kontaktregelung zu bewegen. Sie dienen nicht als Bestrafung. Daher sind Zwangsmittel nicht zu verhängen, wenn das Kontaktrecht zukünftig nicht mehr ausgeübt wird, etwa weil das mündige Kind die Kontakte gem § 108 AußStrG ablehnt.²⁶⁵

Angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs 2 AußStrG sind in praxi vor allem die Geldstrafe und uU die Beugehaft. Die Höhe der jeweiligen Summe der Geldstrafe bestimmt sich nach § 359 EO, wonach eine einzelne Geldstrafe 100.000 Euro nicht übersteigen darf (§ 79 Abs 2 Z 1 AußStrG). Wurde zum ersten Mal gegen die Kontaktregelung verstoßen, so kann die Höhe der Geldstrafe im Sinne eines Richtwertes ein Drittel des Monatseinkommens betragen.²⁶⁶ Die Beugehaft als Zwangsmittel iSd § 79 Abs 2 AußStrG kommt lediglich in Ausnahmefällen in Betracht, etwa wenn die Verhängung der Geldstrafe erfolglos war und weiter gegen die Kontaktregelung verstoßen wurde oder wenn kein Vermögen vorhanden ist, in welches vollstreckt werden könnte. Die Beugehaft darf zudem nur bis zu einer Gesamtdauer von einem Jahr angeordnet werden (§ 79 Abs 2 Z 2 AußStrG).²⁶⁷ Als weitere etwaige Zwangsmittel werden in den Z 3 bis 5 des § 79 Abs 2 AußStrG noch die zwangsweise Vorführung, die Abnahme von Urkunden, Auskunftssachen und anderen beweglichen Sachen und die Bestellung von Kuratoren genannt.

Die Aufzählung der Zwangsmittel nach § 79 Abs 2 AußStrG ist lediglich demonstrativ, weshalb andere, gelindere Zwangsmaßnahmen ebenfalls in Frage kommen können.²⁶⁸ Der Verweis ist

²⁶² ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 77; *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 110 Rz 1 und 2; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 14.

²⁶³ LGZ Wien 42 R 165/02d EFSIlg 102.948; *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 110 Rz 2; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 65; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 72.

²⁶⁴ OGH 6 Ob 15/11s EFSIlg 133.270; LGZ Wien 48 R 263/05i EFSIlg 113.014.

²⁶⁵ OGH 9 Ob 98/03g EFSIlg 106.705; LGZ Wien 48 R 278/08z EFSIlg 122.321; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 15; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 35.

²⁶⁶ LG Eisenstadt 20 R 84/02f EFSIlg 100.257; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 65; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 220.

²⁶⁷ LGZ Wien 45 R 197/06p EFSIlg 116.075; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 65; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 163; aA *Beck in EF-Z* 2010, 226, die die Beugehaft als angemessenes Zwangsmittel ablehnt.

²⁶⁸ LG Salzburg 21 R 137/07d EFSIlg 118.914; *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 110 Rz 2; vgl dazu ausführlich *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 69 f.

das gelindeste in Betracht kommende Zwangsmittel, welcher vom Gericht dazu genutzt werden kann, dem Elternteil die weiteren möglichen Konsequenzen der Kontaktverweigerung näher zu bringen.²⁶⁹ Gleichfalls kann die Einbindung der Besuchsbegleitung ein angemessenes Mittel sein, um die Durchsetzung der Kontakte sicherzustellen.²⁷⁰ Nach neuer Rechtslage ist außerdem der Einsatz eines Besuchsmittlers, der als Unterstützungsinstrument im Vollstreckungsverfahren fungiert, möglich. Des Weiteren kann auch die Anordnung einer Erziehungsberatung oder Mediation nach § 107 Abs 3 AußStrG die Beteiligten dazu bewegen, die Kontaktrechtsvereinbarung einzuhalten.²⁷¹

2.8 Sanktionen bei Verletzung des Rechts auf persönlichen Kontakt

Das Kontaktrecht wird („direkt“) verletzt, wenn einer der Beteiligten, also die Eltern oder das Kind, gegen eine bestehende Kontaktregelung verstößt oder wenn das Kind bzw der kontaktberechtigte Elternteil einem Antrag auf Regelung des Kontakts bzw der zwangsweisen Durchsetzung desselben nicht entsprechen. Darüber hinaus stellt ein Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB eine („indirekte“) Verletzung des Kontaktrechts dar. Wird das Kontaktrecht („direkt“ oder „indirekt“) von einem der Beteiligten verletzt, gehen damit bestimmte Rechtsfolgen einher.²⁷² Diese werden in diesem Kapitel näher erörtert.

2.8.1 Verletzung des Kontaktrechts durch den kontaktberechtigten Elternteil

2.8.1.1 Erbrechtliche Sanktionen

Nach § 773a Abs 1 ABGB steht es dem Erblasser zu, den Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten auf die Hälfte zu kürzen, sofern diese beiden Personen niemals in einem Naheverhältnis zueinander gestanden sind. Der durch das KindRÄG 2001 eingeführte Abs 3 des § 773a ABGB bestimmt allerdings, dass das Recht auf Pflichtteilsminderung mangels bestehendem Naheverhältnis nicht mehr zusteht, wenn der kontaktberechtigte Elternteil den persönlichen

²⁶⁹ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 77; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 70.

²⁷⁰ *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 71.

²⁷¹ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 252; *Fucik*, ÖJZ 2013, 308.

²⁷² *Jausovec*, Besuchsrecht 78 f.

Kontakt zu dem Kind grundlos ablehnt.²⁷³ Der Hintergedanke dieser Regelung ist, dass die unbegründete Ablehnung des Kontaktberechtigten nicht noch dadurch „belohnt“ werden soll, dass er das Kind mit dem Entzug seines Pflichtteils „bestraft“. Zusätzlich soll § 773a Abs 3 ABGB dem kontaktberechtigten Elternteil einen Anreiz bieten, die Nichtausübung des Kontaktrechts aus reinem Desinteresse zu überdenken.²⁷⁴ Das Recht auf Pflichtteilkürzung bleibt dahingegen aufrecht, sofern beide Teile, also sowohl der Elternteil als auch das Kind, nicht an der Wahrnehmung persönlicher Kontakte interessiert sind.²⁷⁵

Bestand zu irgendeiner Zeit ein Nahverhältnis zwischen den Personen und verweigert der Kontaktberechtigte erst zu einem späteren Zeitpunkt die Kontaktausübung, kommt § 773a Abs 3 ABGB nicht mehr zum Tragen.²⁷⁶ Nach *Jausovec*²⁷⁷ kann in einem solchen Fall allerdings uU die erbrechtliche Konsequenz der Erbu unwürdigkeit nach § 540 Fall 2 ABGB verwirklicht werden. Demnach ist jemand des Erbrechts unwürdig, der seine aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kinder resultierenden Rechte und Pflichten gegenüber dem Erblasser gröblich vernachlässigt. *Jausovec* zufolge ist die Kontaktpflicht (§§ 186, 187 ABGB) eine derartige, sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebende Pflicht. Diese werde ihrer Meinung nach jedenfalls dann gröblich vernachlässigt, wenn der Kontaktberechtigte den Kontakt zu dem Kind ungerechtfertigt ablehnt, obwohl es bspw schwer erkrankt ist oder seine Bezugsperson verloren hat. Unter solchen Umständen soll der Kontaktberechtigte nicht mehr als Erbe des Kindes in Frage kommen .

Solche Verhaltensweisen können laut *Jausovec*²⁷⁸ außerdem eine Enterbung des kontaktberechtigten Elternteils rechtfertigen. Denn wenn er durch sein Verhalten das Kind im Notstand hilflos gelassen hat, ist der Enterbungsgrund des § 768 Z 2 ABGB verwirklicht. Das Kind als Erblasser kann den kontaktberechtigten Elternteil unter solchen Umständen somit gem § 768 Z 2 iVm § 769 ABGB enterben.

²⁷³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 34 und 82; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 15; *Deixler-Hübner* in *Ferrari/Hopf* 126; *dies*, *Scheidung*¹¹ Rz 220; *Ferrari/Pfeiler*, Die österreichische Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 2002, 1079 (1084); *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494.

²⁷⁴ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 82; *Haidenthaller*, JBl 2001, 626.

²⁷⁵ *Deixler-Hübner* in *Ferrari/Hopf* 127.

²⁷⁶ *Jausovec*, Besuchsrecht 82.

²⁷⁷ *Jausovec*, Besuchsrecht 82.

²⁷⁸ *Jausovec*, Besuchsrecht 82 f.

2.8.1.2 Informationsrechtliche Sanktionen

§ 189 Abs 1 Z 1 ABGB²⁷⁹ legt fest, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil gegenüber dem mit der Obsorge betrauten Elternteil das Recht hat, von wichtigen Angelegenheiten²⁸⁰ des Kindes rechtzeitig verständigt zu werden und sich in angemessener Frist dazu zu äußern. Als „wichtige Angelegenheiten“ werden im Gesetzestext explizit die Vornahme jener Maßnahmen, die bei gemeinsamer Obsorge die Zustimmung beider Elternteile erfordert (§ 167 Abs 2 und 3 ABGB)²⁸¹, genannt.²⁸²

Der Begriff der „wichtigen Angelegenheiten“ erfuhr durch das KindRÄG 2001 eine Ausdehnung. Der nicht Obsorgeberechtigte musste zuvor nur von „außergewöhnlichen Umständen“, wie etwa einer schweren, lebensbedrohlichen Erkrankung, Alkohol- oder Drogenmissbrauch, Straffälligkeit oder Schulversagen, in Kenntnis gesetzt werden. Darüber hinaus umfasst das Informationsrecht seit dem KindNamRÄG 2001 auch andere wichtige Angelegenheiten, wie zB eine nicht gänzlich harmlose Krankheit des Kindes, einen Schulwechsel, den Schulerfolg im Allgemeinen oder Sprachferien im Ausland.²⁸³

Das Äußerungsrecht des Kontaktberechtigten im Zusammenhang mit diesen Angelegenheiten ist nicht als allgemeines Zustimmungsrecht zu verstehen. Sollte jedoch der in seiner Äußerung ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes eher entsprechen, muss die Meinung des Kontaktberechtigten jedenfalls berücksichtigt werden (§ 189 Abs 1 letzter S ABGB).²⁸⁴

Verweigert nun der nicht Obsorgeberechtigte den Kontakt zu dem Kind grundlos, so entfallen die Informations- und Äußerungsrechte gem § 189 Abs 2 letzter S ABGB ex lege. Damit soll die unbegründete Nichtausübung des Kontaktrechts aus reinem Desinteresse des Elternteils sanktioniert werden.²⁸⁵ Es können aber natürlich Umstände bestehen, die die Nichtausübung

²⁷⁹ Nach bisheriger Rechtslage: § 178 ABGB idF KindRÄG 2001.

²⁸⁰ *Deixler-Hübner* kritisiert, dass es im Zuge des KindNamRÄG 2013 gegenüber § 178 ABGB idF KindRÄG 2001 zu keiner Ausdehnung des Informationsrechts auf „minderwichtige Angelegenheiten“ bzw „wichtige Alltagsangelegenheiten“ kam, zumal das Kontaktrecht intensiviert wurde und eine Einbindung des getrennt lebenden Elternteils in den Alltag des Kindes vorgesehen ist: siehe *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 4; krit auch *Beclin*, iFamZ 2013, 11.

²⁸¹ Unter solche Angelegenheiten fallen bspw die vorzeitige Auflösung eines Lehr-, Ausbildungs- oder Dienstvertrags, der Eintritt in eine Kirche (§ 167 Abs 2 ABGB) oder Vermögensangelegenheiten, wie etwa der die Veräußerung oder Belastung von Liegenschaften (§ 167 Abs 3 ABGB).

²⁸² *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 4; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 236; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211; *Beclin*, iFamZ 2013, 11.

²⁸³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 68; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 189 Rz 4; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ I § 178 Rz 6; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494; *Ferrari/Pfeiler*, FamRZ 2002, 1084; *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 83 f.

²⁸⁴ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ I § 178 Rz 16.

²⁸⁵ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 11; *dies* in *Ferrari/Hopf* 127; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 11; *Haidenthaller*, JBl 2001, 629; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 67.

des Kontaktrechts rechtfertigen, zB eine große räumliche Entfernungen zwischen den Wohnorten, eine Verhinderung des nicht Obsorgeberechtigten wegen Krankheit oder eine Weigerung des Kindes, persönliche Kontakte auszuüben. In solchen Fällen bleiben die Rechte nach § 189 Abs 1 Z 1 ABGB bestehen.²⁸⁶

Abschließend muss noch die Frage aufgeworfen werden, wie sinnvoll die Sanktion des Verlusts der Informations- und Äußerungsrechte für einen Elternteil, der sowieso kein Interesse an dem Kind zeigt, ist. Kann eine derartige Sanktion den desinteressierten Elternteil in irgendeiner Weise tangieren und ihn zum Umdenken bewegen? In den meisten Fällen wird dies zu bezweifeln sein.²⁸⁷

2.8.1.3 Kontaktrechtliche Sanktionen

Das Kontaktrecht wird („indirekt“) verletzt, wenn der Kontaktberechtigte gravierend gegen die Wohlverhaltensklausel (§ 159 ABGB) verstößt. Wie schon in *Kap 2.6.2* besprochen, kann ein erheblicher Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel gem § 187 Abs 2 ABGB mit einer Einschränkung oder gar mit einer gänzlichen Untersagung des Rechts auf persönlichen Kontakt einhergehen.²⁸⁸

2.8.1.4 Unterhaltsrechtliche Sanktionen

Im Gesetz findet sich keine Bestimmung, die explizit unterhaltsrechtliche Konsequenzen für den kontaktberechtigten Elternteil vorschreibt, sollte er durch die grundlose Weigerung, Kontakte auszuüben, das Kontaktrecht verletzen. *Jausovec*²⁸⁹ sieht jedoch im Erbrecht, und zwar in der analogen Anwendung des § 540 Fall 2 iVm § 795 ABGB, eine Grundlage für etwaige unterhaltsrechtliche Rechtsfolgen. Stellt eine Verletzung des Kontaktrechts durch den Kontaktberechtigten eine gröbliche Vernachlässigung iSd § 540 Fall 2 ABGB dar, so soll dem kontaktberechtigten Elternteil, wenn er unterhaltsbedürftig wird und auf das Kind als

²⁸⁶ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 11; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 178 Rz 11.

²⁸⁷ *Jausovec*, Besuchsrecht 87.

²⁸⁸ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 16; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 234; *Jausovec*, Besuchsrecht 87 f.

²⁸⁹ *Jausovec*, Besuchsrecht 89.

Unterhaltsschuldner zurückgreifen möchte, nur noch der notdürftige Unterhalt analog § 795 ABGB gewährt werden.

2.8.1.5 Strafrechtliche Sanktionen

Im Strafrecht existiert ebenfalls keine Norm, die ausdrücklich eine Verletzung des Kontaktrechts ahndet. Nichtsdestotrotz hat der kontaktberechtigte Elternteil uU mit strafrechtlichen Konsequenzen zu rechnen. Bringt er das Kind dem Obsorgeberechtigten nicht zum vereinbarten Ende der Kontaktzeit zurück, verstößt er damit gegen die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB und verwirklicht eventuell den Tatbestand der Kindesentziehung nach § 195 StGB.²⁹⁰ Der Kontaktberechtigte ist aber nur dann Täter iSd § 195 StGB, wenn er selbst nicht obsorgeberechtigt ist. Für eine tatbestandsmäßige Entziehung muss der Kontaktberechtigte zudem das Kind mehrere Tage bzw zumindest 24 Stunden dem Obsorgeberechtigten vorenthalten.²⁹¹

2.8.1.6 Schadenersatzrechtliche Sanktionen

Sagt der kontaktberechtigte Elternteil grundlos und unentschuldigt regulär festgesetzte Kontakttermine ab, so können den betreuenden Elternteil unerwartete Kosten treffen, zB weil er aufgrund einer bereits gebuchten Reise eine anderweitige Kinderbetreuung organisieren muss. Für derartige Kosten, die dem betreuenden Elternteil bei pflichtgemäßer Ausübung nicht entstanden wären, kann der Kontaktberechtigte ersatzpflichtig werden.²⁹²

Eine solche Ersatzpflicht für Betreuungskosten wurde jedoch bislang von der Rsp abgelehnt. Begründet wurde dies damit, dass das Kontaktrecht eben gerade nicht den Zweck verfolge, dem betreuenden Elternteil Erholung und Entlastung von seinem Kind zu bieten.²⁹³ Missachtet der Kontaktberechtigte die Vereinbarung, verletzte er nach bisheriger Ansicht zwar das Kontaktrecht des Kindes, jedoch nicht ein Recht des anderen Elternteils. Der betreuende

²⁹⁰ *Jausovec*, Besuchsrecht 89 f; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 68.

