

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A*****, vertreten durch Mag. Patrick Gaulin, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei D*****, vertreten durch Dr. Waltraud Walch, Rechtsanwältin in Innsbruck, wegen 15.527,82 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 29. Jänner 2014, GZ 10 R 108/13b-39, mit dem infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 10. September 2013, GZ 8 Cg 128/11s-34, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 978,84 EUR (darin enthalten 163,14 EUR an USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu bezahlen.

B e g r ü n d u n g :

Bis Jänner 2010 sah der Kläger die im Jänner 2008 geborene gemeinsame Tochter der Streitparteien regelmäßig zwei- bis dreimal pro Woche. Allerdings veränderte sich bereits gegen Ende des Jahres 2009 das Verhalten der Tochter nach den Besuchen beim Kläger dahin, dass sie öfter traurig und aggressiv war und schlecht schlief. Sie äußerte, nicht mehr zum Kläger zu wollen, ließ sich nach Besuchen beim Kläger nicht mehr wickeln und wollte auch nicht zur Toilette gehen. Sie forderte die Beklagte immer wieder auf, sie am Bauch zu streicheln und führte die Hand zwischen ihre Beine. Auch sollte die Beklagte das Lieblingsstofftier der Tochter am Bauch und am Gesäß streicheln. Die Beklagte teilte dies dem Kläger mit und fragte ihn, ob er etwas damit zu tun hätte, was er verneinte. Die Beklagte suchte eine Kinderärztin auf, die meinte, dass derartiges durchaus vorkommen könne. Bei der von der Beklagten konsultierten Familienberatung wurde der Verdacht geäußert, dass es sich um Kindesmissbrauch handeln könne. Der zum Kinderschutzzentrum geladene Kläger nahm die Termine nicht wahr. Das Kinderschutzzentrum riet der Beklagten, den Kläger keineswegs mit der Tochter alleine zu lassen. Daraufhin teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er die Tochter sehen könne, aber nur in ihrer Anwesenheit, was der Kläger ablehnte.

Im Mai 2010 brachte er einen Antrag auf Regelung des Besuchsrechts ein. Die Jugendwohlfahrtsabteilung empfahl eine Besuchsbegleitung, mit der die Beklagte zuerst einverstanden war, aber nicht von vornherein mehrere Termine fixieren, sondern dies entsprechend der Reaktion der Tochter anpassen wollte. In

ihrem Rechtsmittel brachte die Beklagte zum Ausdruck, dass die Konfrontation der Tochter mit dem Antragsteller diese beeinträchtigen könne. Das Rekursgericht verwarf aber ihren Rekurs gegen den Beschluss, mit dem vorweg bereits sieben Besuchstermine festgesetzt wurden.

Von diesen Besuchsterminen fand keiner statt; bei den ersten beiden Terminen war die Besuchsbegleiterin verhindert.

Im Oktober 2010 übermittelte der Kläger an die Staatsanwaltschaft eine Sachverhaltsdarstellung wegen „Unterstellung des Kindesmissbrauchs“. Die von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungsverfahren gegen die Beklagte gemäß § 297 StGB und den Kläger entsprechend §§ 206, 207 StGB wurden nach Einvernahme der Streitparteien unter Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens, das keine offensichtlichen Hinweise zum Vorliegen eines Missbrauchserlebnisses konstatierte, eingestellt.

Im Besuchsrechtsverfahren fand die Befundaufnahme durch die Sachverständige am 22. 7. 2011 statt, nachdem davor die am 16. 5. , 24. 5., 30. 5., 3. 6. und 5. 7. 2011 vorgesehenen Termine von der Beklagten wegen Krankenständen und anderen Verhinderungsgründen abgesagt worden waren. Das Sachverständigengutachten ergab, dass die gemeinsame Tochter eine gute Beziehung zu ihrem Vater zu haben scheine und von der Beklagten - wahrscheinlich unbedacht - beeinträchtigt und mit Suggestivfragen konfrontiert werde. Bei Fortbestehen der Instrumentalisierung und dem Beschneiden der Besuchskontakte durch die Beklagte könne das Wohl des Kindes beeinträchtigt werden. Die ersten Kontakte sollten unter Aufsicht erfolgen, um die möglicherweise entstandene Entfremdung zu überbrücken.

