

Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Magisters der Rechtswissenschaften  
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl-Franzens-Universität Graz

Rechtsfolgen bei Beeinträchtigung des Besuchsrechts

---

eingereicht von  
Michael Mühl

bei  
o. Univ.-Prof. Dr. jur. Monika Hinteregger

Graz, Juli, 2012

### Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

.....

Graz, Juli, 2012

## **Inhaltsverzeichnis**

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Einleitung.....	1

### **1. Kapitel: Was ist das Besuchsrecht?**

I. Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	2
A. Die EMRK.....	2
B. Die UN Kinderrechtskonvention.....	3
C. Die EU Grundrechtecharta.....	4
D. Das BVG über die Rechte des Kindes.....	5
II. Das Besuchsrecht im Speziellen.....	6
A. Rechtsnatur.....	6
B. Rechte und Pflichten.....	7
C. Zweck des Besuchsrechts.....	9
III. Die Wohlverhaltensklausel.....	9
IV. Das Kindeswohl.....	12
V. Die Besuchsrechtsregelung.....	14
A. Die einvernehmliche Regelung.....	14
B. Die gerichtliche Regelung.....	15
C. Inhalte der Regelung.....	16

### **2. Kapitel: Das Verfahren in Besuchsrechtssachen**

I. Allgemeines.....	20
A. Zuständigkeiten.....	20
B. Grundsätze im Verfahren.....	21
II. Das Kind im Verfahren.....	22
III. Durchsetzung des Besuchsrechts.....	25

### 3. Kapitel: Rechtsfolgen bei Beeinträchtigung des Besuchsrechts

I. Beeinträchtigung durch den betreuenden Elternteil .....	28
A. Informationsrechtliche Konsequenzen .....	28
B. Erbrechtliche Konsequenzen .....	29
C. Obsorgerechtliche Konsequenzen .....	29
D. Unterhaltsrechtliche Konsequenzen .....	30
E. Schadenersatzrechtliche Konsequenzen .....	31
II. Beeinträchtigung durch den besuchsberechtigten Elternteil .....	34
A. Informationsrechtliche Konsequenzen .....	34
B. Erbrechtliche Konsequenzen .....	35
C. Besuchsrechtliche Konsequenzen .....	37
D. Unterhaltsrechtliche Konsequenzen .....	43
E. Exkurs zum Pflegeregress .....	44
F. Strafrechtliche Konsequenzen .....	45
III. Beeinträchtigung durch das Kind .....	47
A. PAS (Parental Alienation Syndrom) .....	47
B. Erbrechtliche Konsequenzen .....	52
C. Informationsrechtliche Konsequenzen .....	54

### 4. Kapitel: Der Entwurf des KindRÄG 2012

I. Allgemeines .....	55
II. Darstellung des Entwurfes und Beurteilung der Änderungen .....	55
A. Allgemeine Rechte und Pflichten .....	55
B. Das Recht auf persönlichen Verkehr .....	57
C. Besondere Entscheidungen im Verfahren .....	59
D. Die Familiengerichtshilfe .....	60
E. Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls .....	63

<b>Fazit</b> .....	65
Literaturverzeichnis.....	69
Judikaturverzeichnis.....	77

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
ad	an der
Anm	Anmerkung
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BT	Besonderer Teil
EB	Erläuternde Bemerkungen
ect	et cetera
EF	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Fn	Fußnote
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Grundrechte- Charta
hL	herrschende Lehre
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JBA-G	Justizbetreuungsagentur- Gesetz
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
KindRÄG	Kindschaftsrechtsänderungsgesetz
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilsachen
mE	meines Erachtens
Nr	Nummer
NZ	Notariats-Zeitung
OGH	Oberster Gerichtshof

ÖA.....Österreichischer Amtsvormund  
RIS.....Rechtsinformationssystem des Bundes  
RPfIG.....Rechtspflegergesetz  
RS.....Rechtssatz  
RV.....Regierungsvorlage  
Rz.....Randzahl  
RZ.....österreichische Richterzeitung  
SMS.....Short Message Service (Kurznachrichtendienst)  
SSSt.....Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen  
SZ.....Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen  
TaKomm.....Taschenkommentar  
ua.....und andere  
UN-KRK.....Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes  
VfGH.....Verfassungsgerichtshof

## Einleitung

Im Jahr 2010 kamen in Österreich 78.742 Babys zur Welt.<sup>1</sup> Jedes dieser Kinder hat, unabhängig davon, ob die Eltern ihre Beziehung in Form einer Ehe führen oder nicht, das Recht, eine Beziehung zu beiden Elternteilen aufzubauen. Um diese Beziehungen aufrecht zu erhalten und zu pflegen, sind persönliche Kontakte zwischen dem Kind und beiden Elternteilen notwendig. Solange beide Eltern mit dem Kind in einem Haushalt zusammen leben, wird die Herstellung persönlicher Kontakte in der Regel unproblematisch sein. Nur was geschieht, wenn sich die Eltern scheiden lassen bzw trennen? Der eine Elternteil lebt weiter mit dem Kind zusammen und hat dadurch die Möglichkeit, sein Kind regelmäßig zu sehen und die Beziehung zu pflegen. Damit auch der nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil diese Möglichkeit hat, gibt es das Recht auf persönlichen Verkehr, das „Besuchsrecht“, das in Österreich in § 148 ABGB geregelt ist. Seit dem KindRÄG 2001 ist auch das Kind selbst explizit im Gesetz als Träger dieses Rechtes genannt. Gemäß §§ 148 Abs 3 und 4 ABGB kann auch Großeltern oder anderen Personen ein Besuchsrecht eingeräumt werden. Aufgrund der im Vergleich zum Besuchsrecht der Eltern geringeren praktischen Relevanz des Besuchsrechts anderer Personen, wird in dieser Arbeit nicht näher darauf eingegangen.

Zunächst sollen die Grundlagen des Besuchsrechts erläutert werden. Dabei soll erklärt werden, wie das Besuchsrecht genau ausgestaltet ist, welche Grundprinzipien gelten und was sich der Gesetzgeber dabei gedacht hat. In diesem Teil der Arbeit wird auch kurz auf das Verfahren in Besuchsrechtsangelegenheiten eingegangen. Mit dem Recht auf persönlichen Verkehr gehen aber auch Pflichten einher. Wen welche Pflicht trifft und was geschehen kann, wenn diese Pflichten verletzt werden, soll dann als Schwerpunkt dieser Arbeit thematisiert werden. Die Rechtsfolgen bei Beeinträchtigung des Besuchsrechts sind vielfältig. Je nachdem wer das Besuchsrecht verletzt, können Sanktionen in verschiedenen „Härtegraden“ folgen. Dieses Thema ist auch in der Judikatur gerade recht aktuell und verdient damit besondere Aufmerksamkeit. Im letzten Teil der Arbeit soll noch ein Ausblick auf eine anstehende Reform des österreichischen Kindschaftsrechts gegeben werden. Dafür sollen die Reformüberlegungen im aktuellen Entwurf zu einem KindRÄG 2012 dargestellt und bewertet werden.

---

<sup>1</sup> [http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/bevoelkerung/geburten/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/geburten/index.html) (21.3.2012).



# 1. Kapitel: Was ist das Besuchsrecht?

## I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

### A. Die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Österreich ratifizierte die EMRK im Jahre 1958. Diese steht im Verfassungsrang und ist unmittelbar anwendbar. Das Besuchsrecht als solches ist im Text der Konvention nicht wörtlich genannt. Allerdings schützt Art 8 EMRK das Recht auf Privat- und Familienleben. Im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht interessiert hier vor allem der Schutz des Familienlebens. Der Begriff des „Familienlebens“ ist weit zu verstehen. Es handelt sich laut EGMR und EKMR um einen autonomen Begriff, der unabhängig vom innerstaatlichen Recht der Vertragsstaaten der EMRK auszulegen ist. Geschützt ist nicht nur die „klassische“ Familie mit verheirateten Eltern und gemeinsamen Kind, sondern die so genannte „De-facto-Familie“.<sup>2</sup> Natürlich fallen darunter jedenfalls die Beziehungen zwischen den Eltern und Kindern. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kinder ehelich oder unehelich sind, oder ob es sich um leibliche oder adoptierte Kinder handelt. Weiters ist es unerheblich, ob die Beziehung der Eltern aufrecht oder zerbrochen ist. Auch die Beziehung des Kindes zu nur einem Elternteil fällt noch in den Schutzbereich des Art 8 EMRK. Es ist also auch nicht von Bedeutung, ob die Beziehung zu beiden Eltern, oder zu nur einem Elternteil betroffen ist.<sup>3</sup> So ist hieraus ableitbar, dass das Recht eines nicht mit dem Kind im selben Haushalt lebenden Elternteils, persönlichen Kontakt mit seinem Kind zu haben, wie es § 148 ABGB in Österreich regelt, ein durch Art 8 EMRK verfassungsmäßig geschütztes Grundrecht der Eltern- Kindbeziehung darstellt.<sup>4</sup>

Art 8 EMRK stellt in erster Linie ein so genanntes Abwehrrecht dar. Das bedeutet, dass es das Recht auf Unterlassung staatlicher Eingriffe in das Privat- und Familienleben gewährt. Nach der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich aus der Bestimmung aber darüber hinaus auch positive Pflichten für den Staat. Der Staat wird dabei verpflichtet, die rechtliche Regelung von Familienbeziehungen derartig zu gestalten, dass die Betroffenen

---

<sup>2</sup> Baumgartner, Welche Formen des Zusammenlebens schützt die Verfassung?, ÖJZ 1998, 761 f; Ferk, Die privat- und familienrechtlichen Aspekte in den Grundrechten, RZ 2002, 202 (204).

<sup>3</sup> Pernthaler/Rath- Kathrein, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992) 264.

<sup>4</sup> EGMR E 26.5.1994, Keegan gg Irland, Nr. 16969/90, www.egmr.org (13.2.2012).

ein „normales Familienleben“ führen können.<sup>5</sup> Dabei haben die einzelnen Vertragsstaaten einen weiten Ermessensspielraum. Jedenfalls soll das Zusammensein von Eltern und Kindern, unabhängig von der Beziehung der Eltern untereinander, geschützt werden.<sup>6</sup> Gibt es im innerstaatlichen Recht Bestimmungen, die das Besuchsrecht einschränken oder ausschließen, so stellt das einen Eingriff in das Grundrecht des Art 8 EMRK dar und der Staat verletzt die Konvention. Ausgenommen davon sind Eingriffe, die gemäß Art 8 Abs 2 EMRK gesetzlich vorgesehen sind, eines oder mehrere der im Absatz 2 genannten Ziele verfolgen und zur Erreichung dieses Zieles bzw dieser Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Es handelt sich hierbei um einen materiellen Gesetzesvorbehalt.<sup>7</sup> Die in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele betreffen die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und die Verhinderung von strafbaren Handlungen, der Schutz der Gesundheit und der Moral und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Vor allem zur Erreichung des letztgenannten Zieles wird in innerstaatlichen Verfahren bezüglich des persönlichen Verkehrs oftmals notwendigerweise in das Grundrecht des Art 8 EMRK eingegriffen. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht des nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils eingeschränkt, oder im schlimmsten Fall auch untersagt werden.

## B. Die UN- Kinderrechtskonvention (UN- KRK)

Die UN- Kinderrechtskonvention, an deren Ausarbeitung Österreich im Rahmen der Vereinten Nationen aktiv beteiligt war, trat am 5. September 1992 in Österreich in Kraft. Artikel 9 Abs 3 UN- KRK besagt: *„Die Vertragsstaaten achten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßig persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht.“*

Das österreichische Besuchsrecht des § 148 ABGB entspricht dem Art 9 Abs 3 UN- KRK inhaltlich. Wie auch im österreichischen Kindschaftsrecht, ist die Komponente des Kindeswohls in der UN- KRK als höchster Grundsatz verankert. Das drückt Art 3 Abs 1 UN- KRK sehr deutlich aus, nach welchem das Kindeswohl bei allen Maßnahmen, die das

---

<sup>5</sup> EGMR E 13.6.1979, *Marckx* gg Belgien, Nr 6833/74, [www.egmr.org](http://www.egmr.org) (13.2.2012).

<sup>6</sup> EGMR E 17.10.1986, *Rees* gg Vereinigtes Königreich, Nr. 9532/81, [www.egmr.org](http://www.egmr.org) (13.2.2012).

<sup>7</sup> *Ferk*, Die privat- und familienrechtlichen Aspekte in den Grundrechten, RZ 2002, 205, Fn 12.

Kind betreffen, vorrangig zu berücksichtigen ist. Im Gegensatz zur EMRK steht die UN-KRK nicht im Verfassungsrang, sondern auf der Stufe eines einfachen Bundesgesetzes.<sup>8</sup> Deshalb ist sie auch nicht unmittelbar anwendbar, was dazu führt, dass Art 9 Abs 3 UN-KRK, anders als Art 8 EMRK, kein subjektives Recht begründet und daher nicht einklagbar und durchsetzbar ist. Das bedeutet, dass sich die/ der Einzelne in behördlichen Verfahren nicht unmittelbar auf den Inhalt der Konvention berufen kann. Die Konvention richtet sich nur an die Vertragsstaaten und verpflichtet diese, das genannte Recht des Kindes zu „achten“. Aus dieser Formulierung ergibt sich keine positive Förderungspflicht für die Vertragsstaaten. Nach Art 9 Abs 1 B-VG gelten die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes als Bestandteile des Bundesrechtes. Damit müssen innerstaatliche Rechtsnormen so ausgelegt werden, dass sie mit der UN-KRK nicht im Widerspruch stehen.<sup>9</sup>

Abschließend bleibt wohl zu sagen, dass die UN-KRK zwar sicherlich wichtige Impulse zur innerstaatlichen Gesetzgebung gegeben hat, wie zum Beispiel zum KindRÄG 2001, sie aber im Vergleich zur EMRK und deren unmittelbaren Anwendbarkeit relativ „zahnlos“ wirkt.<sup>10</sup>

### C. Die EU- Grundrechtecharta (GRC)

Der Vertrag von Lissabon veränderte das Europarecht von Grund auf. Unter anderem wurde die EU- Grundrechtecharta mit dem Inkrafttreten des Vertrages am 1. Dezember 2009 für alle Mitgliedstaaten für verbindlich erklärt.<sup>11</sup> Im Vertrag von Lissabon sind die Kinderrechte an zentraler Stelle platziert. So heißt es in Art 3 Abs 3 EUV, dass die Union das Ziel hat, die Rechte des Kinds zu schützen. In Art 24 GRC sind explizit die Rechte des Kindes verankert. Grundlage und Vorbild dieser Bestimmung war übrigens das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-KRK), was zeigt, dass diese auch im Europarecht Auswirkungen gebracht hat.<sup>12</sup> Gemäß Art 24 Abs 3 GRC hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden

---

<sup>8</sup> *Sax/Hainzl*, Die verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-KRK in Österreich (1999) 41.

<sup>9</sup> *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; *Verschraegen*, Die Kinderrechtekonvention (1996) 74.

<sup>10</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 5.

<sup>11</sup> *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>3</sup> (2010) 5.

<sup>12</sup> *Folz* in *Vedder/ Heintschel von Heinegg* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht (2011) Art 24 GR- Charta Rz 2.

Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Ganz klar geht aus diesem Wortlaut hervor, dass es sich dabei um ein eigenständiges Recht des Kindes handelt. „Eltern“ können die leiblichen und die ihnen gleichgestellten Adoptiveltern sein.<sup>13</sup> Der Adressatenkreis der Charta ist in Art 51 GRC verankert. Bindungswirkung entfaltet sie für die Union selbst und für die Mitgliedstaaten, immer im Rahmen von deren Kompetenzen. Art 24 GRC hat einen abwehrrechtlichen Charakter, soweit die Union aufgrund ihrer Zuständigkeit Eingriffe in die Rechte des Kindes vornehmen kann.<sup>14</sup> Die Bestimmung hat mittelbare Drittwirkung, was bedeutet, dass Dritte, also im Verhältnis von Privaten zueinander, nur durch die Gesetzgebung der Union oder der Mitgliedstaaten verpflichtet werden können.<sup>15</sup> Nationale Gerichte sind, wenn sie in unionsrechtlichen Fragen entscheiden, an die Grundrechte der Union und damit an Art 24 Abs 3 GRC gebunden.<sup>16</sup>

Eine aktuelle Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes<sup>17</sup> stellte fest, dass die GRC auf einer Ebene mit der österreichischen Verfassung zu sehen sei. Durch diese Entscheidung sind die in der Charta verbrieften EU- Grundrechte nun als subjektive, verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte anzusehen. Als solche können sie beim VfGH auch von Bürgern geltend gemacht werden. Laut *Funk* wird durch diese wichtige Entscheidung, neben einer Verbesserung des Grundrechtsschutzes, auch eine Lücke im Rechtsschutz geschlossen.<sup>18</sup>

#### D. Das BVG über die Rechte des Kindes (2011)

Das Recht auf persönlichen Verkehr ist außerdem im Bundesverfassungsgesetz über die Rechte des Kindes (BVG Kinderrechte) verankert. Der darin enthaltene Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte ist wortident mit dem bereits erwähnten Art 24 Abs 3 GRC des Unionsrechts. Mit diesem Gesetz setzte der österreichische Nationalrat in dem Sinn ein gesellschaftspolitisches Signal, dass das Wohl von Kindern und Jugendlichen als grundlegendes Staatsziel angesehen wird und nunmehr zusätzlich verfassungsrechtlich verankert ist.<sup>19</sup> Es soll damit sichergestellt werden, dass bei allen Rechtsakten, die

---

<sup>13</sup> Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>3</sup> Art 24 Rz 22.

<sup>14</sup> Folz in Vedder/ Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht Art 24 GR- Charta Rz 3.

<sup>15</sup> Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>3</sup> Art 24 Rz 17.

<sup>16</sup> Folz in Vedder/ Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht Art 51 GR- Charta Rz 4.

<sup>17</sup> VfGH 14.3.2012, U 466/11-18 ua, [http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/7/9/1/CH0003/CMS1336116410068/eu-grundrechte-charta\\_u466-11.pdf](http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/7/9/1/CH0003/CMS1336116410068/eu-grundrechte-charta_u466-11.pdf) (9.5.2012).

<sup>18</sup> Verfassungsrichter heben EU-Grundrechte in den Verfassungsrang, in *Wiener Zeitung* 5./6.5.2012, 11.

<sup>19</sup> Barth, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamz 2011, 60.

eventuell Auswirkungen auf Kinder haben könnten, das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt werden muss.<sup>20</sup> Diese Bestimmung stellt ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht im Sinne des Art 144 B-VG dar. Artikel 7 BVG Kinderrechte beinhaltet einen Gesetzesvorbehalt nach dem Vorbild des Art 8 Abs 2 EMRK. In den Erläuterungen zu diesem BVG heißt es, dass dieser Vorbehalt klar stellt, „dass Beschränkungen der Rechte und Ansprüche aus den Art 1, 2, 4 und 6 dieses Bundesverfassungsgesetzes nur aus bestimmten, dem Art 8 Abs 2 EMRK entsprechenden Gründen gestattet sind. Beispielsweise können straf- oder fremdenrechtliche Maßnahmen einzelne Rechte eines Kindes beschränken. Zu denken ist aber auch an Fälle, in denen dem Anspruch des Kindes berücksichtigungswürdige Interessen der Eltern entgegenstehen.“<sup>21</sup> Einschränkungen des Rechts nach Art 2 Abs 1 BVG über die Rechte des Kindes sind also nur im Rahmen des materiellen Gesetzesvorbehalts des Art 8 Abs 2 EMRK möglich.<sup>22</sup>

## II. Das Besuchsrecht im Speziellen

### A. Rechtsnatur des Besuchsrechts

Das Recht auf persönlichen Verkehr ist in der österreichischen Rechtsordnung in § 148 ABGB geregelt. Wie bereits erwähnt, stellt das Besuchsrecht ein Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung dar und gilt als allgemein anerkanntes Menschenrecht, das sowohl in der österreichischen Verfassung, als auch in anderen völkerrechtlichen Verträgen, verankert ist.<sup>23</sup> Vor dem KindRÄG 2001 war das Besuchsrecht rein als Recht des nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils formuliert. Dennoch wurde vertreten, dass ein eigener Anspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr bestand. Dieser wurde auf die in § 137 Abs 2 ABGB geregelte gegenseitige Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern und auf Art 9 Abs 3 UN-KRK, der schon damals einen eigenen Anspruch des Kindes vorsah, zurückgeführt.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> <http://www.kinderrechte.gv.at/home/im-fokus/kr-politik/kr-in-der-verfassung/content.html> (28.3.2012).

<sup>21</sup> 1051 BlgNR 935/A 24.GP 2.

<sup>22</sup> Grabenwarter, Expertenstatement zum Initiativantrag 935/A, XXIV. GP betreffend ein Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, <http://www.kinderrechte.gv.at/home/im-fokus/kr-politik/kr-in-der-verfassung/experten--innenstimme/content.html> (29.3.2012).

<sup>23</sup> Huber, Streit um das Kind- Was erwartet mich im Pflegschaftsverfahren (2010) 51.

<sup>24</sup> OGH 6 Ob 2398/96g EF 83.848; ÖA 1997, 168.

Mit dem KindRÄG 2001 wurde der § 148 ABGB neu formuliert und ist seit dem auch im Gesetzeswortlaut als ein eigenständiges Recht des Kindes verankert.<sup>25</sup> Allerdings wird der Anspruch des Kindes primär als Bewusstmachung elterlicher Verantwortung gesehen, da es an der Durchsetzbarkeit mangelt.<sup>26</sup> Gegen den Willen des nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils, so wie auch gegen den Willen des mündigen Minderjährigen, ist das Besuchsrecht nämlich nicht durchsetzbar. § 108 AußStrG bestimmt, dass diese Beteiligten die Ausübung des Besuchsrechts ablehnen können. Tun sie das und bleiben eine Belehrung über die Folgen dieser Entscheidung und ein Versuch der gütlichen Einigung erfolglos, so sind alle Anträge auf gerichtliche Regelung des Besuchsrechts vom Gericht abzulehnen und ist von der Durchsetzung des Rechts auf persönlichen Verkehr abzusehen.<sup>27</sup>

Auf das Recht auf persönlichen Verkehr kann nicht wirksam verzichtet werden. Verzichte oder ähnliche Vereinbarungen, die das Besuchsrecht ausschließen, sind nicht als verbindlich und vor allem als unzulässig anzusehen.<sup>28</sup> Das Recht auf persönlichen Verkehr kann außerdem nicht verwirkt werden. Auch das längere Nichtausüben oder etwaige Unterhaltsverletzungen führen nicht automatisch zum Verlust des Rechts. Nur aus Gründen des Kindeswohls könnte es zu einer Einschränkung oder gar zu einem Ausschluss des Rechts gemäß § 148 Absatz 2 kommen.<sup>29</sup> Schließlich ist noch zu erwähnen, dass auch eine Verjährung des Besuchsrechts nicht möglich ist.<sup>30</sup>

## B. Rechte und Pflichten

Wie eben erwähnt, gewährt § 148 ABGB seit dem KindRÄG 2001 sowohl dem Elternteilteil, der nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt, als auch dem Kind, ein Recht auf persönlichen Verkehr. Mit diesem Recht gehen aber auch Pflichten einher.

---

<sup>25</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek (Hrsg)*, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>4</sup> (2011) § 148 Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2010) § 148 Rz 2; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang ABGB Kommentar*<sup>3</sup> (2008) § 148 Rz 3; *Hinteregger*, Familienrecht<sup>3</sup> (2004) 189 FN 546.

<sup>26</sup> *Wallisch*, Der andere Elternteil und das Besuchsrecht, ÖJZ 2002, 487 (489).

<sup>27</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 38; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 46; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 12; *Hopf* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kommentar<sup>3</sup> (2010) § 148 ABGB Rz 10.

<sup>28</sup> OGH 7 Ob 345/99g EF 94.577; LGZ Wien 43 R 577, 578/95 EF 78.053.

<sup>29</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 57.

<sup>30</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 3; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 4; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 6.

Seit dem KindRÄG 2001 ist der nicht betreuende Elternteil kraft Gesetzes zur Aufrechterhaltung des persönlichen Kontaktes verpflichtet.<sup>31</sup> Mit dieser Besuchspflicht musste sich der OGH erstmals bei der so genannten „*Udo Jürgens-* Entscheidung“<sup>32</sup> beschäftigen. In diesem Fall ging es um die Frage, ob der Vater zu einem persönlichen Kontakt mit seinem Kind einmal im Monat verpflichtet werden könne oder nicht. Da man das Besuchsrecht, wie oben bereits erwähnt, schon vor dem KindRÄG 2001 auch als Recht des Kindes sah, leitete man eine sich daraus zwangsläufig ergebende Verpflichtung des Besuchselternteils ab. Der OGH unterschied aber schon damals zwischen dem grundsätzlichen Anspruch des Kindes und dessen Durchsetzbarkeit. Die Pflicht des Besuchselternteils ist wie gesagt eher als Instrument zur Bewusstmachung elterlicher Verantwortung gemeint. Aufgrund der mangelnden Durchsetzbarkeit des Anspruches, konnte der Vater in diesem Fall nicht zur Aufrechterhaltung des persönlichen Kontaktes gezwungen werden.<sup>33</sup>

„Echte“ Pflichten erwachsen beiden Elternteilen im Zusammenhang mit der Wohlverhaltenspflicht des § 145b ABGB. So trifft den betreuenden Elternteil beispielsweise die Pflicht, die Aufrechterhaltung des Kontaktes zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil zu ermöglichen bzw zu fördern. Die Wohlverhaltenspflicht wird im Weiteren noch genauer behandelt werden.

Fraglich ist, ob man aus dem Besuchsrecht auch eine Pflicht des minderjährigen Kindes ableiten kann. *Jausovec* geht von einer, freilich an das Kindeswohl angepassten, wechselseitigen Pflicht des Kindes aus, den Kontakt zum nicht betreuenden Elternteil aufrecht zu erhalten. Eine solche Besuchspflicht des Kindes soll dessen Wohl in dem Sinne dienen, „als auch dem Kind dadurch verdeutlicht wird, dass die Aufrechterhaltung des Kontakts zum nicht betreuenden Elternteil grundsätzlich seiner Entwicklung förderlich ist“.<sup>34</sup> Eine solche Pflicht des Kindes ist aber wohl im gleichen Maße zu sehen, wie die Pflicht des Besuchselternteils zur Aufrechterhaltung des persönlichen Kontaktes. Eine über bloße Motivation und Bewusstmachung von Folgen eigener Entscheidungen hinausgehende, echte Pflicht des Kindes, besteht zu Recht nicht.

---

<sup>31</sup> EB RV 296 BlgNR 21. GP 34, 40; OGH 7 Ob 8/09s <http://www.ris.bka.gv.at> (18.1.2012).

<sup>32</sup> OGH 6 Ob 2398/96 g EF 83.848.

<sup>33</sup> *Haidenthaller*, Schwerpunkte der Kindschaftsrechts-Reform 2001, JBl 2001, 622 (624).

<sup>34</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 64 f.