²⁹¹ *Markel* in *Höpfel/Ratz*, WK zum StGB² § 195 Rz 13 und 20.

²⁹² *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 195; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 37.

²⁹³ LGZ Wien 45 R 234/99s EFSlg 90.110; LG Salzburg 21 R 401/05z EFSlg 110.769; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 40; *ders.*, Besuchsrecht und Schadenersatz: Kommt der Bumerang zurück? http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/664245/Besuchsrecht-und-Schadenersatz_Kommt-der-Bumerang-zuruck (Stand 27.01.2014).

Elternteil konnte die angefallenen Kosten somit mangels Rechtsverletzung und Rechtswidrigkeitszusammenhang nicht vom Kontaktberechtigten einfordern.²⁹⁴

Dahingegen wird mit dem KindNamRÄG 2013 ausdrücklich anerkannt, dass das Kontaktrecht eine Entlastung des betreuenden Elternteils bezweckt. Ersatzansprüche für Betreuungskosten können daher gegen den kontaktberechtigten Elternteil geltend gemacht werden, wenn der betreuende Elternteil eine dringende Auszeit und Erholung benötigt und der Kontaktberechtigte dies durch seine grundlose Nichtausübung der Kontakte vereitelt.²⁹⁵

2.8.2 Verletzung des Kontaktrechts durch den betreuenden Elternteil

2.8.2.1 Obsorgerechtliche Sanktionen

Verstößt der betreuende Elternteil in gravierender Form gegen die Wohlverhaltensklausel (§ 159 ABGB), indem er in die persönlichen Beziehung zwischen Kind und anderem Elternteil nachteilig eingreift und dadurch das Kindeswohl gefährdet, kann ihm gem § 181 ABGB²⁹⁶ die Obsorge teilweise oder gänzlich entzogen werden.²⁹⁷

Der Entzug der Obsorge darf jedoch immer nur als ultima ratio angeordnet werden. Demzufolge müssen zuvor Zwangsmaßnahmen nach § 110 Abs 2 iVm § 79 Abs 2 AußStrG angewendet werden. Können aber auch die Zwangsmittel den Obsorgeberechtigten nicht „bekehren“, ist seine Obsorgekompetenz in Frage zu stellen. Das Zulassen und die Förderung einer persönlichen Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil (sog Bindungstoleranz) bilden einen Teil der Erziehungsfähigkeit. Mangelt es dem obsorgeberechtigten Elternteil an dieser Bindungstoleranz, deutet dies somit im Wesentlichen auf eine eingeschränkte Erziehungsfähigkeit hin und stellt eine Bedrohung für das Wohl des Kindes dar.²⁹⁸

Allerdings muss im Zusammenhang mit einem etwaigen Entzug der Obsorge das Kindeswohl stets oberste Maxime bleiben. Daher ist in vielen Fällen, vor allem wenn zwischen Kind und

²⁹⁴ Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 48; *Jausovec*, Besuchsrecht 97 f.

²⁹⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 195; idS fordert bereits *Pesendorfer* in *iFamZ* 2011, 67 eine Ersatzpflicht des Kontaktberechtigten; zust *Nademleinsky*, Besuchsrecht und Schadenersatz (Stand 27.01.2014, diepresse.com).

²⁹⁶ Nach bisheriger Rechtslage: § 176 ABGB idF KindRÄG 2001.

²⁹⁷ OGH 8 Ob 59/09y EF-Z 2010/65; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 159 Rz 5; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 9; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 10; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 235; *Deixler-Hübner* in *Ferrari/Hopf* 126.

²⁹⁸ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 181 Rz 19; *dies*, Scheidung¹¹ Rz 220; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 728; *dies*, EF-Z 2010, 226; *Pesendorfer*, *iFamZ* 2011, 66 f.

Obsorgeberechtigtem eine besonders innige Beziehung besteht, trotz des Fehlverhaltens des obsorgeberechtigten Elternteils von einem Obsorgeentzug abzusehen. Denn eine Trennung des Kindes von seiner Hauptbezugsperson könnte sein Wohl erheblich gefährden.²⁹⁹ In diesem Sinne kann vom Gericht zuerst versucht werden, ob nicht schon mit der Drohung des Entzugs der Obsorge genüge getan wird und den Elternteil zu einem rechtskonformen Verhalten veranlasst.³⁰⁰ Eventuell kann bereits durch einen bloß teilweisen Obsorgeentzug eine ungestörte Beziehung zwischen Kind und kontaktberechtigtem Elternteil sichergestellt werden.³⁰¹

2.8.2.2 Informationsrechtliche Sanktionen

§ 189 Abs 3 ABGB³⁰² setzt fest, dass sich die Informations- und Äußerungsrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils auf „minderwichtige Angelegenheiten“ erweitern, wenn trotz seiner Bereitschaft persönliche Kontakte mit dem Kind nicht zustande kommen. Dies umfasst insbesondere den Fall der Vereitelung persönlicher Kontakte durch den Obsorgeberechtigten.³⁰³ Unter „minderwichtigen Angelegenheiten“ sind Auskünfte über Erkrankungen des Kindes, über den genaueren Schulerfolg, Erziehungsschwierigkeiten oder die regelmäßige Übermittlung aktueller Fotos des Kindes, zu verstehen. Ausgenommen sind lediglich „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ (§ 189 Abs 3 ABGB), wie etwa eine Auskunft über exakte Essgewohnheiten des Kindes.³⁰⁴

Die Intention hinter der Bestimmung des Abs 3 des § 189 ABGB ist zum einen, dass der betreuende Elternteil durch die ausgedehnten Informationspflichten bestraft werden soll. Zum anderen soll der Kontaktberechtigte trotz Vereitelung einer persönlichen Beziehung durch den anderen Elternteil zumindest ein Stück weit am Leben des Kindes teilhaben. Wenngleich persönliche Kontakte verhindert werden, versucht § 189 Abs 3 ABGB zu gewährleisten, dass dem kontaktberechtigten Elternteil wenigstens ausreichend Informationen über das Kind zur Verfügung stehen.³⁰⁵

²⁹⁹ Ferrari-Hofmann-Wellenhof in Harrer/Zitta 631; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 26; Jausovec, Besuchsrecht 92.

³⁰⁰ Deixler-Hübner, Scheidung¹¹ Rz 220; Leeb in Deixler-Hübner/Schwarzinger 71; Jausovec, Besuchsrecht 93.

³⁰¹ Jausovec, Besuchsrecht 93.

³⁰² Nach bisheriger Rechtslage: § 178 Abs 1 S 2 ABGB idF KindRÄG 2001.

³⁰³ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 6; Hopf in KBB³ § 148 Rz 11; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 494; Hinteregger, Familienrecht⁶ 236; Pesendorfer, iFamZ 2011, 67; Haidenthaller, JBI 2001, 629.

³⁰⁴ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 189 Rz 5 und 6.

³⁰⁵ Stabentheiner in Rummel, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 4a; Wallisch, ÖJZ 2002, 490; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 494; Jausovec, Besuchsrecht 99.

2.8.2.3 Unterhaltsrechtliche Sanktionen

Hat der betreuende Elternteil gegenüber dem Kontaktberechtigten Anspruch auf nahehelichen Unterhalt, können mit einer Verletzung des Kontaktrechts etwaige unterhaltsrechtliche Konsequenzen einhergehen: Vereitelt der betreuende Elternteil böswillig und nachhaltig die persönlichen Kontakte zwischen Kind und Kontaktberechtigtem, kann dieses schuldhafte Verhalten gem § 74 EheG eine Verwirkung des nahehelichen Unterhaltsanspruches nach sich ziehen.³⁰⁶ Die grundlose Verweigerung des Kontaktrechts seitens des betreuenden Elternteils ist nämlich zweifelsohne als schwere Verfehlung iSd § 74 EheG zu werten. Durch ein derartiges Verhalten verletzt er die Interessen des kontaktberechtigten Elternteils so schwer, dass es diesem nicht zugemutet werden kann, weiterhin für den Unterhalt des betreuenden Elternteils aufzukommen.³⁰⁷

Des Weiteren wurde von der Richtervereinigung angedacht, bei einer Vereitelung der persönlichen Kontakte durch den betreuenden Elternteil den Kindesunterhalt zu kürzen bzw vorübergehend einen Teil der Unterhaltsbeträge auf ein Konto für das Kind zu überweisen. Dieser Vorschlag ist jedoch abzulehnen. Der Kindesunterhalt ist ja dazu gedacht, die materiellen Bedürfnisse des Kindes zu finanzieren und demzufolge könnte eine Kürzung desselben das Kind uU massiv benachteiligen. Auch würde ein Konto, welches bei Volljährigkeit überreicht werden würde, wenig daran hindern, dass das Kind den etwaigen finanziellen Engpass über eine gewisse Zeit zu spüren bekäme.³⁰⁸

2.8.2.4 Schadenersatzrechtliche Sanktionen

Unbestritten war, dass der betreuende Elternteil, wenn er die persönlichen Kontakte rechtswidrig und schuldhaft vereitelt, gem § 1295 ABGB für Vermögensschäden des Kontaktberechtigten ersatzpflichtig ist. Der Kontaktberechtigte kann also wegen frustrierter Aufwendungen, wie bspw Karten für den Besuch einer Veranstaltung mit dem Kind, Kosten

³⁰⁶ OGH 2 Ob 578/95 EFSIlg 78.714 = JBl 1996, 402; LG Wels 21 R 249/08d EFSIlg 122.526; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 26; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften 72; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 67; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 163.

³⁰⁷ OGH 2 Ob 578/95 EFSIlg 78.714 = JBl 1996, 402; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 729.

³⁰⁸ *Beck*, EF-Z 2010, 227; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 70 f.

der Besuchsbegleitung, die Kosten einer für ihn und das Kind gebuchten Reise udgl, Schadenersatzansprüche geltend machen.³⁰⁹

Ob der betreuende Elternteil aber auch schadenersatzrechtlich belangt werden kann, wenn durch seine Kontaktrechtsverletzung bei dem Kontaktberechtigten psychische Schäden hervorgerufen wurden, war nicht eindeutig geklärt.³¹⁰ In jüngster Vergangenheit kam es allerdings zu einer richtungsweisenden Entscheidung des OGH³¹¹, in welcher nun erstmalig ein Schadenersatzanspruch aufgrund immaterieller Schäden zugesprochen wurde: Die Anträge des Vaters auf Kontaktregelung mussten abgewiesen werden, da das Kind die Kontaktausübung ausdrücklich verweigerte und persönliche Kontakte unter solchen Umständen die seelische Gesundheit des Kindes erheblich gefährden würden. Der Vater beschuldigte die Mutter, dass die Ursache der vehementen Ablehnung ihre negative Beeinflussung des Kindes sei. Der Kontaktabbruch, so gab der Vater an, löste bei ihm erhebliche seelische Schmerzen von Krankheitswert aus (depressive Verstimmungen, schwere Schlafstörungen, chronische Ungewissheit). Infolgedessen forderte er von der Mutter Ersatz der Verfahrenskosten und überdies Schmerzensgeld. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und auch das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung, ließ jedoch die ordentliche Revision an den OGH zu.³¹²

Die Höchststrichter waren nun der Ansicht, dass derartige Schadenersatzansprüche grundsätzlich infrage kämen und zogen als Haftungsgrundlage die Wohlverhaltensklausel nach § 159 ABGB heran. § 159 ABGB statuiert eine Verpflichtung der Eltern, alles zu unterlassen, was das Verhältnis zwischen Kind und dem anderen Elternteil negativ beeinflussen könnte. Zwar dient die Norm primär der Wahrung des Kindeswohls, aber nach Meinung des OGH schützt § 159 ABGB ebenso das Interesse des kontaktberechtigten Elternteils an der Aufrechterhaltung eines persönlichen Naheverhältnisses zu dem Kind. Verletzt der betreuende Elternteil diese Verhaltenspflicht, so handle er, laut OGH, somit gegenüber dem Kind und dem anderen Elternteil rechtswidrig. Liegt darüber hinaus eine schuldhaftige Verletzung der Pflicht vor, etwa wenn der betreuende Elternteil die persönlichen Kontakte - wie in diesem Fall - durch seine

³⁰⁹ LGZ Wien 47 R 2008/90 EFSIlg 63.237; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 40; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 26; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 67; *Jausovec*, Besuchsrecht 97; *Maurer*, Kinder und Scheidung³ 164.

³¹⁰ Vgl *Jausovec*, Besuchsrecht 98, die den Ersatz immaterieller Schadenersatzansprüche ablehnt.

³¹¹ OGH 4 Ob 8/11x EvBl 2011/60 = EFSIlg 130.490 = iFamZ 2011, 196 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2011, 138.

³¹² OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 138 (138) = iFamZ 2011, 196 (196) (*Thoma-Twaroch*).

negative Beeinflussung des Kindes vereitelt, seien Schadenersatzansprüche des Kontaktberechtigten grundsätzlich in Betracht zu ziehen.³¹³

Hinsichtlich der geltend gemachten Ersatzansprüche des Klägers führte der OGH aus, dass der Anspruch auf Ersatz der Verfahrenskosten jedenfalls begründet sei. Beruht die ablehnende Haltung des Kindes wirklich auf einer negativen Beeinflussung seitens der Mutter, so habe diese die vom Vater aufgebrauchten Verfahrenskosten rechtswidrig und schuldhaft verursacht.³¹⁴ *Nademleinsky*³¹⁵ sieht jedoch die Ersatzpflicht der Verfahrenskosten als „dogmatisch nicht unproblematisch“, weil der Gesetzgeber im Kontaktrechtsverfahren gerade keine Kostenersatzpflicht vorsieht,³¹⁶ und diese Wertung nunmehr mit Schadenersatzansprüchen umgangen werden könne. Nichtsdestotrotz stimmt *Nademleinsky* dem Ergebnis des OGH zu, da es eben nicht fair sei, dass ein Vater die Verfahrenskosten tragen muss, die ausschließlich auf das böswillige Verhalten der Mutter zurückzuführen sind.³¹⁷

Im Hinblick auf den vom Vater geltend gemachten Schmerzensgeldanspruch aufgrund seiner psychischen Erkrankungen prüfte der OGH, ob derartige psychische Schäden im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit einer Verletzung des § 159 ABGB stehen. Der OGH kam zu dem Ergebnis, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen sei, weil die Wohlverhaltensklausel gerade den Schutz ideeller Werte, wie etwa den Schutz vor erheblichen seelischen Beeinträchtigungen, bezweckt.³¹⁸

In den Entscheidungsgründen ging der OGH schließlich noch auf die Meinung *Jausovecs*³¹⁹ ein, die den Ersatz immaterieller Schäden ablehnt, weil dadurch zulasten des Kindeswohls „Schadenersatzspiralen“ ins Rollen gebracht werden könnten. Der OGH war gegenteiliger Ansicht und führte dazu aus, dass eine etwaige Missbrauchsgefahr seitens betroffener Eltern in Bezug auf die Geltendmachung ideeller Schäden nicht als Anlass genommen werden dürfe, derartige Schadenersatzansprüche a priori auszuschließen.³²⁰

³¹³ OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 138; *Karner*, Besuchsrechtsvereitelung und Schadenersatz - ein Paradigmenwechsel? ÖJZ 2011, 572 (573).

³¹⁴ OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 139 = iFamZ 2011, 196 (*Thoma-Twaroch*).

³¹⁵ *Nademleinsky*, Besuchsrecht und Schadenersatz (Stand 27.01.2014, diepresse.com).

³¹⁶ Siehe § 107 Abs 5 AußStrG: „In Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte findet ein Kostenersatz nicht statt“.

³¹⁷ *Nademleinsky* schlägt in diesem Zusammenhang allerdings vor, im Verfahren zur Regelung und Durchsetzung der Kontakte eine Kostenersatzpflicht nach Billigkeit einzuführen: siehe *Nademleinsky*, Besuchsrecht und Schadenersatz (Stand 27.01.2014, diepresse.com).