Dieses der Beklagtenvertreterin am 2. 11. 2011 zugestellte Gutachten führte zu einer Kontaktaufnahme der Beklagten bei der zuständigen Sozialarbeiterin der Jugendwohlfahrt, bei der sie weiter ihren Missbrauchsverdacht und ihre Sorgen deponierte. Ende Dezember 2011 wurde dem Kläger ein begleitetes Besuchsrecht am 14. 1. und am 21. 1. 2012 eingeräumt, dieses aber über seinen Antrag dann auf 4. 2. bzw 18. 2. verlegt. Bei der Verhandlung am 28. 2. 2012 erläuterte die Expertin der Familiengerichtshilfe, dass das Verhalten der gemeinsamen Tochter die Reaktion auf die Trennung bzw das Verhalten im Rahmen der Besuche darstelle und ein Aussetzen der Besuche nicht dem Kindeswohl entspricht.

Das Bezirksgericht räumte mit Beschluss vom 20. 3. 2012 drei weitere Termine für Besuchskontakte im Rahmen begleitender Besuche ein, die jedoch teilweise nicht eingehalten wurden. Im Rahmen eines Gesprächs bei der Familiengerichtshilfe am 20. 6. 2012 einigten sich die Streitteile über die weiteren Modalitäten des zukünftigen Besuchsrechts, wobei die Beklagte vorweg mit einem Besuch bereits am nächstfolgenden Wochenende einverstanden war, dies aber wieder widerrief. Am 6. 8. 2012 kam es dann im Rahmen des Gerichtsverfahrens zu einer Besuchsrechtsvereinbarung nach der dem Kläger ein 14-tägiges Besuchsrecht jeweils am Sonntag von 9:00 Uhr bis 17:00 Uhr eingeräumt wurde, das auch zu einem regelmäßigen Kontakt mit der gemeinsamen Tochter geführt hat. Die begleiteten Besuche waren zu Beginn problematisch, da sich die Tochter nicht von der Beklagten trennen wollte, allerdings legte sich dies im Laufe der Zeit.

Die ablehnende Haltung der Beklagten zur Besuchsbegleitung war darauf zurückzuführen, dass sich die

Tochter nach den Besuchen auffällig anders verhielt als sonst. Letztlich konnte die Besuchsbegleiterin aber der Beklagten vermitteln, dass die Besuche der Tochter nicht schaden. Seitdem erfolgen die Übergaben problemlos.

Der Zeitraum zwischen Mai 2010 und Mai 2011, in dem der Kläger mit dem Vorwurf des sexuellen Missbrauchs konfrontiert war, war für den Kläger sehr belastend. Eine krankheitswertige Störung erlitt der Kläger jedoch nicht, ebensowenig eine Leistungseinschränkung oder Beeinträchtigung. Im Besuchsrechtsverfahren entstanden dem Kläger im Verfahren ab dem 24. 5. 2011 2.422,94 EUR brutto an Kosten.

Der **Kläger** begehrt mit der vorliegenden Klage einen Schmerzensgeldteilbetrag in Höhe von 10.000 EUR sowie die Kosten des Besuchsrechtsverfahrens von zuletzt 5.527,82 EUR. Er stützt dies zusammengefasst darauf, dass die Beklagte unhaltbare und jeder Grundlage entbehrende Anschuldigungen gegen ihn erhoben und auch nach Einholung des psychologischen Gutachtens die Mitwirkung im Besuchsrechtsverfahren und jegliche Kontaktaufnahme mit der gemeinsamen Tochter verweigert habe. Das Verhalten der Beklagten stelle sich zumindest als grob fahrlässig dar, da sie die Gutachten ignoriert und keine Kinderpsychologin konsultiert habe. Der Kläger leide seit dem Sorgerechtsstreit unter fortdauernder und erheblicher psychischer Belastung, die Krankheitswert erreiche, und befürchte auch eine Entfremdung. Unabhängig von einem Krankheitswert bestehe ein Schadenersatzanspruch, da das Verhalten der Beklagten erhebliche psychische Belastungen bewirkt habe. Zusätzlich habe ein Ersatz der Kosten des Besuchsrechtsverfahrens stattzufinden.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wendete zusammengefasst ein, dass sich ihre Anschuldigungen auf entsprechende Verhaltensauffälligkeiten der Minderjährigen gegründet haben. Es könne ihr kein Vorwurf gemacht werden, dass sie dem Verdacht des sexuellen Missbrauchs nachgegangen sei. Sie habe auch entsprechende Fachberatung herangezogen. Dass sie einige Sachverständigentermine nicht wahrnehmen können, sei darauf zurückzuführen, dass entweder sie oder die Tochter bzw beide krank gewesen seien.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Es ging rechtlich zusammengefasst davon aus, dass § 145b ABGB über die Verpflichtung des mit der Obsorge betrauten Elternteils, das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen, nicht zu beeinträchtigen oder die Wahrnehmung der Aufgaben zu erschweren, primär der Wahrung des Kindeswohls diene. Diese Bestimmung lege aber auch eine Verhaltenspflicht fest, die Personen, deren im Familienrecht begründete und absolut geschützte Rechtsstellung beeinträchtigt werde, bei Verstoß zu Schadenersatzansprüche berechtigen können. Es fehle hier aber an einer krankheitswertigen Gesundheitsbeeinträchtigung. Auch ein Ersatz der Verfahrenskosten komme nicht in Betracht, weil dies eine schikanöse Besuchsvereitelung voraussetze. Der Verdacht des Kindesmissbrauchs sei nicht mutwillig geäußert worden, sondern fuße auf tatsächlichen Auffälligkeiten der Minderjährigen. Eine gewisse Verzögerung der Befundaufnahme durch die psychologische Sachverständige sei noch nicht ausreichend, um insgesamt von einer schikanösen Prozessführung auszugehen.