### C. Zweck des Besuchsrechts

Nach ständiger Rechtsprechung liegt der Zweck des Besuchsrechts darin, den auf Blutverwandtschaft beruhenden Zusammenhang zwischen dem Kind und dem von ihm getrennt lebenden Elternteil aufrechtzuerhalten und eine Entfremdung zu verhindern.<sup>35</sup> Das Besuchsrecht soll die Verbundenheit zwischen dem Kind und dem Besuchselternteil wahren bzw herstellen, falls noch nie ein Naheverhältnis zwischen den beiden bestanden hat.<sup>36</sup> Da der persönliche Kontakt des Kindes zu beiden Elternteilen idR als dem Kindeswohl dienlich angesehen wird, wird auch die Sicherstellung und Förderung der Entwicklung des Kindes zum Zweck des Besuchsrechts gezählt.<sup>37</sup> Weiters soll das Besuchsrecht, nach Maßgabe psycho- und soziologischer Erkenntnisse, die mit der Aufrechterhaltung der persönlichen Kontakte zwischen Kind und Elternteil verbundene Persönlichkeits- und Charakterbildung des Kindes gewährleisten.<sup>38</sup> Schließlich ist es auch Zweck des Besuchsrechts, dem nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich vom Wohlergehen seines Kindes, insbesondere von dessen Erziehung und Gesundheitszustand zu überzeugen und sich jene Informationen zu verschaffen, welche er zur Wahrnehmung seiner Verantwortung gegenüber dem Kind benötigt.<sup>39</sup>

Dem Besuchselternteil steht dabei grundsätzlich kein Miterziehungsrecht zu.<sup>40</sup> Ist er nicht obsorgeberechtigt, so hat er damit nicht die gesetzliche Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes. Vielmehr wird von einem Mitprägungrecht gesprochen werden können.<sup>41</sup> Eine gewisse Prägung des Kindes durch den Besuchselternteil wird sich ja auch gar nicht wirklich vermeiden lassen.

### III. Die Wohlverhaltensklausel

Das dritte Hauptstück des ABGB regelt die Rechte zwischen Eltern und Kindern. Bei der Ausübung der Rechte und der Erfüllung der Pflichten nach diesem Hauptstück, ist zur

---

<sup>35</sup> OGH 7 Ob 52/75 EF 24.182; OGH 1 Ob 779/80 EF 38.225; OGH 1 Ob 588/76 EF 26.583.

<sup>36</sup> RIS- Justiz RS 0048013, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (20.3.2012); OGH 7 Ob 563/85 EF 48.282.

<sup>37</sup> OGH 7 Ob 618/91 EF 65.908.

<sup>38</sup> Beck, Kindschaftsrecht (2009) Rz 407; LG Salzburg 21 R 322/06h EF 113.714.

<sup>39</sup> Thunhart in *Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 1; *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 1; Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB I*<sup>4</sup> § 148 Rz 2; OGH 1 Ob 527/88 EF 56.618.

<sup>40</sup> OGH 9 Ob 2024/96 d EF 80.977.

<sup>41</sup> LGZ Wien 42 R 483/05 EF 110.812.



Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von deren Aufgaben erschwert. Das wird seit dem KindRÄG 2001 in § 145b ABGB geregelt und wird als „Wohlverhaltensklausel“ oder „Wohlverhaltenspflicht“ bezeichnet.<sup>42</sup>

Für Kinder beginnt nach der Trennung ihrer Eltern immer ein neuer Lebensabschnitt. Sie müssen nun ein Leben in zwei voneinander getrennten Bereichen führen und lernen, sich in der Welt beider Elternteile zurechtzufinden. Diese ohnehin schwierige Situation soll nicht noch durch Verhaltensweisen der Eltern, die das Kind belasten und verunsichern, verstärkt werden.<sup>43</sup> Die Wohlverhaltenspflicht beinhaltet in erster Linie ein Unterlassungsgebot. Dabei umfasst sie ein breites Spektrum an zu unterlassenden Verhaltensweisen. Darunter fallen herabwürdigende oder beleidigende Äußerungen oder gar Gewalttätigkeiten gegenüber dem anderen Elternteil, Vereinnahmungen, Aufwiegelungen oder gar Aufhetzungen des Kindes und auch Versuche, über das Kind Einzelheiten des Privatlebens des anderen Elternteils oder der mit der Obsorge betrauten Person zu erfahren.<sup>44</sup> Meist sind es weniger die klaren Worte, die Eltern verwenden um ihre negative Einstellung gegenüber dem anderen Elternteil auszudrücken, als viel öfter manipulative Verhaltensweisen, vor denen das Kind geschützt werden soll. Der Maßstab des § 145b ABGB ist zu Recht sehr streng, zumal Kinder meist noch sehr leicht beeinflussbar sind und dadurch auch schnell in Loyalitätskonflikte geraten können.<sup>45</sup>

Neben diesem Unterlassungsgebot beinhaltet § 145b ABGB auch noch aktive Förderungspflichten. Beide Elternteile haben aktiv tätig zu werden. Im Rahmen dieser Förderungspflichten wird der betreuende Elternteil dazu angehalten, das Kind in einer dem Kindesalter angepassten Art und Weise auf den Besuchkontakt mit dem anderen Elternteil vorzubereiten.<sup>46</sup> Er soll dem Kind den Kontakt als etwas Positives darstellen und die Besuche im Nachhinein zusammen besprechen und verarbeiten.<sup>47</sup> Mögliche Vorbehalte dem anderen Elternteil gegenüber sind zurückzustellen und jede negative Beeinflussung ist

---

<sup>42</sup> *Deixler-Hübner in Loderbauer, Kinder- und Jugendrecht*<sup>4</sup> (2011) 62.

<sup>43</sup> *Beck, Kindschaftsrecht* Rz 188.

<sup>44</sup> EB RV 296 BlgNR 21.GP 60; OGH 9 Ob 201/02 b EF 100.194.

<sup>45</sup> *Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I*<sup>4</sup> § 145b Rz 4.

<sup>46</sup> OGH 5 Ob 552/84 EF 45.734.

<sup>47</sup> *Nademeinsky in Schwimann/Kodek, ABGB I*<sup>4</sup> § 148, Rz 13; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 23; *Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer, ABGB – ON 1.00* § 148 Rz 7.

zu unterlassen.<sup>48</sup> Vom besuchsberechtigten Elternteil wird verlangt, dass er es unterlässt, die Erziehungsmethoden und die Autorität des betreuenden Elternteils in Gegenwart des Kindes in Frage zu stellen, oder zu untergraben. So soll verhindert werden, dass ein negatives Klima zwischen dem Kind und dem betreuenden Elternteil geschaffen wird.<sup>49</sup> Beide Elternteile sind angehalten, für einen störungsfreien Ablauf des Besuchskontaktes zu sorgen. So hat der betreuende Elternteil das Kind zur vereinbarten Zeit „bereitzuhalten“ und es zum Mitgehen mit dem Besuchselternteil zu veranlassen, auch wenn das Kind sich dagegen sträubt. Den besuchsberechtigten Elternteil trifft in diesem Zusammenhang die Pflicht, das Kind pünktlich zur vereinbarten Zeit abzuholen und gegebenenfalls zu bringen.<sup>50</sup>

Der Grundsatz, nach dem der Besuchselternteil das Kind abzuholen hat, kann allerdings durch besondere Umstände, wie zB großer räumlicher Distanz zwischen den Wohnorten der beiden Elternteile, durchbrochen werden. Dem entsprechend entschied auch der OGH unlängst, dass es einer obsorgeberechtigten Mutter durchaus zumutbar sei, ihr Kind zum nahe gelegenen Flughafen zu bringen, damit das Kind anschließend zum rund 700 Kilometer entfernten Wohnort des besuchsberechtigten Vaters fliegen kann.<sup>51</sup> Da es im Sinne des Kindeswohls ist, dass das Kind persönlichen Kontakt zu beiden Elternteilen hat, es aber selbstständig keine großen räumlichen Distanzen überwinden kann, liegt es in der Verantwortung der beiden Elternteile, die Ausübung des Besuchsrechts zu ermöglichen. Für den betreuenden Elternteil kann das, wie auch diese Entscheidung des OGH zeigt, bedeuten, selbst im Rahmen seiner Förderungspflicht aktiv werden zu müssen, um das Recht des anderen Elternteils und vor allem das Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr zu gewährleisten.<sup>52</sup>

Außerdem haben die getrennten Eltern sich zu bemühen, die eigenen Gefühle dem früheren Partner gegenüber zurückzustellen, um die Folgen der Trennung und der damit verbundenen negativen Auswirkungen auf das Kind möglichst gering zu halten.<sup>53</sup> In der Praxis ist meines Erachtens leider davon auszugehen, dass die Wohlverhaltenspflicht von

---

<sup>48</sup> LGZ Wien 45 R 209/7 d EF 116.827.

<sup>49</sup> Schwarzl, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001 in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts(2001) 28.

<sup>50</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 13 und 14; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 6; LGZ Wien 46 R 965/74 EF 22.022; OGH 6 Ob 652/78 EF 32.656; OGH 1 Ob 642/83 EF 43.235.

<sup>51</sup> OGH 3 Ob 84/11 s EF-Z 2012/10.

<sup>52</sup> *Beck*, Das fliegende Besuchskind und sein Weg zum Flughafen, EF-Z 2012/10.

<sup>53</sup> LGZ Wien 42 R 423/02 w EF 100.209.

den Eltern nur sehr selten im vollen Maß beachtet wird. Es liegt wohl in der Natur des Menschen, sich in einer solchen Situation einen Vorteil verschaffen zu wollen, wenn nötig auch mit unerlaubten Mitteln.

Wird die Wohlverhaltenspflicht verletzt, sieht das Gesetz Sanktionen vor, die von der Einschränkung des Besuchsrechts oder der Obsorge, bis hin zum Entzug dieser Rechte führen können. Die Rechtsfolgen, die bei Verletzung der Wohlverhaltenspflicht drohen können, werden in weiterer Folge noch genauer behandelt.

#### IV. Das Kindeswohl

Die Förderung des Kindeswohls ist im österreichischen Kindschaftsrecht der höchste Grundsatz.<sup>54</sup> So gibt es im gesamten Kindschaftsrecht 24 Bestimmungen, in denen das Wort „Wohl“ vorkommt.<sup>55</sup> Was wird nun aber von diesem Begriff umfasst? Eine gesetzliche Definition fehlt im ABGB. Es handelt sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber hat damit einen weiten Spielraum geschaffen. Der Grund dafür ist, dass es den Gerichten im jeweiligen Einzelfall möglich sein soll, eine Entscheidung unter Berücksichtigung aller relevanten und konkreten Umstände zu treffen. Ein Argument, das schließlich auch dafür spricht den Begriff des Kindeswohls nicht zu definieren, ist, dass sich das Verständnis des Kindeswohls im Laufe der Zeit aufgrund ständig neuer psychologischer Erkenntnisse immer wieder verändert hat. Da sich die Gesellschaft ständig weiterentwickelt, ist wohl ein unbestimmter Rechtsbegriff, wie der des Kindeswohls, als eine sinnvolle Lösung anzusehen.

Der § 178a ABGB legt einige demonstrativ aufgezählte Kriterien fest, die bei der Beurteilung des Kindeswohls zu berücksichtigen sind. Diese sind: die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie die Lebensverhältnisse der Eltern. Zusätzlich sollen allgemein anerkannte rechtliche Kriterien wie die Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen, die inneren Bindungen des Kindes, die positiven Beziehungen zu

---

<sup>54</sup> LG Krems ad Donau 2 R 159/06 d EF 116.258; *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 646.

<sup>55</sup> *Stormann*, Obsorge beider Eltern und noch einiges, in Handout des Grazer Privatrechtlichen Dialogs, Obsorge und Besuchsrecht, am 11.10.2011, 16.

<sup>56</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 178a Rz 1; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, *Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 4.

beiden Eltern, die Haltung der Eltern und des Kindes zur Gestaltung ihrer Beziehungen nach der Trennung, die Möglichkeit des Kindes zur Selbstentfaltung und die Befriedigung des Bedürfnisses nach Schutz, Versorgung, Förderung und Wert- bzw Normorientierung, bei der Entscheidung des Gerichts berücksichtigt werden.<sup>57</sup> Bei der Beurteilung des Kindeswohls müssen das positive Recht als fixer Rahmen und wissenschaftliche Erkenntnisse, wie beispielsweise aus der Kinderpsychologie, als Orientierungshilfe, beachtet werden.<sup>58</sup> Nach ständiger Rechtsprechung umfasst das Kindeswohl jedenfalls das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes.<sup>59</sup> Das Gericht hat den Auftrag, den Begriff des Kindeswohls immer aktuell für den jeweiligen Einzelfall auszulegen und dabei die erwähnten Kriterien zu beachten.<sup>60</sup>

Vom Kindeswohl zu unterscheiden ist der „Kindeswille“. Dieser hat zwei Funktionen. Auf der einen Seite kann der Kindeswille als Ausdruck der personalen Selbstbestimmung gesehen werden. Er soll eine Eigenentscheidung des Kindes ausdrücken, in der das Kind äußert, wo es sich in Zukunft aufhalten möchte. Auf der anderen Seite ist der Kindeswille auch Ausdruck und Indiz für die Verbundenheit des Kindes mit einem Elternteil.<sup>61</sup> Festzuhalten ist jedenfalls, dass das Gericht gemäß § 148 Abs 1 Satz 3 ABGB bei Besuchsrechtsregelungen auf die Wünsche des Kindes Bedacht zu nehmen hat. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber bezwecken, dass der Wille des Kindes mehr Beachtung findet.<sup>62</sup> Die Grenze der Berücksichtigung des Kindeswillens ist aber immer das Kindeswohl.<sup>63</sup> Interessant ist dabei auch immer die Frage, wie bei dem Besuchsrecht völlig ablehnendem Kindeswillen zu entscheiden ist. Der § 108 AußStrG sieht inhaltlich vor, dass mündige Minderjährige, also Jugendliche ab dem 14. Lebensjahr, nicht zur Aufrechterhaltung des persönlichen Kontaktes mit dem nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil gezwungen werden können, wenn diese über die Folgen ihrer Entscheidung belehrt wurden. Anders ist das bei unmündigen Minderjährigen. Hier sollen die Eltern im Rahmen ihrer Wohlverhaltenspflicht das Kind zur Aufrechterhaltung des persönlichen Kontaktes motivieren und positiv beeinflussen.<sup>64</sup> Im Gegensatz zum mündigen Minderjährigen, kann das Besuchsrecht auch gegen den Willen des unmündigen

---

<sup>57</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 178a Rz 3; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 178a Rz 2.

<sup>58</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 116 f.

<sup>59</sup> OGH 6 Ob 2196/96 a EF 84.218; LG Eisenstadt 20 R 113/01 v EF 96.695.

<sup>60</sup> *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983) 365 ff.

<sup>61</sup> *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff 282.

<sup>62</sup> EB RV 296 BlgNR 21.GP, 39.

<sup>63</sup> LGZ Wien 42 R 149/05 a EF 113.004.

<sup>64</sup> OGH 2 Ob 563/84 EF 45.732

Minderjährigen stattfinden.<sup>65</sup> Natürlich bleibt es aber immer die Aufgabe des Gerichts, dem Unwillen des Kindes auf den Grund zu gehen, sich mit dessen Verhalten auseinander zu setzen und dann im Einzelfall zu entscheiden.<sup>66</sup>

## V. Die Besuchsrechtsregelung

Das Besuchsrecht kann gem § 148 Absatz 1 ABGB auf zwei Arten geregelt werden. Entweder die Eltern treffen im Einvernehmen eine Vereinbarung, oder das Gericht beschließt eine Regelung.<sup>67</sup> Im Folgenden sollen beide Varianten kurz dargestellt werden.

### A. Die einvernehmliche Regelung

Die Besuchsrechtsvereinbarung im Einvernehmen ist im Gesetz als vorrangige Regelung beschrieben.<sup>68</sup> Es soll vorerst der Familie vorbehalten bleiben, eine Regelung zu finden, die sowohl dem Interesse des Kindes, als auch dem der Eltern entspricht. Dieser Vorstellung entspricht auch § 29 AußStrG, der bestimmt, dass das Gericht bis zu 6 Monate mit dem Verfahren inne halten kann, wenn eine einvernehmliche Lösung der Beteiligten möglich erscheint. Das Gericht soll die Beteiligten in diesem Zusammenhang auf Angebote zur Konfliktlösung, wie beispielsweise die Mediation oder Familienberatungsstellen, hinweisen.<sup>69</sup> Wird eine einvernehmliche Lösung gefunden, muss die Angelegenheit grundsätzlich nicht mehr vor Gericht behandelt werden. Zu beachten ist allerdings, dass diese einvernehmlichen Regelungen nicht vollstreckbar sind. Dazu bedarf es einer gerichtlichen Genehmigung bzw Bewilligung, die erst nach einer, vom Gericht durchgeführten, Kindeswohlprüfung erteilt wird.<sup>70</sup> Das Pflegschaftsgericht kann bzw muss also auch über außergerichtliche Vereinbarungen entscheiden. Diese Vereinbarungen sind dabei an keinerlei Formvorschriften gebunden.<sup>71</sup> Ob die einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien verbindlich ist, bevor diese gerichtlich genehmigt bzw bewilligt ist, ist fraglich. In Österreich wird überwiegend die Meinung vertreten, dass eine solche

---

<sup>65</sup> OGH 7 Ob 707/83 EF 43.230; OGH 5 Ob 574/88 EF 56.631.

<sup>66</sup> Friedrich, Die Opfer der Rosenkriege, Kinder und die Trennung ihrer Eltern (2004) 140.

<sup>67</sup> Huber, Streit um das Kind 52.

<sup>68</sup> § 148 Abs 1 Satz 2 ABGB „Die Ausübung dieses Rechts sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln.“

<sup>69</sup> Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 148 Rz 9; Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 31; Hopf in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 148 Rz 3.

<sup>70</sup> Huber, Streit um das Kind 52.

<sup>71</sup> OGH 6 Ob 101/10 m iFamZ 2011/16, 19 f.

Vereinbarung unverbindlich ist.<sup>72</sup> Das führt dazu, dass die Beteiligten von der vereinbarten Regelung jederzeit ohne Angabe von Gründen abgehen und eine neue Regelung verlangen können.<sup>73</sup>

Die einvernehmlichen Regelungen sind aber trotzdem zu Recht als vorrangig im Gesetz beschrieben. Schließlich wird eine Lösung dem Kindeswohl in der Regel am ehesten entsprechen, wenn sie von den Personen vereinbart wird, die das Kind am Besten kennen und denen es wirklich wichtig ist.<sup>74</sup> Abgesehen davon dienen die nicht pflegschaftsgerichtlich genehmigten, einvernehmlichen Regelungen der Entlastung der österreichischen Gerichte.

## B. Die gerichtliche Regelung

Gelingt eine einvernehmliche Regelung nicht oder fällt das Einvernehmen nachträglich weg,<sup>75</sup> kann ein Antrag auf gerichtliche Regelung des Besuchsrechts gestellt werden. Antragslegitimiert sind gemäß § 148 Abs 1 Satz 3 ABGB beide Elternteile und die/ der mündige Minderjährige. Aufgrund der Tatsache, dass das Gericht kein Besuchsrecht über das beantragte Ausmaß hinaus bewilligt, ist die Dauer der begehrten Besuchszeit jedenfalls notwendiger Inhalt des Antrages. Eine gerichtliche Besuchsrechtsregelung kann ausnahmsweise aber auch von Amts wegen eingeleitet werden, wenn es das Kindeswohl erfordert. Die gesetzliche Grundlage dafür bietet § 176 ABGB.<sup>76</sup>

Besteht ein Regelungsbedürfnis, hat das Gericht eine Besuchsrechtsentscheidung zu treffen. Dabei ist die Ausübung des Rechts entweder konkret zu regeln, einzuschränken oder auszuschließen. Jeder Antrag ist dabei als Einzelfall zu bearbeiten, selbst wenn der Antrag inhaltlich überzogen ist.<sup>77</sup> Als oberstes Regelungsprinzip ist natürlich auch bei gerichtlichen Regelungen das Kindeswohl zu beachten. Die Regelung muss „hinreichend bestimmt und klar und eindeutig“ formuliert sein. Je präziser die Regelung ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass Konflikte entstehen können. Das ist vor allem

---

<sup>72</sup> Hopf in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 148 Rz 3; Fischer-Czermak in Kletecka/Schauer, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 10; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 148 Rz 12.

<sup>73</sup> Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 148 Rz 12; OGH 3 Ob 36/06 z EF 113.744.

<sup>74</sup> Jausovec, Das Besuchsrecht 111.

<sup>75</sup> Mottl in Rauch-Kallat/Pichler, Entwicklungen in den Rechten der Kinder 206.

<sup>76</sup> Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 27 und 28; Hopf in Koziol/P.

Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 148 Rz 4; Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Zum Besuchsrecht des geschiedenen Ehegatten, in Harrer/Zitta, Familie und Recht (1992) 630.

<sup>77</sup> OGH 5 Ob 243/02 z ÖA 2003, 232/K10.

auch in Hinblick auf eine mögliche spätere Zwangsdurchsetzung der Regelung gem § 110 AußStrG wichtig.<sup>78</sup>

Die gerichtlichen Regelungen unterliegen der so genannten Umstandsklausel. Das bedeutet, dass bestehende Besuchsregelungen bei Änderung wesentlicher Umstände gerichtlich abgeändert werden können. Solche veränderten Umstände können auf Seiten des Kindes, ganz einfach im Alter werden oder in der Entwicklung des Kindes, oder auf Seiten der Eltern, etwa wegen wesentlichen Verhaltensänderungen, liegen.<sup>79</sup> Das verhilft den gerichtlichen Regelungen zu etwas mehr Flexibilität. Ohne eine solche Regelung, wäre bei jeder Änderung wesentlicher Umstände eine neue Regelung vom Gericht zu finden. Das wäre ein nicht zu bewältigender Auftrag und in der Praxis daher nicht umsetzbar.

### C. Inhalte der Regelung

Das Gericht hat bei der Besuchsrechtsentscheidung einen Ermessensspielraum. Damit soll die Möglichkeit geschaffen werden, auf jeden Einzelfall individuell eingehen zu können und mehr auf die besonderen Bedürfnisse des Kindes und die Lebensverhältnisse der Eltern Bedacht zu nehmen. Zu beachten hat das Gericht allerdings § 178a ABGB. Demnach ist bei der Entscheidung immer das Kindeswohl und damit vor allem die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten vorrangig zu berücksichtigen.<sup>80</sup> Wie schon erwähnt, muss eine Besuchsrechtsregelung hinreichend bestimmt sein. Damit sie das sein kann, müssen bestimmte Inhalte darin geregelt werden. Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung gewisse Richtlinien zu den notwendigen Inhalten erarbeitet, die als Orientierungshilfen dienen sollen. Ein Rechtsanspruch ist daraus aber keinesfalls ableitbar.<sup>81</sup>

Wichtigster zu regelnder Inhalt einer Regelung ist wohl das **Ausmaß** des Besuchsrechts. Nach der Rechtsprechung des OGH muss das Besuchsrecht eine gewisse Intensität haben, die über gelegentliche Besuche hinausgeht.<sup>82</sup> Nur so kann der eigentliche Zweck des

---

<sup>78</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 114.

<sup>79</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 35; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 13; OGH 1 Ob 310/75 EF 24.234; LGZ Wien 43 R 760/97 a EF 83.975.

<sup>80</sup> *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 441.

<sup>81</sup> *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>10</sup> (2009) Rz 218.

<sup>82</sup> OGH 2 Ob 21/09s EF 123.202.

Besuchsrechts<sup>83</sup> erfüllt werden. Die persönlichen Kontakte sollen möglichst regelmäßig und in nicht zu weiten zeitlichen Abständen stattfinden. Das Ausmaß des Besuchsrechts richtet sich in erster Linie nach dem Alter des Kindes. Weitere Kriterien sind die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes, so wie auch die Lebensverhältnisse der Eltern.<sup>84</sup> Auch die bisherigen Bindungen und Kontakte zum nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil, die Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern oder die Eignung und das Verständnis des besuchenden Elternteils an sich, sind zu beachtende Faktoren.<sup>85</sup> Bei Kleinkindern werden von der Rechtsprechung eher kurze, aber dafür häufigere Kontakte vorgeschlagen. Es wird dabei von Besuchszeiten von einigen Stunden ausgegangen, die in einem Intervall von ungefähr ein bis maximal zwei Wochen stattfinden sollen. Der Grund dafür ist, dass Kinder bis zum dritten Lebensjahr ein anderes Zeitempfinden als ältere Kinder haben und es durch zu lange Intervalle zwischen den Besuchen leicht zu einer Entfremdung zu der Bezugsperson kommen kann<sup>86</sup> bzw das Kind durch zu lange Besuche überfordert werden könnte. Mit dem Alter des Kindes kann dann auch die Länge der persönlichen Kontakte steigen. Ab ca. dem 6. Lebensjahr sind auch Übernachtungen zu befürworten, um die Verbundenheit des Kindes mit dem Besuchselternteil zu fördern.<sup>87</sup> Das gemeinsame Zubettgehen, Aufstehen, Frühstück usw kann wesentlich zur Vertiefung der Kontakte zwischen Eltern und Kindern beitragen.<sup>88</sup> Der Regelfall bei Kindern ab dem 6. Lebensjahr ist ein Wochenendbesuchsrecht alle vierzehn Tage.<sup>89</sup> Trotz dieser Altersgrenzen darf nicht vergessen werden, dass das Gericht immer auf die Besonderheiten im Einzelfall einzugehen hat und sich die Anwendung allgemein verbindlicher Altersgrenzen daher als unmöglich erweist.

Ein Besuchsrecht in den Ferien setzt eine tragfähige Eltern- Kindbeziehung und regelmäßige Besuchskontakte voraus, sodass das Kind auch eine längere Trennung von der Hauptbezugsperson gut verkraftet.<sup>90</sup> Dient ein solches Besuchsrecht dem Kindeswohl, so ist es zusätzlich zum periodischen Besuchsrecht einzuräumen. Für Besuchselternteile, die eine gute Beziehung zu ihrem Kind haben, ist ein Besuchsrecht in den Ferien oft sehr

---

<sup>83</sup> Siehe Punkt 2.3.

<sup>84</sup> *Huber*, Streit um das Kind 54; LGZ Wien 45 R 38/09 k EF 123.203.

<sup>85</sup> *Schüch*, Familienrechtliche Beziehungen aus dem Eltern- Kindverhältnis, ÖA 1980, 55 (66); *Fürst*, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89 (96).

<sup>86</sup> LGZ Wien 45 R 38/09 k EF 123.208.

<sup>87</sup> OGH 6 Ob 108/05 h EF 110.802.

<sup>88</sup> LGZ Wien 44 R 866/92 EF 68.663; *Jausovec*, Das Besuchsrecht 147.

<sup>89</sup> *Huber*, Streit um das Kind 54.

<sup>90</sup> OGH 6 Ob 196/00 t EF 92.948.



wertvoll, da sich in diesen Zeiten gemeinsame Urlaube und eine ausgedehnte Freizeitgestaltung anbieten.

Ähnlich wie das Besuchsrecht in Ferien sind auch Kontakte an Fest- und Feiertagen zu regeln. Da die Frage nach dem Aufenthalt des Kindes an solchen Tagen in der Regel ein hohes Streitpotential in sich birgt, ist es sicherlich sinnvoll das Besuchsrecht in solchen Zeiten von Anfang an zu regeln. Nach der Richtlinie der Judikatur sollen Kinder die besonders wichtigen Feiertage, wie zB Heilig Abend oder Geburtstage, in der Regel beim betreuenden Elternteil verbringen. Dem nicht betreuenden Elternteil könnte im Gegenzug ein Besuchsrecht am darauf folgenden Tag eingeräumt werden, um mit dem Kind „nachfeiern“ zu können.<sup>91</sup>

Fällt ein Besuchstag aus, so soll es dafür grundsätzlich keinen Ersatzbesuchstag geben. Damit wird der Zweck verfolgt, den Besuchsrythmus für das Kind kontinuierlich beizubehalten. Nur in Ausnahmefällen soll ein Ersatzbesuchstag gewährt werden. Liegt der Grund für den Ausfall etwa darin, dass das Kind erkrankt, oder der betreuende Elternteil das Besuchsrecht entgegen seiner gesetzlichen Pflichten vereitelt hat, kann der Kontakt im Einzelfall nachgeholt werden. Entfällt der Kontakt aus Gründen die auf der Seite des besuchsberechtigten Elternteils liegen, ist jedenfalls kein Ersatz zu gewähren.<sup>92</sup>

Was den **Ort** der Besuchsrechtsausübung betrifft, ist zu sagen, dass die Wahl des Ortes grundsätzlich dem besuchsberechtigten Elternteil überlassen ist.<sup>93</sup> Nur wenn es das Kindeswohl wirklich erfordert, kann das Besuchsrecht des nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils dahingehend eingeschränkt werden, dass die Besuche an einem „neutralen Ort“, oder auch in der Wohnung des betreuenden Elternteils stattfinden müssen.<sup>94</sup> Dem entspricht auch eine Entscheidung des OGH aus jüngster Vergangenheit.<sup>95</sup> Dieser Entscheidung nach rechtfertigt die bloße Existenz eines Biotops im Garten und einer Treppe im Haus des besuchsberechtigten Elternteils nicht die Einschränkung des Besuchsrechts des Besuchselternteils in Form einer vorgegebenen Örtlichkeit für die Ausübung des Besuchsrechts.<sup>96</sup> Die Vorgabe, an welchem Ort das

---

<sup>91</sup> LGZ Wien 44 R 252/94 EF 75.058.

<sup>92</sup> *Huber*, Streit um das Kind 55.

<sup>93</sup> OGH 6 Ob 506/91 EF 65.921; OGH 9 Ob 277/99 x EF 89.712.

<sup>94</sup> LG Krems a. d. Donau 2 R 7/96 EF 81.032.

<sup>95</sup> OGH 1 Ob 179/11x EF-Z 2012/69.

<sup>96</sup> *Beck*, Beschränkt ein Schwimmteich das Besuchsrecht?, EF-Z 2012/69.

Besuchsrecht ausgeübt werden soll, ist also nur in Ausnahmefällen zulässig. Als Beispiel kann eine aktuelle Inhaftierung des Besuchsberechtigten genannt werden.<sup>97</sup> Hier ist logischerweise ein Ort zur Ausübung des Besuchsrechts vorzugeben.

Weiters empfiehlt es sich, auch die **Art des Kontaktes** in der gerichtlichen oder vom Gericht genehmigten Regelung festzulegen. Dabei soll geregelt werden, wie Kontaktformen neben dem persönlichen Kontakt ausgestaltet sein sollen. In Frage kommen vor allem Telefonate, Brief- bzw Emailverkehr und Geschenke an das Kind. Diese Formen der Kontaktaufnahme sind grundsätzlich vom Besuchsrecht mit umfasst.<sup>98</sup> Bei telefonischen Kontakten muss geprüft werden, ob diese überhaupt sinnvoll, möglich und in der Praxis durchführbar sind. Zu prüfen ist auch, ob die Einräumung des Rechts auf regelmäßige Telefonate zu einem Eingriff in die Rechtsposition von Dritten führt. Ein Telefonkontakt wird in der Praxis vor allem dann sinnvoll sein, wenn ein persönlicher Kontakt aufgrund einer großen räumlichen Entfernung der Wohnorte des Kindes und des Besuchselternteils schlecht möglich ist.<sup>99</sup> Was Brief- bzw Email- oder SMS- Kontakte betrifft, muss wohl die Fähigkeit des Kindes zu lesen, als Voraussetzung gesehen werden.<sup>100</sup> Eine Verpflichtung des betreuenden Elternteils, dem Kind Briefe, Emails oder SMS vorzulesen, wird von der Judikatur meines Erachtens zu Recht abgelehnt. Eine solche Pflicht könnte zum einen für zusätzlichen Zündstoff zwischen den Eltern sorgen und wäre zum anderen auch kaum überprüfbar.<sup>101</sup> Was das Schenken betrifft, so ist auf das „richtige“ Maß abzustellen. So werden maßvolle Geschenke, die nicht gegen die Erziehungsmaßnahmen des betreuenden Elternteils wirken, in der Regel dem Kindeswohl dienlich und in weiterer Folge auch zulässig sein.<sup>102</sup> Führen solche Geschenke allerdings zu erhöhten Spannungen zwischen den Eltern, ist diese Art der Kontaktaufnahme abzulehnen.<sup>103</sup> Über all diesen Fragen steht auch auf diesem Gebiet die Frage nach dem Kindeswohl.<sup>104</sup> Nur wenn es diesem wirklich dienlich ist, mit dem Besuchselternteil zu telefonieren, Brief-, Emailverkehr bzw SMS- Kontakt zu haben oder Geschenke zu

---

<sup>97</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 141.

<sup>98</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 9; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, I<sup>3</sup> (2000) § 148 Rz 2.

<sup>99</sup> *Huber*, Streit um das Kind 56; LGZ Wien 44 R 951/97 x EF 86.883; LG Linz 14 R 568/00 y EF 96.519.

<sup>100</sup> *Beck*, Kindschaftsrecht Rz 543.

<sup>101</sup> LGZ Wien 47 R 766/92 EF 68.653; aA *Jausovec*, Das Besuchsrecht 137, die davon ausgeht, dass eine solche Pflicht als Teil der Wohlverhaltenspflicht des betreuenden Elternteils zu sehen ist.

<sup>102</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 140.

<sup>103</sup> LGZ Wien 47 R 766/92 EF 68.653.

<sup>104</sup> *Mottl*, Umfasst das Besuchsrecht auch Telefonanrufe?, ÖA 1994, 173 (174); LGZ Wien 43 R 514/98 a EF 86.882.

bekommen, stellt sich überhaupt die Frage, wie diese Kontaktformen ausgestaltet sein könnten.

Die genannten Inhalte sind essentielle Regelungsbereiche. Alles, was darüber hinaus noch genauer vereinbart und geklärt werden kann, ist dem Funktionieren der Besuchsrechtsausübung dienlich. Durch klare Strukturen und regelmäßige Abläufe ist auch dem Kind gedient, da es immer weiß woran es ist und sich auf die ohnehin komplizierte Situation besser einstellen kann.

## **2. Kapitel: Das Verfahren in Besuchsrechtssachen**

### I. Allgemeines

Das besuchsrechtliche Verfahren gehört gem §§ 1 Abs 2 iVm 104 ff AußStrG zu den Außerstreitmaterien. Demnach ist das Außerstreitgesetz anzuwenden.

#### A. Zuständigkeiten

Welches Gericht in Österreich sachlich zuständig ist, richtet sich nach § 104a JN. Dieser besagt, dass - soweit nicht anderes bestimmt ist - die Bezirksgerichte sachlich zuständig sind. Örtlich zuständig ist gemäß § 109 JN jenes Gericht, in dessen Sprengel das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wann von einem solchen gewöhnlichen Aufenthalt gesprochen wird, regelt § 66 Abs 2 JN. Zu berücksichtigen ist die Dauer und Beständigkeit des Aufenthaltes, sowie andere Umstände persönlicher oder beruflicher Art, die dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen.<sup>105</sup> Der gewöhnliche Aufenthalt ist kurz gesagt jener Ort, an dem das Kind den Mittelpunkt seines Lebens, seiner wirtschaftlichen Existenz und seiner sozialen Bezüge hat.<sup>106</sup> Wenn das Kind keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat, ist der aktuelle Aufenthalt maßgeblich. Wichtig ist noch zu erwähnen, dass sich der allgemeine Gerichtsstand Minderjähriger gem § 71 JN von dem der gesetzlichen Vertreter, also idR eines oder beider Elternteile, ableitet.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> vgl § 66 Abs 2 JN.

<sup>106</sup> *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*<sup>8</sup>, Erkenntnisverfahren (2010) Rz 234.

<sup>107</sup> *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> Rz 236.

Weist eine Besuchsrechtsangelegenheit einen Auslandsbezug auf, so muss vorab geklärt werden, welche internationale Zuständigkeit besteht und welches Recht anzuwenden ist. Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, so sind gemäß Art 8 Abs 1 der Brüssel II a – Verordnung<sup>108</sup> unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Kindes, österreichische Gerichte zuständig. Diese Gerichte haben dann auch gemäß Art 2 Abs 1 Minderjährigenschutzabkommen (MSA)<sup>109</sup> österreichisches Recht anzuwenden.<sup>110</sup> Natürlich gibt es hier auch eine Reihe von Ausnahmen, deren Behandlung aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

Die funktionelle Zuständigkeit wird in § 19 Abs 2 Z 2 RPfLG geregelt. Hiernach ist für besuchsrechtliche Verfahren grundsätzlich der Richter zuständig. Die Aufnahme von Vereinbarungen zwischen Elternteilen und Kindern und die Entscheidung über solche Vereinbarungen sind aber dem Rechtspfleger übertragen.<sup>111</sup>

## B. Grundsätze im Verfahren

Das österreichische Besuchsrechtsverfahren ist grundsätzlich ein Antragsverfahren.<sup>112</sup> Das Gericht kann nur dann von Amts wegen tätig werden und das Verfahren einleiten, wenn eine Kindeswohlgefährdung im Sinne des § 176 ABGB vorliegt. Antragsberechtigt sind sowohl der betreuende, als auch der andere Elternteil und das Kind selbst.<sup>113</sup> Wie oben schon erwähnt, soll die Regelung des Besuchsrechts vorrangig im Einvernehmen der Eltern geschlossen werden. Solange also Einigkeit besteht, ist das Gericht, außer in Fällen des § 176 ABGB, nicht in die Abmachung der Eltern involviert.<sup>114</sup>

Die Vorrangstellung der einvernehmlichen Lösung zieht sich durch das ganze Verfahren. So entspricht auch § 13 Abs 3 AußStrG diesem Grundsatz. Dieser besagt, dass das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien hinzuwirken hat. Das „Außerstreitverfahren“ soll ein zukunftsorientiertes, auf die Aufrechterhaltung einer gemeinsamen Friedensordnung gerichtetes Verfahren sein. Die

---

<sup>108</sup> Verordnung EG 2201/2003.

<sup>109</sup> Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen.

<sup>110</sup> *Nademleinsky*, Der internationale Obsorge- und Besuchsrechtsfall, EF-Z 2008/97.

<sup>111</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 204.

<sup>112</sup> LG Krems ad Donau 2 R 173/98 y EF 86.945.

<sup>113</sup> *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 28; *Fischer-Czermak* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 148 Rz 11; *Hopf* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 148 Rz 4.

<sup>114</sup> *Leeb* in *Deixler-Hübner*, Die rechtliche Stellung der Frau (1998) 69.

Parteien sollen auch nach dem Verfahren in der Lage sein, miteinander auszukommen.<sup>115</sup> Ist während dem Verfahren eine einvernehmliche Regelung zu erwarten, so kann das Gericht gem § 29 AußStrG mittels Beschluss mit dem Verfahren für bis zu 6 Monate innehalten. Die Idee dahinter ist, dass die Parteien in dieser Zeit außergerichtliche Konfliktlösungsmöglichkeiten in Anspruch nehmen sollen. Gedacht wurde dabei vor allem an die Mediation, aber auch an Familienberatungsstellen, Kinderbetreuungsinstitutionen oder Treffen in Besuchscafés. Das Verfahren kann mit Beschluss wieder fortgesetzt werden, wenn die Voraussetzungen für das Innehalten nicht mehr bestehen, bevor die festgesetzte Zeit abgelaufen ist.<sup>116</sup> § 13 AußStrG enthält noch weitere Grundsätze. Nach § 13 Abs 1 letzter Satz AußStrG sollen Verfahren in Besuchsrechtssachen möglichst schnell erledigt werden. Für die Parteien besteht eine Prozessförderungspflicht, die die Parteien verpflichtet, durch erschöpfende und gründliche Erörterung der Fakten, das Gericht in der Verfahrensleitung zu unterstützen.<sup>117</sup> So sollen die Verfahren, die für die Kinder ohnehin eine Belastung darstellen, möglichst kurz gehalten werden. Schließlich enthält § 13 Abs 2 AußStrG noch den Grundsatz, dass die Verfahren so zu führen sind, dass das Kindeswohl bestmöglich gewahrt bleibt und stellt somit das Kindeswohl auch im Verfahren an oberste Stelle.

Einen weiteren Grundsatz des Verfahrens stellt der Untersuchungsgrundsatz dar. Gemäß § 16 Abs 1 AußStrG hat das Gericht auch in Antragsverfahren von Amts wegen alle für seine Entscheidung maßgeblichen Tatsachen aufzuklären. Ergänzt wird § 16 AußStrG von der Bestimmung der amtswegigen Beweisaufnahme des § 31 AußStrG und der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht des § 16 Abs 2 AußStrG, nach dem die Parteien zu wahrheitsgemäßen und vollständigen Angaben angehalten werden.<sup>118</sup>

## II. Das Kind im Verfahren

Wer im Besuchsrechtsverfahren Parteistellung hat, ist in § 2 AußStrG geregelt. Nach § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG hat neben dem Antragsteller und dem im Antrag bezeichneten Antragsgegner, unter anderem auch jede Person materielle Parteistellung, deren rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte, oder vom Gericht in Aussicht genommene,

---

<sup>115</sup> Feil, Außerstreitgesetz, Kurzkommentar für die Praxis (2009) § 13 Rz 4.

<sup>116</sup> Feil, Außerstreitgesetz § 29 Rz 1ff.

<sup>117</sup> Feil, Außerstreitgesetz § 13 Rz 2.

<sup>118</sup> Rechberger, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 16 Rz 1 f.

Entscheidung, oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst werden würde. Damit kommt jeder/ jedem Minderjährigen, unabhängig von deren/ dessen Mündigkeit, materielle Parteistellung zu.

Bei der Frage nach der formellen Parteistellung, sprich ob das Kind seine Parteirechte auch ausüben darf, kommt es dann aber auf das Alter des Kindes an. Gemäß § 104 Abs 1 AußStrG kann die/ der mündige Minderjährige, also Kinder ab dem 14. Lebensjahr, selbstständig vor Gericht handeln. Damit können einsichts- und urteilsfähige, mündige Minderjährige selbst Anträge stellen und sonstige Prozesshandlungen setzen. Außerdem sind die Entscheidungen des Gerichts dann an sie selbst und nicht an deren gesetzliche Vertreter zuzustellen.<sup>119</sup> Die Befugnis des gesetzlichen Vertreters, im Namen des Kindes Prozesshandlungen zu setzen, bleibt daneben aber gemäß § 104 Abs 2 AußStrG bestehen. Anders ist das bei unmündigen Minderjährigen. Sie können nicht selbstständig vor Gericht handeln und müssen von ihrem gesetzlichen Vertreter, in der Regel dem Obsorgeberechtigten, vertreten werden. Sind die Eltern nicht geeignet, das Kind zu vertreten, kann auf Antrag, oder auch von Amts wegen, gem §§ 271 f ABGB ein Kollisionskurator für das Kind bestellt werden, der dann die Rechte des Kindes wahrnimmt.<sup>120</sup>

In Besuchsrechtsverfahren fühlen sich Kinder oftmals alleine gelassen, oft sogar instrumentalisiert von den Eltern. Um dem entgegenzuwirken startete das Bundesministerium für Justiz 2006 ein Modellprojekt, in dem das Institut eines „Kinderbeistandes“ in der Praxis erprobt wurde. Ein solcher Kinderbeistand soll dem Kind im Verfahren als Sprachrohr dienen und es entlasten. Das Kind soll dem Beistand als dessen persönlichen Ansprechpartner seinen Willen und seine Wünsche ausdrücken. Aufgabe des Kinderbeistandes ist es auch darauf hinzuwirken, dem Kind das belastende Gefühl der Verantwortlichkeit für die Trennung der Eltern durch Gespräche und dauernde Begleitung zu nehmen. Das Projekt lief bis 2008 und wurde sowohl von Richtern als auch von Eltern, Kindern und der Jugendwohlfahrt als großer Erfolg und echte Unterstützung der Kinder gesehen.<sup>121</sup> Deshalb trat mit 01.07.2010 das Bundesgesetz, mit dem zur Einführung des Kindesbeistandes das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, geändert werden, kurz

---

<sup>119</sup> *Schrammel/Schur*, Partei- und Verfahrensfähigkeit im Besuchsrechtsverfahren, EF-Z 2007/99, 167.

<sup>120</sup> *Schrammel/Schur*, Partei- und Verfahrensfähigkeit im Besuchsrechtsverfahren, EF-Z 2007/99, 167 f.

<sup>121</sup> EB RV 486 BlgNR 24. GP; *Pesendorfer*, Familienrechtsänderungsgesetz 2009 513 f.

gesagt das Kinderbeistandes- Gesetz, in Kraft. Nach § 104a AußStrG ist in Verfahren über das Besuchsrecht Minderjährigen unter 14 Jahren, bei besonderem Bedarf mit deren Zustimmung auch Minderjährigen unter 16 Jahren, ein Kinderbeistand zu bestellen, wenn es im Hinblick auf die Intensität der Auseinandersetzung zwischen den übrigen Parteien geboten ist und dem Gericht geeignete Personen zur Verfügung stehen. Die Institution des Kinderbeistandes wirkt in der Praxis noch anders als in der Theorie. Die Rahmenbedingungen und Strukturen müssen noch verbessert werden, damit Kinderbeistände auch in der Praxis den Effekt haben können, den sie der Theorie nach erzielen.<sup>122</sup> Trotzdem ist die Idee „Kinderbeistand“ sehr zu begrüßen und zu fördern. Man kann gespannt sein, wie sich diese Institution in Zukunft weiterentwickeln wird und hoffen, dass sie den Kindern wirklich das bringen kann, was sie in der Theorie verspricht.

Unabhängig vom Alter des Kindes gilt für das Kind im Verfahren § 105 AußStrG. Demnach ist das Kind vom Gericht persönlich zu hören. Damit wird neben dem Parteienrecht auf rechtliches Gehör gemäß § 15 AußStrG, auch dem Art 12 UN- KRK entsprochen, der dem Kind das Recht zuspricht, seine Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern. Die Vertragsstaaten haben diese Meinung angemessen und entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes zu berücksichtigen. Mit der Befragung soll die unbeeinflusste Meinung des Kindes ermittelt werden und das Kind über den Ablauf und die Hintergründe des Verfahrens informiert werden. Außerdem dient sie zur Verbesserung des Informationsstands der Richter/ der Richterin und zur Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage. Die Befragung sollte natürlich auf das Alter, den Entwicklungsstand, die Verständnisfähigkeit und die seelische Verfassung des Kindes abgestimmt sein und sollte sinnvollerweise nicht im Beisein der Eltern stattfinden.<sup>123</sup> Grundsätzlich ist das Kind gem § 105 Abs 1 AußStrG persönlich vom Gericht zu hören. Hat die/ der Minderjährige das 10. Lebensjahr noch nicht vollendet, erfordert es die Entwicklung oder der Gesundheitszustand des Kindes, oder wenn aus sonstigen Gründen nicht zu erwarten ist, dass das Kind seine ernsthafte und unbeeinflusste Meinung kund tut, kann die Befragung auch durch den Jugendwohlfahrtsträger, Einrichtungen der Jugendgerichtshilfe oder in anderer geeigneter Weise durchgeführt werden. Die Befragung des Kindes durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Sachverständige ist

---

<sup>122</sup> Holz-Dahrenstaedt, Befrieden statt Bekriegen, Kinderbeistand zur Entlastung von Kindern in „stürmischen Zeiten“, [http://www.kija.at/images/stories/aktuelles/25\\_11\\_2010\\_pa\\_der\\_kijas\\_oesterreich\\_kinderbeistand.pdf](http://www.kija.at/images/stories/aktuelles/25_11_2010_pa_der_kijas_oesterreich_kinderbeistand.pdf) (2.3.2012).

<sup>123</sup> Jausovec, Das Besuchsrecht 217f; Friedrich, Die Opfer der Rosenkriege 134.

dabei sicherlich sehr empfehlenswert.<sup>124</sup> Unter bestimmten, in § 105 Abs 2 AußStrG genannten Gründen, kann die Befragung aber auch unterbleiben. Diese Gründe liegen zum einen im Bereich des Kindeswohls, etwa wenn das Kind durch die Befragung in einen belastenden Loyalitätskonflikt geraten würde, und zum anderen in der Verständnisfähigkeit des Kindes (zB bei einem Säugling).<sup>125</sup>

### III. Durchsetzung des Besuchsrechts

Die Durchsetzung des Besuchsrechts kann in der Praxis oft problematisch sein. Aufgrund der Sensibilität im kindschaftsrechtlichen Bereich ist im Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung des Besuchsrechts eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung gemäß § 110 Abs 1 AußStrG ausgeschlossen.<sup>126</sup> Stattdessen werden Besuchsrechtsentscheidungen nach § 110 AußStrG durchgesetzt. Das außerstreitige Vollstreckungsverfahren soll gewährleisten, dass die Interessen aller Parteien auch von Amts wegen wahrgenommen werden können.<sup>127</sup> Durchsetzbar sind nur gerichtliche Beschlüsse und gerichtlich genehmigte Vergleiche. Einvernehmliche, außergerichtliche Vereinbarungen können nicht gerichtlich durchgesetzt werden.<sup>128</sup>

Damit überhaupt vollstreckt werden kann, muss ein gerichtlicher, rechtskräftiger und vollstreckbarer Beschluss über eine Besuchsrechtsregelung vorliegen. In der Regelung müssen sowohl die Besuchszeiten, als auch der Besuchsort geregelt sein, damit das Besuchsrecht durchgesetzt werden kann.<sup>129</sup> Eingeleitet wird das Verfahren auf Antrag bzw bei Gefährdung des Kindeswohls auch von Amts wegen.<sup>130</sup> Die aus dem Beschluss berechnete Person hat ein Recht auf Anwendung von Zwangsmitteln und muss solche daher nicht extra beantragen.<sup>131</sup> Als Zwangsmittel stehen dem Gericht die Beugestrafen nach § 79 Abs 2 AußStrG zur Verfügung. Das Gericht hat angemessene Zwangsmittel anzudrohen und Erfolg versprechende Maßnahmen anzuordnen.<sup>132</sup> Hauptsächlich werden Geldstrafen zwischen 100 und 500 Euro verhängt. Die Maßnahme der Beugehaft (bis zu

---

<sup>124</sup> *Neumayer*, Kinder bei Gericht, ÖA 2002, 248 (250).

<sup>125</sup> *Feil*, Außerstreitgesetz § 105 Rz 3; *Haunschmidt/Schwarz*, Projekt Familie. Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern (2011) 82.

<sup>126</sup> *Huber*, Streit um das Kind 62.

<sup>127</sup> *Maurer/Schrott/Schütz*, Außerstreitgesetz neu, Kommentar (2006) § 110 Rz 1.

<sup>128</sup> *Tews*, Informationsbroschüre, Besuchsrecht in Österreich (2003) 56.

<sup>129</sup> *Huber*, Streit um das Kind 63 f.

<sup>130</sup> *Maurer/Schrott/Schütz*, Außerstreitgesetz neu § 110 Rz 3.

<sup>131</sup> OGH 7Ob 186/02 g EF 102.944.

<sup>132</sup> *Maurer/Schrott/Schütz*, Außerstreitgesetz neu § 110 Rz 4; LGZ Wien 42 R 165/02 d EF 102.948.



einem Jahr) kann nicht nur bei völliger Vereitelung des Besuchsrechts, sondern auch schon bei einer Vernachlässigung der Unterstützungspflicht durch den betreuenden Elternteil angeordnet werden. In der Praxis kommt es aber eher selten dazu.<sup>133</sup> Dem Gericht stehen außerdem noch die zwangsweise Vorführung, die Abnahme von Urkunden, Auskunftssachen und anderen beweglichen Sachen und die Bestellung von Kuratoren, die auf Kosten und Gefahr eines Säumigen vertretbare Handlungen vorzunehmen haben, als Zwangsmittel zur Verfügung. Die Aufzählung des § 79 Abs 2 AußStrG ist demonstrativ. Das Gericht kann darüber hinaus auch Verweise erteilen, Ermahnungen vornehmen oder Zwangsmittel bloß androhen.

Im Unterschied zu Obsorgeregelungen, können Besuchsrechtsregelungen nicht mit unmittelbarem Zwang durchgesetzt werden. Weder der Jugendwohlfahrtsträger, noch die Jugendgerichtshilfe können bei der Durchsetzung des Besuchsrechts zur Unterstützung gerufen werden. Gegenteiliges regelt § 110 Abs 4 AußStrG für die Durchsetzung von Obsorgeregelungen.<sup>134</sup> Schließlich bleibt zu sagen, dass der Zweck von Zwangsmaßnahmen nicht darin liegen soll, jemanden für vergangene Fehler zu bestrafen, sondern darin, dem Besuchsrecht wie es geregelt wurde, als Beugemittel zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>135</sup>

Fraglich ist im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Besuchsrechts auch, in wie weit Dritte, also Personen, die kein Besuchsrecht haben, durch die Ausübung desselben eingebunden bzw eingeschränkt werden können. Grundsätzlich können Dritte nicht zur Mitwirkung an der Ausübung des Besuchsrechts verpflichtet werden.<sup>136</sup> Das gilt genau so für die Jugendämter.<sup>137</sup> Soll beispielsweise die Ausübung des Besuchsrechts in der Wohnung und im Beisein einer dritten Person stattfinden, so kann diese dritte Person grundsätzlich nicht zur Erfüllung von Aufgaben, die im Rahmen der Besuchsrechtsausübung anfallen, verpflichtet werden.<sup>138</sup> Wie so oft, kann es aber auch hier zu Ausnahmen dieses Grundsatzes kommen. Unter Umständen können Dritte zur Duldung eines Besuchsrechts im eigenen Haus oder der Wohnung verpflichtet werden. Als Beispiel sei eine Entscheidung des OGH vom Jahr 2009 genannt. Die Klägerin und die Erstbeklagte

---

<sup>133</sup> *Huber*, Streit um das Kind 64.

<sup>134</sup> *Pesendorfer*, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 65.

<sup>135</sup> *Feil*, Außerstreitgesetz § 110 Rz 1.

<sup>136</sup> LG Salzburg 21 R 33/05 g EF 110.795.

<sup>137</sup> LGZ Wien 43 R 103/93 EF 71.682.

<sup>138</sup> LGZ Wien 43 R 602/88 EF 56.640.

sind Schwestern. Deren Mutter überschrieb der Erstbeklagten die Hälfte einer Liegenschaft und wohnte selbst in einer Wohnung im Erdgeschoß des auf der Liegenschaft errichteten Hauses. Aufgrund eines Schlaganfalls sitzt die Mutter im Rollstuhl und ist pflegebedürftig. Die Klägerin gab an, von ihrer Schwester, deren Ehemann (Zweitbeklagter) und Kindern daran gehindert zu werden, ihre Mutter in deren Wohnung zu besuchen und begehrte daher die Unterlassung dieser Störungen. Zur Begründung ihres Unterlassungsbegehrens berief sich die Klägerin unter anderem auf ihre familienrechtliche Stellung als leibliche Tochter. Wie bereits erwähnt, schützt Art 8 EMRK das Recht auf Privat- und Familienleben. Laut der Rechtsprechung des EGMR umfasst der Begriff „Familienleben“ in Art 8 EMRK nicht nur das Verhältnis zwischen Minderjährigen und deren Eltern, sondern auch die Beziehung von Erwachsenen zu ihren Eltern. Durch § 16 ABGB, der bestimmte Persönlichkeitsrechte und in seinem Kernbereich die Menschenwürde schützt, werden die verfassungsmäßig garantierten Rechte in das Privatrecht transportiert, sofern dies nicht schon von einfach gesetzlichen Normen erledigt wurde. Dadurch gelten diese Grundrechte auch im Verhältnis der Bürger untereinander. Der Staat ist verpflichtet, das Grundrecht zwischen Privaten nicht nur zu schützen, sondern auch einen effektiven Durchsetzungsmechanismus bereitzustellen. Dazu gehört es auch, Familienmitglieder, die ihr Recht auf Zugang zueinander gegen Dritte oder gegen weitere Familienangehörige durchsetzen wollen, zu unterstützen. Gemäß § 137 Abs 2 erster Halbsatz ABGB haben Eltern und ihre Kinder einander beizustehen. Diese Beistandspflicht erlischt nicht mit der Volljährigkeit des Kindes, sondern gilt auch für das eigenberechtigte Kind. Jemand, der zum Beistand nach § 137 ABGB verpflichtet ist, darf nicht grundlos an der Erfüllung dieser Pflicht gehindert werden, sondern muss auch von außen gegen diese Störungen geschützt werden. Genau das könnte allerdings dem Grundsatz widersprechen, dass Dritte zur Mitwirkung einer Besuchsrechtsausübung nicht gezwungen werden dürfen. Würde nämlich das Recht auf persönlichen Verkehr der Klägerin mit ihrer Mutter auf eine Art und Weise ausgeübt werden, durch welche die Rechtsgüter der Erstbeklagten, wie zum Beispiel ihr eigenes Recht auf ein ungestörtes Familienleben, beeinträchtigt werden, insbesondere aufgrund der Tatsache, dass der persönliche Kontakt aufgrund der Pflegebedürftigkeit der Mutter nicht außerhalb der eigenen Wohnung stattfinden kann, wäre die Erstbeklagte trotzdem gezwungen, das Recht der Klägerin zu respektieren. In einem solchen Fall ist laut OGH eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das Zugangsrecht einer erwachsenen Person zu seinen Eltern muss zwar von Dritten respektiert werden, die gerichtliche Durchsetzung

gegenüber Dritten soll aber nur ausnahmsweise möglich sein und muss immer im konkreten Einzelfall beurteilt werden.<sup>139</sup>

### **3. Kapitel: Rechtsfolgen bei Beeinträchtigung des Besuchsrechts**

#### **I. Beeinträchtigung durch den betreuenden Elternteil**

##### **A. Informationsrechtliche Konsequenzen:**

Die Informations- und Äußerungsrechte sind in § 178 ABGB geregelt. Danach hat der nicht obsorgeberechtigte Elternteil das Recht, über wichtige Angelegenheiten, insbesondere von beabsichtigten Maßnahmen im Sinne des § 154 Abs 2 und 3 ABGB informiert zu werden, beziehungsweise, sich in angemessener Frist dazu zu äußern. Der Begriff „wichtige Angelegenheiten“ darf dabei nicht restriktiv ausgelegt werden.<sup>140</sup> So ist der nicht obsorgeberechtigte Elternteil nicht nur über außergewöhnliche Umstände, sondern eben auch über schlicht „wichtige“ Umstände zu informieren. So zählen nicht nur lebensbedrohende Krankheiten oder Unfallfolgen, ernste chronische Erkrankungen des Kindes, Alkohol- oder Drogenmissbrauch, Straffälligkeit, Schulversagen, Schul- oder Ausbildungsabschluss und vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kindes, sondern auch Sprachferien im Ausland, ein Schulwechsel, eine längere Abwesenheit vom üblichen Wohnort des mit der Obsorge betrauten Elternteils und der Schulerfolg zu den „wichtigen Angelegenheiten“.<sup>141</sup> Es ist jedoch aus § 178 ABGB keine allgemeine Informationspflicht herauszulesen. Der Obsorgeberechtigte hat somit nicht die Pflicht, den anderen Elternteil regelmäßig, in gewissen zeitlichen Abständen, über die Entwicklung zu informieren.<sup>142</sup>

Verletzt der betreuende Elternteil das Besuchsrecht zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elternteil, etwa weil er versucht, den Kontakt zu vereiteln, oder anderweitig zu manipulieren, können ihn informationsrechtliche Sanktionen treffen. Gemäß § 178 Absatz 1 Satz 2 ABGB, können sich bei Besuchsrechtsverletzungen durch den betreuenden Elternteil die Informations- und Äußerungsrechte des Besuchselternteils auch auf minderwichtige Angelegenheiten erweitern. Ausgenommen sind hiervon aber

---

<sup>139</sup> OGH 4 Ob 186/09 w <http://www.familienrecht.at> (24.5.2012).

<sup>140</sup> Beck, Kindschaftsrecht Rz 554.

<sup>141</sup> LG Salzburg 21 R 327/05 t EF 110.903.

<sup>142</sup> OGH 1 Ob 717/80 SZ 53.157.

Angelegenheiten des täglichen Lebens. Zu den minderwichtigen Angelegenheiten zählen beispielsweise die Zusendung aktueller Fotos der Kinder in angemessenen Zeitabständen, die Auskunft bzw. Übermittlung jedes Schulzeugnisses, Information über Erkrankungen (ausgenommen sind der alltägliche Schnupfen oder eine harmlose Magenverstimmung), die Anschaffung langlebiger Güter (Computer, Fahrrad, Moped) oder im Regelfall medizinische Behandlungen ganz allgemein.<sup>143</sup> So erhält der besuchsberechtigte Elternteil mehr Einblick in das Leben seines Kindes und der obsorgeberechtigte Elternteil wird durch diese erhöhte Auskunftspflicht sanktioniert. Ob diese Rechtsfolge ausreicht, um beim betreuenden Elternteil wirklich ein Umdenken zu bewirken ist aber fraglich und in der Regel wohl zu verneinen.

## B. Erbrechtliche Konsequenzen

Verletzt der betreuende Elternteil das Besuchsrecht, indem er die Besuche des Besuchselternteils vereitelt, so können ihm unter Umständen erbrechtliche Sanktionen drohen. Sind die Eltern des Kindes noch verheiratet und hat der betreuende Elternteil ein Erbrecht gegenüber dem Besuchselternteil, so kann er sich durch die Beeinträchtigung des Besuchsrechts des Erbrechtes unwürdig machen bzw. damit einen Enterbungsgrund setzen.<sup>144</sup> Die Erbuñwürdigkeit und die Enterbung als erbrechtliche Konsequenzen der Besuchsrechtsverletzung sollen in Verbindung mit den Rechtsfolgen für den Besuchselternteil genauer erläutert werden. Diesem können nämlich unter anderem ähnliche erbrechtlichen Folgen in Bezug auf sein elterliches Erbrecht gegenüber dem Kind drohen.

## C. Obsorgerechtliche Konsequenzen

Gefährdet der betreuende Elternteil das Kindeswohl indem er den persönlichen Verkehr zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil beeinträchtigt oder vereitelt, können unter anderem Verfügungen nach § 176 Abs 1 ABGB gerichtlich angeordnet werden. Damit kann das Gericht dem betreuenden Elternteil die Obsorge ganz oder teilweise entziehen

---

<sup>143</sup> LG Feldkirch 1 R 183/02y EF 100.372; OGH 3 Ob 303/02h ÖA 2004, 46/K 17; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 178 Rz 12; *Deixler-Hübner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 178 Rz 6.

<sup>144</sup> *Pesendorfer*, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 67.

und auf den anderen Elternteil oder Dritte übertragen.<sup>145</sup> Diese obsorgerechtlichen Maßnahmen sind allerdings nur als ultima ratio zu sehen. Schließlich sollen sich diese Maßnahmen nicht letzten Endes als Bestrafung des Kindes auswirken. So kann ein Kind eine derart enge Beziehung zum betreuenden Elternteil, der das Besuchsrecht verletzt, aufgebaut haben, dass die Übernahme der Obsorge durch den anderen Elternteil, für das Kind mehr seelisches Leid verursachen würde, als der Kontaktabbruch zum besuchsberechtigten Elternteil. Oberste Richtschnur muss deshalb auch hier immer das Kindeswohl sein.<sup>146</sup> Dem entspricht auch § 176b ABGB, der obsorgebeschränkende Maßnahmen nur im Rahmen des Kindeswohls zulässt. Eine Möglichkeit, die das Gericht jedenfalls hat, ist die bloße Androhung von obsorgerechtlichen Konsequenzen. Das kann in der Praxis oft reichen, um zumindest ein Umdenken bei betreuenden Elternteilen herbeiführen.<sup>147</sup> Als Rechtsfolge für die Beeinträchtigung des Besuchsrecht sind obsorgerechtliche Maßnahmen meines Erachtens ein geeignetes Mittel, um aufzuzeigen, dass ein Verhalten, das der Wohlverhaltenspflicht entgegenwirkt, unter Umständen nicht ohne ernstzunehmende Folgen bleibt.

#### D. Unterhaltsrechtliche Konsequenzen

Hat der betreuende Elternteil Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gegen den nicht betreuenden Elternteil, so kann die nachhaltige, schwerwiegende und grundlose Verhinderung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elternteil, den Tatbestand einer schweren Verfehlung erfüllen und damit die Verwirkung des nachehelichen Unterhalts gemäß § 74 EheG zur Folge haben.<sup>148</sup> Dabei prüft die Rechtsprechung, ob das Fehlverhalten des betreuenden Elternteils so schwer wiegt, dass dem Verpflichteten die Unterhaltslast für alle Zukunft unzumutbar ist.<sup>149</sup> Der unterhaltsberechtigte Elternteil verliert mit Eintritt des Verwirkungstatbestandes den Unterhaltsanspruch für immer. Der Anspruch bleibt auch dann erloschen, wenn der ehemals Unterhaltspflichtige Ehegatte die schwere Verfehlung verzeiht, oder der ehemals Unterhaltsberechtigte sich von seinem ehrlosen oder unsittlichen Verhalten abwendet. Die

---

<sup>145</sup> *Feil/Marent*, Familienrecht (2007) § 145b Rz 1; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 38; OGH 5 Ob 586/84 EF 45.736.

<sup>146</sup> *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht 631.

<sup>147</sup> *Leeb* in *Deixler/Hübner*, Die rechtliche Stellung der Frau 71.

<sup>148</sup> *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 40.

<sup>149</sup> OGH 20b578/9 ÖA 1996, 170; *Zankl/Mondel* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 74 EheG Rz 13.

Verwirkung beseitigt aber nur den zukünftigen Unterhaltsanspruch, sie bezieht sich nicht auf Rückstände aus der Zeit vor der Verwirkung.<sup>150</sup>

Die Besuchsrechtsvereitelung des betreuenden Elternteils hat keinen Einfluss auf den Kindesunterhalt. Die Unterhaltsverpflichtung eines besuchsberechtigten Elternteils besteht völlig unabhängig davon, ob der Unterhaltsberechtigte am Leben des Unterhaltspflichtigen teilnimmt, oder nicht.<sup>151</sup> Leider zieht in der Praxis aber trotzdem auch oft das Kind den Kürzeren, wenn der betreuende Elternteil weniger Geld zur Verfügung hat. Denn ob die Versorgung des Kindes bei weniger finanziellen Mitteln wirklich gleich bleibt, ist fraglich. Irgendwo muss der betreuende Elternteil dann schließlich einsparen und in der Praxis zeigt sich immer öfter, dass nicht etwa beim eigenen Zigarettenkonsum, sondern eben bei der Versorgung der Kinder, eingespart wird. Andererseits muss auch festgehalten werden, dass wahrscheinlich gerade unterhaltsrechtliche Konsequenzen, die mit Geldeinbußen zusammenhängen, betreuende Elternteile dazu motivieren könnten, mit der Beeinträchtigung des Besuchsrecht zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil, aufzuhören und sich der Wohlverhaltenspflicht des § 145b ABGB entsprechend zu verhalten.

#### E. Schadenersatzrechtliche Konsequenzen

Die rechtswidrige und schuldhaftige Besuchsrechtsvereitelung durch den betreuenden Elternteil kann zu einer Schadenersatzpflicht gem § 1295 ABGB führen. So kann zum Beispiel ein Schaden ersetzt werden, der durch die Kosten einer Besuchsbegleitung entsteht, wenn durch das Verhalten des betreuenden Elternteils der Kontakt gar nicht stattgefunden hat.<sup>152</sup> Auch der Ersatz der Prozesskosten des PflEGschaftsverfahrens ist unter den Voraussetzungen des § 1295 Abs 2 ABGB denkbar.<sup>153</sup>

Das die Verletzung des Besuchsrechts durch den betreuenden Elternteil auch dann zur Schadenersatzpflicht führen kann, wenn die Vereitelung zu einer psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert beim besuchsberechtigten Elternteil führt, zeigt ein

---

<sup>150</sup> *Feil/Marent*, Familienrecht § 74 EheG Rz 10; *Hopf/Kathrein*, Eherecht<sup>2</sup> (2005) § 74 EheG Anm 2.

<sup>151</sup> OGH 1Ob504/95 ÖA 1995, 124 f.

<sup>152</sup> *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 40.

<sup>153</sup> LGZ Wien 47 R 2008/90 EF 63.237; LGZ Wien 44 R 2048,2049/95 EF 78.501; *Pesendorfer*, iFamZ 2011, 67.

Beispiel aus jüngster Judikatur. In der Entscheidung Ob 8/11 x vom 12.04.2011 wurde über folgenden Sachverhalt entschieden:

Die Parteien, die bis 1999 verheiratet waren, haben einen gemeinsamen 1996 geborenen Sohn. Die Mutter des Kindes ist obsorgeberechtigt, der Vater hat ein, durch gerichtliche Entscheidung geregeltes, Besuchsrecht. Im Juni 2008 lehnt der Sohn den weiteren Kontakt mit seinem Vater ab. Eine Sozialarbeiterin der Jugendwohlfahrt führt dieses Verhalten auf eine Beeinflussung des Kindes durch die Mutter zurück. Der Vater stellt darauf hin einen Antrag auf neuerliche Regelung des Besuchsrechts, den das PflEGschaftsgericht aber mit der Begründung abweist, dass ein weiterer Kontakt die seelische Gesundheit des Sohnes, der den Kontakt vehement ablehnt, gefährden würde. Der Vater fechtet diesen Beschluss, der in erster Linie auf einem kinderpsychologischen Gutachten beruht, nicht an. Stattdessen klagt der Vater die Mutter auf Zahlung von insgesamt 11.949, 09 € Er bringt vor, dass die Beklagte, die Mutter des gemeinsamen Sohnes, das Kind derart manipuliert habe, dass der Sohn nun keinen weiteren Kontakt zu seinem Vater haben möchte. Hätte die Beklagte positiv auf den Sohn eingewirkt, würde der persönliche Kontakt höchstwahrscheinlich noch stattfinden. Wegen des von der Beklagten verursachten Kontaktabbruchs, leide der Kläger unter schweren Schlafstörungen, chronischer Ungewissheit, Alpträumen und depressiven Verstimmungen. Die seelischen Schmerzen hätten Krankheitswert erreicht und würden ein Schmerzensgeld von 9.000 EUR rechtfertigen. Zuzüglich Rechtsanwaltskosten und Sachverständigengebühren ergibt sich die eingeklagte Summe.

Das Erstgericht wies das Begehren des Vaters ab. Die behaupteten gesundheitlichen Schäden des Klägers stünden nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem angeblichen Fehlverhalten der Mutter. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung, ließ aber die ordentliche Revision mit der Begründung zu, dass Judikatur zur Frage fehle, ob die Vereitelung eines Besuchsrechts Schadenersatzansprüche begründe.

Der OGH hob die Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. In erster Linie führt der OGH in seiner Begründung zu dieser Entscheidung aus, welche Rolle die Wohlverhaltensklausel des § 145b ABGB in diesem Fall spielte. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern sei ein, von der Rechtsordnung anerkanntes, grundrechtlich abgesichertes Rechtsverhältnis,

das auch das Streben nach persönlichem Kontakt erfasst. Es ist auch von Dritten zu respektieren.<sup>154</sup> Darum trifft laut OGH gerade die obsorgeberechtigte Mutter besonders die Pflicht, das Verhältnis zwischen dem Vater und seinem Sohn zu respektieren. Schließlich hat sie aufgrund ihrer faktischen Position eine besondere Möglichkeit, die Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern, oder zu stören. Die Wohlverhaltenspflicht dient in erster Linie dem Schutz des Kindeswohls, doch wird in der Literatur mehrfach ausgeführt, dass auch das Verhältnis des Kindes mit den „anderen Personen“, wie es in § 145b ABGB steht, geschützt werden soll.<sup>155</sup> Daher ist neben dem Kind auch der nicht betreuende Elternteil von der Schutzfunktion der Wohlverhaltensklausel umfasst.

Der Kläger macht eine Gesundheitsbeeinträchtigung im Sinne des § 1325 ABGB geltend. Darunter fallen auch psychische Erkrankungen, die einer Behandlung bedürfen und über bloße Unlustgefühle – Trauer oder Zorn – hinausgehen.<sup>156</sup> Solche Erkrankungen können einen Schmerzensgeldanspruch begründen, jedoch ist zu prüfen, ob sie im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der behaupteten Pflichtverletzung stehen. Der OGH bejaht diesen Zusammenhang in diesem Fall. Dabei verglich er den im gegebenen Fall vorliegenden Schaden mit Schockschäden, die wegen des Verlustes oder schweren Verletzungen naher Angehöriger eintreten können.<sup>157</sup> Der durch beharrliche Beeinflussung herbeigeführte Abbruch jeglicher Beziehungen des Vaters zu seinem Sohn, ist dabei ebenso wie der Tod oder eine schwere Verletzung des Kindes typischerweise geeignet, um beim betroffenen Elternteil psychische Probleme auszulösen, die unter Umständen Krankheitswert erreichen können. In einer anderen Entscheidung, 6 Ob 124/02 g, verneinte der OGH übrigens diesen Zusammenhang. Hier machte die Klägerin geltend, dass sie aufgrund einer ehewidrigen Beziehung des Beklagten, unter psychischen Störungen mit Krankheitswert leide. Es gebe kein „Schmerzensgeld für verlorene Liebe“, so der OGH.<sup>158</sup>

Mit der eben dargestellten Entscheidung öffnet der OGH eine neue Tür bezüglich der möglichen Rechtsfolgen einer Besuchsrechtsbeeinträchtigung. Natürlich kann nicht von einem generellen Schmerzensgeldanspruch als Rechtsfolge ausgegangen werden. Wie es auch im dargestellten Fall zu sehen ist, müssen bestimmte Voraussetzungen vorliegen,

---

<sup>154</sup> OGH 4 Ob 186/09 w JBl 2010, 292.

<sup>155</sup> *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang<sup>3</sup> § 145b Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann*, ABGB Taschenkommentar (2010) § 145b Rz 1; *Hopf in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 145b Rz 1.

<sup>156</sup> RIS- Justiz RS 0030778, www.ris.bka.gv.at (10.3.2012).

<sup>157</sup> *Hinteregger in Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 1325 Rz 41 f.

<sup>158</sup> EF-Z, 2011/85; OGH 6 Ob 124/02 g SZ 2003/16.



damit der beeinträchtigende Elternteil schadenersatzpflichtig wird. Liegen diese Voraussetzungen vor und kommt es zu dieser Zahlungsverpflichtung, so trifft diese Rechtsfolge die betroffene Person an einem Punkt, der den meisten Menschen wohl am unangenehmsten ist, den Finanzen. Wird, wie es im oben dargestellten Fall war, der betreuende Elternteil zu Zahlungen verpflichtet, muss meines Erachtens aber immer bedacht werden, dass auch das Kind selbst dadurch Schaden nehmen kann. Hat der betreuende Elternteil weniger Geld zur Verfügung, so bedeutet das leider oft, dass auch dem zu betreuenden Kind weniger finanzielle Unterstützung zukommt. Hier ist jedenfalls auf den Einzelfall abzustellen. Nur wenn der betreuende Elternteil im Stande ist mit Geld umzugehen und das Kind trotz eigener Zahlungsverpflichtungen weiter ohne grobe Einbußen finanziell versorgen kann, ist die Rechtsfolge des Schadenersatzes meiner Meinung nach eine sinnvolle. Beachtet sollte auch werden, dass der Schadenersatzanspruch ja vorrangig dazu dient, den „verletzten“ Elternteil zu entschädigen. Es geht hier nicht in erster Linie darum, der Ausübung des Besuchsrechts auf die Sprünge zu helfen. Trotzdem kann die besprochene Entscheidung des OGH in Zukunft etwas am Verhalten von Eltern verändern. Einerseits enthält sie eine klare Botschaft an betreuende Elternteile, die aufgefordert werden, die Wohlverhaltensklausel ernsthaft zu beachten. Andererseits sollten sich auch die besuchsberechtigten Elternteile angesprochen fühlen. Jene Elternteile, die beharrlich den Kontakt zu ihren Kindern verweigern oder Besuchsrechtsvereinbarungen nicht einhalten, werden nämlich viel öfter seelische Schmerzen und sogar Störungen bei ihren Kindern auslösen, als dass sie selbst unter seelischen Schmerzen, aufgrund des Fehlverhaltens des betreuenden Elternteils, leiden. Eine derartige Entwicklung, die nun beide Elternteile dazu auffordert, sich rechtmäßig zu verhalten, ist jedenfalls sehr zu begrüßen. Schließlich soll es darum gehen, die familiären Beziehungen zu schützen und den Kindern einen reibungsfreien Kontakt zu beiden Elternteilen zu ermöglichen.<sup>159</sup>

## II. Beeinträchtigung durch den besuchsberechtigten Elternteil

### A. Informationsrechtliche Konsequenzen

Nach § 178 Abs 3 Satz 2 ABGB entfallen die oben erwähnten Informations- und Äußerungsrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils, wenn dieser den persönlichen

---

<sup>159</sup> *Gitschthaler*, Besuchsrechtsvereitelung kann teuer werden, EF-Z 2011/85.

Verkehr mit seinem Kind grundlos ablehnt. Entscheidend ist die Voraussetzung der Grundlosigkeit. Bestehen im Einzelfall bestimmte Gründe für die Ablehnung des persönlichen Verkehrs, so behält der Elternteil seine Informations- und Äußerungsrechte. Rechtfertigungsgründe können etwa eine große räumliche Distanz, fehlende finanzielle Mittel, Krankheit oder eine Behinderung des nicht obsorgeberechtigten Elternteils sein.<sup>160</sup> Auch die vorübergehende Ablehnung des Kindes gegenüber dem Besuchselternteil kann ein Grund sein, aus dem der abgelehnte Elternteil auf den persönlichen Kontakt vorübergehend verzichtet.<sup>161</sup> Besteht nun aber ein solcher, die Ablehnung des persönlichen Kontaktes rechtfertigender Grund nicht, verliert der besuchsberechtigte Elternteil ex lege seine Informations- und Äußerungsrechte.<sup>162</sup> Freilich ist so eine „Strafe“ für diese Art der Verletzung des Besuchsrechts nur dann als sinnvoll anzusehen, wenn der betroffene Elternteil grundsätzlich überhaupt daran interessiert ist, am Leben seines Kindes teilzuhaben. Ist er das nämlich nicht, so wird auch der Entfall seiner Informations- und Äußerungsrechte ihn kaum dazu bewegen können, sein das Besuchsrecht verletzende Verhalten einzustellen.<sup>163</sup>

## B. Erbrechtliche Konsequenzen

Ein Erblasser hat nach § 773 Abs 1 ABGB das Recht, den Pflichtteil eines Pflichtteilsberechtigten auf die Hälfte zu mindern, wenn zwischen den beiden nie ein Naheverhältnis bestanden hat, wie es in einer Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht. Liegt nun aber der Grund dafür, dass ein solches Naheverhältnis nie bestanden hat darin, dass der Erblasser das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt hat, so verliert der Erblasser seit dem KindRÄG 2001 gemäß § 773a Abs 3 ABGB das Recht, den Pflichtteil auf die Hälfte des gesetzlichen Pflichtteils zu mindern.

Voraussetzung für diesen Pflichtteilsminderungsanspruch ist neben der grundlosen Ablehnung des Elternteils, auch ein Bemühen des Kindes bzw dessen gesetzlichen Vertreters, den Kontakt herzustellen.<sup>164</sup> Die Pflichtteilsminderung bedarf laut hL keiner

---

<sup>160</sup> Hopf in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>3</sup> § 178 Rz4; Weitzenböck in Schwimann, ABGB Taschenkommentar § 178 Rz 8.

<sup>161</sup> Haidenthaller, JBI 2001, 629.

<sup>162</sup> EB RV 296 BlgNR 21.GP 41; OGH 7Ob8/09s [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (10.3.2012).

<sup>163</sup> Jausovec, Besuchsrecht 87.

<sup>164</sup> Jausovec, Besuchsrecht 81 Fn 369.

ausdrücklichen Anordnung. Sie muss nur ohne Zweifel auf den Willen des Erblassers zurückführbar sein. Die Beweislast trägt der Pflichtteilsschuldner. Er muss also beweisen, dass es sein Wille war, den Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten auf die Hälfte des gesetzlichen Pflichtteils zu mindern.<sup>165</sup> Der Gesetzgeber hatte bei der Gestaltung des § 773a Abs 3 ABGB die Intention, vorschneller Ablehnung des persönlichen Verkehrs vorzubeugen. Außerdem sollte der verweigernde Teil nicht noch durch die Entstehung des Pflichtteilsminderungsrechts belohnt werden.

Wird der Pflichtteil eines Kindes allerdings auf die Hälfte des gesetzlichen Pflichtteils gemindert, so hat dies gem § 779 Abs 2 ABGB auch zur Folge, dass auch die Nachkommen dieses Kindes nur den geminderten Pflichtteil fordern können, sofern keine letztwillige Verfügung etwas anderes bestimmt. Dies entspricht dem materiellen Repräsentationsprinzip. Diese Regelung wurde mehrfach kritisiert, vor allem weil hier eine Ungleichbehandlung zu Nachkommen enterbter Kinder auszumachen ist. Nachkommen enterbter oder erbunwürdiger Kinder haben nämlich im Gegensatz zu Nachkommen von Kindern deren Pflichtteil gemindert wurde, Anspruch auf den vollen Pflichtteil. Die Erklärung dafür könnte in der Intention des Gesetzgebers gesehen werden, den vermuteten Erblasserwillen zu positivieren.<sup>166</sup> Der Gedanke dieser Ungleichbehandlung ist auch nachvollziehbar. Bei der Enterbung seines Kindes will der Erblasser eine spezielle Person vom Erbrecht ausschließen. Die Nachkommen des enterbten Kindes sollen keinerlei Nachteile aus dieser Enterbung ziehen. Soll allerdings der Pflichtteil eines Pflichtteilsberechtigten gemindert werden, weil zu diesem nie ein Naheverhältnis bestanden hat, so ist es oft auch sicher im Sinne des Erblassers, dass auch dessen Nachkommenschaft nicht Anspruch auf den vollen Pflichtteil hat. Schließlich wird idR nicht davon auszugehen sein, dass die Nachkommen eines Kindes mit gemindertem Pflichtteil ein Naheverhältnis zum Erblasser haben. Szenarien, in denen beispielsweise Enkelkinder ein Naheverhältnis zu den Großeltern haben, obwohl die Kinder der Erblasser dies nicht hatten, sind hierbei als Ausnahme anzusehen. Diese Enkelkinder haben, wenn nicht eine letztwillige Verfügung etwas anderes bestimmt, als Nachkommen von Kindern, deren Pflichtteil gemindert wurde, nur Anspruch auf den geminderten Pflichtteil.

---

<sup>165</sup> *Hawel*, Zur Pflichtteilsminderung nach § 773a ABGB, EF-Z 2012/34.

<sup>166</sup> *Welser* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 773a Rz 2; *Bittner/Hawel* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 773a Rz 7; *Spitzer*, Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001, NZ 2003/98; EB RV 296 Blg NR 21. GP, 92.

Hat zwischen dem Elternteil und dem Kind irgendwann ein Naheverhältnis bestanden, so scheidet § 773a Abs 3 ABGB als Sanktion für die, durch die grundlose Ablehnung des persönlichen Verkehrs bestehende Besuchsrechtsverletzung aus. *Jausovec*<sup>167</sup> sieht in der grundlosen Ablehnung des persönlichen Kontaktes die Möglichkeit der Erbunwürdigkeit nach § 540 Fall 2 ABGB als erbrechtliche Konsequenz. Danach ist des Erbrechts unwürdig, wer seine, sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebenden, Rechte und Pflichten, gröblich vernachlässigt. Die Besuchspflicht des nicht betreuenden Elternteils stellt eine solche, sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebende, Pflicht dar. Eine Pflichtverletzung muss allerdings ein schwer anstößiges und vorsätzliches Handeln darstellen.<sup>168</sup> Die grundlose Ablehnung des persönlichen Verkehrs allein, etwa durch schlichte Passivität des Elternteils, wird in der Regel nicht ausreichen, um den Tatbestand des § 540 Fall 2 ABGB zu erfüllen. Liegen allerdings besondere Umstände beim Kind, wie beispielsweise schwere Erkrankungen oder der Verlust der Hauptbezugsperson, vor oder gehen mit der Vernachlässigung der Besuchspflicht noch andere Pflichtverletzungen, zB der Unterhaltspflicht, einher, so kann der Tatbestand des § 540 Fall 2 ABGB durchaus erfüllt sein. Die erbrechtliche Konsequenz der Besuchsrechtsbeeinträchtigung würde dann darin liegen, dass der Elternteil als Erbe des Kindes ausscheiden würde.<sup>169</sup>

Gleichzeitig kann dieser Erbunwürdigkeitsgrund auch als Enterbungsgrund gem § 770 ABGB geltend gemacht werden. Der Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten liegt darin, dass die Erbunwürdigkeit „eo ipso“, also aus sich heraus, wirkt. Der Erblasser muss nicht testierfähig sein, um der/ dem Erbunwürdigen ihren/ seinen Pflichtteil zu entziehen. Bei der Geltendmachung eines Enterbungsgrundes, wird die Anordnung der Enterbung in einer letztwilligen Verfügung verlangt. Eine solche setzt die Testierfähigkeit voraus und wird in dem speziellen Fall, in dem das Kind Erblasser ist, oft nicht gegeben sein.<sup>170</sup>

### C. Besuchsrechtliche Konsequenzen

Wird das Besuchsrecht durch den besuchsberechtigten Elternteil verletzt und steht diese Verletzung in Zusammenhang mit einer konkreten Gefährdung des Kindeswohls, so kann

---

<sup>167</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 103.

<sup>168</sup> *Likar-Peer* in *Ferrairi/Likar-Peer*, Erbrecht, Ein Handbuch für die Praxis (2007) 288; *Welser*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990,137 (141).

<sup>169</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 82 f.

<sup>170</sup> *Likar-Peer* in *Ferrairi/Likar-Peer*, Erbrecht 289; *Weiß/Ferrari* in *Ferrairi/Likar-Peer*, Erbrecht 140.

das Besuchsrecht des nicht betreuenden Elternteils eingeschränkt, oder in Ausnahmefällen auch untersagt werden.<sup>171</sup> Natürlich muss ein solcher Eingriff erforderlich und angemessen sein. Die Kindeswohlgefährdung muss konkret und aktuell sein. Abstrakte Befürchtungen, Behauptungen oder Gerüchte reichen nicht aus.<sup>172</sup> Außerdem wird für die Einschränkung oder Untersagung des Besuchsrechts laut ständiger Rechtsprechung eine Gefährdung der physischen oder psychischen Integrität vorausgesetzt.<sup>173</sup> Auch mögliche Irritationen des Kindes durch die Besuchskontakte können zur Einschränkung führen, wenn sie ein natürliches, nach der Zerstörung der Ehe und der Trennung der Eltern gegebenes Maß überschreiten.<sup>174</sup> Die „normalen“ Spannungen zwischen den Eltern nach einer Scheidung oder Trennung sind aber grundsätzlich noch kein Grund für eine Einschränkung oder eine Untersagung des Besuchsrechts.<sup>175</sup> Eine Einschränkung kann hinsichtlich des Ortes, der Zeit und der Art und Weise der Ausübung des persönlichen Kontaktes erfolgen.

Der einzige ausdrücklich gesetzlich verankerte Grund für die Einschränkung bzw. Untersagung des Besuchsrechts ist der Verstoß gegen die Wohlverhaltenspflicht gemäß § 148 Abs 2 ABGB. Welche Verhaltensweisen und Handlungen diese Pflicht nach § 145b ABGB verletzen, wurde im Laufe dieser Arbeit schon behandelt. Weitere Gründe für die Einschränkung oder Untersagung können sich aus der Person der/ des Besuchsberechtigten ergeben. So kann ein bestimmtes Fehlverhalten oder eine für Kinder nachteilige Lebensführung ebenfalls zur genannten Rechtsfolge führen. Im Folgenden werden einige Beispiele angeführt.

Ist der besuchsberechtigte Elternteil vorbestraft, muss bei der Entscheidung über eine Einschränkung oder Untersagung im Einzelfall auf die begangene Straftat abgestellt werden. So wurden beispielsweise wegen der Anhängigkeit eines Strafverfahrens eines Vaters wegen Betruges keine negativen Auswirkungen auf die Kinder begründet.<sup>176</sup> Hat allerdings der Besuchselternteil dem betreuenden Elternteil Gewalt in Form einer Straftat angetan, ist wohl in den meisten Fällen auch eine Gefährdung des Kindeswohls anzunehmen. Wie bei jeder Entscheidung in diesem Rechtsgebiet, lassen sich aber auch

---

<sup>171</sup> *Huber*, Streit um das Kind 59.

<sup>172</sup> LGZ Wien 43 R 601/83 EF 43.259; *Friedrich*, Die Opfer der Rosenkriege 141.

<sup>173</sup> OGH 5 Ob 605/83 EF 43.253.

<sup>174</sup> *Fürst*, ÖA 1998, 100.

<sup>175</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 182; OGH 7 Ob 683/85 EF 48.341.

<sup>176</sup> LGZ Wien R 558-561/83 EF 43.262.

hier keine generellen Aussagen treffen und es muss immer auf den Einzelfall abgestellt werden.

Ist ein Besuchselternteil generell sehr gewaltbereit, macht es beispielsweise Sinn, den Besuchskontakt dahingehend einzuschränken, dass eine Besuchsbegleitung gem § 111 AußStrG installiert wird. Diese ist ein Mittel, das zur Erhaltung, Wiederherstellung oder zum Aufbau der Beziehung zwischen dem Kind und dem nicht betreuenden Elternteil dienen soll.<sup>177</sup> Neben der Anwendung zum bloßen Schutz des Kindes, dient die Besuchsbegleitung auch dem Schutz des besuchsberechtigten Elternteils vor ungerechtfertigten Vorwürfen und zur Beruhigung der/ des Betreuenden.<sup>178</sup> Zweck der Besuchsbegleitung ist es unter anderem, eine Basis zu schaffen, auf der wieder ein uneingeschränktes Besuchsrecht ausgeübt werden kann. Es soll nicht darum gehen, den Besuchselternteil durch die Installierung einer Besuchsbegleitung zu sanktionieren, sondern ihn bei der Kontaktausübung zu unterstützen. § 111 AußStrG spricht von geeigneten und zur Unterstützung bereiten Personen, wenn es darum geht, wer die Besuchsbegleitung durchführen soll. Diese vorausgesetzte Eignung wird allerdings nicht näher beschrieben, was bedeutet, dass neben Personen aus typischen Quellenberufen wie zB Sozialarbeitern, Psychologen oder Mitarbeitern von Familienberatungsstellen bzw der Jugendgerichtshilfe auch andere Personen diese Begleitung durchführen können. In Betracht kommen auch Tagesmütter, KindergartenpädagogInnen oder Lehrpersonal. Denkbar wäre es auch, dass Angehörige oder unvoreingenommene Verwandte diese Aufgabe übernehmen. Hierbei ist vor allem an den Vorteil der Kostenersparnis zu denken. In der Praxis hat sich vor allem die Institution des Besuchscafés etabliert.<sup>179</sup> In Österreich gibt es derzeit 130 Besuchscafés, die auf alle neun Bundesländer aufgeteilt sind.<sup>180</sup> Diese Art der vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAK) geförderten Besuchsbegleitung garantiert das Vorhandensein geeigneter Personen zur Unterstützung der Ausübung des Besuchsrechts.<sup>181</sup> Das Besuchsrecht wird in eigens von verschiedenen gemeinnützigen Organisationen, wie zB der Volkshilfe, den österreichischen Kinderfreunden,<sup>182</sup> oder den Jugendämtern eingerichteten Räumlichkeiten in Anwesenheit der Besuchsbegleiter ausgeübt. Der große Vorteil der Besuchscafés besteht

---

<sup>177</sup> *Huber*, Streit um das Kind 60.

<sup>178</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 188.

<sup>179</sup> *Huter*, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis Teil I, EF-Z 2012/61.

<sup>180</sup> [www.besuchscafe.at](http://www.besuchscafe.at) (15.5.2012).

<sup>181</sup> *Dachsbacher*, Die Förderung der Besuchsbegleitung iSd § 111 AußStrG durch das Bundesministerium für Arbeit und Konsumentenschutz, iFamZ 2007, 264 (266).

<sup>182</sup> [www.besuchscafe.at](http://www.besuchscafe.at) (16.5.2012).

darin, dass das BMASK die oben erwähnten Organisationen, die diesen Dienst anbieten, finanziell fördert. Während also die Besuchsbegleitung außerhalb der Besuchscafés sehr teuer und damit in der Praxis oft unbrauchbar ist, steht den Beteiligten im Rahmen der Besuchscafés eine nahezu kostenlose Besuchsbegleitung zur Verfügung.<sup>183</sup> Ein Nachteil liegt vor allem für die Besuchselternteile darin, dass ein unbeschwerter Kontakt mit dem Kind sehr schwer fällt, da durch die Anwesenheit einer dritten Person leicht das Gefühl beobachtet und kritisiert zu werden entsteht.

Eine besondere Situation, in der die Ausübung des Besuchsrechts eingeschränkt werden muss liegt vor, wenn der Besuchselternteil in Haft ist. Ob trotz der Inhaftierung des Besuchselternteiles ein persönlicher Kontakt stattfinden soll, ist fraglich. So hat das LGZ Wien entschieden, dass die Ausübung des Besuchsrechts zwischen einem inhaftierten Vater und einem 1 ½ jährigen Kind, nicht im wohlverstandenen Interesse des Kindes liege.<sup>184</sup> Besteht aber die Möglichkeit, den Kontakt so zu gestalten, dass das Kind nicht von der Haftsituation des Elternteils in seinem Wohl beeinträchtigt wird, etwa durch die Vorgabe eines neutralen Ortes, so soll der Besuchskontakt stattfinden. In der Entscheidung 43 R 290/88 beispielsweise, entschied das LGZ Wien, dass ein die Haftanstalt umgebender Park und kindergerecht eingerichtete Räumlichkeiten dazu führen würden, dass keine Beeinträchtigung des Kindeswohles durch das Haftmilieu befürchtet werden müsste.<sup>185</sup> Je nach Alter und Entwicklungszustand des Kindes ist hier abzuwägen, in wie fern der Besuchskontakt mit einem inhaftierten Elternteil dem Kind dient.

In der Rechtsprechung finden sich noch andere Lebensumstände von Elternteilen, die, wenn dadurch das Kindeswohl beeinträchtigt oder gefährdet werden würde, unter Umständen zur Einschränkung bzw zur Untersagung des Besuchsrechts führen können. So kann beispielsweise die Zugehörigkeit zu religiösen oder politischen Gruppierungen nur einschränkende Maßnahmen nach sich ziehen, wenn dadurch negative Auswirkungen auf das Kind befürchtet werden müssen. So wurde entschieden, dass die Angehörigkeit zu einer Skinheadgruppierung kein Grund wäre, das Besuchsrecht zu versagen, solange dadurch die soziale Integration des Kindes nicht beeinträchtigt wird.<sup>186</sup> Ebenso wenig reicht die bloße Mitgliedschaft bei Scientology als Versagungsgrund aus.<sup>187</sup> Natürlich stellt

---

<sup>183</sup> *Dachsbacher*, iFamZ 2007, 266.

<sup>184</sup> LGZ Wien 44 R 3434/87 EF 53.932.

<sup>185</sup> LGZ Wien 43 R 290/88 EF 56.641.

<sup>186</sup> LGZ Wien 44 R 1007/94 EF 75.034.

<sup>187</sup> *Leeb* in *Deixler-Hübner*, Die rechtliche Stellung der Frau 71; LGZ Wien 45 R 1046, 1047/95 EF 78.077.

heutzutage Homosexualität des Besuchselternteiles auch keinen Einschränkungs- oder gar Versagungsgrund dar.<sup>188</sup> Interessant war aber eine Entscheidung im Jahr 1994, bei der sich die Kinder weigerten, ihren Vater, der sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen hatte, von nun an in Frauenkleidern sehen zu müssen. Folgender Maßen wurde dabei argumentiert: Bei Erwachsenen könne man Toleranz und Verständnis für den Vater und dessen Umorientierung verlangen. Bei Kindern könne und solle ein solches Verständnis aber nicht gefordert werden. Die Ablehnung des Vaters in Frauenkleidern sei keine krankhafte Erscheinung der Kinder, sondern eine normale, ihrer Psyche vorgegebene Reaktion. Es wird daher ausschließlich vom Vater abhängen, ob es zum Besuchskontakt kommen kann, oder nicht.<sup>189</sup>

Auch die Tatsache, dass der Besuchselternteil früher kein Interesse an seinem Kind gezeigt hat, oder die Besuchsrechtsausübung unregelmäßig ist, stellt idR keinen Hinderungsgrund für die Ausübung des Besuchsrechts dar. Anderes könnte aber entschieden werden, wenn durch das Nichterscheinen des Elternteiles trotz vorheriger Absprache mit dem Kind, ständig neue Enttäuschungen drohen und das dem Kindeswohl entgegenstehen würde.<sup>190</sup> Die Verletzung der Unterhaltspflicht ist an sich auch noch kein Grund, das Besuchsrecht einzuschränken. Das Besuchsrecht besteht grundsätzlich unabhängig von der Erfüllung der Unterhaltspflicht.<sup>191</sup> Auch die Tatsache, dass der besuchsberechtigte Elternteil in einer Substandardwohnung lebt, in der sich ein Kind dann während der Besuchszeit aufhalten muss, kann allein noch keine Gefährdung des Kindes begründen.<sup>192</sup> Bei anderen Umständen, wie früherem nachgewiesenem sexuellen Missbrauch, Misshandlungen oder Vernachlässigungen des Kindes durch den Besuchselternteil, ist es logischerweise sehr schwer für den betroffenen Elternteil, keine Einschränkung bzw Untersagung des Besuchsrechts auferlegt zu bekommen.<sup>193</sup> Sind diese Umstände nicht nachgewiesen, sondern bestehen diesbezüglich „nur“ Vorwürfe und Verdächtigungen, so muss, bevor das Besuchsrecht untersagt wird, geprüft werden, ob nicht eine Einschränkung, zB eine

---

<sup>188</sup> LGZ Wien 45 R 445/01 a EF 95.531.

<sup>189</sup> LGZ Wien 43 R 738,739/94 EF 74.981.

<sup>190</sup> *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften, Ehe und Lebensgemeinschaft (2003) 74; LGZ Wien 43 R 56/95 EF 78.066.

<sup>191</sup> OGH 5 Ob 670/79 EF 33.485.

<sup>192</sup> LGZ Wien 47 R 630/85 EF 51.172.

<sup>193</sup> *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 42; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 17; LG Feldkirch 1 R 101/02 i EF 100.247.



Besuchsbegleitung oder die Vorgabe bestimmter Besuchsorte, möglicherweise dem Kindeswohl dienlicher ist.<sup>194</sup>

Besteht das Risiko einer Kindesentführung, etwa weil bereits einmal die Entführung versucht wurde und Wiederholungsgefahr besteht, ist das Besuchsrecht ebenfalls einzuschränken bzw auch zu untersagen. Eine mögliche Einschränkung wäre etwa die Streichung des Kindes aus dem Reisepass des Elternteiles, oder die gerichtliche Hinterlegung des Passes.<sup>195</sup> Bezüglich reiner Vermutungen und Befürchtungen einer Entführung ist auf das Gesagte über den Verdacht von sexuellem Missbrauch, Misshandlungen und Vernachlässigung, zu verweisen.

Auch Krankheiten des besuchsberechtigten Elternteiles können eine Einschränkung oder Untersagung des Besuchsrechts als Folge haben. Bei körperlichen Krankheiten kommt es darauf an, in wie weit diese ansteckend sein können. Besteht die Ansteckungsgefahr einer schweren Krankheit, ist das Besuchsrecht wohl auszuschließen. Handelt es sich um eine ekelerregende Krankheit, muss wieder das Kindeswohl als Gradmesser entscheiden. Löst die Krankheit Ekel oder Widerwillen beim Kind aus und geht das bis zu einer psychischen Beeinträchtigung des Kindes, ist auch hier das Besuchsrecht im schlimmsten Fall auszuschließen.<sup>196</sup> Alkohol-, Drogen-, oder Tablettensucht sind nur dann Grund für die Untersagung des Besuchsrechts, wenn trotz vorangegangener Einschränkungen, eine Gefährdung des Kindeswohls nicht ausgeschlossen werden kann. Denkbare Einschränkungen sind die Besuchsbegleitung, ein Verbot das Kind während der Besuchszeit mit dem PKW zu befördern,<sup>197</sup> ect. Ein nur gelegentlicher Alkoholmissbrauch außerhalb der Besuchszeit fällt laut LGZ Wien in die Privatsphäre des Besuchsberechtigten und ist grundsätzlich unerheblich.<sup>198</sup> Psychische Krankheiten können die Einschränkung oder den Ausschluss des Besuchsrechts zur Folge haben, wenn das Verhalten des Elternteils eine Gefahr für das Kind darstellt. Zu denken ist etwa an Suiziddrohungen oder Psychosen, die es unmöglich machen, auf das Kind einzugehen und sich darum zu

---

<sup>194</sup> LGZ Wien 45 R 560/98f EF 86.931.

<sup>195</sup> OGH 1 Ob 635/85 EF 104.274; LGZ Wien 44 R 43/03 d EF 104.275.

<sup>196</sup> Jausovec, Das Besuchsrecht 176 f.

<sup>197</sup> OGH 3 Ob 264/03 z EF 107.750.

<sup>198</sup> LGZ Wien 44 R 113/00 v EF 92.993.

kümmern. Natürlich haben auch hier mögliche Einschränkungen den Vorrang vor dem Ausschluss des Besuchsrechts.<sup>199</sup>

Die Gründe, aus denen das Besuchsrecht eingeschränkt bzw ausgeschlossen werden kann sind, wie eben aufgezeigt, zahlreich und vielfältig. Trotzdem wird es immer die Aufgabe des Gerichts sein, individuelle Einzelfallentscheidungen zu treffen. So kann das Kindeswohl als höchster Grundsatz bestmöglich berücksichtigt werden.

#### D. Unterhaltsrechtliche Konsequenzen

Kann sich ein Elternteil nicht selbst erhalten und besteht auch keine Unterhaltspflicht eines Ehegatten, eines früheren Ehegatten, eines Vorfahren oder eines Angehörigen näheren Grades, so kann das Kind gemäß § 143 ABGB als Unterhaltsschuldner herangezogen werden. Dabei sind freilich die Möglichkeit der Heranziehung des elterneigenen Vermögensstammes und die Gefährdung des kindeseigenen Unterhalts durch die zusätzliche Belastung, mit zu berücksichtigen. Dieser Unterhaltsanspruch des Elternteils gegenüber dem Kind kann nach § 143 Abs 1 ABGB nur dann verwirkt werden, wenn der bedürftige Elternteil selbst die Unterhaltspflicht gegenüber seinem Kind gröblich vernachlässigt hat. Die Verwirkung dieses Unterhaltsanspruches aufgrund einer Beeinträchtigung des Besuchsrechts durch den besuchsberechtigten Elternteil ist gesetzlich nicht verankert.

*Jausovec*<sup>200</sup> sieht hier aber eine Möglichkeit, diese Beeinträchtigung des Besuchsrechts unterhaltsrechtlich zu sanktionieren, indem sie auf das Erbrecht zurückgreift. Wie bereits erwähnt, kann sich ein Elternteil des Erbrechtes unwürdig machen, wenn er gem § 540 Fall 2 ABGB seine, aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern entstammenden, Pflichten verletzt. Würde nun ein erbunwürdiger oder rechtmäßig enterbter Elternteil einen Unterhaltsanspruch gegenüber seinem Kind geltend machen wollen, so steht ihm nur der notwendige Unterhalt gem § 795 ABGB zu. Zu diesem Ergebnis kommt man durch die Anwendung einer Analogie von §§ 540 Fall 2 iVm § 795 ABGB, die auch der OGH bereits so angewandt hat.<sup>201</sup> Verletzt der Besuchselternteil das Besuchsrecht und erfüllt er

---

<sup>199</sup> *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 17; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 148 Rz 43.

<sup>200</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 89.

<sup>201</sup> OGH 1 Ob 536/76 JBl 1977, 594 f.

damit den Tatbestand des § 540 Fall 2 ABGB, so steht ihm also im Falle eines Unterhaltsanspruches gegen sein Kind, nur mehr der notwendige Unterhalt im Sinne des § 795 ABGB zu. So kann über diesen Umweg durchaus eine unterhaltsrechtliche Konsequenz einer Besuchsrechtsverletzung angenommen werden.

#### E. Exkurs zum Pflegeregress

Im Zusammenhang mit den möglichen unterhaltsrechtlichen Konsequenzen der Besuchsrechtsbeeinträchtigung soll auch kurz die Frage geklärt werden, ob die Beeinträchtigung des Besuchsrechts dazu führen kann, dass die Kostenersatzpflicht Unterhaltspflichtiger gegenüber dem Sozialhilfeträger entfällt. Ausgangspunkt dieser Frage ist eine Situation, in der idR Eltern oder Großeltern pflegebedürftig sind und in Alters- oder Pflegeheimen untergebracht sind. Können die oft sehr hohen Kosten der Heimunterbringung nicht von den Pflegebedürftigen selbst gedeckt werden, übernimmt oft das Sozialamt die ungedeckten Kosten. Dieses wiederum kann je nach verschiedenen Sozialhilfegesetzen der Bundesländer unterhaltspflichtige Kinder und Enkelkinder in Regress nehmen.<sup>202</sup> Unterhaltspflichtige können also vom Sozialhilfeträger bis zur Höhe ihres gesetzlichen oder vertraglich geregelten Unterhalts für die Kosten, die durch die Unterbringung der Unterhaltsberechtigten entstehen, in Regress genommen werden.

Damit das geschehen kann, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein. Zunächst muss die/der Unterhaltsberechtigte unfähig sein, sich selbst zu erhalten. Selbsterhaltungsunfähigkeit liegt grob gesagt vor, wenn eine Person nicht mehr in der Lage ist, die seinen Lebensbedingungen angepassten Bedürfnisse zu decken. Dazu zählt unter anderem auch das Tragen von Kosten für die Unterbringung in einem Heim. Ob eine Person selbsterhaltungsfähig ist oder nicht, ist aber immer im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen. Die zweite Voraussetzung für einen möglichen Regress ist, dass der Unterhaltsberechtigte selbst nie seine Unterhaltspflicht gegenüber dem nun unterhaltspflichtigen Nachkommen gröblich vernachlässigt hat. Ob die Unterhaltspflicht gem § 143 Abs 1 ABGB gröblich vernachlässigt wurde, muss anhand verschiedener Faktoren beurteilt werden. Laut der Rechtsprechung des OGH ist unter anderem die Dauer der Pflichtverletzung, die Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen, das bisherige Verhalten desselben und die möglichen Gründe für die Verletzung der

---

<sup>202</sup> zB § 28 steiermärkisches Sozialhilfegesetz., Stand 16.5.2012.

Unterhaltungspflicht bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Dritte Voraussetzung ist, dass keine vorrangigen Unterhaltsverpflichtungen bestehen. Bevor nämlich Nachkommen zu Unterhaltszahlungen verpflichtet werden können, muss geprüft werden, ob der aktuelle (§ 94 ABGB) oder ob frühere Ehepartner (§§ 66 ff EheG) der/ des Pflegebedürftigen zum Zahlen von Unterhalt verpflichtet sind. Auch die Eltern und sogar Großeltern des Pflegebedürftigen sind vor den Nachkommen zu Unterhaltszahlungen verpflichtet.

Neben diesen drei Anspruchsvoraussetzungen muss dann noch geprüft werden, ob der Unterhaltsanspruch der/ des Pflegebedürftigen unter Beachtung der sozialhilferechtlichen Schutzvorschriften auch tatsächlich auf den Sozialhilfeträger übergegangen ist. In den verschiedenen Gesetzen der Bundesländer können bestimmte Personen aus dem Kreis der Regressverpflichteten ausgenommen werden. Außerdem sind die Verjährungsfristen für Rückersatzansprüche zu beachten.<sup>203</sup>

Eine Voraussetzung, nach der eine pflegebedürftige Person selbst nie das Recht auf persönlichen Verkehr des § 148 ABGB verletzt haben darf, ist aus dem Gesetz nicht ableitbar. Während die gröbliche Vernachlässigung der Unterhaltungspflicht dazu führen kann, dass der Nachkomme nicht vom Sozialhilfeträger in Regress genommen wird, kann die Beeinträchtigung des Besuchsrechts, auf welche Art und Weise auch immer, nicht zum Entfall der Kostenersatzpflicht von Unterhaltspflichtigen führen.

#### F. Strafrechtliche Konsequenzen

Kurz dargestellt sei auch die Möglichkeit von strafrechtlichen Konsequenzen der Beeinträchtigung des Besuchsrechts durch den besuchsberechtigten Elternteil. In Frage kommt der Tatbestand der Kindesentziehung nach § 195 StGB. Danach ist zu bestrafen, wer eine Person unter sechzehn Jahren dem Erziehungsberechtigten entzieht, sie vor ihm verborgen hält, sie verleitet, sich ihm zu entziehen oder sich vor ihm verborgen zu halten, oder ihr dazu Hilfe leistet. Voraussetzung ist eine örtliche Trennung, die es der/ dem Erziehungsberechtigten nicht nur vorübergehend unmöglich macht, ihr/ sein Erziehungsrecht auszuüben. Damit die Trennung strafrechtlich relevant wird, muss sie mindestens 24 Stunden dauern,<sup>204</sup> wobei hier auf das Alter des Minderjährigen und die

---

<sup>203</sup> *Haberl*, Der Regressanspruch des Sozialhilfeträgers, EF-Z 2007/02.

<sup>204</sup> *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II<sup>9</sup> (2010) § 195 Rz 3.

konkrete Situation abzustellen sein wird.<sup>205</sup> Die Kindesentziehung gem § 195 StGB kann nicht fahrlässig, sondern nur vorsätzlich begangen werden. Außerdem handelt es sich um ein Ermächtigungsdelikt. Das bedeutet, dass die strafrechtliche Verfolgung des Täters der Ermächtigung des Erziehungsberechtigten bzw des Jugendwohlfahrtsträgers im Falle der Entziehung eines mündigen Minderjährigen bedarf.<sup>206</sup> Nicht zu bestrafen wäre der Täter gem § 195 Abs 4 StGB, wenn er Grund zur Annahme hatte, dass ohne sein Handeln das körperliche oder seelische Wohl des Minderjährigen ernstlich gefährdet wäre, und er - soweit erforderlich - dessen Aufenthalt dem Erziehungsberechtigten, dem Jugendwohlfahrtsträger oder einer Sicherheitsbehörde ohne unnötigen Aufschub bekannt gegeben hat. Den Tatbestand der Kindesentziehung kann der Besuchselternteil erfüllen, obwohl ihm das Kind freiwillig anvertraut wurde. Hier kann die eigenmächtige Ausdehnung des Fernbleibens durch den Besuchselternteil eine mögliche Entziehung darstellen.<sup>207</sup>

Denkbar wäre auch der strafrechtliche Anknüpfungspunkt des § 92 Abs 2 StGB. Dieser regelt das Quälen oder Vernachlässigen unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen. Hiernach ist zu bestrafen, wer seine Verpflichtung zur Fürsorge oder Obhut einer unmündigen oder minderjährigen Person gegenüber gröblich vernachlässigt und dadurch, wenn auch nur fahrlässig, dessen Gesundheit oder dessen körperliche oder geistige Entwicklung beträchtlich schädigt. Es müsste also das Kind durch das Ausbleiben des persönlichen Kontaktes beträchtlich in seiner Gesundheit, geistigen oder körperlichen Entwicklung geschädigt werden. Bei der Beurteilung des § 92 Abs 2 StGB ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen. So wird die geistige Entwicklung beträchtlich beschädigt, wenn das Kind durch die Vernachlässigung hinter dem Bildungs- und Intelligenzniveau von Personen gleicher Entwicklungsstufe merklich zurückbleibt.<sup>208</sup> Abgesehen davon ist nur die gröbliche Pflichtvernachlässigung strafbar. Gröblich ist sie dann, wenn sie in einem krassen Missverhältnis zu jenem Maß an Fürsorge oder Obhut steht, dessen Anwendung unter den konkreten Umständen allgemein erwartet wird.<sup>209</sup> So begeht zum Beispiel eine Mutter, die erfährt, dass ihr Säugling blutverschmiert im Bett liegt, weil das „zahme“

---

<sup>205</sup> *Kienapfel/Schmoller*, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil III (1999) §§ 195-196 Rz 13.

<sup>206</sup> *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht Besonderer Teil III<sup>2</sup> (2009) 107 f.

<sup>207</sup> *Kienapfel/Schmoller*, Grundriss BT III §§ 195-196 Rz 14.

<sup>208</sup> *Hauptmann* in *Foregger* (Hrsg)/*Nowakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (1981) § 92 Rz 14.

<sup>209</sup> *Kienapfel/Schroll*, Grundriss des Strafrechts, Besonderer Teil I<sup>5</sup> (2003) § 92 Rz 21; OGH 14Os63/95 <http://www.ris.bka.gv.at> (10.1.2012).

Frettchen ihm nachts zahlreiche schwere Bisswunden im Gesicht zugefügt hatte und sich daraufhin umdreht, weiterschläft und erst Stunden später den Arzt ruft, eine gröbliche Pflichtverletzung.<sup>210</sup> Auch das längere Hunger oder Durst leiden lassen stellt eine solche gröbliche Pflichtverletzung dar.<sup>211</sup> Aufgrund der strengen Voraussetzungen wird wohl das Ausbleiben persönlicher Kontakte im Rahmen des Besuchsrechts idR nicht den Tatbestand des § 92 Abs 2 StGB erfüllen. Das zeigt sich auch daran, dass bislang keine derartige Entscheidung ergangen ist.<sup>212</sup> Überhaupt sind strafrechtliche Konsequenzen als Rechtsfolgen der Besuchsrechtsbeeinträchtigung meiner Meinung nach als Ausnahme anzusehen, da nur in den seltensten Fällen alle Voraussetzungen für eine strafrechtliche Anknüpfung vorliegen werden.

### III. Beeinträchtigung durch das Kind

Ob und in wie weit ein Kind rechtliche Konsequenzen einer Beeinträchtigung des Besuchsrechts treffen sollen, ist fraglich und umstritten. Grundsätzlich hat ein Kind die Pflicht, das Recht des getrennt von ihm lebenden Elternteils auf den zur Pflege und Förderung der zwischenmenschlichen Beziehungen, des wechselseitigen Verständnisses, des Bandes der familiären Liebe und Zuneigung und der Charakterbildung unentbehrlichen und notwendigen persönlichen Verkehr zu respektieren.<sup>213</sup> Lehnt nun das Kind den persönlichen Kontakt mit dem Besuchelternteil grundlos ab, wird damit das Besuchsrecht nicht respektiert und damit verletzt. Die Problematik, die sich in diesem Zusammenhang zeigt, ist, dass es sehr oft nicht der Wille eines Kindes ist, der dessen Verhalten beeinflusst, sondern der der Eltern oder anderer Personen, die Einfluss auf das Kind haben. Oft wird der Wille eines Kindes durch die Beeinflussung und Manipulation eines Erwachsenen in eine bestimmte Richtung gelenkt.

#### A. PAS

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Krankheitsbild des so genannten „Parental Alienation Syndrom“ (PAS), man kann es mit „Eltern- Feindbildsyndrom oder Elternentfremdungssyndrom“ übersetzen, hinzuweisen. Der bereits verstorbene

---

<sup>210</sup> Kienapfel/Schroll, Grundriss BT I<sup>5</sup> § 92, Rz 22 OGH 10 Os 159/83 SSt 54/77.

<sup>211</sup> Kienapfel/Schroll, Grundriss BT I<sup>5</sup> § 92, Rz 22 OGH 14 Os 105/98 SSt 60/71.

<sup>212</sup> Pesendorfer, iFamZ 2011, 68.

<sup>213</sup> OGH 5 Ob 586/84 EF 45.736.

amerikanische Kinderpsychiater *Richard A. Gardner* beschrieb damit eine Art psychische Erkrankung, die durch Entfremdung zwischen dem Kind und einem Elternteil auftreten kann. *Gardner* beschreibt einige Symptome dieser Krankheit, die in leichtem, mittlerem oder schwerem Ausmaß vorliegen können. Zu nennen sind beispielsweise Kampagnen der Verunglimpfung gegen den besuchsberechtigten Elternteil, vage, absurde oder leichtfertige Rationalisierung für die Herabsetzung des besuchsberechtigten Elternteils, reflexartige Unterstützung des betreuenden Elternteils im elterlichen Konflikt, die Abwesenheit von Schuldgefühlen wegen Grausamkeiten gegen den Besuchselternteil oder wegen dessen Ausbeutung, die Ausbreitung der Feindseligkeit auf den Freundes- und/oder Verwandtenkreis des entfremdeten Elternteils usw. Betroffene Kinder drücken dabei negative Gefühle wie Wut, Hass und Ablehnung gegen den Besuchselternteil aus, die mit den tatsächlich erlebten Ereignissen in keinem realen Verhältnis stehen. Frühere, schöne und positive Erlebnisse werden fast vollständig ausgeblendet. Bei näherem Nachfragen, können betroffene Kinder dann aber meist nichts Näheres berichten. Besonders typisch ist das Symptom, bei dem die normale Ambivalenz, bei der beide Elternteile sowohl positive als auch negative Eigenschaften aufweisen, fehlt. So wird ein Elternteil ausschließlich als gut und ohne Fehler, der entfremdete Elternteil ausschließlich als schlecht und böse empfunden und dargestellt.

Nach einer deutschen Studie ist das Verhalten der Eltern nach einer Scheidung, so genannte Ko- elterliche Interaktionen, ausschlaggebend für mögliche Langzeitfolgen für Scheidungskinder. Die Art und Weise, wie Eltern nach einer Trennung miteinander und mit dem Kind umgehen, beeinflusst stark, ob das Kind später zu Intimität, Nähe und stabilen Beziehungen fähig ist.<sup>214</sup> Laut amerikanischen Studien, können bestimmte Faktoren PAS – Syndrome verstärken. Darunter fallen beispielsweise eine hochgradig konfliktgeladene Trennung, gegnerschaftliche Scheidungsverfahren, Triangulierung des Kindes im intensiven ehelichen Konflikt vor der Trennung, Verlassenheitsgefühl des Kindes gegenüber dem zurückgewiesenen Elternteil oder auch die Wiederheirat oder eine neue Lebenspartnerschaft eines Elternteils, die zu ausgeprägter Feindseligkeit führt. „Normale“ Ängste bei der Trennung der Eltern, die Wiederheirat oder das Eingehen neuer Beziehungen eines Elternteils an sich und andere kindliche Verhaltensweisen, die auf die

---

<sup>214</sup> *Peer-Macek*, Das PAS Syndrom, ÖA 2005, 178 (181); *Napp- Peters*, Familien nach der Scheidung (1995) 142 f.

Trennung der Eltern zurückzuführen sind, werden aber nicht unbedingt auf PAS zurückzuführen sein.<sup>215</sup>

Das Parental Alienation Syndrom findet in der österreichischen Rechtslage bis jetzt noch keine Berücksichtigung. Dabei wäre es durchaus wichtig, den Aspekt des PAS auch im österreichischen System mit zu berücksichtigen. Mit dem KindRÄG 2001 wurde die Rechtsstellung von Kindern in Besuchsrechtsangelegenheiten gestärkt. Seit dem ist das Recht auf persönlichen Verkehr auch nach dem Gesetzeswortlaut ein eigenständiges Recht des Kindes und dem Willen des Kindes ist mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Nun verfälscht PAS genau diesen Willen. Drückt ein Kind den vermeintlich eigenen, aber in Wirklichkeit verfälschten Willen aus und wird dieser ordnungsgemäß gewürdigt, so kann dies schlussendlich zu einer Kindeswohlgefährdung führen. Für österreichische Gerichte wäre es zumindest wichtig, über die Symptome des Syndroms bescheid zu wissen, um bei Bedarf richtig reagieren zu können. So sollte in Besuchsrechtsverfahren bei Verdacht auf PAS jedenfalls ein kinderpsychoanalytisches Gutachten einer/ eines mit PAS erfahrenen Sachverständigen eingeholt werden. Wenn möglich sollte auch eine zuständige Sozialarbeiterin/ ein zuständiger Sozialarbeiter, die installierte Besuchsbegleitung oder die Lehrerinnen und Lehrer des Kindes über Erfahrungen mit dem Kind berichten. So sollen dem Gericht, abgesehen von den Eltern, noch andere Quellen für die Entscheidungsfindung zur Verfügung stehen.<sup>216</sup>

Steht fest, dass ein Kind von PAS betroffen ist, so sollen mögliche rechtliche Konsequenzen einer Besuchsrechtsbeeinträchtigung selbstverständlich nicht das Kind, sondern den betroffenen, möglicherweise die Krankheit auslösenden, Elternteil treffen. Welche Folgen eine solche Beeinträchtigung des Besuchsrechts durch die Verletzung der Wohlverhaltenspflicht nach sich ziehen kann, wurde oben bereits dargestellt. Fraglich ist, ob das Gericht als Alternative zu den dargestellten Rechtsfolgen auch eine verpflichtende Erziehungsberatung oder Familientherapie anordnen kann. Gemäß § 176 Abs 1 ABGB hat das Gericht nämlich bei einer Kindeswohlgefährdung alle nötigen Verfügungen zu treffen, um das Wohl des Kindes zu sichern. Auch der Jugendwohlfahrtsträger hat nach § 215 ABGB das Recht, solche Verfügungen beim Pflegschaftsgericht zu beantragen bzw bei Gefahr im Verzug selbst erforderliche Maßnahmen zu treffen. Diese wirken dann vorläufig bis zu einer Entscheidung des Pflegschaftsgerichts. Ihm Rahmen dieser gesetzlichen

---

<sup>215</sup> Peer-Macek, Das PAS Syndrom in ÖA 2005, 181.

<sup>216</sup> Peer-Macek, Das PAS Syndrom in ÖA 2005, 178 ff.



Bestimmungen kann das Gericht den Eltern beispielsweise den Auftrag erteilen, das Kind medizinisch behandeln zu lassen. Die Anordnung zwangsweiser Erziehungsberatungen oder Familientherapien im Rahmen der §§ 176 und 215 ABGB ist allerdings anders zu beurteilen. Der Grund dafür liegt darin, dass den Eltern nach dem Grundsatz der Familienautonomie mit der Obsorge das Recht zusteht, ihr Kind nach eigenen Vorstellungen zu erziehen.<sup>217</sup> Dieses Recht ist Ausdruck des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und darf nur unter besonderen Umständen eingeschränkt werden. So entschied zum Beispiel das deutsche Bundesverfassungsgericht, dass es einen ungerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht des Art 8 EMRK darstellt, wenn ein Elternteil dazu verpflichtet wird, unter Aufsicht eines Sachverständigen mit seinem Kind Umgang zu haben, damit ein Gutachten erstellt werden kann.<sup>218</sup> Für die derzeitige österreichische Rechtslage ist also abzuleiten, dass die gerichtliche Anordnung einer Erziehungsberatung oder Familientherapie im Rahmen der §§ 176 und 215 ABGB unzulässig ist. Gegenteiliges sieht allerdings der Entwurf zum geplanten KindRÄG 2012 vor. Hiernach sollen Gerichte in Obsorge- oder Besuchsrechtsverfahren in Zukunft sehr wohl die Möglichkeit haben, verpflichtende Besuche einer „Eltern- oder Erziehungsberatung“ anzuordnen, wenn es sich dabei um eine Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls handelt. Was genau unter einer „Eltern- oder Erziehungsberatung“ zu verstehen ist, verrät der Entwurf zwar nicht, es ist aber davon auszugehen, dass nicht nur theoretische Vorträge, sondern viel mehr auch Therapien darunter fallen sollen. Diese Maßnahmen können eben auch gegen den Willen eines Elternteiles angeordnet und auch mit den Zwangsmitteln des § 79 AußStrG durchgesetzt werden. Trotzdem soll weiter berücksichtigt werden, dass die Verpflichtung eines Elternteils sich in „Behandlung“ zu begeben, einen Eingriff in Art 8 EMRK zur Folge haben könnte. Nach Art 8 Absatz 2 EMRK ist ein solcher Eingriff aber zulässig, wenn er zum einen gesetzlich vorgesehen ist und zum anderen zum Schutz der Rechte anderer - in dem Fall der Kinder - notwendig ist. Die Anordnung solcher Verpflichtungen ist dabei immer auf ihre Sinnhaftigkeit im Einzelfall zu überprüfen. Ist ein Elternteil wirklich grundlegend gegen eine bloß empfohlene Hilfeleistung, so wird auch die zwangsweise Verpflichtung zu einer solchen nicht wirklich erfolgversprechend sein.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> *Maleczky*, Erziehung und Strafrecht<sup>4</sup>, Erziehungsalltag strafrechtlich betrachtet (2010) 9; *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000) Rz 273.

<sup>218</sup> BVerfG 1 BvR 2222/01 FamRZ 2004, 523.

<sup>219</sup> *Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?, iFamZ 2011, 139 (141 f).

Umstritten ist die Frage, ob einem verständigen Kind, das sich aus freiem Willen dazu entscheidet den persönlichen Kontakt zum Besuchselternteil grundlos abzulehnen, rechtliche Konsequenzen im Sinne einer Sanktion drohen sollen. Vorausgesetzt werden muss dabei, dass das Kind verständig, also einsichts- und urteilsfähig ist. Der Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde mit der Einwilligungsfähigkeit von Minderjährigen in medizinische Behandlungen gemäß § 146c ABGB eingeführt. Es handelt sich dabei um einen zweigliedrigen Begriff, der aus einem kognitiven und einem voluntativen Element besteht. Das kognitive Element verlangt von der/ dem Minderjährigen die Fähigkeit, den Anlass, den Grund und die wesentlichen Auswirkungen einer Rechtshandlung zu verstehen, kurz gesagt die Einsichtsfähigkeit. Hier kommt es nicht auf professionelle juristische Kenntnis über alle rechtlichen Folgen an, sondern auf das Bewusstsein, dass die Ablehnung des Besuchsrechts rechtliche Konsequenzen auslösen kann. Beim voluntativen Element, der Urteilsfähigkeit, geht es dann um die Fähigkeit, den eigenen Willen nach dieser Einsicht auszurichten. Die/ der Minderjährige muss den Willen haben, die aus ihrem/ seinem Handeln resultierenden Rechtsfolgen herbeizuführen.<sup>220</sup> Es geht dabei nicht darum, objektiv vernünftige Entscheidungen zu treffen. „Vernünftige“ Entscheidungen objektiv zu definieren, steht wohl niemandem zu. Es geht um die Frage, ob eine Person Entscheidungen, orientiert nach den eigenen subjektiven Wertungen, treffen kann, die nicht durch Krankheit, geistiger Behinderung oder altersuntypischer verzögerter Reife beeinträchtigt sind.<sup>221</sup> Maßgeblich bei der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist immer der konkrete Einzelfall.<sup>222</sup> Aus Gründen der Effizienz und Raschheit des Besuchsrechtsverfahrens wird allerdings die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab dem 14. Lebensjahr vermutet. Ab diesem Alter bestehen nach kinderpsychologischen Fachmeinungen typischerweise diese Fähigkeiten.<sup>223</sup> Ob mündige Minderjährige wirklich in der Lage sind, zu verstehen, welche Konsequenzen die Ablehnung des persönlichen Verkehrs für ihr eigenes Wohl haben kann, ist aber fraglich.

Während *Kerschner*<sup>224</sup> keinerlei Möglichkeit der Sanktionierung des Kindes sieht, geht *Jausovec*<sup>225</sup> davon aus, dass dem Kind, freilich immer unter sorgfältiger Bedachtnahme auf

---

<sup>220</sup> *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 138b Rz 1; *Stefula* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 138b Rz 7.

<sup>221</sup> *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des KindRÄG 2001, ÖJZ 2001,530 (532).

<sup>222</sup> *Kopetzki*, Forschungen aus Staat und Recht, Materielles Recht, Verfahren und Vollzug, Unterbringungsrecht, Band II (1995) 817.

<sup>223</sup> EB RV 296 Blg NR 21. GP 96.

<sup>224</sup> *Kerschner*, Bürgerliches Recht V, Familienrecht<sup>3</sup> (2008) Rz 2/87.

<sup>225</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 102.

das Kindeswohl, schon vermittelt werden soll, dass es die Konsequenzen für die Verletzung des Besuchsrechts des Besuchselternteils in bestimmten Fällen selbst zu tragen hat. Sie verweist dabei auf die zivilrechtliche Deliktsfähigkeit nach § 153 ABGB, nach der Minderjährige ab dem 14. Lebensjahr auch selbst zur Verantwortung gezogen werden können. Weiters könnte man meines Erachtens auf die Verfahrensfähigkeit Minderjähriger verweisen. Der § 104 AußStrG besagt, dass mündige Minderjährige in Verfahren über Pflege und Erziehung oder in Besuchsrechtsverfahren, selbstständig vor Gericht handeln können, sprich Parteistellung haben. So könnte man davon ausgehen, dass Minderjährige, die in Verfahren Parteistellung haben und damit für einsichts- und urteilsfähig genug gehalten werden, Anträge zu stellen, Rechtsmittel zu erheben und andere Prozesshandlungen zu setzen, auch verständlich genug sind, eine Entscheidung zu treffen, ob sie das Besuchsrecht des Besuchselternteils respektieren oder es eben verletzen. Denkbar wären sowohl erbrechtliche, als auch informationsrechtliche Konsequenzen, die das Kind treffen könnten.

## B. Erbrechtliche Konsequenzen

Verletzt das Kind das Besuchsrecht des nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils, indem es den Kontakt dauerhaft grundlos ablehnt, kann dies zu erbrechtlichen Konsequenzen führen. Wie bereits erwähnt verliert ein Elternteil als Erblasser das Recht auf Pflichtteilsminderung gegenüber dem Kind als Pflichtteilsberechtigten, wenn er das Recht auf persönlichen Verkehr grundlos abgelehnt hat und deshalb nie ein Naheverhältnis im Sinne des § 773a Abs 1 ABGB bestanden hat. Das gleiche gilt nun auch für den Fall, in dem das Kind der Erblasser und der Elternteil der Pflichtteilsberechtigte ist. Auch dem Kind steht bei genannter Besuchsrechtsverletzung nach § 773a Abs 3 ABGB das Recht der Pflichtteilsminderung nicht zu.<sup>226</sup> Die praktische Relevanz dieser Rechtsfolge ist aber recht gering. Hat das Kind das Besuchsrecht nämlich nicht grundlos abgelehnt, wovon in der Regel auszugehen ist, so behält es das Recht, den Pflichtteil des Elternteils zu mindern. Denkbar wäre aber beispielsweise ein Szenario, bei dem der Elternteil erst später von der Existenz des Kindes erfährt und dieses dann keinen Kontakt mit dem „fremden“ Elternteil will.<sup>227</sup> Da dem Kind in einem solchen Fall die Ablehnung kaum vorgeworfen werden kann, wird es sein Pflichtteilminderungsrecht wohl behalten können.

---

<sup>226</sup> EB RV 296 Blg NR 21. GP 40.

<sup>227</sup> Spitzer, Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001, NZ 2003/98.

Wenn ein Kind den Kontakt mit dem Besuchselternteil grundlos und dauerhaft ablehnt und schon einmal ein Naheverhältnis zwischen den Beiden bestanden hat, können noch andere erbrechtliche Folgen für das Kind eintreten. Konkret bestehen die Möglichkeiten der Enterbung oder der Erbunwürdigkeit des Kindes.

Gemäß § 768 Z 2 ABGB kann ein Kind enterbt werden, wenn es den Erblasser im Notstand hilflos gelassen hat. Hierbei muss dem Pflichtteilsberechtigten die Unterlassung der Hilfeleistung vorwerfbar sein und sich die Vernachlässigung direkt gegen den Erblasser richten. Unterlässt ein Kind beispielsweise den Besuch eines sterbenskranken Elternteils im Krankenhaus grundlos, so kann der Enterbungsgrund des § 768 Z 2 ABGB dadurch verwirklicht werden.<sup>228</sup> Einen weiteren Enterbungsgrund im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht stellt §§ 770 iVm 540 ABGB dar. §770 ABGB nennt die Erbunwürdigkeitsgründe der §§ 540 – 542 ABGB als mögliche Enterbungsgründe neben denen des § 768 ABGB. Im Zusammenhang mit der Verletzung des Besuchsrechts ist § 540 Fall 2 ABGB, der die gröbliche Vernachlässigung von Pflichten, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergeben, als Erbunwürdigkeitsgrund nennt, auch als Enterbungsgrund zu sehen. Eine Vernachlässigung dieser Pflichten muss gröblich, also schwer anstößiges Verhalten sein und vorsätzlich erfolgen. Der Vorsatz setzt Verschuldensfähigkeit voraus. Da diese bei Unmündigen in der Regel fehlt, ist die Vernachlässigung ihrer Pflichten, wie zB der Beistandspflicht, wohl selten als Enterbungsgrund gemäß §§ 770 iVm 540 Fall 2 ABGB zu qualifizieren.<sup>229</sup> Ab Eintritt der Verschuldensfähigkeit, also mit dem 14. Lebensjahr, wäre diese Sanktion der Besuchsrechtsverletzung aber durchaus möglich.

Neben der Enterbung des Kindes, kann es auch wegen Erbunwürdigkeit nach § 540 Fall 2 ABGB vom Erbrecht ausgeschlossen werden. Der Unterschied zwischen der Enterbung und der Erbunwürdigkeit liegt darin, dass ein Enterbungsgrund von daran interessierten Personen geltend gemacht werden muss, während ein Erbunwürdigkeitsgrund von Amts wegen wahrzunehmen ist und automatisch zum Pflichtteilsverlust führt. Verzeiht der Erblasser nachträglich dem Pflichtteilsberechtigten, heilt das zwar die Erbunwürdigkeit,

---

<sup>228</sup> *Eccher in Schwimann ABGB TaKomm*, § 768 Rz 5; *Bittner/Hawel in Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 §§ 768-770 Rz 4.

<sup>229</sup> *Eccher in Schwimann ABGB TaKomm*, § 540 Rz 3; *Werkusch in Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00 § 540 Rz 3; *Apathy in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 540 Rz 3.

die Enterbung muss allerdings nach § 772 ABGB widerrufen werden.<sup>230</sup> Außerdem haben die Nachkommen enterbter Personen nur ein Recht auf deren Pflichtteil gemäß § 780 ABGB, während Abstämmlingen erbunwürdiger Personen deren gesetzlicher Erbteil zusteht.<sup>231</sup>

### C. Informationsrechtliche Konsequenzen

Wie bereits erwähnt, können die Informations- und Äußerungsrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils eingeschränkt oder auch erweitert werden. Verletzt der obsorgeberechtigte Elternteil das Besuchsrecht, so kann dessen Informationspflicht gemäß § 178 Absatz 1 Satz 2 ABGB auf minderwichtige Angelegenheiten, nicht jedoch auf solche des täglichen Lebens, erweitert werden. Das Gleiche kann auch dann gelten, wenn das Kind den persönlichen Kontakt mit dem Besuchselternteil ohne Grund ablehnt und so der Besuchselternteil keine Möglichkeit hat, Einblick in das Leben seines Kindes zu bekommen.<sup>232</sup> Verpflichtet wird bei dieser „Sanktion“ natürlich vor allem der obsorgeberechtigte Elternteil, schließlich ist er derjenige, der die Informationen weitergeben muss. Der Sanktionscharakter dieser Rechtsfolge kann nur darin liegen, dass das Kind dulden muss, dass der Besuchselternteil tiefere Einblicke in das eigene Leben hat und so best möglich informiert bleibt.<sup>233</sup>

Zusammenfassend kann meiner Meinung nach gesagt werden, dass die möglichen Rechtsfolgen der Beeinträchtigung des Besuchsrechts für Kinder in der Praxis wohl keine große Rolle spielen. Zunächst muss überhaupt geklärt werden, ob das Kind aus freiem und eigenem Willen entscheidet. Dann muss bei solchen Rechtsfolgen immer das Kindeswohl berücksichtigt werden, was natürlich jede „harte“ Sanktion so gut wie ausschließt. Schließlich sind die möglichen Rechtsfolgen im Erbrecht des Kindes und im Informations- und Äußerungsrecht des nicht obsorgeberechtigten Elternteils wohl idR nicht geeignet, um dem Kind sein falsches Verhalten aufzuzeigen und der Ausübung des Besuchsrechts weiterzuhelfen.

---

<sup>230</sup> *Eccher* in *Schwimann* ABGB TaKomm, § 540 Rz 1, § 770 Rz 2-3; *Apathy* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 540 Rz 4, § 770 Rz 1.

<sup>231</sup> *Eccher* in *Schwimann* ABGB TaKomm, § 780 Rz 1; *Apathy* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>3</sup> § 780 Rz 1.

<sup>232</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 178 Rz 12.

<sup>233</sup> *Jausovec*, Das Besuchsrecht 104.

## 4. Kapitel: Der Entwurf des KindRÄG 2012

### I. Allgemeines

Elf Jahre nach dem KindRÄG 2001, mit dem, neben vielen anderen Änderungen im österreichischen Kindschaftsrecht, vor allem die Rechtsstellung Minderjähriger gestärkt wurde, ist der Gesetzgeber dabei, das Kindschaftsrecht erneut zu reformieren. Geplant ist ein KindRÄG 2012, durch das vor allem Bestimmungen über die Obsorge und das Besuchsrecht geändert werden sollen. Die Änderungen, die diese Reform bewirken wird, sind im aktuellen Entwurf<sup>234</sup> zum geplanten KindRÄG 2012 dargestellt. Mit dem neuen Gesetz soll das Kindschaftsrecht im ABGB, AußStrG und EheG geändert werden. Die Änderungen beziehen sich dabei sowohl auf das materielle Recht, als auch auf das Verfahrensrecht. Ziel ist die Fortentwicklung der Obsorge und des Besuchsrechts. Der Begriff des Kindeswohls soll präzisiert werden und die elterliche Verantwortung gestärkt werden. Ein wesentliches Ziel ist es auch, die gerichtlichen Verfahren in Obsorge- und Besuchsrechtsangelegenheiten zu beschleunigen. Schließlich soll auch durch den Ausbau von Schlichtungsmöglichkeiten und Kompetenzen der Gerichte eine nachhaltigere Lösung von Konflikten ermöglicht werden.<sup>235</sup> Im Rahmen dieser Arbeit soll auf die wesentlichen Änderungen eingegangen werden, die sich auf das Besuchsrecht beziehen.

### II. Darstellung des Entwurfes und Beurteilung der Änderungen

#### A. Allgemeine Rechte und Pflichten (§ 137 ABGB)

Aufgrund der besonderen Stellung des Kindeswohls ist zunächst auf die geplanten Änderungen des § 137 ABGB einzugehen. Nach derzeit noch aktueller Rechtslage definiert § 137 ABGB in seinen vier Absätzen die allgemeinen Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern. Die Überschrift des § 137 ABGB „Allgemeine Rechte und Pflichten“ trifft den Inhalt der Bestimmung recht gut. Kurz und knapp wird in § 137 Abs 1 ABGB von der Pflicht der Eltern gesprochen, für die Erziehung ihrer minderjährigen Kinder zu sorgen und überhaupt ihr Wohl zu fördern.

---

<sup>234</sup> Der in der gesamten Arbeit zitierte Entwurf bezieht sich auf die Fassung vom 11.10.2011.

<sup>235</sup> *Kathrein*, Ausgangspunkte und Ziele einer Reform eines KindRÄG 2012, Verfahrensrechtliches, in Handout Grazer Privatrechtlicher Dialog, 1.

§ 137 Abs 2 ABGB spricht dann von der allgemeinen Beistandspflicht und der Pflicht der Kinder, ihren Eltern Achtung entgegenzubringen. Der dritte Absatz des § 137 ABGB bestimmt, dass die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter als gleichwertig zu sehen sind, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist. § 137 Abs 4 ABGB regelt derzeit noch den Fall, in dem eine volljährige Person mit dem betreuenden Elternteil und dessen minderjähriges Kind nicht nur vorübergehend im gemeinsamen Haushalt lebt und mit dem Elternteil in einem familiären Verhältnis steht. Eine solche Person hat nämlich nach § 137 Abs 4 ABGB alles den Umständen nach Zumutbare zu tun, um das Kindeswohl zu schützen. Diese Bestimmung findet vor allem bei Lebensgemeinschaften und so genannten „Patchwork Familien“ praktische Anwendung.

Der im Entwurf zum KindRÄG 2012 bearbeitete § 137 ABGB fasst die derzeit aktuelle Bestimmung teilweise zusammen und ergänzt diese mit wichtigen neuen Elementen. § 137 Abs 1 ABGB idF des Entwurfs lautet: „Eltern und Kinder haben einander beizustehen, mit Achtung und Anstand zu begegnen, zueinander Kontakt zu halten und erforderlichenfalls einander Unterhalt zu leisten. Sie haben sich so zu verhalten, dass das Verhältnis zwischen dem Kind und jedem Elternteil und zwischen den Elternteilen nicht beeinträchtigt wird. Die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter sind, soweit nichts anderes bestimmt ist, gleich.“ Wie man sieht, wurden die Absätze 2 und 3 der derzeit noch aktuellen Version des § 137 ABGB inhaltlich zusammengefasst und präzisiert. Aus der neuen Formulierung geht viel klarer hervor, wie die darin genannten Personen sich zu verhalten haben und wie deren Pflichten ausgestaltet sind. Präzisiert werden vor allem die bisher allgemein gehaltenen Rechte und Pflichten: „Eltern haben das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge und Geborgenheit zu gewähren, ein gedeihliches Heranwachsen zu ermöglichen sowie die Obsorge wahrzunehmen. Minderjährige Kinder haben sie in ihrer Person zu respektieren. Die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig.“

Die wohl wichtigste Änderung des § 137 ABGB bringt allerdings der neu gefasste dritte Absatz mit sich. Dieser stellt in seinem ersten Satz zunächst wieder klar, dass das Kindeswohl in allen Obsorge- und Besuchsrechtsangelegenheiten als höchster Wert zu berücksichtigen ist. Anschließend wird in 8 Ziffern aufgezählt, welche Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohls insbesondere zu berücksichtigen sind. Diese demonstrative Aufzählung erinnert zwar an § 178a ABGB, ist aber viel detaillierter und umfangreicher.

Deshalb möchte der Gesetzgeber in Zukunft auch auf § 178a ABGB verzichten. Dieser soll im Zuge der Reform aufgehoben werden. So sind im neu geplanten § 137 Abs 3 ABGB neben der Persönlichkeit des Kindes und seinen Bedürfnissen, Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten und der Lebensverhältnisse der Eltern, noch viele weitere Faktoren zu berücksichtigen. Aufgezählt werden unter anderem der Anspruch des Kindes auf Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung (§ 137 Abs 3 Z 2 ABGB idF Entwurf), das Bedürfnis des Kindes nach engen und guten Kontakten zu beiden Elternteilen (§ 137 Abs 3 Z 3 ABGB idF Entwurf) und die Beeinträchtigung, die das Kind durch die Um- und Durchsetzung einer seinem Willen zuwiderlaufenden Maßnahme erleiden könnte (§ 137 Abs 3 Z 5 ABGB idF Entwurf). Insgesamt stellen die acht aufgezählten Ziffern einen umfangreichen Katalog an zu berücksichtigenden Faktoren dar. Mit dem eben dargestellten dritten Absatz endet der § 137 ABGB des Entwurfs zum geplanten KindRÄG 2012. Der § 137 Absatz 4 ABGB der derzeit noch aktuellen Rechtslage soll wegfallen.

#### B. Das Recht auf persönlichen Verkehr (§ 148 ABGB)

Mit dem geplanten KindRÄG 2012 soll auch der § 148 ABGB, in dem das Recht auf persönlichen Verkehr selbst geregelt wird, verändert werden. Der § 148 Abs 1 Satz 1 ABGB besagt, dass das Kind und dessen nicht im gemeinsamen Haushalt lebender Elternteil, das Recht haben, mit einander persönlich zu verkehren. Diese Regelung, in der das Kind dem Wortlaut nach einen eigenen Anspruch auf das Besuchsrecht hat, besteht erst seit dem KindRÄG 2001.<sup>236</sup> Nun geht der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter und fügt in diesem ersten Satz des ersten Absatzes des § 148 ABGB ein, dass das Recht auf regelmäßigen persönlichen Verkehr auch „den Bedürfnissen des Kindes entsprechen“ müsse. So wird auch in dieser Bestimmung wieder deutlich, welche hohe Priorität die Berücksichtigung des Kindeswohls hat.

Neben dieser Änderung soll § 148 Abs 1 ABGB aber noch weiter reformiert werden. Unverändert bleibt die Aussage, dass das Besuchsrecht vorrangig einvernehmlich zu regeln ist. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt werden kann, ist das Besuchsrecht gerichtlich zu regeln. In dem aktuellen Entwurf des geplanten KindRÄG 2012 wird diese

---

<sup>236</sup> Siehe 1. Kapitel, II, A.



gerichtliche Regelung des Besuchsrechts näher beschrieben. So sollen dem § 148 Abs 1 ABGB folgende Sätze angefügt werden:

„Die Regelung hat die Herstellung und Intensivierung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen. Dabei hat das Gericht insbesondere das Alter, die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung zu berücksichtigen. Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, hat der persönliche Verkehr zu einem schulpflichtigen Kind das Ausmaß von mindestens zwei Tagen innerhalb von zwei Wochen sowie in den Ferien eine Woche im Winter und zwei Wochen im Sommer zu erreichen.“

Bisher waren diese Aussagen großteils aus der Rechtsprechung ableitbar.<sup>237</sup> Nun soll in § 148 Abs 1 ABGB die Förderung des Naheverhältnisses zwischen dem Kind und dem Besuchselternteil als Pflicht des Gerichtes verankert werden. Mittels der gerichtlichen Regelung soll die Herstellung und Intensivierung des Naheverhältnisses sichergestellt werden. Weiters wird durch diese Neuformulierung des § 148 Abs 1 ABGB ein Mindestbesuchsrecht vorgeschrieben.<sup>238</sup> Auch das im Entwurf genannte Ausmaß von mindestens 2 Tagen innerhalb von 2 Wochen und das erwähnte Ferienbesuchsrecht war bisher aus den „Richtlinien“ der Rechtsprechung ableitbar.<sup>239</sup> Mit der geplanten Reform sollen diese Inhalte nun auch im Gesetz verankert werden.

Bei Verletzung der Wohlverhaltenspflicht des § 145b ABGB, hat das Gericht gemäß § 148 Abs 2 ABGB nötigenfalls die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr einzuschränken oder zu untersagen. Dieser zweite Absatz des § 148 ABG soll ebenfalls erweitert bzw präzisiert werden. Was bisher als Teil der Wohlverhaltenspflicht des § 145b ABGB verstanden wurde, soll nun in § 148 Abs 2 ABGB klar ausgedrückt werden. Mit dem Zusatz, dass der mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern hat, wird die Pflicht des betreuenden Elternteils zur Förderung des Naheverhältnisses klar gesetzlich determiniert.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> Siehe 1. Kapitel, V, C.

<sup>238</sup> Stormann, Obsorge beider Eltern und noch einiges, in Handouts des Grazer Privatrechtlichen Dialogs, 26.

<sup>239</sup> Siehe 1. Kapitel, V, C.

<sup>240</sup> Stormann, Obsorge beider Eltern und noch einiges, in Handouts des Grazer Privatrechtlichen Dialogs, 26.

Den dritten Absatz des § 148 ABGB, in dem das Besuchsrecht zwischen Kindern und deren Großeltern beschrieben ist, wird der Gesetzgeber unverändert lassen. Gegenteiliges ist bei § 148 Abs 4 ABGB der Fall. Das Besuchsrecht Dritter wird vor allem dadurch verändert, dass mit der geplanten Reform nun auch Dritte, die in einem „familiären Verhältnis zum Kind stehen oder gestanden sind“ (zB ehemalige Stiefelternteile), ein Antragsrecht haben sollen.<sup>241</sup> Konnten solche Dritte bis jetzt nur ein Besuchsrecht bei Gericht anregen, sollen sie nun auch selbst, neben dem Kind, den Eltern und dem Jugendwohlfahrtsträger, antragsberechtigt sein. Interessant ist auch die Formulierung des ersten Satzes des geplanten § 148 Abs 4 ABGB idF des Entwurfes. Hier heißt es, dass das Gericht die nötigen Verfügungen zu treffen hat, wenn ein Besuchsrecht eines geeigneten Dritten dem Kindeswohl „dient“. Nach der aktuellen Rechtslage ist Voraussetzung für ein Besuchsrecht Dritter, dass ohne entsprechende Regelung, das Kindeswohl wirklich gefährdet wäre. Die „Lockerung“ dieser Voraussetzung und die damit verbundene Verbreiterung der möglichen Besuchsrechtsinhaber, kann ebenfalls der Intention des Gesetzgebers zugeschrieben werden, das Kindeswohl best möglich schützen und fördern zu wollen.

#### C. Besondere Entscheidungen im Verfahren über das Recht auf persönlichen Verkehr (§ 108 AußStrG)

§ 108 AußStrG besagt, dass eine zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts gegen den Willen eines mündigen Minderjährigen und dessen nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils nicht möglich ist.<sup>242</sup> Nach der geplanten Reform soll die Erwähnung des nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils in § 108 AußStrG entfallen. Die Neuformulierung dieser Bestimmung würde damit zu einem exekutierbaren Besuchszwang für den nicht im gleichen Haushalt lebenden Elternteil führen. Als Folge wäre dann die frühere Rechtsprechung diesbezüglich, wie zB die Udo Jürgens – Entscheidung,<sup>243</sup> als überholt anzusehen. Wird § 108 AußStrG wirklich auf diese Art und Weise neu formuliert, stellt dies jedenfalls eine entscheidende Änderung im Kindschaftsrecht dar. Eine solche Entwicklung wäre meines Erachtens sehr bedenklich. Ein mit Zwangsmitteln durchsetzbarer Besuchszwang des nicht betreuenden Elternteils wird nicht zur Folge haben, dass die Beziehung zwischen dem Elternteil und seinem Kind intensiviert wird.

---

<sup>241</sup> Stormann, Obsorge beider Eltern und noch einiges, in Handouts des Grazer Privatrechtlichen Dialogs, 26.

<sup>242</sup> Siehe 1. Kapitel, II, A.

<sup>243</sup> Siehe 1. Kapitel, II, B.

Eine solche Verpflichtung wird auch nicht zur Aufrechterhaltung oder Herstellung eines Naheverhältnisses dienen können. Ist ein nicht mit dem Kind im selben Haushalt lebender Elternteil nicht von sich aus bereit, den persönlichen Kontakt mit seinem Kind zu pflegen, so werden auch der Zwang und die Verpflichtung dieses Elternteiles nicht dem Kindeswohl entsprechen. Daher sind die Reformüberlegungen des § 108 AußStrG meines Erachtens nicht zielführend wenn es darum geht, das Kindeswohl und die Beziehungen zwischen Kindern und den von ihnen getrennt lebenden Elternteilen zu schützen und zu fördern.

#### D. Die Familiengerichtshilfe (§ 106a AußStrG idF des Entwurfes zum geplanten KindRÄG 2012)

Im aktuellen Entwurf zum KindRÄG 2012 ist, neben anderen wichtigen Neuerungen im österreichischen Kindschaftsrecht, auch die Rede von der Installation einer neuen Institution im familiengerichtlichen Verfahren. Eine Familiengerichtshilfe wurde bereits vor dem Entwurf zum KindRÄG 2012 von der Fachgruppe Familienrecht im so genannten „Petitionspapier“ im Rahmen der Richterwoche 2008 gefordert. Die Notwendigkeit, eine Familiengerichtshilfe zu installieren, ergab sich aus der Erfahrung, dass die Zusammenarbeit der Gerichte mit den JWT in der Praxis oft problematisch war. Aufgrund des hohen Arbeitspensums der JWT lagen Gerichtsakte, die eine Stellungnahme des JWT erforderten, oft viel zu lange unerledigt auf Schreibtischen und führten dadurch zu sehr langen Verfahren. Dies widersprach dem Grundsatz des § 13 Abs 1 letzter Satz AußStrG, der wie bereits erwähnt bestimmt, dass die Gerichte die Verfahren so zu gestalten haben, dass kurze Verfahrensdauern gewährleistet sind. Weiters wurde die Frage diskutiert, ob das Gericht einen Hausbesuch des JWT gegen dessen Zustimmung anordnen konnte. Oft waren Sozialarbeiter nicht gewillt, einem solchen Hausbesuch zuzustimmen, da dadurch das Verhältnis zum betreuenden Elternteil und damit die zukünftige Zusammenarbeit beeinträchtigt werden könnte. Bei Anordnungen des Gerichts an den JWT handelt es sich um einen rechtlichen Graubereich. Derzeit gibt es keine gesetzlich geregelte Kompetenz der Gerichte, den JWT Anordnungen zu erteilen. Die JWT trifft nur die Unterstützungspflicht des Art 22 B-VG, nach der alle Organe des Bundes, der Länder und der Gemeinden im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches zur wechselseitigen Hilfeleistung verpflichtet sind.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> *Täubel- Weinreich*, Die Familiengerichtshilfe nach dem geplanten KindRÄG 2012, EF-Z 2011/55.

Mit dem KindRÄG 2012 soll nun die Familiengerichtshilfe installiert werden. An 4 Bezirksgerichten in Österreich (Wien Innere Stadt, Amstetten, Leoben und Innsbruck) läuft seit Jänner 2012 der Modellversuch „Familiengerichtshilfe“. Die Mitarbeiter sind ausgebildete SozialarbeiterInnen, PädagogInnen und PsychologInnen. Sie werden von der so genannten Justizbetreuungsagentur, die seit dem Jahr 2009 tätig ist, vertraglich verpflichtet und werden gem § 2 Abs 5 JBA-G als „Experten“ für die jeweiligen Gerichte tätig. Ihre Berichte und Stellungnahmen sind Beweismittel iSd § 31 Abs 1 AußStrG. Die Mitarbeiter sind zur Verschwiegenheit über alle Tatsachen verpflichtet, die ihnen im Rahmen ihrer Funktion bekannt werden. Dies gilt allerdings nur gegenüber Außenstehenden und nicht gegenüber dem Gericht.<sup>245</sup> Der Modellversuch wurde für den Zeitraum von 2 Jahren, nämlich vom 1.1.2012 bis 31.12.2013, angelegt. Während der Versuch läuft, wird durch eine Begleitforschung des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie versucht herauszufinden, in wie weit die Familiengerichtshilfe ihre verfolgten Ziele erreicht. Am Ende des Versuchs werden diese Ergebnisse und vor allem die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel darüber entscheiden, ob die Familiengerichtshilfe auf weitere Standorte in Österreich ausgeweitet wird und wo gegebenenfalls Änderungen im neuen System vorgenommen werden müssen.<sup>246</sup> Finanziert wird der Modellversuch von der Regierung im Rahmen des Vorhabens der Stärkung der Familiengerichtbarkeit. Primäres Ziel ist es, den Gerichten durch die Arbeit der Familiengerichtshilfe möglichst rasch jene wichtigen Grundlagen zu vermitteln, die für eine Entscheidung in Obsorge- bzw Besuchsrechtsverfahren notwendig sind. Ob und für welche Angelegenheiten in den jeweiligen Verfahren die Familiengerichtshilfe tätig werden soll, entscheidet das Gericht im Einzelfall. Die zu übernehmenden Aufgaben liegen im so genannten „Clearing“, in Erhebungen und Stellungnahmen.

Beim „Clearing“ nimmt die Familiengerichtshilfe Kontakt zu den Parteien auf, sammelt alle wesentlichen Streitpunkte und motiviert die Parteien dazu, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Das Ergebnis dieses Clearings wird dann in Form eines Berichts an das Gericht weitergeleitet, welches über den weiteren Verlauf des Verfahrens zu entscheiden hat. Solche Berichte können zum Beispiel die Grundlage für die Entscheidung des Gerichts sein, mit dem Verfahren gem § 29 AußStrG für die Dauer eines Einigungsprozesses inne zu halten.

---

<sup>245</sup> Engel, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 48-50.

<sup>246</sup> Krucsay, Begleitende Evaluierung des Modellversuchs Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 48 (55).

Bei den Erhebungen soll die Familiengerichtshilfe bestimmte Entscheidungsgrundlagen sammeln. Im Rahmen dieser Aufgabe könnte sie beauftragt werden, Hausbesuche zur Klärung von Wohn- und Betreuungsverhältnissen zu machen oder den Ablauf von Besuchskontakten zu dokumentieren. Ist eine endgültige gerichtliche Entscheidung im Verfahren nötig, so kann die Familiengerichtshilfe den Auftrag erhalten, eine Stellungnahme aus der Sicht des Kindeswohls darüber zu verfassen, welche Obsorge- bzw Besuchsrechtsregelung am ehesten dem Kindeswohl entspricht. Dabei ist natürlich auf den Wissensstand der Psychologie, Pädagogik und Sozialarbeit zurückzugreifen. Sinn dieser Stellungnahmen soll es sein, langwierige Sachverständigengutachten zu ersetzen bzw Gutachtensaufträge an Sachverständige zu konkretisieren und einzugrenzen.<sup>247</sup>

Einen weiteren Ansatz zur Entlastung und Unterstützung der Familiengerichte liefert die Idee, eine eigene, dem Gericht vorgelagerte, Schlichtungsstelle zu schaffen. So sollen Anträge bei Gericht erst dann zulässig sein, wenn die vorab angerufene Schlichtungsstelle den Fall selbst an das Gericht weiterleitet oder wenn eine Partei im Zuge des laufenden „Vorverfahrens“ die gerichtliche Erledigung des Falles beantragt.<sup>248</sup> Diese Idee ist zurzeit noch nicht weiter entwickelt worden. Man kann aber gespannt sein, in welche Richtung sich die Sache bewegt.

In wie weit solche neuen Einrichtungen jene praktische Wirkung entfalten, wie sie es in der Theorie versprechen, ist natürlich fraglich. Grundsätzlich wären beide Modelle an sich gute Ansätze, um die Gerichte zu entlasten und um kurze Verfahrensdauern und damit den Grundsatz des § 13 AußStrG zu gewährleisten. Allerdings wird sich wahrscheinlich auch hier, ähnlich wie bei der Einführung des Kinderbeistands im Jahr 2010, die Frage nach der Finanzierung neuer Institutionen stellen. Jedenfalls geht der Gesetzgeber mit der Idee „Familiengerichtshilfe“ oder „vorgelagerte Schlichtungsstelle“ in die richtige Richtung. Was schlussendlich gesetzlich verwirklicht wird und wie sich Neuerungen in der Praxis bewähren, ist jedenfalls noch nicht endgültig geklärt und bleibt spannend.

---

<sup>247</sup> Engel, iFamZ 2012, 50 f.

<sup>248</sup> Täubel- Weinreich, EF-Z 2011/55.

E. Erforderliche Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls (§ 107 Abs 3 AußStrG idF des Entwurfes zum geplanten KindRÄG 2012)

Gemäß dem § 107 Abs 3 AußStrG idF des aktuellen Entwurfes zum geplanten KindRÄG 2012 soll das Gericht im Verfahren die zur Sicherung des Kindeswohls erforderlichen Maßnahmen anzuordnen haben. Als Maßnahmen sind der verpflichtende Besuch einer Eltern- oder Erziehungsberatung, die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation, das Verbot der Ausreise mit dem Kind und die Abnahme des Reisepasses des Kindes demonstrativ aufgezählt. Diskutiert wurden bislang vor allem die beiden erst genannten Maßnahmen.

Der Entwurf definiert nicht, was genau unter „Eltern- oder Erziehungsberatung“ zu verstehen ist. Im Wege der systematischen und teleologischen Interpretation ist wohl auf den Kontext und den Zweck der Bestimmung abzustellen. Es soll neben dem Versuch eine einvernehmliche Lösung zu finden, wie es etwa bei der Mediation der Fall ist, auch bezweckt werden, das Verhalten des betreuenden Elternteils zu ändern und damit dem Kindeswohl zu dienen.<sup>249</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass diese Maßnahmen mehr beinhalten als rein theoretische Vorträge.<sup>250</sup> Nach derzeit geltendem Recht kann der JWT, der im Rahmen der Erziehungshilfe solche Erziehungsberatungen und Familientherapien durchführt, nichts gegen den Willen der Eltern anordnen. Nur das Pflegschaftsgericht kann entweder auf Antrag des JWT gem § 215 Abs 1 ABGB oder selbst von Amts wegen gem § 176 Abs 1 ABGB die zur Wahrung des Kindeswohls erforderlichen Verfügungen treffen. Solche Verfügungen sind dann für die Eltern verbindlich und auch mit den Zwangsmitteln des § 79 AußStrG durchsetzbar. So kann beispielsweise der Auftrag an die Eltern, das Kind medizinisch behandeln zu lassen, Gegenstand einer solchen Verfügung sein. Die mit Zwang durchsetzbare Anordnung einer Eltern- oder Erziehungsberatung als Gegenstand einer solchen Verfügung, ist allerdings nicht unproblematisch.<sup>251</sup> Wie bereits erwähnt, haben Eltern nach dem Grundsatz der Familienautonomie das durch Artikel 8 EMRK geschützte Recht, ihr Kind nach eigenen Vorstellungen zu erziehen.<sup>252</sup> Ein Eingriff in das Grundrecht des Art 8 EMRK liegt vor, wenn die Elternrechte beschränkt, vorübergehend

---

<sup>249</sup> *Leischner*, Ist die richterliche Befugnis zur Anordnung einer verpflichtenden Erziehungsberatung verfassungskonform? Interessenabwägung zwischen Persönlichkeitsrecht der Eltern und Sicherung des Kindeswohls, iFamZ 2011, 244 (246).

<sup>250</sup> *Thunhart*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?, iFamZ 2011, 143.

<sup>251</sup> *Thunhart*, iFamZ 2011, 141.

<sup>252</sup> Siehe Fußnote 194.

oder dauernd aufgehoben oder ihre Ausübung in bestimmte Richtungen gelenkt werden. Wird ein Elternteil also vom Gericht gezwungen, sich einer Eltern- oder Erziehungsberatung zu unterziehen bzw ein Erstgespräch über Mediation zu führen, stellt dies einen Eingriff in das Grundrecht des Art 8 EMRK dar, da ihm die Entscheidungsfreiheit, ob er eine Beratung bzw eine Mediation in Anspruch nehmen will, genommen wird. Die Sicherung des Kindeswohls ist ein legitimes Schutzziel des Art 8 Abs 2 EMRK und kann als Solches Eingriffe rechtfertigen. Weiters muss ein Eingriff aber auch „notwendig“ sein. Der Eingriff muss einem dringenden sozialen Bedürfnis dienen und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten tauglichen Schutzziel stehen. Der neue § 107 Abs 3 AußStrG soll, anders als die Verfügungen nach § 176 ABGB, nicht bei akuten Kindeswohlgefährdungen durch das Fehlverhalten der Eltern angewandt werden. Vielmehr soll er die Rechtsgrundlage für Präventivmaßnahmen darstellen, um vorab auf die Eltern einwirken zu können. Ob solche Maßnahmen wirklich „notwendig“ und „angemessen“ im Sinne des Art 8 Abs 2 EMRK sind, ist fraglich. *Leischner*<sup>253</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass solche, gegen den Willen der Eltern auferlegten und mit Zwang durchsetzbaren Maßnahmen nicht nur wenig erfolgversprechend sind, sondern darüber hinaus unverhältnismäßig zum Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Eltern und damit als verfassungswidrig anzusehen sind.

Neben diesen verfassungsrechtlichen Bedenken, werden in der Lehre noch weitere Kritikpunkte bezüglich der Möglichkeit, die Maßnahmen des § 107 Abs 3 AußStrG mit Zwang durchzusetzen, besprochen. Unter anderem stellt sich die Frage, ob jemand, der sich zur Durchsetzung seiner Rechte an das Gericht wendet, gegen seinen Willen an eine private Einrichtung zur Streitbeilegung verwiesen werden kann. Inwieweit dabei dann der Rechtsschutz einer Person noch gewahrt ist, ist jedenfalls diskutierbar.<sup>254</sup> Es macht meines Erachtens doch einen erheblichen Unterschied, ob das Gericht zustehende Rechte durchsetzt oder ob man sich selbst in neue von privaten Einrichtungen geleitete Beratungen und Diskussionen einlassen muss, um zu seinen Rechten zu kommen.

Eine weitere Frage, auf die der derzeit aktuelle Entwurf zum geplanten KindRÄG 2012 keine Antwort gibt, ist, ob mit der gerichtlichen Anordnung einer solchen Maßnahme auch

---

<sup>253</sup> *Leischner*, Ist die richterliche Befugnis zur Anordnung einer verpflichtenden Erziehungsberatung verfassungskonform?, iFamZ 2011, 246 f.

<sup>254</sup> *Thunhart*, iFamZ 2011, 144.

ein Innehalten des Verfahrens angeordnet werden kann. Nach derzeit geltendem Recht<sup>255</sup> kann ein solches Innehalten mittels Beschluss nur dann angeordnet werden, wenn tatsächlich zu erwarten ist, dass eine einvernehmliche Regelung gefunden werden kann. Gerade davon ist bei aufgezwungenen Maßnahmen wahrscheinlich nicht auszugehen.<sup>256</sup> Auch hier herrscht deshalb jedenfalls erheblicher Klärungsbedarf.

Kritisiert wird auch, dass der Entwurf keinerlei Regelung über die Kostendeckung solcher verpflichtenden Erstgespräche über Mediation oder Therapien enthält. Es ist davon auszugehen, dass die Kosten eines Erstgespräches Verfahrenskosten darstellen, die gegebenenfalls vorweg aus Amtsgeldern bestritten werden müssen.<sup>257</sup> In diesem Zusammenhang ist meiner Meinung nach auf die grundsätzliche Frage einzugehen, ob es überhaupt Sinn macht, Eltern zu Familientherapien oder Erstgesprächen über Mediation zu zwingen. Solange nicht alle Beteiligten wirklich dazu bereit sind mitzuarbeiten und etwas an sich zu ändern, werden auch kostenintensive Therapien und Gespräche im Endeffekt keinen Einfluss auf das Verhalten der Eltern nehmen können.

## **Fazit**

Nach Betrachtung der Grundlagen des Rechts auf persönlichen Verkehr, den möglichen Rechtsfolgen bei Beeinträchtigung desselben und den geplanten Änderungen des Besuchsrechts, ist an dieser Stelle ein Resümee zu ziehen. Das in § 148 ABGB geregelte Recht auf persönlichen Verkehr ist ein mehrfach verfassungsrechtlich geschütztes Recht. Sowohl die EMRK, die UN- KRK, die EU- GRC als auch das BVG über die Rechte des Kindes verankern das Recht des Kindes, regelmäßig persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen. Diese Arbeit konzentriert sich auf den nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil und das Kind als Träger des Besuchsrechts. Was neben den durch § 148 ABGB verliehenen Rechten die Pflichten aller Beteiligten sind, wird größtenteils von der Wohlverhaltenspflicht des § 145b ABGB und teilweise von Leitsätzen der Judikatur definiert. So werden nicht nur die beiden Elternteile, sondern auch teilweise das Kind selbst und ausnahmsweise sogar dritte, außenstehende Personen in die Pflicht genommen. Auch das Gericht trifft im

---

<sup>255</sup> § 29 AußStrG.

<sup>256</sup> *Leischner*, iFamZ 2011, 248.

<sup>257</sup> *Thunhart*, iFamZ 2011, 140.



Zusammenhang mit dem Besuchsrecht Pflichten. So ist bei der gerichtlichen Regelung des Besuchsrechts jeder Antrag als Einzelfall zu bearbeiten, selbst wenn er inhaltlich völlig überzogen scheint. Alle Beteiligten haben bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts immer jene Komponente vorrangig zu beachten, die der Gesetzgeber als höchsten Grundsatz definiert, das Kindeswohl.

Dieser Grundsatz zieht sich auch durch das Verfahren in Besuchsrechtsangelegenheiten. So ist nach § 13 AußStrG etwa darauf zu achten, dass solche Verfahren möglichst schnell abgewickelt werden. Damit will man erreichen, dass die Kinder durch die ohnehin komplizierte Trennungssituation der Eltern nicht noch durch lange Verfahrensdauern zusätzlich belastet werden. Auch der Grundsatz des Vorrangs von einvernehmlichen Lösungen dient seinem Wesen nach der Förderung des Kindeswohls. Das Kind selbst ist Partei im Verfahren. Ist das Kind mündig, also über 14 Jahre alt, hat es mit der formellen Parteistellung sogar die Möglichkeit, selbst Anträge zu stellen, Rechtsmittel zu erheben und andere Prozesshandlungen zu setzen. Abgesehen davon ist das Kind als Partei, unabhängig von dessen Alter, im Verfahren persönlich zu hören. Zur Unterstützung des Kindes kann seit 2010 auch ein Kinderbeistand im Verfahren beigezogen werden, der wie der Name es schon verrät, dem Kind während des gesamten Verfahrens beisteht und dessen Aufgabe es ist, das Kind im Konflikt der Eltern etwas aus der „Schusslinie“ zu bringen.

Als Schwerpunkt der Arbeit wurde der Frage auf den Grund gegangen, welche Rechtsfolgen eine Beeinträchtigung des Besuchsrechts nach sich ziehen kann. Behandelt wurden die möglichen Rechtsfolgen für den betreuenden Elternteil, den Besuchselternteil und für das Kind. Den betreuenden Elternteil können informationsrechtliche, erbrechtliche, obsorgerechtliche, unterhaltsrechtliche und sogar schadenersatzrechtliche Konsequenzen erwarten, wenn er das Besuchsrecht des Kindes oder des anderen Elternteils beeinträchtigt. Die zahlreichen Möglichkeiten von rechtlichen Konsequenzen können in verschiedenen Härtegraden drohen. Während etwa die Erweiterung der Informations- und Äußerungsrechte des anderen Elternteils den betreuenden Elternteil „nur“ stören könnten, greifen obsorgerechtliche oder schadenersatzrechtliche Konsequenzen schon sehr viel massiver in die Rechtssphäre des betreuenden Elternteils ein. Auch der nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil hat mit verschiedenen rechtlichen Konsequenzen zu rechnen, wenn er das Besuchsrecht in irgendeiner Art verletzt. Ihm

können informationsrechtliche, erbrechtliche, besuchsrechtliche, unterhaltsrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen drohen. Die entscheidende Frage bei Sanktionen gegen den nicht betreuenden Elternteil ist, ob dieser überhaupt ein Interesse an seinem Kind zeigt. Ist dem nämlich nicht so, wird auch der Entfall seiner Informations- und Äußerungsrechte oder die Einschränkung bzw der gänzliche Entfall seines Besuchsrechts ihn nicht dazu bringen, sein das Besuchsrecht beeinträchtigende Verhalten einzustellen. Die dargestellten erbrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Konsequenzen scheinen allerdings durchaus in der Lage zu sein, den Besuchselternteil im Falle einer Besuchsrechtsverletzung zum Umdenken zu „motivieren“. Entscheidet sich ein einsichts- und urteilsfähiges Kind aus freiem Willen dafür, das Recht auf persönlichen Verkehr des nicht betreuenden Elternteils zu verletzen, etwa indem es den persönlichen Kontakt grundlos ablehnt, ist es durchaus denkbar, dass auch das Kind mit rechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat. Konkret kann es sich dabei um erb- und informationsrechtliche Konsequenzen handeln. Bei Sanktionen gegenüber dem Kind sind freilich immer das Kindeswohl und die Frage, ob wirklich keine manipulative Beeinflussung des Kindeswillens vorliegt, vorrangig zu beachten.

Seit einiger Zeit wird auch an einer anstehenden Reform des österreichischen Kindschaftsrechts gearbeitet. Mit dem geplanten KindRÄG 2012 sollen vor allem die Regelungen bezüglich der Obsorge und des Besuchsrechts geändert werden. Neben der Präzisierung des Kindeswohlbegriffes und der teilweisen Neuformulierung des § 148 ABGB wird auch die Installation einer Familiengerichtshilfe diskutiert. Diese soll unter anderem dazu dienen, die Verfahren in Obsorge- und Besuchsrechtsangelegenheiten zu beschleunigen. An 4 Bezirksgerichten in Österreich läuft noch bis Ende des Jahres 2013 ein Modellversuch, in dem die Institution Familiengerichtshilfe auf ihre Sinnhaftigkeit und Wirksamkeit getestet wird. Man kann gespannt sein, was die Ergebnisse der Begleitforschung des Modellversuches zeigen und hoffen, dass eine gute Idee nicht letztlich an deren Finanzierung scheitert. Diskutiert wird auch eine geplante Änderung, nach der es den Familiengerichten in Zukunft gem § 107 Abs 3 AußStrG möglich sein soll, verpflichtende Besuche einer Eltern- oder Erziehungsberatung bzw ein Erstgespräch über Mediation als Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls anzuordnen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang vor allem der Eingriff in das durch Art 8 EMRK gewährte Grundrecht der Eltern. Sieht man den Eingriff in die Rechte der Eltern nämlich als unverhältnismäßig an, so ist die geplante Bestimmung des § 107 Abs 3 AußStrG als verfassungswidrig einzustufen. Daneben stellt sich überhaupt die Frage nach der

Sinnhaftigkeit, Eltern zu einer teuren Therapie oder zu einem Erstgespräch über Mediation zu zwingen, wenn diese eigentlich nicht gewillt sind, etwas an sich selbst oder an den eigenen Lebensgewohnheiten zu verändern.

Die Sinnhaftigkeit der Überlegungen zu den im Entwurf zum KindRÄG 2012 geplanten Neuerungen kann grundsätzlich nicht bezweifelt werden.<sup>258</sup> Trotzdem wird es noch einiger Diskussionen und Überlegungen über die Details und die Umsetzung der einzelnen Reformüberlegungen bedürfen, damit ein KindRÄG 2012 auch wirklich in der Praxis zu den erhofften Verbesserungen und Änderungen führt.

---

<sup>258</sup> Beck, Zwang zur Familientherapie, EF-Z 2012/40.

## **Literaturverzeichnis**

*Aichhorn Ulrike*, Das Recht der Lebenspartnerschaften. Ehe und Lebensgemeinschaft, Wien (2003).

*Barth Peter*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamZ 2011, 60.

*Baumgartner Gerhard*, Welche Formen des Zusammenlebens schützt die Verfassung?, ÖJZ 1998, 761.

*Beck Susanne*, Kindschaftsrecht, Wien (2009).

*Beck Susanne*, Das fliegende Besuchskind und sein Weg zum Flughafen, EF-Z2012/10.

*Beck Susanne*, Beschränkt ein Schwimmteich das Besuchsrecht?, EF-Z 2012/69.

*Beck Susanne*, Zwang zur Familientherapie, EF-Z 2012/40.

*Berka Walter*, Lehrbuch Grundrechte, Wien (2000).

*Bertel Christian/Schwaighofer Klaus*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II<sup>9</sup>, Wien (2010).

*Coester Michael*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt am Main (1983).

*Dachsbacher Roswitha*, Die Förderung der Besuchsbegleitung iSd § 111 AußStrG durch das Bundesministerium für Arbeit und Konsumentenschutz, iFamZ 2007, 264.

*Deixler-Hübner Astrid* in *Loderbauer Brigitte*, Kinder- und Jugendrecht<sup>4</sup>, Wien (2011).

*Deixler-Hübner Astrid*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>10</sup>, Wien (2009).

*Deixler-Hübner Astrid*, Die rechtliche Stellung der Frau, Wien (1998).

*Engel Arno*, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 48.

*Feil Erich/MarentKarl-Heinz*, Familienrecht (2007).

*Feil Erich*, Außerstreitgesetz, Kurzkomentar für die Praxis (2009).

*Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas*, Klang ABGB Kommentar<sup>3</sup> (2008).

*Ferk Janko*, Die privat- und familienrechtlichen Aspekte in den Grundrechten, RZ 2002, 202.

*Ferrari-Hofmann-Wellenhof Susanne*, Zum Besuchsrecht des geschiedenen Ehegatten, in *Harrer Friedrich/Zitta Rudolf* (Hrsg), Familie und Recht, Wien (1992) 621.

*Ferrari Susanne/Likar-Peer Gundula Maria* (Hrsg), Erbrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Wien (2007).

*Foregger Egmont* (Hrsg)/*Nowakowski Friedrich*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, (1981).

*Friedrich Max H.*, Die Opfer der Rosenkriege, Kinder und die Trennung ihrer Eltern, Wien (2004).

*Fürst Helmut*, Mindestrechte von nicht obsorgeberechtigten Elternteilen, ÖA 1998, 89.

*Gitschthaler Edwin*, Besuchsrechtsvereitelung kann teuer werden, EF-Z 2011/85.

*Haberl Andrea*, Der Regressanspruch des Sozialhilfeträgers, EF-Z 2007/02.

*Haidenthaller Patricia*, Schwerpunkte der Kindschaftsrechts-Reform 2001, JBl 2001, 622.

*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.

*Haunschmidt Albert/Schwarz Karin*, Projekt Familie, Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern, Wien (2011).

*Hawel Klaus Stephan*, Zur Pflichtteilsminderung nach § 773a ABGB, EF-Z 2012/34.

*Hinteregger Monika*, Familienrecht<sup>3</sup>, Wien (2004).

*Hopf Gerhard/Kathrein Georg*, Eherecht<sup>2</sup> (2005).

*Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund*, ABGB Kommentar<sup>3</sup> (2010).

*Hopf Gerhard /Weitzenböck Johann*, Schwerpunkte des KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 530.

*Huber Markus*, Streit um das Kind- Was erwartet mich im Pflegschaftsverfahren, Wien (2010).

*Huter Reinhard*, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis Teil I, EF-Z 2012/61.

*Jausovec Sibylle*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern, Wien (2009).

*Kathrein Georg*, Ausgangspunkte und Ziele einer Reform eines KindRÄG 2012, Verfahrensrechtliches, in Handout Grazer Privatrechtlicher Dialog. Obsorge und Besuchsrecht am 11.10.2011.

*Kerschner Ferdinand*, Bürgerliches Recht V. Familienrecht<sup>3</sup> (2008).

*Kienapfel Diethelm/Schmoller Kurt*, Strafrecht, Besonderer Teil III<sup>2</sup>, Wien (2009).

*Kienapfel Diethelm/Schmoller Kurt*, Grundriss des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil III, Wien (1999).

*Kienapfel Diethelm/Schroll Valentin*, Grundriss des Strafrechts<sup>5</sup>, Besonderer Teil I, Wien (2003).

*Kletecka Andreas /Schauer Martin*, ABGB – ON 1.00 Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2010).

*Kopetzki Christian*, Forschungen aus Staat und Recht. Materielles Recht. Verfahren und Recht. Unterbringungsrecht II (1995).

*Krucsay Brita*, Begleitende Evaluierung des Modellversuchs Familiengerichtshilfe, iFamZ 2012, 48.

*Leischner Aline*, Ist die richterliche Befugnis zur Anordnung einer verpflichtenden Erziehungsberatung verfassungskonform?, iFamZ 2011, 244.

*Maleczky Oskar*, Erziehung und Strafrecht<sup>4</sup>, Erziehungsalltag strafrechtlich betrachtet, Wien (2010).

*Maurer Ewald/Schrott Robert/Schütz Werner*, Außerstreitgesetz neu. Kommentar (2006).

*Meyer Jürgen*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>3</sup> (2010).

*Mottl Ingeborg*, Umfasst das Besuchsrecht auch Telefonanrufe?, ÖA 1994, 173.

*Nademleinsky Marco*, Der internationale Obsorge- und Besuchsrechtsfall, EF-Z 2008/97.

*Napp- Peters Anneke*, Familien nach der Scheidung, München (1995).

*Neumayer Matthias*, Kinder bei Gericht, ÖA 2002, 248.

*Peer- Macek Maria A.*, Das PAS Syndrom, ÖA 2005, 178.

*Pernthaler Peter/Rath- Kathrein Irmgard*, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie, in *Machacek Rudolf/Pahr Willibald/Stadler Gerhard*(Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992) 245.

*Pesendorfer Ulrich*, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 64.

*Pesendorfer Ulrich*, Familienrechtsänderungsgesetz 2009 (2009).

*Rechberger Walter H.*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006).

*Rechberger Walter H./Simotta Daphne*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup>. Erkenntnisverfahren, Wien (2010).

*Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup>, 1. Band (2000).

*Sax Helmut/Hainzl Christian*, Die verfassungsrechtliche Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich, Wien (1999).

*Schrammel Walter/Schur Theresia*, Partei- und Verfahrensfähigkeit im Besuchsrechtsverfahren. Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des OGH 27.6.2006, 3 Ob 139/06 x, EF-Z 2007/99.

*Schüch Konrad*, Familienrechtliche Beziehungen aus dem Eltern- Kindverhältnis, ÖA 1980, 55.

*Schwarzl Ursula*, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari Susanne/Hopf Gerhard* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts, Wien (2001) 19.

*Schwimann Michael*, ABGB Taschenkommentar (2010).

*Schwimann Michael/ Kodek Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>4</sup> (2011).



*Spitzer Martin*, Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001, NZ 2003/98.

*Stormann Michael*, Obsorge beider Eltern und noch einiges, in Handout des Grazer Privatrechtlichen Dialogs. Obsorge und Besuchsrecht am 11.10.2011.

*Täubel- Weinreich Doris*, Die Familiengerichtshilfe nach dem geplanten KindRÄG 2012, EF-Z 2011/55.

*Tews Günter*, Informationsbroschüre. Besuchsrecht in Österreich, Linz (2003).

*Thunhart Raphael*, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden?, iFamZ 2011, 139.

*Vedder Christoph/Heintschel von Heinegg Wolff* (Hrsg), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar (2011).

*Verschraegen Bea*, Die Kinderretekonvention, Wien (1996).

*Wallisch Gert*, Der andere Elternteil und das Besuchsrecht, ÖJZ 2002, 487.

*Welser Rudolf*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137.

*Wiener Zeitung*, 5./6.5.2012.

#### Andere Quellen

EB 296 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, 21. Gesetzgebungsperiode.

EB RV 486 BlgNR 24. GP.

1051 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, 24. Gesetzgebungsperiode.

## Internet

Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

[www.besuchsafe.at](http://www.besuchsafe.at) (15.5.2012).

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Kinderrechte in der Verfassung

<http://www.kinderrechte.gv.at/home/im-fokus/kr-politik/kr-in-der-verfassung/experten--innenstimme/content.html> (14.2.2012).

Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend, Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern

<http://www.kinderrechte.gv.at/home/im-fokus/kr-politik/kr-in-der-verfassung/content.html> (14.2.2012).

Fundstellenverzeichnis des EGMR

<http://www.egmr.org> (13.2.2012).

*Grabenwarter Christoph*, Expertenstatement zum Initiativantrag 935/A, XXIV. GP betreffend ein Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern,

<http://www.kinderrechte.gv.at/home/im-fokus/kr-politik/kr-in-der-verfassung/experten--innenstimme/content.html> (14.2.2012).

*Kinder- und Jugendanwaltschaften, Holz-Dahrenstaedt Andrea*, Befrieden statt Bekriegen, Kinderbeistand zur Entlastung von Kindern in „stürmischen Zeiten“

<http://www.kija.at/images/stories/>

[aktuelles/25\\_11\\_2010\\_pa\\_der\\_kijas\\_oesterreich\\_kinderbeistand.pdf](http://www.kija.at/images/stories/aktuelles/25_11_2010_pa_der_kijas_oesterreich_kinderbeistand.pdf) (2.3.2012).

Rechtsinformationssystem Bundeskanzleramt

[www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (18.1.2012).

Statistik Austria, Geburten

[http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/bevoelkerung/geburten/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/geburten/index.html) (21.3.2012).

Website des Verfassungsgerichtshofes

<http://www.vfgh.gv.at> (9.5.2012).

Website für österreichisches Familienrecht von Dr. Günther Tews

<http://www.familienrecht.at> (24.5.2012).

## Judikaturverzeichnis

BVerfG 1 BvR 2222/01 FamRZ 2004, 523.

EGMR E 13.6.1979, *Marckx* gg Belgien, Nr. 6833/74, [www.egmr.org](http://www.egmr.org) (13.2.2012).

EGMR E 17.10.1986, *Rees* gg Vereinigtes Königreich, Nr. 9532/81, [www.egmr.org](http://www.egmr.org) (13.2.2012).

EGMR E 26.5.1994, *Keegan* gg Irland, 16969/90, [www.egmr.org](http://www.egmr.org) (13.2.2012).

LG Salzburg 21 R 327/05 t EF 110.903.

LG Salzburg 21 R 322/06h EF 113.714.

LG Salzburg 21 R 33/05 g EF 110.795.

LG Feldkirch 1 R 183/02y EF 100.372.

LG Feldkirch 1 R 101/02 i EF 100.247.

LG Eisenstadt 20 R 84/02 f EF 100.257.

LG Eisenstadt 20 R 113/01 v EF 96.695.

LG Krems a. d. Donau 2 R 159/06 d EF 116.258;

LG Krems a. d. Donau 2 R 7/96 EF 81.032.

LG Krems a. d. Donau 2 R 173/98 y EF 86.945.

LG Linz 14 R 568/00 y EF 96.519.

LGZ Wien 43 R 577, 578/95 EF 78.053.

LGZ Wien, 45 R 38/09 k EF 123.203.

LGZ Wien 42 R 483/05 EF 110.812.

LGZ Wien 42 R 335/02 d EF 100.258.

LGZ Wien 44 R 43/03 d EF 104.275.

LGZ Wien 47 R 2008/90 EF 63.237.

LGZ Wien 44 R 2048, 2049/95 EF 78.501.

LGZ Wien 43 R 56/95 EF 78.066.

LGZ Wien 43 R 738, 739/94 EF 74.981.

LGZ Wien 43 R 601/83 EF 43.259.

LGZ Wien R 558-561/83 EF 43.262.

LGZ Wien 44 R 3434/87 EF 53.932.

LGZ Wien 44 R 113/00 v EG 92.993.

LGZ Wien 43 R 290/88 EF 56.641.

LGZ Wien 44 R 1007/94 EF 75.034.

LGZ Wien 45 R 1046, 1047/95 EF 78.077.  
LGZ Wien 45 R 445/01 a EF 95.531.  
LGZ Wien 44 R 252/94 EF 75.058.  
LGZ Wien 47 R 630/85 EF 51.172.  
LGZ Wien 45 R 560/98 f EF 86.931.  
LGZ Wien 45 R 209/7 d EF 116.827.  
LGZ Wien 42 R 423/02 w EF 100.209.  
LGZ Wien 42 R 149/05 a EF 113.004.  
LGZ Wien 46 R 965/74 EF 22.022.  
LGZ Wien 43 R 760/97 a EF 83.975.  
LGZ Wien 45 R 38/09 k EF 123.208.  
LGZ Wien 44 R 866/92 EF 68.663.  
LGZ Wien 43 R 514/98 a EF 86.882.  
LGZ Wien 43 R 103/93 EF 71.682.  
LGZ Wien 43 R 602/88 EF 56.640.  
LGZ Wien 44 R 951/97 x EF 86.883.  
LGZ Wien 47 R 766/92 EF 68.653.  
LGZ Wien 42 R 165/02 d EF 102.948.  
OGH 3 Ob 84/11 s EF-Z 2012/10.  
OGH 1 Ob 717/80 SZ 53.157.  
OGH 7Ob 186/02 g EF 102.944.  
OGH 6 Ob 2398/96 g EF 83.848; ÖA 1997, 168.  
OGH 5 Ob 552/84 EF 45.734.  
OGH 7 Ob 707/83 EF 43.230.  
OGH 4 Ob 186/09 w <http://www.familienrecht.at> (24.5.2012).  
OGH 9 Ob 2024/96 d EF 80.977.  
OGH 7 Ob 8/09s <http://www.ris.bka.gv.at> (12.5.2012).  
OGH 3 Ob 303/02h ÖA 2004 46/K 17.  
OGH 2Ob578/9 ÖA 1996 170.  
OGH 6 Ob 101/10 m iFamZ 2011/16.  
OGH 5 Ob 586/84 EF 45.736.  
OGH 1 Ob 310/75 EF 24.234.  
OGH 6 Ob 196/00 t EF 92.948.  
OGH 6 Ob 2196/96 a EF 84.218.

OGH 6 Ob 108/05 h EF 110.802.  
OGH 4 Ob 186/09 w JBl 2010, 292.  
OGH 10b504/95 ÖA 1995 124 f.  
OGH 7 OB 618/91 EF 65.908.  
OGH 5 Ob 605/83 EF 43.253.  
OGH 5 Ob 670/79 EF 33.485.  
OGH 1 Ob 635/85 EF 104.274;  
OGH 3 Ob 264/03 z EF 107.750.  
OGH 2 Ob 21/09s EF 123.202.  
OGH 1 Ob 536/76 JBl 1977, 594 f.  
OGH 5 Ob 586/84 EF 45.736.  
OGH 5 Ob 574/88 EF 56.631.  
OGH 7 Ob 345/99 g EF 94.577.  
OGH 3 Ob 36/06 z EF 113.744.  
OGH 9 Ob 201/02 b EF 100.194.  
OGH 6 Ob 124/02 g SZ 2003/16.  
OGH 4.7.1995, 14 Os 63/95.  
OGH 2 Ob 563/84 EF 45.732.  
OGH 10 Os 159/83 SSt 54/77.  
OGH 14 Os 105/98 SSt 60/71.  
OGH 7 Ob 159/11z [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (13.4.2012).  
OGH 7 Ob 52/75 EF 24.182;  
OGH 1 Ob 779/80 EF 38.225;  
OGH 5 Ob 243/02 z ÖA 2003, 232/K10.  
OGH 1 Ob 527/88 EF 56.618.  
OGH 1 Ob 588/76 EF 26.583.  
OGH 7 Ob 563/85 EF 48.282.  
OGH 6 Ob 652/78 EF 32.656.  
OGH 1 Ob 642/83 EF 43.235.  
OGH 6 Ob 506/91 EF 65.921.  
OGH 9 Ob 277/99 x EF 89.712.  
RIS- Justiz RS 0030778, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (10.3.2012).  
RIS- Justiz RS 0048013, [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at) (13.4.2012).  
VfGH 14.3.2012, U 466/11-18 ua, [www.vfgh.gv.at](http://www.vfgh.gv.at) (9.5.2012).