³¹⁸ OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 140; *Karner*, ÖJZ 2011, 573.

³¹⁹ *Jausovec*, Besuchsrecht 98.

³²⁰ OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 141; *Thoma-Twaroch*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 8/11x iFamZ 2011, 196 (196).

Die Quintessenz dieser Entscheidung lautet also, dass eine schuldhaft Verletzung der Wohlverhaltensklausel, wie die böswillige Vereitelung persönlicher Kontakte durch den betreuenden Elternteil, eine Schadenersatzpflicht begründen kann und dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang auch bei psychischen Gesundheitsschäden, die aus der Verletzung des § 159 ABGB resultieren, gegeben ist.³²¹ Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung darf aber nicht vergessen werden, dass die Wohlverhaltensklausel vice versa gilt: Weigert sich der kontaktberechtigte Elternteil beharrlich eine persönliche Beziehung zu dem Kind einzugehen oder hält er eine festgesetzte Kontaktregelung nicht ein, und löst dieses Verhalten aufseiten des Kindes oder des anderen Elternteils psychische Folgen von Krankheitswert aus, so kann dieser konsequenterweise in gleichem Maße schadenersatzrechtlich belangt werden.³²²

2.8.3 Verletzung des Kontaktrechts durch das Kind

Auch das Kind kann durch die grundlose Ablehnung einer persönlichen Beziehung zu dem getrennt lebenden Elternteil das Kontaktrecht verletzen und hat sodann mit gewissen Rechtsfolgen zu rechnen. Zu beachten ist, dass die Sanktionen stets mit dem Kindeswohl im Einklang stehen müssen und es keinesfalls gefährden oder schädigen dürfen.³²³

Verhängt das Gericht Sanktionen gegen das Kind, muss es zuvor zwei wichtige Aspekte eingehend überprüfen. Zuerst muss abgeklärt werden, ob das Kind überhaupt über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, um Kontakte zu dem anderen Elternteil abzulehnen und die damit einhergehenden Folgen abzuschätzen. Überdies muss näher beleuchtet werden, ob die Haltung des Kindes tatsächlich auf seinen eigenständigen Willen zurückzuführen ist oder ob diese nicht doch das Resultat einer negativen Beeinflussung des betreuenden Elternteils ist.³²⁴ Ist die negative Beeinflussung des Elternteils der wahre Grund hinter der Ablehnung des Kindes, so ist, wie die in *Kap 2.8.2.4* besprochene Entscheidung des OGH³²⁵ zeigt, der betreuende Elternteil und nicht das Kind zu bestrafen.³²⁶ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die entsprechende Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei einem

³²¹ OGH 4 Ob 8/11x EF-Z 2011, 138.

³²² *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 159 Rz 5; *Thoma-Twaroch*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 8/11x iFamZ 2011, 196; *Nademleinsky*, Besuchsrecht und Schadenersatz (Stand 27.01.2014, diepresse.com).

³²³ *Jausovec*, Besuchsrecht 101 f.

³²⁴ *Jausovec*, Besuchsrecht 101.

³²⁵ OGH 4 Ob 8/11x EvBl 2011/60 = EFSlg 130.490 = iFamZ 2011, 196 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2011, 138.

³²⁶ *Deixler-Hübner in Ferrari/Hopf* 126.

vierzehnjährigen Kind vorhanden ist, zumal einem über Vierzehnjährigen bereits ex lege ermöglicht wird, persönliche Kontakte abzulehnen (§ 108 AußStrG).³²⁷ Beruht die Verweigerung zudem auf seinem eigenständigen, unbeeinflussten Willen, so kann dem Kind durchaus zugemutet werden, mit den rechtlichen Folgen seiner Entscheidung konfrontiert zu werden.³²⁸

2.8.3.1 Erbrechtliche Sanktionen

Die unter *Kap 2.8.1.1* dargestellte erbrechtliche Sanktion bei einer Verletzung des Kontaktrechts durch den Kontaktberechtigten, nämlich der Verlust des Rechts auf Pflichtteilsminderung (§ 773a Abs 3 ABGB), gilt für das Kind gleichermaßen. Das Kind als Erblasser verliert somit gem § 773a Abs 3 ABGB ebenso das Recht, den Pflichtteil des Kontaktberechtigten zu mindern, wenn ein Naheverhältnis zwischen ihnen lediglich nicht zustande kam, weil das Kind den Kontakt zu dem Elternteil unbegründet abgelehnt hat.³²⁹

Standen das Kind und der Elternteil für eine gewisse Zeit in einem Naheverhältnis zueinander, können bei einer Verletzung des Kontaktrechts durch das Kind ebenfalls die erbrechtlichen Konsequenzen der Erbunwürdigkeit nach § 540 Fall 2 ABGB oder der Enterbung nach § 768 Z 2 ABGB herangezogen werden. Das Kind vernachlässigt demnach seine Pflichten gröblich (§ 540 Fall 2 ABGB) bzw lässt den Elternteil im Notstand hilflos (§ 768 Z 2 ABGB), wenn es zB den Kontakt beharrlich verweigert, obwohl der Elternteil im Sterben liegt, schwer krank oder körperlich beeinträchtigt ist.³³⁰

2.8.3.2 Informationsrechtliche Sanktionen

Die unbegründete Ablehnung persönlicher Kontakte durch das Kind führt ebenfalls zu einer Erweiterung der Informationsrechte des Kontaktberechtigten auf minderwichtige Angelegenheiten iSd § 189 Abs 3 ABGB. Schließlich werden von dem Anwendungsbereich des § 189 Abs 3 ABGB auch jene Fälle erfasst, in denen die persönlichen Kontakte, trotz der

³²⁷ *Jausovec*, Besuchsrecht 102.

³²⁸ *Jausovec*, Besuchsrecht 102.

³²⁹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 34 und 82; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 15; *Ferrari/Pfeiler*, FamRz 2002, 1084; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 237; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 494.

³³⁰ *Jausovec*, Besuchsrecht 103.

vorhandenen Bereitschaft des Kontaktberechtigten, an der grundlosen Weigerung des Kindes scheitern.³³¹

2.9 Unterstützungsinstrumente im Verfahren zur Regelung und Durchsetzung des Rechts auf persönlichen Kontakt

2.9.1 Die Besuchsbegleitung

Unter bestimmten Umständen kann es in Bezug auf das Kindeswohl erforderlich sein, dass die Beteiligten bei der Ausübung der persönlichen Kontakte von dritter Seite unterstützt und begleitet werden. Mit dem KindRÄG 2001 wurde in § 111 AußStrG ein solches Unterstützungsinstrument, das Institut der Besuchsbegleitung, explizit festgesetzt.³³²

Die Besuchsbegleitung wird primär in Fällen der Neu- oder Wiederanbahnung des persönlichen Kontakts eingesetzt, also wenn das Kind und der Kontaktberechtigte einander völlig fremd sind oder mangels regelmäßiger Kontakte bereits eine Entfremdung zwischen ihnen eingetreten ist.³³³ Zeitlich unbefristet, im Sinne einer „Dauereinrichtung“, kann die Besuchsbegleitung eingeschaltet werden, wenn eine extrem schwierige bzw. „konfliktgeschädigte“ Eltern-Kind-Beziehung besteht.³³⁴ Überdies kann die Besuchsbegleitung noch als gelinderes Mittel herangezogen werden, bevor das Kontaktrecht gänzlich entzogen wird.³³⁵ Denkbar ist außerdem der Einsatz der Besuchsbegleitung als alternatives Zwangsmittel bei der Durchsetzung des Kontaktrechts.³³⁶

Die Besuchsbegleitung wird gem § 111 AußStrG auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes, sowie von Amts wegen gerichtlich verfügt.³³⁷ Voraussetzung für die Anordnung ist, dass das Wohl des Kindes eine Besuchsbegleitung verlangt (§ 111 S 1 ABGB). Eine

³³¹ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 178 Rz 12.

³³² Deixler-Hübner in Rechberger, AußStrG² § 111 Rz 1; dies in Ferrari/Hopf 127; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 148 Rz 33; Haidenthaller, JBl 2002, 626; Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 493; Wallisch, ÖJZ 2002, 489 f; Huter, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis, EF-Z 2012, 105 (105 f).

³³³ OGH 3 Ob 238/03a EFSlg 106.823 = ecolex 2004/124; Deixler-Hübner in Rechberger, AußStrG² § 111 Rz 1; dies in Ferrari/Hopf 127; Schrammel/Schur, Partei- und Verfahrensfähigkeit im Besuchsrechtsverfahren, EF-Z 2007, 164 (167).

³³⁴ LG Wels 21 R 333/09h EFSlg 125.897; Weitzenböck in Schwimann, ABGB TaKomm² § 148 Rz 12.

³³⁵ Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 148 Rz 15.

³³⁶ Pesendorfer, iFamZ 2011, 71 f.

³³⁷ Deixler-Hübner in Rechberger, AußStrG² § 111 Rz 2; dies, Scheidung¹¹ Rz 217; Schrammel/Schur, EF-Z 2007, 167.

Kindeswohlgefährdung muss demnach nicht vorliegen. Im Übrigen sind zuvor auch nicht andere Mittel auszuschöpfen, dh also, dass die Besuchsbegleitung nicht erst im Sinne einer ultima ratio eingesetzt werden muss.³³⁸

Als Besuchsbegleiter kann jede geeignete, neutrale Drittperson eingesetzt werden, wie etwa Pädagogen, unvoreingenommene Familienangehörige oder Bekannte. Außerdem kommen juristische Personen, bspw der Jugendwohlfahrtsträger, in Betracht.³³⁹ Allerdings ist der Einsatz des Dritten von seiner Bereitschaft, die Ausübung der persönlichen Kontakte zu unterstützen, abhängig, da gegen diesen Zwangsmaßnahmen gem § 111 letzter S ABGB nicht angewendet werden können.³⁴⁰ Ist er zur Begleitung der persönlichen Kontakte bereit, wird er am Verfahren beteiligt (§ 111 S 3 AußStrG) und genießt sodann Parteistellung und Rechtsmittellegitimation.³⁴¹

Wie bisher, bleibt auch durch das KindNamRÄG 2013 die Frage der Kostentragung der Besuchsbegleitung gesetzlich un geregelt.³⁴² Nach herrschender Lehre und bisheriger Rsp musste idR der Kontaktberechtigte als Antragsteller für die Kosten aufkommen.³⁴³ Dies ist aber insbesondere dann unbillig, wenn der Antragsgegner eine unbegleitete Kontaktausübung unmöglich macht. Im Falle der amtswegigen Anordnung kann das Gericht daher die Kostentragung zwischen den Eltern regeln und aussprechen, wem die Übernahme der Kosten auferlegt wird. Eine solche gerichtliche Regelung der Kosten erscheint vor allem im Hinblick auf das Kindeswohl zweckmäßig, denn werden die Kosten nicht erlegt, so findet eine Besuchsbegleitung nicht statt, obwohl diese eigentlich im Interesse des Kindes gelegen wäre.³⁴⁴

³³⁸ LG Salzburg 21 R 541/10k EFSIlg 129.544; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 34; *Huter*, EF-Z 2012, 107 f.

³³⁹ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 111 Rz 3; *dies* in *Ferrari/Hopf* 129; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 35; *Wallisch*, ÖJZ 2002, 489.

³⁴⁰ LGZ Wien 44 R 459/06k EFSIlg 116.083; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 16.

³⁴¹ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 111 Rz 4; *dies*, Scheidung¹¹ Rz 217; *Schrammel/Schur*, EF-Z 2007, 167; *Haidenthaller* setzt sich hingegen für eine gemeinsame Übernahme der Kosten unabhängig von der Antragsstellung ein: siehe *Haidenthaller*, JBl 2002, 628 FN 50.

³⁴² *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 8.

³⁴³ LGZ Wien 43 R 702/10v EFSIlg 129.557; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 111 Rz 2; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 16; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 12.

³⁴⁴ LG Wels 21 R 93/05h EFSIlg 113.018; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 16; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 71; aA *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 37, die eine Befugnis des Gerichts, die Beteiligten zur Tragung der Kosten zu verpflichten, ablehnt.

2.9.2 Der Besuchsmittler

Im Verfahren zur Regelung oder zwangsweisen Durchsetzung persönlicher Kontakte hat das Gericht gem § 106b AußStrG die Möglichkeit, einen sog „Besuchsmittler“³⁴⁵ zu bestellen, der eine Erscheinungsform der durch das KindNamRÄG 2013 neu geschaffenen Familiengerichtshilfe (§ 106a AußStrG) ist.³⁴⁶ Der Besuchsmittler kann nur von Amts wegen beigezogen werden. Die Parteien können seinen Einsatz allenfalls anregen, ein konkretes Antragsrecht besteht aber nicht.³⁴⁷ Als Besuchsmittler können gem § 106b S 1 AußStrG die Mitarbeiter der Familiengerichtshilfe beauftragt werden, also überwiegend Pädagogen, Psychologen und Sozialarbeiter, die idR zusätzliche Funktionen für ihren Einsatz als Besuchsmittler aufweisen.³⁴⁸

Der Besuchsmittler dient im Wesentlichen der Unterstützung des Gerichts bei Durchsetzung der persönlichen Kontakte. Zu seinen konkreten Aufgaben³⁴⁹ gehört einerseits, dem Kind verständlich zu machen, dass es nicht für die Konflikte der Eltern und die Probleme bei der Kontaktausübung verantwortlich ist. Andererseits soll er mit den Eltern den konkreten Ablauf der Kontakte, bspw ob dabei bestimmte besondere Rituale einzuhalten sind, besprechen und in Konfliktsituationen zwischen ihnen vermitteln. Auf diese Weise können etwaige Konflikte schon im Vorfeld abgeblockt werden. Erforderlichenfalls kann der Besuchsmittler auch direkt vor Ort bei der Abwicklung der Kontakte eingesetzt werden, indem er bei der Über- und Rückgabe des Kindes anwesend ist und für einen dem Kindeswohl entsprechenden Ablauf sorgt. Schließlich muss er dem Gericht noch über die Geschehnisse bei der Ausübung der Kontakte Bericht erstatten. Dadurch stehen dem Gericht weitere Entscheidungsgrundlagen zur Verfügung, wenn eine neue Kontaktregelung zu treffen ist oder doch Zwangsmaßnahmen gesetzt werden müssen.³⁵⁰

³⁴⁵ Angesichts der erfolgten terminologischen Änderung von „Besuchsrecht“ zu „persönliche Kontakte“ ist der gewählte Begriff „Besuchsmittler“ etwas verwunderlich: siehe *Beck*, iFamZ 2013, 41.

³⁴⁶ *Nademeinsky* in *Gitschthaler* 254; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 243; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 187 Rz 12; *Fucik*, ÖJZ 2013, 306; *Barth/Pesendorfer*, iFamZ 2013, 25 f; *Kerschner*, Familienrecht⁵ Rz 3/62.

³⁴⁷ *Nademeinsky* in *Gitschthaler* 254; *Barth*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz des Besuchsmittlers, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 273 (274).

³⁴⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 37; *Barth* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 274; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 217.

³⁴⁹ Vgl dazu ausführlich *Aichhorn/Weiß*, Die Aufgabengebiete des Besuchsmittlers, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 281 ff.

³⁵⁰ § 106b AußStrG; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 36 f; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹¹ Rz 217; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 244.