Das **Berufungsgericht** gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des Klägers nicht Folge. Es ging rechtlich davon aus, dass zwar eine schuldhafte Verletzung des Wohlverhaltensgebots des § 145b ABGB zu einer Ersatzpflicht hinsichtlich der Kosten des Besuchsrechtsverfahrens und zu Schmerzensgeldansprüchen führen könne, dass es dazu aber einer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert bedürfe. Diese liege hier nicht vor. Eine Entschädigung für einen reinen „Trauerschmerz“ komme nicht in Betracht. Nicht jedes rechtswidrige Verhalten, das einen Belastungszustand schaffe, könne Grundlage für einen immateriellen Schadenersatzanspruch sein. Der Gesetzgeber habe dies auf bestimmte Fälle eingeschränkt (§ 1330 ABGB, § 31e Abs 3 KSchG). Insoweit komme also ein Schmerzensgeldanspruch des Klägers nicht in Betracht.

Der Geltendmachung der Verfahrenskosten stehe entgegen, dass im Besuchsrechtsverfahren grundsätzlich ein Kostenersatz ausgeschlossen sei. Allein die Einnahme einer das begehrte Besuchsrecht ablehnenden Haltung im Verfahren stelle eine gerechtfertigte Wahrnehmung von Verfahrensrechten dar und mache nicht schadenersatzpflichtig. Ein Schadenersatzanspruch komme nur bei einer schikanösen Besuchsrechtsvereitelung oder bei einer erkennbar aussichtslosen Prozessführung in Betracht. Eine schikanöse Besuchsrechtsvereitelung sei im Hinblick auf die Verhaltensauffälligkeiten und die Kontaktaufnahme mit fachkundigen Institutionen zur Klärung dieser Fragen zu verneinen. Auch das weitere Verhalten im Verfahren rechtfertige nicht die Annahme einer Schikane oder einer aussichtslosen Prozessführung. Dass die Verschiebung von Befundaufnahmen nicht mit dem Kindeswohl gerechtfertigt

werden könnte, sei ebenso wenig vorgebracht worden, wie das dadurch konkrete Mehrkosten für den Kläger entstanden seien. Das bloße Vorliegen eines Gutachtens verpflichte den Prozessgegner noch nicht, von sich aus den Besuch zu gewähren oder Kinderpsychologen zuzuziehen.

Die ordentliche **Revision** ließ das Berufungsgericht zu, da eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob auch für einen „Trennungsschmerz“ Schmerzengeld gebühre, nicht vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, dieses im klagsstattgebenden Sinne abzuändern bzw die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt primär, die Revision mangels Darstellung einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zurückzuweisen, im Übrigen abzuweisen.

Die Revision ist ungeachtet des den Obersten Gerichtshof gemäß § 508a Abs 1 ZPO nicht bindenden Ausspruchs des Berufungsgerichts mangels Darstellung einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig.

Primär releviert die Revision eine Mangelhaftigkeit des Beweisverfahrens, weil das Erstgericht einem Beweisantrag nicht stattgegeben hat. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, der vom Berufungsgericht verneint wurde, aber in der Revision nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden (RIS-Justiz RS0042963 uva).