Damit der Besuchsmittler seine Aufgaben entsprechend umsetzen kann, verfügt er über weitreichende Befugnisse. Er kann Personen, die eventuell Auskünfte über die Lebensverhältnisse des Kindes erteilen könnten, gerichtlich laden und befragen; er kann zudem unmittelbaren Kontakt mit dem Kind herstellen (§ 106a Abs 2 S 1 AußStrG). Eltern oder andere Personen, in deren Obhut sich das Kind befindet, müssen solche Kontakte zulassen, widrigenfalls können Zwangsmaßnahmen nach § 79 Abs 2 AußStrG verhängt werden (§ 106a Abs 2 S 2 und 3 AußStrG).³⁵¹

Für die Kosten des Besuchsmittlers ist ab dessen gerichtlicher Beauftragung eine Gerichtsgebühr zu entrichten. Die Kosten muss jede Partei, ausgenommen der Minderjährige, selbst tragen.³⁵² Beide Eltern müssen sich also an der Kostentragung beteiligen. Es kann auch Verfahrenshilfe nach §§ 63 ff ZPO in Anspruch genommen werden, sofern die Voraussetzungen gegeben sind.³⁵³

2.9.2.1 Abgrenzung zur Besuchsbegleitung

Ogleich ein Teil der Lehre bemängelt, dass die beiden Rechtsinstitute der Besuchsbegleitung und des Besuchsmittlers im Grunde deckungsgleich seien und eine deutliche Abgrenzung zwischen ihnen schwierig sei,³⁵⁴ lassen sich durchaus Unterschiede zwischen den beiden Rechtsfiguren herausarbeiten:

Ein Unterschied ergibt sich bereits in formeller Hinsicht. Der Besuchsmittler wird ausschließlich von Amts wegen eingesetzt (§ 106 b AußStrG), die Besuchsbegleitung kann gem § 111 AußStrG jedoch ebenso auf Antrag der Parteien angeordnet werden.³⁵⁵

Außerdem verfügen die beiden Rechtsinstitute über unterschiedlich weitreichende Befugnisse. Wenn etwa der betreuende Elternteil Kontakttermine spontan aus fadenscheinigen Gründen (zB plötzliche Erkrankung des Kindes) absagt, kann der Besuchsmittler als „verlängerter Arm des Gerichts“ den Absagen nachgehen. Da der Besuchsmittler berechtigt ist, unmittelbaren Kontakt mit dem Kind herzustellen (§ 106a Abs 2 S 1 AußStrG), kann er bspw das Kind zu Hause besuchen und sich selbst davon überzeugen, ob es tatsächlich erkrankt ist. Er kann es auch von dem betreuenden Elternteil abholen. Schließlich ist er noch befugt, die Eltern zu laden und sie

³⁵¹ *Nademeinsky in Gitschthaler* 254 f; *Barth in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 277 f.

³⁵² § 28 Z 10 GGG.

³⁵³ *ErläutRV* 2004 BlgNR 24. GP 42; *Barth/Pesendorfer*, *iFamZ* 2013, 26.

³⁵⁴ *Deixler-Hübner*, *Zak* 2013, 13; *Fucik*, *ÖJZ* 2013, 307; *ders in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 148.

³⁵⁵ *Deixler-Hübner/Mayrhofer in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 245.

zu befragen (§ 106a Abs 2 S 1 AußStrG). Der Besuchsbegleiter hingegen muss derartige Absagen akzeptieren und kann das Gericht allenfalls darüber informieren. Insofern verleiht der Besuchsmittler Kontaktregelungen mehr Durchsetzungskraft.³⁵⁶ Im Übrigen genießt der Besuchsmittler aufgrund seiner Befugnisse und seiner spezifischen Berichtspflicht gegenüber den Parteien verstärkte Autorität.³⁵⁷

Abschließend ist noch festzuhalten, dass die Einschaltung der beiden Rechtsinstitute grundsätzlich verschiedene Zwecke verfolgt. Der Besuchsbegleiter wird in erster Linie dazu eingesetzt, die Ausübung „problematischer“ Kontakte zu begleiten. Er ermöglicht dem Kind und dem kontaktberechtigten Elternteil ein Treffen in „neutraler Atmosphäre“. Der Besuchsmittler unterstützt demgegenüber primär das Gericht bei der Durchsetzung der Kontakte und sorgt als „Gerichtsorgan“ für eine erhöhte Verbindlichkeit der Kontaktregelung.³⁵⁸

2.9.3 Der Maßnahmenkatalog nach § 107 Abs 3 AußStrG

Wie schon kurz in *Kap 2.3.1* erwähnt, stellt der neu eingefügte Abs 3 des § 107 AußStrG dem Gericht einen Katalog an Maßnahmen zur Verfügung, welche es im Verfahren zur Regelung der Kontakte verpflichtend anordnen kann, um die Parteien doch noch zu einer einvernehmlichen Regelung der persönlichen Kontakte zu bewegen.³⁵⁹

Maßnahmen, die nach § 107 Abs 3 AußStrG angeordnet werden können, sind der Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung (Z 1), die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren (Z 2) und die Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression (Z 3). Nach § 107 Abs 3 Z 4 und 5 AußStrG kann auch ein Verbot der Ausreise oder die Abnahme von Reisedokumenten verfügt werden, wobei solche Maßnahmen eher im Verfahren über die Obsorge relevant sein werden.³⁶⁰

³⁵⁶ Aichhorn/Weiß in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 285 und 287; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 245.

³⁵⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 37; Aichhorn/Weiß in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 285.

³⁵⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 36; Aichhorn/Weiß in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 287.

³⁵⁹ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 248; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 231 ff; *Barth/Pesendorfer*, *iFamZ* 2013, 25; *Fucik*, *ÖJZ* 2013, 304; *ders* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 152 f; *Kerschner*, *Familienrecht*⁵ Rz 3/63.

³⁶⁰ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 249 FN 34.

Maßstab für das Gericht bei der Anordnung der Maßnahmen ist, ob diese zur Sicherung des Kindeswohls erforderlich sind (§ 107 Abs 3 AußStrG). Für den Einsatz der Maßnahmen bedarf es also keiner Kindeswohlgefährdung. Überdies müssen vor deren Verfügung nicht andere Mittel ausgeschöpft werden. Die Maßnahmen nach § 107 Abs 3 AußStrG sind somit nicht erst als „letztes Mittel“ einzusetzen sondern stets dann, wenn sie vom Gericht als zielführend erachtet werden. Das Gericht muss dabei allerdings den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten, weshalb die Maßnahme nicht unverhältnismäßig in das Privatleben der betroffenen Person eingreifen darf.³⁶¹

Nehmen die Parteien nun an Maßnahmen iSd § 107 Abs 3 AußStrG teil, kann das Gericht mit dem Verfahren gem § 107 Abs 4 AußStrG auch mehrfach innehalten, wenn die Maßnahmen auf den Fortgang des Verfahrens Einfluss nehmen könnten. Das jeweilige Innehalten darf den Zeitraum von sechs Monaten aber nicht übersteigen (§ 107 Abs 4 iVm § 29 AußStrG).³⁶²

Die Frage, wer die Kosten einer Familienberatung, einer Mediation udgl zu tragen hat, ist gesetzlich nicht geregelt. Des Weiteren wird nicht geklärt, welche Mediatoren bzw Beratungseinrichtungen von den Parteien ausgewählt werden können. *Nademleinsky*³⁶³ schlägt daher vor, dass das BMJ eine Liste geeigneter Einrichtung vorgeben solle. Die Auswahl der Beratungsstelle bzw des Mediators bleibe sodann den Parteien überlassen und solle erst mangels Einigung gerichtlich erfolgen. In Bezug auf die Kostentragung sei, *Nademleinsky* zufolge, die Rsp zur Besuchsbegleitung heranzuziehen.

Abschließend ist noch anzumerken, dass eine Familienberatung, eine Mediation oder ein Anti-Aggressions-Training ebenso im Verfahren zur Durchsetzung der Kontakte als alternatives Zwangsmittel Anwendung finden kann.³⁶⁴ Meines Erachtens wäre eine verstärkte Einsetzung des Maßnahmenkatalogs nach § 107 Abs 3 AußStrG im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Kontaktrechts durchaus wünschenswert. Denn eine Elternberatung oder Mediation wird auf lange Sicht wohl mehr bewirken können als die Zahlung einer Geldstrafe.

³⁶¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 39; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 249; *Deixler-Hübner*, Zak 2013, 11.

³⁶² *Fucik*, ÖJZ 2013, 304; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 249.

³⁶³ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 249 f.

³⁶⁴ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 35; *Fucik*, ÖJZ 2013, 308.

3 Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Enkel und Großeltern

Das Recht auf persönliche Kontakte besteht auch zwischen Enkel und Großeltern. § 188 Abs 1 ABGB³⁶⁵ legt nämlich fest, dass im Verhältnis zwischen Enkel und Großeltern § 187 ABGB entsprechend gilt. § 187 ABGB ist zudem auch auf Urgroßeltern anzuwenden.³⁶⁶

Das großelterliche Kontaktrecht entspricht im Wesentlichen dem Kontaktrecht zwischen Kind und Eltern. Es muss allerdings gem § 188 Abs 1 S 2 ABGB untersagt bzw eingeschränkt werden, wenn durch die Ausübung der Kontakte das Familienleben der Eltern oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde. Insofern ist das großelterliche Kontaktrecht schwächer ausgestaltet als jenes der Eltern.³⁶⁷ Ob nun eine solche Störung des Familienlebens bzw des Verhältnisses zu dem Kind vorliegt, muss anhand objektiver Kriterien geprüft werden.³⁶⁸ Die subjektive Einstellung der Eltern, bspw ihre negative Haltung gegenüber den Großeltern aufgrund von „Feindschaften“ oder geringfügigen Differenzen, ist grundsätzlich irrelevant.³⁶⁹ Erreichen die Konflikte zwischen ihnen eine gewisse Intensität, die sich negativ auf das Kindeswohl auswirkt, ist das Kontaktrecht dahingegen jedenfalls zu untersagen.³⁷⁰

Persönliche Kontakte zwischen dem Enkel und den Großeltern dienen dazu, eine persönliche Beziehung zwischen ihnen aufzubauen und diese in weiterer Folge zu pflegen und zu vertiefen. Anders als bei dem elterlichen Kontaktrecht, verfolgen die Kontakte nicht den Zweck, dass die Großeltern den Erziehungsstand des Kindes kontrollieren oder sich von seinem Gesundheitszustand überzeugen können.³⁷¹

Ein weiterer Unterschied zum elterlichen Kontaktrecht besteht darin, dass Großeltern keine Pflicht, Kontakte zur ihrem Enkel auszuüben, trifft. § 188 Abs 1 ABGB verweist explizit nur auf § 187 ABGB und nicht auf § 186 ABGB, welcher die Kontaktpflicht der Eltern statuiert.

³⁶⁵ § 188 Abs 1 ABGB gleicht inhaltlich der Vorgängerbestimmung § 148 Abs 3 ABGB idF KindRÄG 2001: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29.

³⁶⁶ LGZ Wien 44 R 568,569/93 EFSIlg 71.749; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 5.

³⁶⁷ LG Wels 21 R 267/08a EFSIlg 119.629; ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 57; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 188 Rz 1; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 52; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 16.

³⁶⁸ LG Salzburg 21 R 491/02f EFSIlg 100.251.

³⁶⁹ OGH 7 Ob 687,688/84 EFSIlg 45.789; LG Salzburg 21 R 266/05x EFSIlg 110.816; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB TaKomm² § 148 Rz 16.

³⁷⁰ LGZ Wien 43 R 1103/79 EFSIlg 33.531; *Hopf in KBB*³ § 148 Rz 12.

³⁷¹ LGZ Wien 44 R 3568/83 EFSIlg 43.274; *Deixler-Hübner in Barth/Deixler-Hübner-Jelinek* 191; *Nademleinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 21.

Großeltern können Kontakte demnach ablehnen, selbst wenn Kontaktausübung dem Wohl des Enkels entsprechen würde oder die Eltern entlasten könnte.³⁷²

Meines Erachtens ist es nicht ganz nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber keine großelterliche Verpflichtung, Kontakte auszuüben, vorgesehen hat. Großeltern nehmen im Leben ihres Enkels oftmals eine bedeutende Rolle ein und werden zu wichtigen Bezugspersonen. Für das Wohl des Kindes ist es enorm wichtig, eine persönliche Beziehung zu seinen Bezugspersonen aufrechtzuerhalten (§ 138 Z 9 ABGB).³⁷³ Im Zusammenhang mit der elterlichen Kontaktpflicht wird in den ErläutBem³⁷⁴ gerade diese Bedeutung persönlicher Kontakte für das Kindeswohl ins Treffen geführt. Meiner Ansicht nach lassen sich keine Gründe finden, warum dies bei Großeltern anders sein sollte. Daher muss im Hinblick auf die kindlichen Bedürfnisse ebenso eine großelterliche Kontaktpflicht iSd § 186 ABGB angenommen werden.

Zum Ausmaß der persönlichen Kontakte zwischen Enkel und Großeltern ist noch festzuhalten, dass der zeitliche Umfang nach bisheriger Rsp eher knapp bemessen war. Bei einem einjährigen Kind galt bislang etwa ein Nachmittag im Monat als angemessen,³⁷⁵ bei einem vierjährigen Kind war ein Nachmittag alle vierzehn Tage vorgesehen.³⁷⁶ Häufigere Kontakte zu den Großeltern wurden jedoch dann „im Sinne des Kindeswohls“ angeordnet, wenn Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil gar nicht oder nur sehr wenig stattfanden,³⁷⁷ oder wenn sich sonst nur entfernte Verwandte um das Kind gekümmert hätten.³⁷⁸ Da das KindNamRÄG 2013 mit § 187 Abs 1 S 4 ABGB vorschreibt, dass die Ausübung der persönlichen Kontakte sowohl die Freizeit als auch den Alltag des Kind umfassen soll, bleibt abzuwarten, ob den Großeltern künftig ein dementsprechend ausgedehnteres Kontaktrecht zugestanden wird.

³⁷² Nademleinsky in *Gitschthaler* 244.

³⁷³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 17.

³⁷⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 27.

³⁷⁵ LGZ Wien 43 R 348/78 EFSIlg 31.280; Nademleinsky in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 22.

³⁷⁶ LGZ Wien 43 R 1048/79 EFSIlg 33.530.

³⁷⁷ LGZ Wien 47 R 51/93 EFSIlg 71.740; Nademleinsky in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 22.

³⁷⁸ Nademleinsky in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 22.

4 Das Recht auf persönlichen Kontakt zwischen Kind und Dritten

Im Zuge des KindNamRÄG 2013 kam es im Bereich der persönlichen Kontakte zwischen Kind und Dritten zu wichtigen Änderungen.³⁷⁹ In diesem Kapitel werden die Neuerungen anhand einer Gegenüberstellung der Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 und der geltenden Rechtslage näher dargestellt.

4.1 Das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten idF KindRÄG 2001

Mit dem KindRÄG 2001 wurde in Abs 4 des § 148 ABGB³⁸⁰ erstmals ein Kontaktrecht zwischen Kind und dritten Personen statuiert. Mit dieser Bestimmung trug der Gesetzgeber dem Gedanken Rechnung, dass Kinder tiefgreifende emotionale Beziehungen zu dritten Personen aufbauen können und dass neben Eltern und Großeltern andere, für das Kind wichtige Bezugspersonen existieren.³⁸¹ Er reagierte mit § 148 Abs 4 ABGB ebenso auf die gesellschaftliche Entwicklung, wonach immer mehr Kinder in sog „Patchworkfamilien“ aufwachsen und daher der Stiefelternteil oder der neue Partner eines Elternteils eine wichtige Vertrauensperson des Kindes werden kann.³⁸²

Zu dem Kreis der Dritten iSd § 148 Abs 4 ABGB wurden nun insbesondere Geschwister, andere Verwandte, Pflegeeltern, Tauf- oder Firmpaten, Stiefeltern oder Lebensgefährten des Elternteils sowie der biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes, gezählt. Ob zwischen Kind und der dritten Person ein Verwandtschaftsverhältnis bestand, war nicht von Bedeutung.³⁸³

Wollte ein grundsätzlich kontaktberechtigter Dritter die gerichtliche Einräumung persönlicher Kontakte zu dem Kind erwirken, standen ihm zwei wesentliche Hürden im Wege. § 148 Abs 4 ABGB bestimmte nämlich, dass persönliche Kontakte nur dann gerichtlich anzuordnen waren, wenn mit dem Unterbleiben der Kontakte zu dem Dritten eine Gefährdung des Kindeswohls

³⁷⁹ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 191.

³⁸⁰ Unter diesem Punkt beziehen sich alle Paragraphen ohne weitere Angaben auf das ABGB idF KindRÄG 2001.

³⁸¹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 57; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 24; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 5a; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 54; *Wallisch*, ÖJZ 2002, 490; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 493; *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 80.

³⁸² *Nademleinsky*, ÖJZ 2006, 275; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 901.

³⁸³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 57; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 24; *ders.*, ÖJZ 2006, 276; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 5a.

einhergehen würde.³⁸⁴ Dass die Kontaktausübung für das Wohl des Kindes „bloß“ förderlich oder „neutral“ wäre, genügte folglich nicht.³⁸⁵ Zusätzlich zum Kriterium der Kindeswohlgefährdung kam für den Dritten hinsichtlich der Einräumung des Kontaktrechts erschwerend hinzu, dass gem § 148 Abs 4 ABGB nur das Kind, ein Elternteil oder der Jugendwohlfahrtsträger antragslegitimiert waren. Er selbst hatte lediglich die Möglichkeit, das Gericht anzuregen, von Amts wegen eine Kontaktregelung zu treffen. Parteistellung oder Rechtsmittellegitimation kamen ihm aber nicht zu.³⁸⁶

Die Regelung des § 148 Abs 4 ABGB war, vor allem in Anbetracht des im Jahre 2010 ergangenen Urteils des EGMR in der Sache *Anayo* gegen Deutschland,³⁸⁷ problematisch: Wollte der biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes als Dritter iSd § 148 Abs 4 ABGB persönliche Kontakte zu dem Kind herstellen, wurde die Bestimmung den Anforderungen des Art 8 EMRK nicht gerecht.³⁸⁸

Angesichts der Bedeutung des EGMR-Falls *Anayo* gegen Deutschland³⁸⁹ für das Kontaktrecht Dritter wird dieser im Folgenden genauer besprochen.

4.1.1 EGMR Urteil *Anayo* gegen Deutschland

Herr Anayo war ungefähr zwei Jahre lang mit Frau B, die bereits verheiratet war und mit ihrem Ehemann drei Kinder hatte, zusammen. Aus der Beziehung zwischen B und Anayo gingen Zwillinge hervor, deren rechtlicher Vater der Ehemann von Frau B war. Herr Anayo, der biologische Vater der Kinder, suchte nach der Geburt immer wieder den persönlichen Kontakt zu den Zwillingen, welcher jedoch von dem Ehepaar B vehement verweigert wurde.³⁹⁰ Das Familiengericht Baden-Baden sprach Anayo das Recht zu, die Zwillinge einmal monatlich für

³⁸⁴ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 57; OGH 7 Ob 91/05s EFSlg 110.785; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 13; *ders* in *Ferrari/Hopf* 80; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 5a; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 148 Rz 54.

³⁸⁵ LG Krems 2 R 105/05m EFSlg 113.764; LG Wels 21 R 126/08s EFSlg 119.634.

³⁸⁶ *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 25; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 493; *Wallisch*, ÖJZ 2002, 490; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB Takomm² § 148 Rz 17; *Hopf* in *KBB*³ § 148 Rz 13.

³⁸⁷ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 (*Nademeinsky*).

³⁸⁸ *Nademeinsky* in *Gitschthaler* 246; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 188 Rz 5; *ders*, ÖJZ, 2006, 275.

³⁸⁹ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 (*Nademeinsky*).

³⁹⁰ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 f (*Nademeinsky*).

eine Stunde zu sehen. Begründet wurde dies mit § 1685 Abs 2 BGB³⁹¹, der engen Bezugspersonen des Kindes „ein Recht auf Umgang“ einräumt.³⁹²

Gegen diesen Beschluss wurde vom Ehepaar B Beschwerde beim OLG Karlsruhe erhoben. Das OLG wies daraufhin den Antrag Anayos auf Umgang mit den Zwillingen ab, und führte dazu aus, dass dieser als „bloß“ biologischer Vater kein umgangsberechtigter Elternteil iSd § 1684 BGB³⁹³ sei, da die Norm nur Eltern im rechtlichen Sinn erfasse. Anayo sei überdies keine „enge Bezugsperson“ nach § 1685 Abs 2 BGB, da er noch keinerlei „tatsächliche Verantwortung“ für die Kinder getragen habe und somit keine „sozial-familiäre Beziehung“ zu ihnen aufgebaut habe. Anayo erhob gegen den Beschluss des OLG eine Verfassungsbeschwerde, welche jedoch vom Bundesverfassungsgericht nicht angenommen wurde. Da Anayo auf innerstaatlichem Rechtsweg kein Recht auf Umgang zu seinen Kinder zugesprochen bekam, wandte er sich in weiterer Folge an den EGMR und gab an, in seinen Rechten aus Art 8 EMRK (Schutz des Privat- und Familienlebens) verletzt worden zu sein.³⁹⁴

Zur Überprüfung, ob die Entscheidungen der deutschen Gerichte Art 8 EMRK widersprachen, wurde vom EGMR allerdings nicht das „Recht auf Familienleben“ herangezogen. Da Anayo die Kinder weder gesehen noch jemals mit ihnen zusammengelebt hatte, konnte nicht von einem nach der EMRK geschützten Familienleben ausgegangen werden.³⁹⁵ Ein Familienleben iSd Art 8 EMRK erfordert neben der biologischen Vaterschaft zusätzlich weitere Aspekte. Es muss außerdem entweder eine rechtliche oder eine sog „soziale Vaterschaft“, die bspw bei einem Zusammenleben von Kind und biologischem Vater angenommen werden kann, vorliegen.³⁹⁶ Der Gerichtshof kam nun zu dem Ergebnis, dass der Wunsch Anayos, persönliche Kontakte zu seinen Kindern aufzubauen, unter das durch Art 8 EMRK ebenfalls geschützte Recht auf Achtung des Privatlebens fällt.³⁹⁷ Wenngleich die Beziehung des Vaters zu seinen biologischen Kindern nicht als „Familienleben“ gelten könne, sei eine solche Beziehung laut EGMR doch

³⁹¹ § 1685 Abs 2 BGB: „Gleiches gilt für enge Bezugspersonen des Kindes, wenn diese für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung ist in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.“

³⁹² EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 (58) (*Nademleinsky*).

³⁹³ § 1684 Abs 1 BGB: „Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.“

³⁹⁴ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 58 (*Nademleinsky*).

³⁹⁵ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 58 (*Nademleinsky*).

³⁹⁶ *Nademleinsky*, Anmerkung zu EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57 (59); *ders*, ÖJZ 2006, 281.

³⁹⁷ *Nademleinsky*, EF-Z 2011, 59.

ein wichtiger Bestandteil seiner Identität und zähle somit zu seinem Privatleben iSd Art 8 EMRK.³⁹⁸

Der EGMR sprach jedoch auch aus, dass bereits bestehende Familienbindungen - in diesem Fall die Familie B - ebenfalls von dem Schutzbereich des Art 8 EMRK erfasst seien.³⁹⁹ Gerade deshalb hätte im gegenständlichen Fall bei der Frage, ob Anayo Kontakte einzuräumen sind, eine gerechte Abwägung der Rechte aller Beteiligten vorgenommen werden müssen. Zu den Beteiligten zählte der Gerichtshof alle betroffenen Einzelpersonen: die Mutter, den rechtlichen Vater, den biologischen Vater, die gemeinsamen biologischen Kinder des Ehepaars sowie die Zwillinge. Insbesondere hätte genau geprüft werden müssen, ob persönliche Kontakte zwischen den Zwillingen und Anayo „im besten Interesse der Kinder wären“. Da die deutschen Gerichte eine derartige gerechte Abwägung nicht vorgenommen hatten, lag nach Ansicht des EGMR eine Verletzung des Art 8 EMRK vor.⁴⁰⁰

Legte man nun die Rsp des EGMR im vorliegenden Fall auf die österreichische Rechtslage um, so wurde klar, dass Reformbedarf herrscht. Dem leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater konnten als Dritten iSd § 148 Abs 4 ABGB⁴⁰¹ Kontakte (nur) dann eingeräumt werden, wenn im Falle des Unterbleibens persönlicher Kontakte das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Obgleich sich die österreichischen Gerichte, wie im gegenständlichen Fall vom EGMR gefordert, also mit den Interessen des Kindes auseinandersetzen mussten, war § 148 Abs 4 ABGB dennoch nicht mit Art 8 EMRK zu vereinbaren.⁴⁰² Schließlich verlangte der EGMR im Hinblick auf Art 8 EMRK eine Abwägung dahingehend, ob die Einräumung des Kontaktrechts „im besten Interesse der Kinder wäre“. Zwischen einer Anordnung von Kontakten, wenn es im besten Interesse des Kindes ist und einer Einräumung von Kontakten nur im Falle einer Kindeswohlgefährdung, liegt zweifelsohne ein beträchtlicher Unterschied.⁴⁰³ Darüber hinaus stand nach *Ferrari*⁴⁰⁴ und *Nademleinsky*⁴⁰⁵ auch der Umstand, dass § 148 Abs 4 ABGB dem biologischen Vater als Dritten kein selbstständiges Antragsrecht gewährte, nicht im Einklang mit der EMRK.

³⁹⁸ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 58 (*Nademleinsky*).

³⁹⁹ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 58 (*Nademleinsky*).

⁴⁰⁰ EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 58 f (*Nademleinsky*).

⁴⁰¹ Unter diesem Punkt beziehen sich alle Paragraphen ohne weitere Angaben auf das ABGB idF KindRÄG 2001.

⁴⁰² *Nademleinsky*, EF-Z 2011, 59; zust *Ferrari*, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60 (60).

⁴⁰³ *Nademleinsky*, EF-Z 2011, 59; *ders* in *Gütschthaler* 246.

⁴⁰⁴ *Ferrari*, iFamZ 2012, 60.

⁴⁰⁵ *Nademleinsky*, EF-Z 2011, 59.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Rsp des EGMR im Fall *Anayo* gegen Deutschland gewissermaßen als Anstoß für die Novellierung der Rechtslage kontaktberechtigter Dritter durch das KindNamRÄG 2013 gesehen werden kann.⁴⁰⁶ Die Neuerungen werden sogleich im nächsten Kapitel dargelegt.

4.2 Das Kontaktrecht zwischen Kind und Dritten idF KindNamRÄG 2013

Die persönlichen Kontakte zwischen Kind und Dritten sind jetzt in § 188 Abs 2 ABGB geregelt. Die Bestimmung differenziert zwischen zwei Gruppen von dritten Personen:⁴⁰⁷

S 1 des § 188 Abs 2 ABGB regelt Kontakte zwischen dem Kind und jenen Dritten, die mit dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind. Zu diesem Personenkreis werden insbesondere Geschwister,⁴⁰⁸ Stief- oder Pflegeeltern, der biologische, aber nicht rechtliche Vater des Kindes, die biologischen Eltern eines Adoptivkindes,⁴⁰⁹ sowie andere wichtige Vertrauenspersonen des Kindes, wie bspw die „Tagesmutter“ und die „Leihoma“⁴¹⁰ oder das Au-pair-Mädchen, gezählt.⁴¹¹ Diesen Dritten wird mit dem KindNamRÄG 2013 nun die Möglichkeit gegeben, selbst einen Antrag auf Kontaktregelung zu stellen. Antragslegitimiert sind somit, neben Kind und Elternteil, auch der Dritte selbst (§ 188 Abs 2 S 1 ABGB). Neu ist außerdem, dass die Einräumung der persönlichen Kontakte nicht mehr die Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt. Das Gericht hat die Kontakte gem § 188 Abs 2 S 1 ABGB bereits dann anzuordnen, wenn sie dem Kindeswohl dienen. Mit dieser neuen Regelung kommt der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 nunmehr den Anforderungen des Art 8 EMRK nach.⁴¹²

⁴⁰⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4 und 29; *Barnreiter*, JAP 2012/2013, 243 f; *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 902; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 200 f.

⁴⁰⁷ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 188 Rz 2; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 192.

⁴⁰⁸ *Deixler-Hübner* kritisiert in diesem Zusammenhang, dass Geschwistern im Zuge des KindNamRÄG 2013 kein eigenständiges Kontaktrecht iSd § 188 Abs 1 ABGB eingeräumt wurde, zumal zwischen Kindern und Geschwistern oftmals ein engeres Verhältnis als zwischen Enkel und Großeltern besteht: siehe *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 191; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 91.

⁴⁰⁹ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 193; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 92.

⁴¹⁰ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209.

⁴¹¹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 188 Rz 5.

⁴¹² *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 188 Rz 6; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 209; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 192; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 91.

Alle anderen Personen, die in keiner familiären oder persönlichen Beziehung zu dem Kind stehen, wie etwa Lehrer oder Nachbarn,⁴¹³ haben hingegen weiterhin kein Antragsrecht. Sie können ein amtswegiges Tätigwerden des Gerichts oder einen Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers allenfalls anregen, wobei die Kontakte nur dann gerichtlich anzuordnen sind, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre (§ 188 Abs 2 S 2 ABGB).⁴¹⁴

Zu beachten ist allerdings noch, dass eine Kontaktregelung zwischen Kind und Dritten auch nach neuer Rechtslage die Bereitschaft des Dritten, persönliche Kontakte wahrzunehmen, erfordert.⁴¹⁵ *Nademleinsky*⁴¹⁶ wirft diesbezüglich die Frage auf, ob das Erfordernis eines zu den Kontakten „bereiten“ Dritten dem Kindeswohl gerecht werden könne. Mit der Abschaffung des Ablehnungsrechts des Kontaktberechtigten und der Statuierung der Kontaktpflicht habe der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 ja gerade der Bedeutung persönlicher Kontakte zu beiden Elternteilen für das Kindeswohl Rechnung getragen. Daher sei insbesondere im Falle des „bloß“ biologischen Vaters fraglich, warum dieser nicht zu Kontakten verpflichtet werden könne.

Ich halte die von *Nademleinsky* aufgeworfene Frage für durchaus berechtigt. Vor allem in jenen Fällen, in denen Kontakte zu dem biologischen, aber nicht rechtlichen Vater eingeräumt werden sollen, ist die Situation meiner Meinung nach mit jener der Großeltern zu vergleichen.⁴¹⁷ Es erschließen sich mir keine Gründe, die eine Differenzierung zwischen Eltern im rechtlichen Sinn und den biologischen Eltern in Bezug auf eine Kontaktpflicht rechtfertigen könnten. Für das Wohl des Kindes können persönliche Kontakte zu seinem biologischen Vater genauso wichtig sein wie persönliche Kontakte zu seinen rechtlichen Eltern. Für den biologischen, aber nicht rechtlichen Vater müsste somit meines Erachtens in Bezug auf das Kindeswohl die Kontaktpflicht nach § 186 ABGB analog gelten.

⁴¹³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29.

⁴¹⁴ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 188 Rz 2; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 192; *dies* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*/91 f; *Barnreiter*, JAP 2012/2013, 243 f.

⁴¹⁵ § 188 Abs 2 S 1 ABGB; *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 246; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 5a.

⁴¹⁶ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 246; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 188 Rz 7.

⁴¹⁷ Siehe dazu die Ausführungen in Kap 3.

5 Verfahren

Im folgenden Kapitel werden in Grundzügen einige Aspekte des Kontaktrechtsverfahrens angeführt. Eine detaillierte Darstellung des Kontaktrechtsverfahrens kann nicht geboten werden, da dies den Rahmen dieser Diplomarbeit übersteigen würde.

5.1 Zuständigkeiten und Grundsätze des Kontaktrechtsverfahrens

Das Verfahren zur Regelung und Durchsetzung persönlicher Kontakte ist zu den Außerstreitmaterien zu zählen (§ 1 Abs 2 iVm §§ 104 ff AußStrG). Somit sind Kontaktrechtsverfahren im Außerstreitverfahren nach dem AußStrG zu führen.⁴¹⁸

Zu den Zuständigkeiten ist festzuhalten, dass das sachlich zuständige Gericht gem § 104a JN das Bezirksgericht ist. § 109 JN regelt die örtliche Zuständigkeit, demzufolge jenes Gericht örtlich zuständig ist, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt⁴¹⁹ hat. Die funktionelle Zuständigkeit richtet sich nach § 19 Abs 2 Z 2 RPfLG, welcher besagt, dass Kontaktrechtsverfahren dem Richter vorbehalten bleiben.⁴²⁰

Das Verfahren zur Regelung der persönlichen Kontakte ist grundsätzlich ein reines Antragsverfahren. Daher ergeht, wie unter *Kap 2.3.2* schon angemerkt, eine gerichtliche Regelung der Kontakte idR nur auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils (§ 187 Abs 1 S 3 ABGB).⁴²¹ Ein solcher Antrag hatte nach bisheriger Rsp zumindest die Dauer der begehrten Kontakte zu enthalten.⁴²² Das Gericht war an den Antrag streng gebunden und konnte, selbst wenn es den Interessen des Kindes entgegengekommen wäre, kein umfangreicheres Kontaktrecht als beantragt einräumen.⁴²³ *Nademleinsky*⁴²⁴ bezweifelt, ob diese strenge Antragsbindung angesichts des mit dem KindNamRÄG 2013 einhergehenden geänderten Verständnisses der persönlichen Kontakte noch haltbar sei. Vor allem sei es seiner Ansicht nach

⁴¹⁸ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 1 Rz 6 und 8.

⁴¹⁹ Bei der Beurteilung, ob ein Aufenthalt als „gewöhnlicher Aufenthalt“ gilt, sind gem § 66 Abs 2 JN die Dauer, die Beständigkeit und andere Umstände beruflicher oder persönlicher Art, die eine dauerhafte Beziehung zwischen der Person und ihrem Aufenthalt anzeigen, zu berücksichtigen.

⁴²⁰ *Jausovec*, Besuchsrecht 203 f.

⁴²¹ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 75; LG Salzburg 21 R 428/01i EFSlg 102.733; LGZ Wien 42 R 407/06y EFSlg 113.731 = EF-Z 2007/80; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 28.

⁴²² LGZ Wien 44 R 515/99g EFSlg 89.735.

⁴²³ LGZ Wien 42 R 39/09k EFSlg 123.193.

⁴²⁴ *Nademleinsky* in *Gitschthaler* 243; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 23.

sinnvoll, für den verfahrenseinleitenden Antrag keine strengen Angaben der Kontaktzeiten mehr zu fordern und einen Antrag auf „angemessene Regelung der persönlichen Kontakte“ zuzulassen. Die begehrten Kontaktzeiten sollen also im Zuge des Verfahrens konkretisiert werden können, wenn man sich über die Bedürfnisse des Kindes und die Entlastungsmöglichkeiten des betreuenden Elternteils im Klaren ist.

Von dem Antragsprinzip kann allerdings, wie bisher, ausnahmsweise abgegangen werden. Das Gericht ist, wenn das Wohl des Kindes ansonsten gefährdet wäre, dazu befugt das Kontaktrechtsregelungsverfahren ohne Antrag von Amts wegen einzuleiten.⁴²⁵

Der Grundsatz, dass die Beteiligten die Kontakte in erster Linie einvernehmlich regeln sollen (§ 187 Abs 1 S 3 ABGB), ist ebenfalls ein wichtiges Prinzip des Kontaktrechtsverfahrens. Wie bereits in *Kap 2.3.1* erwähnt, bestimmt § 13 Abs 3 AußStrG, dass das Gericht die Parteien in jeder Lage des Verfahrens dazu anzuhalten hat, doch noch zu einem Einvernehmen zu gelangen. Damit die Beteiligten eine einvernehmliche Regelung erzielen, kann das Gericht entsprechende Unterstützungsinstrumente iSd § 107 Abs 3 AußStrG, wie bspw den Besuch einer Elternberatung, verpflichtend anordnen und mit dem Verfahren auch mehrmals innehalten (§ 107 Abs 4 AußStrG).⁴²⁶ Das „Primat der einvernehmlichen Regelung“ ist schon allein deshalb zweckmäßig, da Vereinbarungen, die vom Einvernehmen der Beteiligten getragen werden, viel eher eingehalten werden als vom Gericht „oktroyierte“ Beschlüsse, in denen sich uU die eine Partei als Verlierer und die andere als Sieger betrachtet.⁴²⁷

§ 13 AußStrG enthält im Übrigen noch einen weiteren bedeutenden Verfahrensgrundsatz: Nach § 13 Abs 2 AußStrG gilt der Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls auch im formellen Recht. Bei allen Verfahrenshandlungen muss sich das Gericht somit vom Wohl des Kindes als oberste Maxime leiten lassen.⁴²⁸

5.2 Das Kind im Kontaktrechtsverfahren

Dem Kind kommt im Kontaktrechtsverfahren, unabhängig vom Erreichen seiner Mündigkeit, die Stellung einer materiellen Partei zu.⁴²⁹ Im Außerstreitverfahren sind, anders als im

⁴²⁵ LGZ Wien 42 R 407/06y EFSlg 113.731 = EF-Z 2007/80; *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 182; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ 1. Ergänzungsband § 148 Rz 1d.

⁴²⁶ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 13 Rz 4; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 26.

⁴²⁷ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 32 und 40; *Jausovec*, Besuchsrecht 111.

⁴²⁸ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 31 f; *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 13 Rz 3.

⁴²⁹ *Schrammel/Schur*, EF-Z 2007, 167.

Zivilprozess, neben Antragssteller und Antragsgegner gem § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG ebenso jene Personen Partei des Verfahrens, deren rechtlich geschützte Stellung durch die gerichtliche Regelung unmittelbar beeinflusst wird (materieller Parteibegriff). Da dem Kind ein eigenständiges Recht auf persönlichen Kontakt zukommt, wird durch Regelungen über das Kontaktrecht seine Rechtsstellung unmittelbar berührt.⁴³⁰

Von der Parteistellung ist die Frage zu unterscheiden, ob das Kind verfahrensfähig iSd § 104 AußStrG ist. Abs 1 des § 104 AußStrG bestimmt, dass der mündige, über vierzehnjährige Minderjährige selbstständig vor Gericht handeln kann. Er kann also selbst verfahrenseinleitende Anträge stellen, Rechtsmittel einbringen und sonstige Prozesshandlungen vornehmen. Der unmündige Minderjährige wird demgegenüber von dem betreuenden Elternteil vertreten. Er kann folglich seine Parteirechte nicht selbstständig ausüben.⁴³¹

Wichtig im Zusammenhang mit der Stellung des Kindes im Verfahren über die persönlichen Kontakte ist zudem sein Anhörungsrecht nach § 105 AußStrG, demzufolge es im Verfahren grundsätzlich persönlich zu hören ist.⁴³² Mit der Anhörung sollen sowohl das rechtliche Gehör des Kindes gewahrt als auch zusätzliche Beweise gesammelt werden. Das Gericht kann sich dadurch nämlich persönlich ein Bild über Bedürfnisse des Kindes sowie über sein Verhältnis zum Kontaktberechtigten machen.⁴³³ Die persönliche Anhörung muss nicht unbedingt vom Gericht selbst vorgenommen werden. Hat der Minderjährige das zehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, erfordert dies sein Gesundheits- oder Entwicklungszustand, oder kann eine ernsthafte und unbeeinflusste Meinungsäußerung ansonsten nicht gewährleistet werden, kann die Anhörung durch den Jugendwohlfahrtsträger, die Familiengerichtshilfe oder durch andere geeignete Institutionen, wie etwa Sachverständige, erfolgen (§ 105 Abs 1 S 2 AußStrG).⁴³⁴ Überhaupt unterbleiben kann die persönliche Anhörung des Kindes gem § 105 Abs 2 AußStrG allerdings nur aus zwei Gründen, und zwar erstens, wenn es durch die Anhörung oder einer damit zusammenhängenden Verfahrensverzögerung zu einer Gefährdung des Kindeswohls kommt oder zweitens, wenn von dem Kind im Hinblick auf seine Verständnissfähigkeit keine

⁴³⁰ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 2 Rz 9; *Schrammel/Schur*, EF-Z 2007, 167.

⁴³¹ *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 29; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 104 Rz 2; *Schrammel/Schur*, EF-Z 2007, 167.

⁴³² In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass dem mündigen Minderjährigen bereits aufgrund seiner eigenen Verfahrensfähigkeit (§ 104 AußStrG) persönlich rechtliches Gehör eingeräumt werden muss: siehe *Deixler-Hübner* in *Ferrari/Hopf* 121.

⁴³³ OGH 10 58/09s EF-Z 2010, 72 (*Gitschthaler*); LGZ Wien 45 R 686/07a EFSIlg 122.253; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 30.

⁴³⁴ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 104 Rz 2; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 30.

überlegte Äußerung zu erwarten ist.⁴³⁵ Man kann davon ausgehen, dass ein unter drei- bzw vierjähriges Kind grundsätzlich noch nicht dazu in der Lage ist, „überlegte Äußerungen“ abzugeben. Kinder dieser Altersstufe müssen also idR nicht persönlich angehört werden.⁴³⁶ Unterlässt das Gericht die Anhörung, obwohl die Gründe des § 105 Abs 2 AußStrG nicht gegeben sind, so ist dies ein Verfahrensfehler, der die Aufhebung der Kontaktrechtsentscheidung nach sich ziehen kann.⁴³⁷

An dieser Stelle muss, der Vollständigkeit halber, erneut auf das Ablehnungsrecht des mündigen Minderjährigen nach § 108 AußStrG, hingewiesen werden: Der über Vierzehnjährige kann gem § 108 AußStrG die Ausübung persönlicher Kontakte ablehnen, was zur Folge hat, dass das Gericht den Antrag auf Kontaktregelung abweisen bzw von der Durchsetzung der Kontakte Abstand nehmen muss.⁴³⁸

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass in besonders konfliktreichen und für das Kind äußerst belastenden Kontaktrechtsverfahren die Möglichkeit besteht, das Kind durch die Beigabe eines Kinderbeistands nach § 104a AußStrG zu unterstützen.⁴³⁹ Der Kinderbeistand dient in erster Linie als „Sprachrohr und Begleiter des Kindes“ im Verfahren und ist weder gesetzlicher Vertreter des Kindes noch Partei des Verfahrens. Er ist ein Rechtsinstitut sui generis.⁴⁴⁰

5.3 Vorläufige Einräumung von Kontaktrechten

§ 107 Abs 2 AußStrG bestimmt, dass das Gericht Kontaktrechte vorläufig einräumen kann. Nach bisheriger Rechtslage⁴⁴¹ war eine vorläufige Kontaktregelung jedoch nur unter besonderen Umständen möglich, nämlich erst wenn aufgrund einer akuten Kindeswohlgefährdung eine sofortige Entscheidung, ohne umfangreiche Erhebungen, notwendig war. Eine derartige Gefährdung des Kindeswohls wurde vor allem dann

⁴³⁵ *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 104 Rz 4.

⁴³⁶ *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 104 Rz 4.

⁴³⁷ OGH 10 58/09s EF-Z 2010/39 (*Gitschthaler*); *Deixler-Hübner in Rechberger*, AußStrG² § 104 Rz 4.

⁴³⁸ Das Ablehnungsrecht des mündigen Minderjährigen wurde bereits in Kap 2.7.4 besprochen.

⁴³⁹ *Nademeinsky in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ I § 148 Rz 32; *Reiter/Kloiber/Haller*, Das Kinderbeistand-Gesetz, EF-Z 2010, 133 (133).

⁴⁴⁰ *Reiter/Kloiber/Haller*, EF-Z 2010, 134 f.

⁴⁴¹ Vgl § 107 Abs 2 AußStrG idF KindRÄG 2001.

angenommen, wenn wegen fehlender Kontakte eine Entfremdung zwischen Kind und Kontaktberechtigtem drohte.⁴⁴²

Mit dem KindNamRÄG 2013 werden nun der Anwendungsbereich der vorläufigen Regelungen erweitert und die Voraussetzungen für ihre Anordnung gelockert.⁴⁴³ § 107 Abs 2 AußStrG ordnet an, dass persönliche Kontakte „nach Maßgabe des Kindeswohls, insbesondere zur Aufrechterhaltung der verlässlichen Kontakte und zur Schaffung von Rechtsklarheit“ vorläufig einzuräumen sind. Das Gericht kann nach neuer Rechtslage folglich bereits dann eine vorläufige Regelung der Kontakte verfügen, wenn eine schnelle Entscheidung für klare Verhältnisse während der Dauer des Verfahrens sorgt oder wenn sich dadurch die Situation des Kindes beruhigen lässt. Neuer Maßstab für die vorläufige Einräumung persönlicher Kontakte ist also, ob das Kindeswohl durch die vorläufige Entscheidung gefördert wird.⁴⁴⁴

Durch das KindNamRÄG 2013 wird schließlich noch klargestellt, dass einer vorläufigen Kontaktrechtsentscheidung ex lege Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zukommt, außer das Gericht schließt diese explizit aus (§ 107 Abs 2 AußStrG iVm § 44 AußStrG).⁴⁴⁵

Ich persönlich finde diesen erweiterten Anwendungsbereich vorläufiger Entscheidungen begrüßenswert. Gerade Kontaktrechtsregelungsverfahren können sich in die Länge ziehen, weil das Gericht, um eine dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung treffen zu können, zeitintensive Erhebungen, wie etwa die Einholung von Sachverständigengutachten, durchführen muss.⁴⁴⁶ Während dieser Zeit kann es leicht zu einer Entfremdung zwischen Kind und Kontaktberechtigtem kommen,⁴⁴⁷ weshalb die rasche Einräumung einstweiliger Kontakte für die Eltern-Kind-Beziehung sehr wichtig ist. Da das Gericht nach neuer Rechtslage für die Anordnung vorläufiger Kontakte nicht mehr auf eine etwaige Kindeswohlgefährdung, sondern „nur“ noch auf die Förderung des Kindeswohls abstellen muss, werden in Zukunft vorläufige Kontaktrechtsentscheidungen wohl häufiger angeordnet werden können.

⁴⁴² LG Wels 21 R 294/08x EFSIlg 122.285; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 235; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 32.

⁴⁴³ *Nademeinsky* in *Gitschthaler* 247; *Fucik*, ÖJZ 2013, 303.

⁴⁴⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 38; *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 235; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Ia § 187 Rz 32; *Fucik*, ÖJZ 2013, 303; *Deixler-Hübner*, Zak 2013, 11.

⁴⁴⁵ *Deixler-Hübner*, Zak 2013, 11; *Fucik*, ÖJZ 2013, 303; nach bisheriger Rechtslage war strittig, ob eine vorläufige Entscheidung auch ohne gerichtliche Anordnung verbindlich und vollstreckbar ist: siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 38.

⁴⁴⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 5 und 38.

⁴⁴⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 5 und 9.

6 Schlussbetrachtung

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, das im Zuge des KindNamRÄG 2013 novellierte Recht auf persönlichen Kontakt umfassend aufzuarbeiten und die Änderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage entsprechend zu bewerten.

Das Kontaktrecht regelt einen sehr emotionalen Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen. Die persönlichen Kontakte dienen dazu, dass zwischen Kind und Elternteil (bzw anderen wichtigen Bezugspersonen) ein Naheverhältnis bestehen kann, obwohl sie nicht im gemeinsamen Haushalt leben. Vor allem in jenen Fällen, in denen sich die Eltern trennen bzw scheiden lassen und die persönlichen Kontakte zu dem fortan getrennt lebenden Elternteil geregelt werden müssen, spielt das Kontaktrecht für das psychische Wohlergehen des Kindes eine äußerst wichtige Rolle. Die Kinderseele leidet, wenn die Eltern plötzlich getrennte Wege gehen und um diese schwierige Situation verarbeiten zu können, muss eine persönliche Beziehung zu beiden Elternteilen beibehalten werden.⁴⁴⁸ Ebenso können in jenen Fällen, in denen das Kind den anderen Elternteil nie kennengelernt hat, persönliche Kontakte zu diesem für die psychische Integrität des Kindes sehr bedeutsam sein.⁴⁴⁹

Mit der Umgestaltung des Kontaktrechts durch das KindNamRÄG 2013 sollte dieser besonderen Bedeutung der persönlichen Kontakte für das Kind und sein Wohl Rechnung getragen werden.⁴⁵⁰ Daher wird mit der Reform in § 186 ABGB explizit eine Pflicht der Eltern, Kontakte zu ihrem Kind wahrzunehmen, festgesetzt. Der programmatische Charakter dieser Norm ist meiner Ansicht nach positiv zu würdigen. Das Gesetz führt den Eltern jetzt deutlich vor Augen, dass die Bewahrung bzw der Aufbau einer persönlichen Beziehung zu ihrem Kind eine Pflicht ist, die wahrgenommen werden muss. Eltern tragen gegenüber ihren Kindern eine gewisse emotionale Verantwortung, derer sie sich nicht entziehen sollen.

Im unmittelbaren Zusammenhang mit der neu eingeführten elterlichen Kontaktpflicht steht jener Paradigmenwechsel, den die Novelle im Bereich der zwangsweisen Durchsetzung persönlicher Kontakte gebracht hat: Der kontaktberechtigte Elternteil kann nach der jetzigen Rechtslage persönliche Kontakte zu seinem Kind nicht mehr ablehnen und auch gegen seinen Willen mit Zwangsmaßnahmen dazu angehalten werden, Kontakte zu seinem Kind

⁴⁴⁸ Siehe dazu ausführlich Kap 2.1.4.

⁴⁴⁹ Beck, EF-Z 2010, 225.

⁴⁵⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

wahrzunehmen (§ 110 Abs 2 AußStrG). Nach der neuen Rechtslage muss er sein Kind also treffen, ob er will oder nicht.

Die Zweckmäßigkeit dieser Neuerung ist gerade in Bezug auf das Kindeswohl nicht unstrittig. Liegt es wirklich im Interesse des Kindes auf einen Elternteil zu treffen, der es eigentlich gar nicht sehen will? Eine Frage, auf die sich meiner Meinung nach keine allgemein gültige Antwort finden lässt. Einerseits wird es zweifelsohne Fälle geben, in denen gegen den Willen des Kontaktberechtigten erzwungene Kontakte das Wohl des Kindes gefährden könnten und von einer zwangsweisen Vollstreckung jedenfalls abzusehen ist (§ 110 Abs 3 AußStrG). Andererseits gibt es genügend Kinder, deren psychisches Wohlergehen einen, wenn auch nur erzwungenen, Kontakt bitter benötigt. Man denke dabei nur an jene Kinder, deren Wunsch es ist, den kontaktberechtigten Elternteil wenigstens einmal kennenzulernen. Die zwangsweise Durchsetzung bei Weigerung des Kontaktberechtigten bleibt meines Erachtens ein sehr sensibles Thema, welches insbesondere im Zusammenhang mit dem Kindeswohl stets eine genaue Prüfung der Umstände des Einzelfalls erfordert. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Gerichte dieser Verantwortung bewusst sind.

Mit der Reform geht zudem eine neue Auffassung hinsichtlich der inhaltlichen bzw zeitlichen Ausgestaltung des Kontaktrechts einher. Der Kontaktberechtigte soll nach neuer Rechtslage nicht mehr lediglich die Freizeit, sondern ausdrücklich auch den Alltag mit dem Kind teilen (§ 187 Abs 1 S 4 ABGB). Mit dieser Regelung unterstreicht das KindNamRÄG 2013 abermals die besondere Bedeutung des Kontaktrechts für das Kindeswohl. Denn die kindlichen Bedürfnisse verlangen eine innige, vertrauensvolle Eltern-Kind-Beziehung, die naturgemäß nur dann entstehen bzw bewahrt werden kann, wenn das Kind und der Kontaktberechtigte im entsprechenden Ausmaß miteinander Zeit verbringen können. Außerdem setzt ein „echtes“ Naheverhältnis meines Erachtens voraus, dass das Kind und der kontaktberechtigte Elternteil auch alltägliche Situationen miteinander erleben. Das nach der bisherigen Rechtslage⁴⁵¹ üblicherweise zwei Mal monatlich zugesprochene „Wochenendbesuchsrecht“ konnte dem wohl kaum gerecht werden.

Zu den Errungenschaften der Novelle zählt meiner Meinung nach eindeutig die Aufwertung des Kontaktrechts zwischen Kind und dritten Personen. Jene Dritte, die zu dem Kind in einer besonderen persönlichen oder familiären Beziehung stehen (zB Geschwister, Pflege- oder Stiefeltern), können nunmehr selbst persönliche Kontakte zu dem Kind beantragen und die

⁴⁵¹ Siehe dazu die Verweise in Kap 2.5 FN 140 und FN 159.

Kontakte sind bereits dann anzuordnen, wenn sie dem Kindeswohl dienen (§ 188 Abs 2 ABGB) und nicht erst, wenn im Falle des Unterbleibens eine Kindeswohlgefährdung droht.⁴⁵² Mit der Neugestaltung des Kontaktrechts Dritter wird auf den Umstand, dass neben den Eltern auch bestimmte andere Menschen im Leben eines Kindes oftmals einen sehr bedeutsamen Platz einnehmen und eine persönliche Beziehung zwischen dem Kind und diesen Dritten für das Kindeswohl ebenso wichtig sein kann, verstärkt Rücksicht genommen. Des Weiteren finde ich es sehr begrüßenswert, dass die neue Bestimmung mit den Anforderungen des Art 8 EMRK in Einklang steht.⁴⁵³

Abschließend möchte ich festhalten, dass das KindNamRÄG 2013 meines Erachtens sein Ziel, durch die Umgestaltung des Kontaktrechts die spezielle Bedeutung der persönlichen Kontakte für das Kindeswohl zu verdeutlichen, vor allem mit der expliziten Statuierung einer Kontaktpflicht des kontaktberechtigten Elternteils, verwirklicht hat. Allerdings wird erst die Praxis zeigen, wie sich die zwangsweise Durchsetzung dieser Kontaktpflicht auch gegen den Willen des Kontaktberechtigten wirklich mit dem Wohl des Kindes vereinbaren lässt. Denn wengleich sicherlich Umstände bestehen, die eine zwangsweise Vollstreckung auf den ersten Blick zweckmäßig erscheinen lassen, liegen dennoch keine Erfahrungswerte vor, wie sich erzwungene Kontakte tatsächlich auf das Kindeswohl auswirken.

⁴⁵² Vgl § 148 Abs 4 ABGB idF KindRÄG 2001.

⁴⁵³ Siehe dazu Kap 4.1.1.

„Der Mensch schuldet dem Kind das Beste, was er zu geben hat.“

(UNO-Deklaration zum Schutze des Kindes)

Judikaturverzeichnis

EGMR

EGMR U 03.12.2009, *Zaunegger* gegen Deutschland, Nr 22028/04, ÖJZ 2010/2

EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011,57 (*Nademleinsky*)

EGMR U 03.02.2011, *Sporer* gegen Österreich, Nr 35637/03, ÖJZ 2011/3

EGMR E 17.05.2011, *Heidemann* gegen Deutschland, Nr 9732/10, www.egmr.org (27.01.2014)

VfGH

VfGH G 114/11 EF-Z 2012/127

OGH

OGH 22.11.1984, 7 Ob 687,688/84 EFSlg 45.789

OGH 19.04.1989, 8 Ob 558/89 EFSlg 59.669

OGH 28.11.1991, 7 Ob 618/91 EvBl 1992/80 = EFSlg 65.906

OGH 28.10.1992, 2 Ob 586/92 EFSlg 68.906 = EvBl 1993/64

OGH 21.12.1995, 2 Ob 578/95 EFSlg 78.714 = JBl 1996, 402

OGH 10.04.1997, 6 Ob 2398/96g EFSlg 83.848 = ÖA 1997, 168 (*Klein*)

OGH 04.09.2002, 9 Ob 201/02b EFSlg 100.241

OGH 03.12.2002, 5 OB 243/02z = ÖA 2003, 230/K 10 = EFSlg 100.201

OGH 24.09.2003, 9 Ob 98/03g EFSlg 106.705.

OGH 26.11.2003, 3 Ob 238/03a EFSlg 106.823 = ecolex 2004/124

OGH 25.02.2004, 3 Ob 264/03z EFSlg 107.750

OGH 24.03.2004, 10 Ob 61/03y EFSlg 107.744

OGH 25.06.2004, 1 Ob 133/04x EFSlg 107.734

OGH 26.08.2004, 8 Ob 22/04z EFSlg 107.710

OGH 25.05.2005, 7 Ob 91/05s EFSlg 110.785

OGH 12.07.2005, 4 Ob 109/05s EFSlg 110.811

OGH 25.08.2005, 6 Ob 171/05y EFSlg 110.814

OGH 31.01.2006, 1 Ob 259/05b EFSlg 116.076

OGH 21.06.2006, 7 Ob 102/06k EFSlg 113.716

OGH 11.07.2006, 1 Ob 133/06z EFSlg 113.725 = EF-Z 2006/44 (*Gitschthaler*)

OGH 12.07.2007, 2 Ob 133/07h iFamZ 2007/147 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 01.04.2008, 5 Ob 59/08z EFSlg 119.591

OGH 27.08.2008, 7 Ob 11/08f Zak 2008/679

OGH 08.10.2008, 9 Ob 55/08s EF-Z 2009/7 = iFamZ 2009/23 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 17.12.2008, 9 Ob 35/08z EFSlg 122.317 = iFamZ 2009/61 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 30.03.2009, 7 Ob 8/09s JBl 2009, 571 (571) = EF-Z 2009, 143(*Beck*) = iFamZ 2009/150 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 14.05.2009, 6 Ob 68/09g EF-Z 2009/119 (*Beck*)

OGH 29.09.2009, 8 Ob 59/09y EF-Z 2010/65

OGH 10.11.2009, 10 Ob 58/09s = EF-Z 2010/39 (*Gitschthaler*)

OGH 21.04.2010, 6 Ob 148/10y EFSlg 126.696

OGH 01.09.2010, 6 Ob 101/10m EvBl 2011/1 = EF-Z 2011/108 (*Beck*)

OGH 15.12.2010, 1 Ob 207/10p EFSlg 126.748 = EF-Z 2011/36

OGH 24.02.2011, 6 Ob 15/11s EFSlg 133.270

OGH 12.04.2011, 4 Ob 8/11x EvBl 2011/60 = EFSlg 130.490 = iFamZ 2011,196 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2011, 138

OGH 30.05.2011, 3 Ob 19/11z EFSlg 130.538 = iFamZ 2011/21 (*Fucik*)

OGH 24.08.2011, 3 Ob 84/11s EFSlg 130.497 = EFSlg 130.499 = EF-Z 2012/10 (*Beck*)

OGH 13.10.2011, 1 Ob 179/11x JBl 2012, 116 = EF-Z 2012/69 (*Beck*) = iFamZ 2012/13
(*Thoma-Twaroch*)

OGH 11.10.2012, 2 Ob 184/12s EF-Z 2013/46 (*Beck*)

OGH 18.04.2013, Ob 5 Ob 21/13v EF-Z 2013,211

LG

LGZ Wien 13.03.1978, 43 R 348/78 EFSlg 31.280

LGZ Wien 22.10.1979, 43 R 1048/79 EFSlg 33.530

LGZ Wien 29.11.1979, 43 R 1103/79 EFSlg 33.531

LGZ Wien 12.10.1983, 44 R 3568/83 EFSlg 43.274

LGZ Wien 20.10.1983, 43 R 1048/83 EFSlg 43.221

LGZ Wien 10.11.1983, 43 R 1066/83 EFSlg 43.256

LGZ Wien 22.03.1990, 47 R 2008/90 EFSlg 63.237

LGZ Wien 11.11.1992, 47 R 766/92 EFSlg 68.653

LGZ Wien 03.02.1993, 47 R 51/93 EFSlg 71.740

LGZ Wien 12.05.1993, 43 R 253/93 EFSlg 71.711

LGZ Wien 28.07.1993, 44 R 568,569/93 EFSlg 71.749

LGZ Wien 10.11.1993, 43 R 708/93 EFSlg 71.664

LGZ Wien 22.03.1994, 44 R 252/94 EFSlg 75.058

LG Eisenstadt 16.11.1995, 20 R 159/95 EFSlg 78.055

LGZ Wien 09.01.1996, 44 R 1097/95i EFSlg 81.005

LGZ Wien 02.10.1996, 44R 394/96h EFSlg 81.018

LGZ Wien 04.06.1997, 45 R 170/97a EFSlg 83.966

LGZ Wien 05.08.1997, 43 R 588/97g EFSlg 83.985

LGZ Wien 14.10.1997, 43 R 760/97a EFSlg 83.957

LGZ Wien 16.12.1997, 43 R 1031/97d EFSlg 83.913

LGZ Wien 14.07.1998, 43 R 514/98a EFSlg 86.882

LGZ Wien 20.05.1999, 45 R 234/99s EFSlg 90.110

LGZ Wien 22.07.1999, 44 R 515/99g EFSlg 89.735

LGZ Wien 09.12.1999, 45 R 578/99d EFSlg 89.725

LGZ Wien 17.05.2000, 45 R 229/00h EFSlg 92.962

LGZ Wien 11.10.2000, 45 R 555/00a EFSlg 92.970

LGZ Wien 10.01.2001, 43 R 681/00s EFSlg 96.511

LGZ Wien 24.01.2001, 43 R 27/01s EFSlg 96.537

LG Salzburg 27.04.2001, 21 R 88/01i EFSlg 96.510

LG Salzburg 13.03.2002, 21 R 428/01i EFSlg 102.733

LG Salzburg 13.03.2002, 21 R 11/02t EFSlg 100.245

LGZ Wien 19.03.2002, 42 R 165/02d EFSlg 102.948

LG Linz 21.03.2002, 14 R 82/02f EFSlg 100.232

LGZ Wien 29.04.2002, 43 R 246/02y EFSlg 100.248

LG Feldkirch 28.05.2002, 1 R 101/02i EFSlg 100.247

LGZ Wien 11.06.2002, 42 R 318/02d EFSlg 100.229

LG Eisenstadt 29.08.2002, 20 R 84/02f EFSlg 100.257

LG Salzburg 05.12.2002, 21 R 491/02f EFSlg 100.251

LGZ Wien 12.02.2003, 45 R 54/03d EFSlg 104.254

LGZ Wien 19.08.2003, 42 R 501/03t EFSlg 104.253

LGZ Wien 11.03.2005, 45 R 75/05w EFSlg 110.800

LG Wels 13.04.2005, 21 R 93/05h EFSlg 113.018

LGZ Wien 28.04.2005, 48 R 106/05a EFSlg 110.906

LGZ Wien 31.05.2005, 42 R 171/05y EFSlg 110.780

LG Wels 08.06.2005, 21 R 137/05d EFSlg 110.771

LGZ Wien 08.09.2005, 48 R 263/05i EFSlg 113.014

LG Salzburg 15.09.2005, 21 R 401/05z EFSlg 110.769

LG Salzburg 10.10.2005, 21 R 266/05x EFSlg 110.816

LGZ Wien 20.12.2005, 42 R 483/05y EFSlg 110.812

LG Salzburg 21.12.2005, 21 R 438/05s EFSlg 110.770

LGZ Wien 11.04.2006, 45 R 197/06p EFSlg 116.075

LG Krems an der Donau 07.06.2006, 2 R 105/05m EFSlg 113.764

LGZ Wien 29.06.2006, 45 R 298/06s EFSlg 113.714

LGZ Wien 16.08.2006, 44 R 459/06k EFSlg 116.083

LGZ Wien 29.08.2006, 42 R 298/06v EFSlg 113.747

LGZ Wien 19.09.2006, 42 R 374/06w EFSlg 113.761

LGZ Wien 19.09.2006, 42 R 347/06z EFSlg 113.745 = EFSlg 113.746

LGZ Wien 04.10.2006, 42 R 407/06y EFSlg 113.731 = EF-Z 2007/80

LGZ Wien 07.11.2006, 43 R 640/06w EFSlg 113.735

LGZ Wien 18.01.2007, 48 R 356/06t EFSlg 116.831

LG Salzburg 14.02.2007, 21 R 37/07y EFSlg 116.832

LG Salzburg 11.04.2007, 21 R 137/07d EFSlg 118.914

LGZ Wien 19.06.2007, 42 R 249/07i EFSlg 116.850

LG Krems an der Donau 27.06.2007, 2 R 49/07d EFSlg 116.835

LGZ Wien 10.01.2008, 43 R 674/07x EFSlg 122.318

LGZ Wien 15.01.2008, 45 R 686/07a EFSlg 122.253

LGZ Wien 28.05.2008, 45 R 191/08h EFSlg 122.307

LG Wels 04.06.2008, 21 R 126/08s EFSlg 119.634

LG Salzburg 13.08.2008, 21 R 322/08m EFSlg 122.304

LG Wels 13.08.2008, 21 R 267/08a EFSlg 119.629

LG Wels 24.09.2008, 21 R 294/08x EFSlg 122.285 = EFSlg 119.617

LGZ Wien 16.10.2008, 48 R 278/08z EFSlg 122.321

LG Wels 28.01.2009, 21 R 249/08d EFSlg 122.526

LGZ Wien 10.02.2009, 42 R 39/09k EFSlg 123.166 = EFSlg 123.193

LG Wels 07.10.2009, 21 R 333/09h EFSlg 125.897

LGZ Wien 18.05.2010, 44 R 115/10b EFSlg 126.735

LGZ Wien 22.06.2010, 44 R 229/10t EFSlg 129.527

LGZ Wien 21.09.2010, 48 R 258/10m EFSlg 126.744

LGZ Wien 29.11.2010, 43 R 702/10v EFSlg 129.557

LG Salzburg 22.12.2010, 21 R 541/10k EFSlg 129.544

LGZ Wien 29.12.2010, 45 R 721/10b EFSlg 126.706

LG Innsbruck 16.03.2011, 54 R 14/11x EFSlg 130.519 = EFSlg 130.552

LGZ Wien 26.04.2011, 44 R 116/11a EFSlg 130.543

LGZ Wien 27.06.2011, 43 R 326/11a EFSlg 130.553

LGZ Wien 12.09.2011, 45 R 412/11p EFSlg 130.542

LG Salzburg 16.12.2011, 21 R 307/11k EFSlg 130.525

LG St. Pölten 20.03.2013, 23 R 111/13s EF-Z 2013/112

RIS-Justiz

RIS-Justiz RS0048013

RIS-Justiz RS0048376

RIS-Justiz RS0048369

Literaturverzeichnis

I. Kommentare

Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/ Vonkilch Andreas, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-267³ (Wien 2008)

Höpfel Franz/Ratz Eckart, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (Stand April 2002, rdb.at)

Kletečka Andreas/Schauer Martin, ABGB-ON^{1.02} (Stand Juli 2013, rdb.at)

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund, Kurzkomentar zum ABGB³ (Wien 2010)

Meyer-Ladewig Jens, EMRK Handkommentar³ (Baden-Baden 2011)

Rechberger Walter H., Kommentar zum Außerstreitgesetz² (Wien 2013)

Rummel Peter, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ 1. Ergänzungsband (Wien 2003)

Schwimann Michael, ABGB Taschenkommentar² (Wien 2012)

Schwimann Michael/Kodek Georg, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ Band I (Wien 2011)

Schwimann Michael/Kodek Georg, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ Ergänzungsband Ia zu Band I (Wien 2013)

II. Sammelbände, Monographien und Lehrbücher

Aichhorn Ulrike, Das Recht der Lebenspartnerschaften, Ehe und Lebensgemeinschaft (Wien/ New York 2003)

Aichhorn Monika /Holz-Dahrenstaedt Andrea, Die Eltern lassen sich scheiden: Kinderbeistand und Besuchsbegleitung (Wien 2012)

Aichhorn Monika/Weiß Claudia, Die Aufgabengebiete des Besuchsmittlers, in *Barth Peter/ Deixler-Hübner Astrid/ Jelinek Georg* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Wien 2013) 281

Barth Peter, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz des Besuchsmittlers, in *Barth Peter/Deixler-Hübner Astrid/Jelinek Georg* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Wien 2013) 273

Beck Susanne, Kindschaftsrecht² (Wien 2013)

Deixler-Hübner Astrid, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹¹ (Wien 2013)

Deixler-Hübner Astrid, Ausgestaltung und Durchsetzung der Kontaktrechte nach dem KindNamRÄG 2013, in *Barth Peter/ Deixler-Hübner Astrid/ Jelinek Georg* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Wien 2013) 117

Deixler-Hübner Astrid, Die neuen familienrechtlichen Verfahrensbestimmungen, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 115

Deixler-Hübner Astrid/Mayrhofer Mariella, Überblick über die Neuerungen im Verfahrensrecht, in *Barth Peter/ Deixler-Hübner Astrid/ Jelinek Georg* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Wien 2013) 225

Deixler-Hübner Astrid/Fucik Robert/Huber Markus, Das neue Kindschaftsrecht (Wien 2013)

Ferrari-Hofmann-Wellenhof Susanne, Die Rechtsstellung des Kindes bei Regelung über das Besuchsrecht, in *Harrer Friedrich/Zitta Rudolf* (Hrsg), Familie und Recht (Wien 1992) 743

Ferrari-Hofmann-Wellenhof Susanne, Zum Besuchsrecht des geschiedenen Ehegatten, in *Harrer Friedrich/Zitta Rudolf* (Hrsg), Familie und Recht (Wien 1992) 621

Haslinger Markus, Bewirkt die UN-Konvention über die Rechte des Kindes einen neuen völkerrechtlichen Status des Kindes in Österreich? in *Rauch-Kallat Maria /Pichler Johannes W.*(Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Wien 1994) 49

Hinteregger Monika, Familienrecht⁶ (Wien 2013)

Hopf Gerhard, Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (Wien 2001) 77

Jausovec Sibylle, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (Wien 2009)

Jelinek Georg, Die Neuregelung des Kindeswohls, in *Barth Peter/Deixler-Hübner Astrid/Jelinek Georg* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Wien 2013) 35

Kerschner Ferdinand, Bürgerliches Recht: Band V: Familienrecht⁵ (Wien 2013)

Leeb Claudia, Obsorge-Besuchsrecht-Mindestrechte, in *Deixler-Hübner Astrid/Schwarzinger Ingrid* (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (Wien 1998) 57

Maurer Ewald, Kinder und Scheidung³ (Wien 2013)

Nademleinsky Marco, Die neue Kontaktregelung, in *Gitschthaler Edwin* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (Wien 2013) 239

III. Beiträge in Zeitschriften

Barnreiter Sonja, Materieellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013, JAP 2012/2013, 241

Barth Peter, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamZ 2011, 60

Barth Peter/Pesendorfer Ulrich, Regelung und Durchsetzung des Kontaktrechts: Überblick über die bisherige Rechtslage und Änderung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 24

Beck Susanne,

- Kinder brauchen beide Eltern - Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010, 220
- KindNamRÄG 2013: Zwischen Verfassungsrecht und Geschlechterkampf, iFamZ 2013, 37
- Anmerkung zu OGH 3 Ob 84/11s EF-Z 2012/10 (30)
- Anmerkung zu OGH 2 Ob 184/12s EF-Z 2013/46 (68)
- Anmerkung zu OGH 1 Ob 179/11x EF-Z 2012/69 (117)
- Anmerkung zu OGH 7 Ob 8/09s EF-Z 2009, 143 (145)

Beclin Barbara, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6

Deixler-Hübner Astrid, Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 9

Ebert Kurt, „First Call for Children!“ JBl 1995, 69

Ferrari Susanne, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60

Ferrari Susanne/Pfeiler Sandra, Die österreichische Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 2002, 1079

Figdor Helmuth, „Sorgepflicht“, „Besuchsrecht“...aber was hilft dem Kind? ÖA 1990, 3

Figdor Helmuth, Lässt sich das Kindeswohl quantifizieren? FamZ 2006, 246

Fucik Robert, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 297

Fürst Helmut, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89

Haidenthaller Patricia, Schwerpunkt der Kindschaftsrechts-Reform 2001, JBl 2001, 622

Haller Max, Kontakte zwischen Kindern und getrennten Eltern - Voraussetzungen eines Weges zur Linderung der Scheidungsfolgen im Lichte soziologischer Befunde, ÖA 1997, 3

Haybäck Richilde, Kind und Trennung: Ausschnitt einer Lebenswirklichkeit - Einige sozialwissenschaftliche Überlegungen zur Obsorgeentscheidung, ÖA 1995, 139

Hopf Gerhard/Weitzenböck Johann, Schwerpunkte des Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001, ÖJZ 2001, 485

Huter Reinhard, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis, EF-Z 2012, 105

Karner Ernst, Besuchsrechtsvereitelung und Schadenersatz - ein Paradigmenwechsel? ÖJZ 2011, 572

Kathrein Georg, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197

Klein Ingomar, Eigener Besuchsrechtsanspruch des Kindes - eine Utopie? ÖA 1992, 6

Mottl Ingeborg, Umfasst das Besuchsrecht auch Telefonanrufe? ÖA 1994, 173

Nademleinsky Marco, Anmerkung zu EGMR U 21.12.2010, *Anayo* gegen Deutschland, Nr 20578/07, EF-Z 2011, 57

Nademleinsky Marco, Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“, ÖJZ 2006, 275

Pesendorfer Ulrich, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 64

Reiter Michael/Kloiber Barbara/Haller Hartmut, Das Kinderbeistand-Gesetz, EF-Z 2010, 133

Sax Helmut, Kinderrechte in der Verfassung - was nun? EF-Z 2011, 204

Schrammel Ursula/Schur Theresia, Partei- und Verfahrensfähigkeit im Besuchsrechtsverfahren, EF-Z 2007, 164

Thoma-Twaroch Gabriela, Anmerkung zu OGH 4 Ob 8/11x iFamZ 2011, 196

Thunhart Raphael, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden? iFamZ 2011, 139

Wallisch Gert, Der „andere Elternteil“ und das Besuchsrecht (KindRÄG 2001), ÖJZ 2002, 487

IV. Materialienverzeichnis

Erläuterungen zur Regierungsvorlage, Nummer 296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 21. Gesetzgebungsperiode

Erläuterungen zur Regierungsvorlage, Nummer 224 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 22. Gesetzgebungsperiode

Erläuterungen zur Regierungsvorlage, Nummer 2004 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates, 24. Gesetzgebungsperiode

V. Verzeichnis der Internetquellen

Huber Markus, Scheidung: Besuchsrecht schwer durchsetzbar und teuer

http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/481728/Scheidung_Besuchsrecht-schwer-durchsetzbar-und-teuer

(Stand 27.01.2014)

Nademleinsky Marco, Besuchsrecht und Schadenersatz: Kommt der Bumerang zurück?

http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/664245/Besuchsrecht-und-Schadenersatz_Kommt-der-Bumerang-zuruck (Stand 27.01.2014)

Statistik Austria, Scheidungen

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/

(Stand 10.01.2014)

Fundstellenverzeichnis: Urteile und Entscheidungen des EGMR

www.egmr.org

(Stand 27.01.2014)

Begriffsdefinition zu „Skype“

<http://www.itwissen.info/definition/lexikon/Skype-skype.html>

(Stand 27.01.2014)

ANHANG: Gegenüberstellung der Gesetzestexte

ABGB idF KindNamRÄG 2013

„Persönliche Kontakte“

§ 186. Jeder Elternteil eines minderjährigen Kindes hat mit dem Kind eine persönliche Beziehung einschließlich der persönlichen Kontakte (§ 187) zu pflegen.

§ 187. (1) Das Kind und jeder Elternteil haben das Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte. Die persönlichen Kontakte sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils diese Kontakte in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise zu regeln und die Pflichten festzulegen. Die Regelung hat die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen und soll möglichst sowohl Zeiten der Freizeit als auch die Betreuung im Alltag des Kindes umfassen. Das Alter, die Bedürfnisse und die Wünsche des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung sind besonders zu berücksichtigen.

(2) Das Gericht hat nötigenfalls die persönlichen Kontakte einzuschränken oder zu untersagen, insbesondere soweit dies aufgrund der Anwendung von Gewalt gegen das Kind oder eine wichtige Bezugsperson geboten erscheint oder der Elternteil, der mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, seine Verpflichtung aus § 159 nicht erfüllt.

§ 188. (1) Zwischen Enkeln und ihren Großeltern gilt § 187 entsprechend. Die persönlichen Kontakte der Großeltern sind jedoch auch so weit einzuschränken oder zu untersagen, als sonst das Familienleben der Eltern (eines Elternteils) oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde.

(2) Wenn persönliche Kontakte des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten dem Wohl des Kindes dienen, hat das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder des Dritten, sofern dieser zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte nötigen Verfügungen zu treffen. Solche Verfügungen hat es auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.

ABGB idF KindRÄG 2001

§ 148. (1) Lebt ein Elternteil mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, so haben das Kind und dieser Elternteil das Recht, miteinander persönlich zu verkehren. Die Ausübung dieses Rechtes sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils die Ausübung dieses Rechtes unter Bedachtnahme auf die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln.

(2) Das Gericht hat nötigenfalls, insbesondere wenn der berechtigte Elternteil seine Verpflichtung aus § 145b nicht erfüllt, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr einzuschränken oder zu untersagen.

(3) Zwischen Enkeln und ihren Großeltern gelten Abs. 1 und 2 sinngemäß. Die Ausübung des Rechtes der Großeltern ist jedoch auch so weit einzuschränken oder zu untersagen, als sonst das Familienleben der Eltern (eines Elternteils) oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde.

(4) Wäre durch das Unterbleiben des persönlichen Verkehrs des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten sein Wohl gefährdet, so hat das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils, des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen die zur Regelung des persönlichen Verkehrs nötigen Verfügungen zu treffen

AußStrG idF KindNamRÄG 2013

„Besondere Entscheidungen im Verfahren über das Recht auf persönliche Kontakte“

§ 108. Lehnt ein Minderjähriger, der das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet hat, ausdrücklich die Ausübung der persönlichen Kontakte ab und bleiben eine Belehrung über die Rechtslage und darüber, dass die Anbahnung oder Aufrechterhaltung des Kontakts mit beiden Elternteilen grundsätzlich seinem Wohl entspricht, sowie der Versuch einer gütlichen Einigung erfolglos, so ist der Antrag auf Regelung der persönlichen Kontakte ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen und von der Fortsetzung der Durchsetzung abzusehen.

„Durchsetzung von Regelungen der Obsorge oder des Rechts auf persönliche Kontakte“

§ 110. (1) Die zwangsweise Durchsetzung einer Regelung der Obsorge oder des Rechts auf persönliche Kontakte hat nur dann zu erfolgen, wenn

- 1.eine gerichtliche Entscheidung vorliegt;
- 2.eine Vereinbarung vor Gericht geschlossen wurde oder
- 3.die Obsorge vor dem Standesbeamten bestimmt worden ist.

(2) Eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung ist ausgeschlossen. Das Gericht hat auf Antrag oder von Amts wegen angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs.2 anzuordnen. Regelungen, die die persönlichen Kontakte betreffen, sind auch gegen den Willen des Elternteils durchzusetzen, der mit dem Minderjährigen nicht im gemeinsamen Haushalt lebt. Regelungen, die die Obsorge betreffen, kann das Gericht auch durch Anwendung angemessenen unmittelbaren Zwanges vollziehen.

(3) Das Gericht kann von der Fortsetzung der Durchsetzung auch von Amts wegen nur absehen, wenn und solange sie das Wohl des Minderjährigen gefährdet.

(4) Wenn es das Wohl des betroffenen Minderjährigen verlangt, kann das Gericht bei der Durchsetzung der gerichtlichen oder gerichtlich genehmigten Regelung der Obsorge den Jugendwohlfahrtsträger oder die Jugendgerichtshilfe um Unterstützung, insbesondere um die vorübergehende Betreuung des Minderjährigen, ersuchen. Unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der gerichtlichen Regelung darf jedoch ausschließlich durch Gerichtsorgane ausgeübt werden; diese können die Organe des öffentlichen Sicherheitsdiensts beiziehen.

AußStrG idF KindRÄG 2001

„Besondere Entscheidungen im Besuchsverfahren“

§ 108. Lehnt ein Minderjähriger, der das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet hat, oder ein nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebender Elternteil ausdrücklich die Ausübung des persönlichen Verkehrs ab und bleiben eine Belehrung über die Rechtslage und darüber, dass die Anbahnung oder Aufrechterhaltung des persönlichen Verkehrs mit beiden Elternteilen grundsätzlich dem Wohl des Minderjährigen entspricht, sowie der Versuch einer gütlichen Einigung erfolglos, so sind Anträge auf Regelung des persönlichen Verkehrs ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen und von der Fortsetzung der Durchsetzung abzusehen.

„Durchsetzung von Obsorge- und Besuchsrechtsregelungen“

§ 110. (1) Im Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung einer gerichtlichen oder gerichtlich genehmigten Regelung der Obsorge oder des Rechts auf persönlichen Verkehr ist eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung ausgeschlossen.

(2) Das Gericht hat auf Antrag oder von Amts wegen angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs. 2 anzuordnen. Entscheidungen, die die Obsorge betreffen, kann das Gericht auch durch Anwendung angemessenen unmittelbaren Zwanges vollziehen.

(3) Das Gericht kann von der Fortsetzung der Durchsetzung auch von Amts wegen nur absehen, wenn und solange sie das Wohl des Minderjährigen gefährdet.

(4) Wenn es das Wohl des betroffenen Minderjährigen verlangt, kann das Gericht bei der Durchsetzung der gerichtlichen oder gerichtlich genehmigten Regelung der Obsorge den Jugendwohlfahrtsträger oder die Jugendgerichtshilfe um Unterstützung, insbesondere um die vorübergehende Betreuung des Minderjährigen, ersuchen. Unmittelbarer Zwang zur Durchsetzung der gerichtlichen Regelung darf jedoch ausschließlich durch Gerichtsorgane ausgeübt werden; diese können die Organe des öffentlichen Sicherheitsdiensts beiziehen.