In seiner Rechtsrüge legt der Kläger zugrunde, das Berufungsgericht hätte feststellen müssen, dass die

Gespräche mit der Beklagten und der Minderjährigen betreffend die Kinderschutzeinrichtung bereits im Jahr 2010 stattfanden. Was daraus aber abzuleiten wäre, ist nicht ersichtlich.

Soweit der Kläger geltend macht, dass das Erstgericht unberechtigterweise der Beklagten bei seinen Feststellungen geglaubt habe, bemängelt er im Ergebnis die Beweiswürdigung des Erstgerichts, die vom Obersten Gerichtshof aber nicht überprüft werden kann (RIS-Justiz RS0007236 mwN).

Bereits ausreichend geklärt ist, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ein von der Rechtsordnung anerkanntes, grundrechtlich abgesichertes Rechtsverhältnis ist, das auch das Streben nach persönlichem Kontakt erfasst und auch von Dritten zu respektieren ist (RIS-Justiz RS0047754; 4 Ob 8/11x mwN). Diese Pflicht trifft auch den obsorgeberechtigten Elternteil, der aufgrund seiner faktischen Position in besonderer Weise die Möglichkeit hat, die Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern oder zu stören. § 159 ABGB (früher § 145b ABGB) dient zwar in erster Linie dem Schutz des Kindeswohls, aber auch jener Personen, deren im Familienrecht begründete, auch absolut geschützte Rechtsstellung durch ein missbilligtes Verhalten beeinträchtigt wird (4 Ob 8/11x). Verhaltenspflichten, die sich aus dem Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses ergeben, schützen also auch den anderen Elternteil; deren schuldhaftes Verletzung kann daher zu Schadenersatzansprüchen führen (4 Ob 8/11x). Ansprüche wegen einer durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten verursachten konkreten Gesundheitsbeeinträchtigung sind daher durchaus denkbar. Psychische Schäden des Klägers, die Krankheitswert erreichen, konnten aber nicht nachgewiesen werden.

Im Ergebnis strebt die Revision an, dass der Oberste Gerichtshof die Rechtsprechung zu den sogenannten „Schockschäden“ naher Angehöriger eines Getöteten, nach der auch für „Seelenschmerzen“ Schmerzengeld zustehen kann, auf den hier geltend gemachten „Trennungsschmerz“ überträgt.

Für den Ersatz solcher Schockschäden wird aber in ständiger Rechtsprechung darauf abgestellt, dass jedenfalls der Ersatz nicht krankheitswertiger Beeinträchtigungen grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers voraussetzt (RIS-Justiz RS0115189; RS0115190; RS0116865). Es ist nun nicht ersichtlich, inwieweit im Verhalten der Beklagten, die sowohl durch das Verhalten des Kindes als auch die Auskünfte sachkundiger Institutionen durchaus Bedenken haben konnte, eine grobe Fahrlässigkeit zu sehen wäre, sodass schon insoweit eine erhebliche Rechtsfrage nicht zu beantworten ist. Im Übrigen hat der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung zu 8 Ob 133/06a darauf verwiesen, dass der Ersatz von „Schockschäden“ nur bei den massivsten Beeinträchtigungen gewährt wurde; dem kann eine bloß vorübergehende Trennung von einem Kind, das der Vater wohlauf und in guter Obsorge wusste, wohl regelmäßig nicht gleichgehalten werden (vgl dazu auch *Danzl* in FS Jaeger, Schmerzen(s)geldansprüche aufgrund familienrechtlicher Pflichtverletzungen, 251).

Die Frage, inwieweit ein schikanöses Verhalten der Beklagten im Verfahren (RIS-Justiz RS0022840) vorliegt, kann naturgemäß nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls beurteilt werden und stellt dementsprechend keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO dar. Den Ausführungen der Vorinstanzen, die das Vorliegen einer schikanösen Rechtsausübung der Beklagten verneinten, haftet

jedenfalls keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung an.

Nähere Ausführungen dazu, warum ein Ersatz der Kosten des Besuchsrechtsverfahrens, in dem ein solcher grundsätzlich nicht vorgesehen ist (§ 107 Abs 5 AußStrG), nunmehr im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs zustehen sollte, findet sich in der Revision auch nicht.

Insgesamt vermag es die Revision des Klägers daher nicht, eine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO darzustellen. Die Revision war dementsprechend zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50 und 41 ZPO. Die Kosten der Revisionsbeantwortung waren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig, da auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen wurde.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 27. November 2014
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: