

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades einer Magistra der
Rechtswissenschaften

an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema:

**Aufenthaltsbestimmungs- und Wohnortbestimmungsrecht
nach § 162 ABGB**

Eingereicht von

Lydia Kreiner

0910604

bei

Univ.-Prof. Dr. iur. Susanne Ferrari

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privat-
recht

Graz, im Juli 2014

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, am

.....

Unterschrift

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	III - V
1 Einleitung	1
2 Das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 Abs 1 ABGB.....	3
2.1 Das Recht auf Pflege und Erziehung.....	4
2.1.1 Allgemeines	4
2.1.2 Das Erfordernis der Pflege und Erziehung	7
2.1.3 Reisedokumente	8
2.2 Der zur Aufenthaltsbestimmung berechtigte Elternteil	9
2.2.1 Die Stellung des mit der Obsorge betrauten Elternteils	10
2.2.1.1 Alleinobsorge	10
2.2.1.2 Beiderseitige Obsorge der Eltern	10
2.2.2 Die Stellung des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils	17
2.3 Betreuung durch dritte Personen.....	21
2.4 Das Zurückholungsrecht	24
2.4.1 Allgemeines	24
2.4.2 Die Mitwirkungspflicht der Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht	27
2.4.3 Das Zurückholungsverfahren	29
2.4.4 Der Kostenersatz für Aufwendungen bezüglich der Zurückholung des Kindes	31
3 Das Wohnortbestimmungsrecht	34
3.1 Wohnortbestimmung bei Alleinobsorge eines Elternteils	34
3.2 Wohnortbestimmung bei gemeinsamer Obsorge mit festgelegtem Domizilelternteil nach § 162 Abs 2 ABGB.....	35
3.3 Wohnortbestimmung bei gemeinsamer Obsorge ohne festgelegtem Domizilelternteil nach § 162 Abs 3 ABGB.....	43
3.3.1 Wohnortverlegung im Inland.....	44
3.3.2 Wohnortverlegung ins Ausland.....	45
4 Das Verhältnis des § 162 ABGB zum HKÜ.....	47
4.1 Allgemeines zum HKÜ	47
4.1.1 Zielsetzung.....	47

4.1.2	Die Verfahrenseinleitung	48
4.1.3	Exkurs: Ergänzung des HKÜ durch die Brüssel-IIa-VO	49
4.2	Der Anwendungsbereich des HKÜ	50
4.3	Der Sorgerechtsbruch nach Art 3 HKÜ iVm § 162 ABGB	52
4.4	Rückführungshindernisse	56
4.4.1	Tatsächliche Nichtausübung des Sorgerechts.....	56
4.4.2	Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des dauerhaften Aufenthaltswechsels.....	56
4.4.3	Schwerwiegende Kindeswohlgefährdung oder Unzumutbarkeit	57
4.4.4	Willensbekundung des Kindes	59
4.4.5	Verstoß gegen den ordre public	60
5	Schlussbemerkungen.....	61
	Literaturverzeichnis.....	63
	Judikaturverzeichnis.....	66
	Anhang.....	72

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AHS	Allgemeinbildende höhere Schule
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
BG	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 BGBl I 2013/69
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister/in; Bundesministerium
BMJ	BM für Justiz
bzw	beziehungsweise
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (bis 2012: Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht)
EheG	Ehegesetz dRGBI I 1938/807
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79
ErgBd	Ergänzungsband
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErstG	Erstgericht (1. Instanz)
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung

f	und der, die folgende
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamZ	siehe iFamZ
ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote
GP	Gesetzgebungsperiode
HKÜ	Haager Kindesentführungsübereinkommen BGBl 1988/512
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
iFamZ	(bis 2007: FamZ) Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iFd	in Folge des
iSd	im Sinne des,-der
iVm	in Verbindung mit
JA	Jugendamt; Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/11
JWT	Jugendwohlfahrtsträger
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15
KindRÄG	Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989 BGBl 1989/162 Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135
krit	kritisch
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen

nF	neue Fassung
NLMR	Newsletter Menschenrechte
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RekG	Rekursgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
S	Satz
SchOG	Schulorganisationsgesetz BGBl 1962/242
SchUG	Schulunterrichtsgesetz BGBl 1986/472
sog	sogenannt,-e,-er,-es
SPG	Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1991/566
StGB	Strafgesetzbuch BGBl 1974/60
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

1 Einleitung

Das Kindschaftsrecht findet sich im Wesentlichen im dritten Hauptstück des ABGB¹ wieder, das als *Rechte zwischen Eltern und Kindern* bezeichnet wird. Die für das Kindschaftsrecht vorrangig einschlägigen Paragraphen erstrecken sich über §§ 137 - 203 ABGB². Seit dem Jahr 1970³ kam es in diesem Bereich zu zahlreichen Reformen, deren Hauptanliegen sowohl in der Gleichstellung von Vater und Mutter als auch in der Anpassung der Rechtsstellung von ehelichen und unehelichen Kindern lag.⁴ Dieser Wandel spiegelt sich auch in § 137 Abs 1 (nF) wider, in dem ausdrücklich festgelegt ist, dass *die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter* gleich sind. Die Eltern haben demnach gleichermaßen *das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung zu gewähren*,⁵ wobei die Ausübung dieser elterlichen Rechte und Pflichten weitgehend den Eltern selbst überlassen bleiben soll. Neben der Erziehung sowie der Förderung des Kindeswohls werden ebenso die Unterhaltspflicht und die Wahrnehmung der Obsorge für das minderjährige Kind von den Rechten und Pflichten der Eltern umfasst. Diese Elternrechte stellen ein absolutes Recht dar, in das dritte Personen nicht ohne Genehmigung eingreifen dürfen.⁶

Zuletzt erfuhr das ABGB-Kindschaftsrecht mit dem KindNamRÄG 2013⁷ eine umfangreiche Überarbeitung, wobei es nicht nur zu einer Umnummerierung der Paragraphenzahlen kam, sondern sich teilweise auch inhaltliche Neuregelungen der Bestimmungen ergaben. Neben Änderungen im Namensrecht, der Streichung des Begriffs des unehelichen Kindes aus dem Gesetz und einer näheren Definition des Kindeswohls⁸ finden sich unter anderem auch im Bereich des Aufenthaltsbestimmungsrechts Neuerungen.⁹

Das Recht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, besteht auch nach dem KindNamRÄG 2013¹⁰ – das größtenteils am 01.02.2013 in Kraft getreten ist – weiterhin als ein Teil der

¹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946.

² Alle Paragraphen dieser Diplomarbeit ohne ausdrückliche Gesetzesbezeichnung beziehen sich auf das ABGB.

³ BG über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes BGBl 1970/342.

⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 3.

⁵ § 137 Abs 2 S 1 idF BGBl I 2013/15.

⁶ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ (2013) 158f.

⁷ BG, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und das Namensänderungsgesetz geändert werden (Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 – KindNamRÄG 2013) BGBl I 2013/15.

⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7f.

⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

¹⁰ BGBl I 2013/15.

Obsorge. Es ist jedoch seither auf eine Differenzierung zwischen dem Aufenthaltsbestimmungs- und dem Wohnortbestimmungsrecht Bedacht zu nehmen,¹¹ wobei das Recht zur Verlegung des Wohnorts als Qualifikation des Aufenthaltsbestimmungsrechts angesehen werden kann.¹² Zur Bestimmung des Wohnorts des Kindes kommen bei gemeinsamer Obsorge der Eltern zudem zwei spezielle Regelungen zur Anwendung,¹³ denen vor allem bei Scheidung bzw häuslicher Trennung der Eltern besondere Bedeutung beigemessen wird.¹⁴

Das Ziel dieser Diplomarbeit ist es, das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie das Wohnortbestimmungsrecht umfassend darzustellen. Im Folgenden wird daher § 162 näher beleuchtet sowie die unterschiedlichen Ausformungen, insbesondere des § 162 Abs 2 und 3, näher besprochen.

Die Diplomarbeit besteht aus fünf Kapitel, wobei sich der Aufbau an der Gliederung des § 162 orientiert und aufgrund dessen folgendermaßen strukturiert ist:

Zunächst wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 Abs 1 thematisiert, wobei insbesondere auf die einzelnen Tatbestände näher eingegangen wird. Im Zuge dessen wird nicht nur das Recht auf Pflege und Erziehung, als Teil der Obsorge, sondern auch die Berechtigung zur Ausübung dieses Rechts als auch das damit in Zusammenhang stehende Zurückholungsrecht erörtert. Darauf folgt eine umfassende Darstellung des Wohnortbestimmungsrechts, das iFd KindNamRÄG 2013¹⁵ eine bedeutende Neuerung erfahren hat. Im Anschluss wird das Verhältnis des § 162 zum Tatbestand des „widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes“ iSd HKÜ¹⁶ behandelt. Darauf folgen Ausführungen zu den im Gesetz normierten Rückführungshindernissen, bevor es abschließend im letzten Kapitel der Arbeit noch zu den Schlussbemerkungen kommt.

¹¹ Kolmasch, Einführung, in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013) 1 (4).

¹² *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ: Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31 (31); *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namenrechts (2013) 165 (168).

¹³ Kolmasch in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* 4.

¹⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

¹⁵ BGBl I 2013/15.

¹⁶ Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 1988/512.

2 Das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 Abs 1 ABGB

Soweit die Pflege und Erziehung es erfordern, hat der hierzu berechnigte Elternteil auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§162 Abs 1 S 1)

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist iFd KindNamRÄG 2013¹⁷ in § 162 Abs 1 normiert und entspricht dem einstigen § 146 b (aF). Da es in diesem Absatz zu keiner inhaltlichen Änderung gekommen ist, kann sowohl die Literatur, die sich noch auf § 146 b (aF) bezieht, als auch die bisherige Rechtsprechung, die diesen Paragraphen aufgreift, herangezogen werden.¹⁸

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht iSd § 162 Abs 1¹⁹ regelt das Recht des pflege- und erziehungsberechnigten Elternteils, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Dem berechnigten Elternteil ist es demnach im Rahmen der Pflege und Erziehung erlaubt, dem Kind beispielsweise aufzutragen, wann es zu Hause sein soll oder ob es bei einem Freund²⁰ übernachten darf. Auch Maßnahmen wie Ausflüge oder Urlaubsaufenthalte fallen darunter, da ihm die Ausübung dieses Rechts nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland zusteht.²¹ Daher erscheint es sinnvoll, dem berechnigten Elternteil auch das Recht zur Verwaltung der Reisedokumente des Minderjährigen einzuräumen.²²

Schließlich steht es dem Berechnigten auch zu, dem Kind den Aufenthalt bei Dritten zuzuteilen,²³ wobei das Aufenthaltsbestimmungsrecht, allerdings zu keiner Zeit dem Kindeswohl widersprechend, ausgeübt werden darf.²⁴ Seine Grenze findet dieses Recht jedenfalls dort, wo Pflege- und Erziehungsmaßnahmen nicht mehr erforderlich sind.²⁵

Zweck dieser Bestimmung ist es, nicht nur die Pflege und Erziehung zu ermöglichen, sondern sie auch zu sichern und durchzusetzen.²⁶ Daher ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht, als Teil der Pflege und Erziehung, ein wesentlicher Bestandteil der Obsorge.

Im Zuge des KindRÄG 1989²⁷ wurde der Begriff „Obsorge“ eingeführt. Davor wurde sie als „elterliche Gewalt“ bezeichnet. Nun charakterisiert die Obsorge die besondere Verantwortung

¹⁷ BGBl I 2013/15.

¹⁸ EräutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

¹⁹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, 167f; *Fucik/Miklau* bezeichnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht iSd § 162 Abs 1 als „schlichtes“ Aufenthaltsbestimmungsrecht, da sie ihre Qualifikation im Wohnortbestimmungsrecht sehen, das in § 162 Abs 2 und 3 geregelt ist.

²⁰ Zur besseren Lesbarkeit wurde in dieser Diplomarbeit auf eine gendergerechte Sprache verzichtet.

²¹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31.

²² OGH 7 Ob 70/99s ÖA 2000, 45.

²³ *Schuchter*, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882 (888).

²⁴ RIS-Justiz RS0128592 (T1); vgl OGH 10 Ob 31/04p EFSig 107.708.

²⁵ § 162 Abs 1; RIS-Justiz RS0047974.

²⁶ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen* (Hrsg), Schwimann-Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 146b Rz 1.

²⁷ BG vom 15. März 1989 über die Änderung des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz-KindRÄG) BGBl 1989/162.

der Eltern, aber auch jeder sonstigen Person, die mit der Obsorge betraut ist, dem Kind gegenüber.²⁸ Die Obsorge umfasst neben der Pflege und Erziehung ebenso die Vermögensverwaltung sowie die Vertretung des Kindes in diesen, aber auch in allen anderen Gebieten.²⁹ Jede mit der Obsorge betraute Person ist zudem an das Wohlverhaltensgebot iSd § 159 gebunden. Nicht nur Eltern, sondern auch Großeltern oder Pflegeeltern können als Obsorgeberechtigte davon betroffen sein. Auch andere Personen, denen Rechte oder Pflichten dem Kind gegenüber zukommen, haben dieses Gebot zu beachten. Etwa dann, wenn ihnen das Recht auf persönliche Kontakte zukommt. Das Wohlverhaltensgebot besagt, dass bei Ausübung ihrer Rechte und Pflichten stets das Kindeswohl zu berücksichtigen und alles zu unterlassen ist, was ihm zuwiderlaufen könnte. Zudem dürfen andere Personen nicht daran gehindert werden ihren Rechten und Pflichten, das Kind betreffend, nachkommen zu können.³⁰ Die Mat³¹ zählen diesbezüglich eine Vielzahl in Frage kommender Verhaltensweisen auf, zum Beispiel herabwürdigende Äußerungen oder Gewalttätigkeiten dem anderen Elternteil gegenüber, jedoch auch Vereinnahmungen oder Aufhetzungen des Kindes betreffen das Unterlassungsgebot. Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass sich die Obsorge ausschließlich auf minderjährige Kinder bezieht, die die Volljährigkeit noch nicht erreicht haben.³² Mit Vollendung des 18. Lebensjahres endet daher die Obsorge.³³

2.1 Das Recht auf Pflege und Erziehung

2.1.1 Allgemeines

Pflege und Erziehung umfassen sowohl die Sorge für das Wohl als auch für die Entwicklung des minderjährigen Kindes.³⁴ Eine begriffliche Trennung zwischen Pflege und Erziehung herzustellen ist schwierig, da es in Grenzbereichen zu einem Ineinander-übergehen der Begriffsinhalte kommen kann.³⁵ Vor allem im Rahmen einer Anweisung zur Hygiene oder zum Sport ist eine eindeutige Zuordnung diffizil.³⁶ Da Pflege und Erziehung als Begriffspaar verwendet werden und es weiters nicht vorgesehen ist den einen Elternteil mit der Pflege zu betrauen,

²⁸ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 212.

²⁹ § 158 Abs 1; *Beck*, Kindschaftsrecht: mit den Änderungen des KindNamRÄG 2013² (2013) Rz 333.

³⁰ § 159; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 213.

³¹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 34f.

³² Ergibt sich aus § 21 Abs 2 iVm § 158 Abs 1.

³³ § 183 Abs 1.

³⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 223.

³⁵ ErläutRV 60 BlgNR 14. GP 25.

³⁶ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (2003) § 146 Rz 1.

während dem anderen die Erziehung obliegen soll, ist eine Differenzierung rechtlich nicht bedeutsam.³⁷ Dennoch stellte *Schuchter*³⁸ den Versuch an, zwischen den verschiedenen Inhalten der Begriffe eine Trennung herzustellen.

Die Pflege des minderjährigen Kindes umfasst nach § 160 Abs 1 *die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit*. Darunter sind vorrangig tägliche Betreuungshandlungen, wie Ernährung, hygienische Betreuung, Reinigung und Verfügbarkeit angemessener Kleidung sowie regelmäßige Kontrollen durch einen Arzt, die für gewöhnlich mit der Kindesbetreuung einhergehen, zu verstehen.³⁹ Die Intensität bzw. der Umfang der Pflege richtet sich nach dem Alter und Entwicklungsstand des Kindes. Sie reicht daher von grundlegenden Handlungen, wie dem Füttern eines jüngeren Kindes, bis zur seelischen Unterstützung bei Pubertätsproblemen.⁴⁰ Überdies sind für das Ausmaß der Pflegeleistungen nicht nur das Kindeswohl, sondern auch die Lebensverhältnisse (Leistungs- und Bildungsniveau) der Eltern zu berücksichtigen. Das österreichische Mindestniveau darf jedoch keinesfalls unterschritten werden.⁴¹ – Weder durch eine grundsätzliche Ablehnungshaltung der Eltern zu Impfungen⁴² noch auf Grund eines geringeren Ausbildungsstandes oder veralteter Ansichten der Eltern, einer angemessenen Lebensführung bzw. Alltagsgestaltung betreffend.⁴³ Zudem impliziert die Pflege des Kindes gem. § 160 Abs 1 auch die „unmittelbare Aufsicht“ beim Spiel, in der Freizeit sowie bei der Verrichtung von Aufgaben.⁴⁴

Die Erziehung wirkt sich hingegen auf die Zukunft aus. Sie bezieht sich auf die Förderung und Unterstützung der körperlichen, seelischen, geistigen, und sittlichen Stärken, sowie Fähigkeiten des Kindes, auf dessen schulische und berufliche Ausbildung, wobei auch hier auf dessen zunehmende Reife Bedacht zu nehmen ist.⁴⁵ Neben der Förderung des Kindes fällt ebenso die Abwehr bzw. Vermeidung von Einflüssen, die sich auf die Erziehung des Minderjährigen negativ auswirken würden, in den Aufgabenbereich der Eltern. Von ihnen wird also ein positives, dem Kindeswohl entsprechendes, Handeln verlangt.⁴⁶ Von der Festsetzung eines Erzie-

³⁷ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-267³ (2008) § 146 Rz 2.

³⁸ *Schuchter*, FamRZ 1979, 886.

³⁹ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 146 Rz 3; *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt: Alles über das Kindschaftsrecht² (2013) 1.

⁴⁰ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Ia⁴ (2013) § 160 Rz 2.

⁴¹ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 146 Rz 4; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 160 Rz 2.

⁴² OGH 1 Ob 63/10m EF-Z 2010/129 = RdM-LS 2010/65.

⁴³ *Weitzenböck* in *Schwimann* (Hrsg), Tschenkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (2013) § 146 Rz 3; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 160 Rz 2.

⁴⁴ *Schuchter*, FamRZ 1979, 886.

⁴⁵ § 160 Abs 1; *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge² 1.

⁴⁶ *Schuchter*, FamRZ 1979, 886.

hungsziels hat die Gesetzgebung jedoch bewusst abgesehen, weshalb es den Eltern des Kindes grundsätzlich selbst überlassen ist, wie sie der Verpflichtung aus dem Gesetz nachkommen.⁴⁷

Im Bereich der Pflege und Erziehung ist zudem zwischen dem Innenverhältnis einerseits und dem Außenverhältnis andererseits zu unterscheiden. Im Innenverhältnis werden Eltern tätig, wenn sie das Kind zur Erledigung der Hausaufgaben auffordern oder einem 15-Jährigen den Besuch einer Party untersagen. Bei der Anmeldung des Kindes in einer ausgewählten Schule oder einer Zustimmungserklärung zu einer ärztlichen Behandlung handeln sie hingegen „in Vertretung des Kindes“ und somit im Außenverhältnis.⁴⁸

Nach § 160 Abs 3 S 2 haben die Eltern in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung auch den Willen des Kindes zu berücksichtigen. *Der Wille des Kindes ist umso maßgeblicher, je mehr es den Grund und die Bedeutung einer Maßnahme einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag.* Das Mitspracherecht ergibt sich demnach aus der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes.⁴⁹ Ein mündiger Minderjähriger wird daher idR selbst entscheiden können, ob er in einem Internat wohnen oder täglich zum Schulunterricht anreisen möchte. Weiters wird man einem 16-Jährigen nicht ohne wesentlichen Grund die Teilnahme an einem Ferienlager verweigern können.⁵⁰

Die Grenze der Beachtung des Willens des Kindes findet sich dort, wo die Lebensverhältnisse der Eltern diesem widersprechen oder der Wunsch des Kindes sein Wohl gefährden würde. Im ersten Fall würde es beispielsweise dem Wohl des Kindes zuwiderlaufen, wenn der Lernerfolg unter zu langen Fahrzeiten erheblich leiden würde. Bestehen bezüglich der veranstaltenden Organisation im zweiten Beispiel beträchtliche Bedenken kann auch in diesem Fall die Grenze der Berücksichtigung des Wunsches des Kindes erreicht sein.⁵¹ Würde die Realisierung des Willens des Kindes zu einer schweren und nicht wieder gutmachbaren Beeinträchtigung des Kindeswohls führen, kommt es selbst bei einem von einem einsichts- und urteilsfähigen Kind geäußerten Wunsch zu keiner Bindung der Eltern.⁵²

Unter den Lebensverhältnissen der Eltern ist nicht nur deren finanzielle Leistungsfähigkeit, wobei der Anspannungsgrundsatz gilt, zu verstehen, sondern auch Veränderungen in deren Sphäre, wie zum Beispiel eine notwendige Verlegung des Wohnortes der Familie aus beruflichen Gründen. In einem derartigen Fall wird vom Wunsch des Kindes sein vertrautes Umfeld

⁴⁷ Huber/Täubel-Weinreich, Obsorge² 1; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 160 Rz 4.

⁴⁸ Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Schluss), ÖJZ 2001, 530 (535).

⁴⁹ Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 536.

⁵⁰ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 53f; Barth in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 146 Rz 12.

⁵¹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵² Hopf/Weitzenböck, ÖJZ 2001, 537.

nicht zu verlieren, abzusehen zu sein, sofern er nicht mit den beruflichen Vorstellungen der Eltern vereinbar ist.⁵³

Mit Hinweis auf die Bestimmung des § 160 Abs 3 S 2 ist anzuführen, dass Pflege- und Erziehungsmaßnahmen nur insoweit gestattet sind, wie die Möglichkeit einer positiven Beeinflussung der weiteren kindlichen Entwicklung besteht. Hierdurch wird eine Flexibilität geschaffen, die es ermöglicht eine bestmögliche Regelung des Einzelfalls vornehmen zu können.⁵⁴

2.1.2 Das Erfordernis der Pflege und Erziehung

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht stellt kein absolutes Recht dar. Es steht nämlich nicht ausschließlich bis zur Erreichung der Volljährigkeit des Kindes zur Verfügung, sondern nur, solange es die Pflege und Erziehung erfordern.⁵⁵ Es fehlt daher, beispielsweise bei einem 17-jährigen Lehrling an Erziehungsbedürftigkeit, wenn er sich gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin eine Wohnung nimmt und dabei seiner Berufstätigkeit weiterhin regelmäßig nachgeht. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht schließlich nicht damit in Zusammenhang, ob die Erziehung bereits ein Ende gefunden hat, sondern knüpft neben dem Kindeswohl an die Erforderlichkeit von Pflege- und Erziehungsmaßnahmen an.⁵⁶ Sowohl nach stRsp⁵⁷ als auch nach hL⁵⁸ steht es dem Berechtigten somit nicht zu, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wenn derartige Maßnahmen weder nötig noch im Bereich des Möglichen sind.⁵⁹ Zu berücksichtigende Faktoren für diese Voraussetzung sind neben dem Alter des Kindes auch dessen Entwicklungsstufe und Persönlichkeit.⁶⁰ Bei einem Minderjährigen, der selbstständig und von den Eltern getrennt lebt, wird die Ausübung dieses Rechts weder sinnvoll noch möglich sein,⁶¹ sofern mit seiner Eigenständigkeit keine Komplikationen verbunden sind. Im Laufe der Entwicklung eines Jugendlichen kann es jedoch, wie es *Schwimann*⁶² bezeichnet, zu einer *Grauzone verdünnter Erziehungsbedürftigkeit* kommen. Darunter versteht man den schwierigen

⁵³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵⁴ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54.

⁵⁵ *Schwimann* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1997) § 146b Rz 2.

⁵⁶ OGH 1 Ob 662/82 ÖA 1983,101.

⁵⁷ OGH 7 Ob 75/64 SZ 37/51 = EvBl 1964/422; 1 Ob 662/82 ÖA 1983,101; LGZ Wien 47 R 241/89 EFSlg 59.635; 44 R 36/92 EFSlg 68.622; 44 R 513/01v EFSlg 96.465.

⁵⁸ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 146b Rz 1.

⁵⁹ OGH 8.4.1964, 7 Ob 75/64.

⁶⁰ JAB 587 BlgNR 14. GP 8.

⁶¹ *Mottl*, Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzung? in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg), Entwicklung in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 167 (189).

⁶² *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 2.

Bereich zwischen Selbstständigkeit des Minderjährigen einerseits und der Notwendigkeit der Setzung gewisser Erziehungsgrenzen andererseits. Ein Jugendlicher kann beispielsweise sein Reiseziel selbst auswählen, dennoch sind seine Eltern berechtigt ihn von einem Drogentrip nach Indien zurückzuholen, sowie ihm einen Sekteneintritt zu verbieten.⁶³ Diffizil ist darüber hinaus die Frage, ab wann ein Jugendlicher gegen den Willen des Obsorgeberechtigten aus seinem Elternhaus ausziehen darf. Sofern es dem Kindeswohl nicht widerspricht, wird er nach hM grundsätzlich mit Beendigung der Schulpflicht dazu befugt sein.⁶⁴

2.1.3 Reisedokumente

Zur Bestimmung des „schlichten“ Aufenthaltes zählen unter anderen auch Dispositionen über Ausflüge und Urlaubsaufenthalte, zumal der Berechtigte das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowohl im Inland als auch im Ausland ausüben kann.⁶⁵ Das Recht mit einem minderjährigen Kind Urlaubsreisen oder sonstige kürzere Aufenthalte im Ausland antreten zu dürfen, schließt die Beschaffung und Innehabung von dafür erforderlichen Reisedokumenten des Kindes, wie des Reisepasses, als Teil des Rechts auf Pflege und Erziehung, mit ein. Es ist somit derjenige Elternteil, der die Pflege- und Erziehung des Kindes tatsächlich ausübt, auch berechtigt, den Reisepass bei sich zu haben.⁶⁶ Daher steht es einem vorläufig Obsorgeberechtigten ebenso zu, die notwendigen Reisedokumente ausgefolgt zu bekommen.⁶⁷ Möchte ein nicht mit der Obsorge betrauter Elternteil mit seinem Kind im Rahmen seines Kontaktrechts für einige Tage ins Ausland reisen, hat er den Obsorgeberechtigten zunächst über den Aufenthaltsort in Kenntnis zu setzen, woraufhin ihm der Reisepass herausgegeben werden kann.⁶⁸ Dem Obsorgebetrauten kann auch, im Hinblick auf das Recht auf persönliche Kontakte des anderen Elternteils, die Herausgabe der Reisedokumente aufgetragen werden.⁶⁹ Sofern es weder dem Kindeswohl widerspricht noch dessen Interessen in einer negativen Art und Weise beeinflusst, kann die Beschaffung des Reisepasses, zum Zweck eines kürzeren Aufenthalts im Ausland, mithilfe des Pflschaftsgerichts durchgesetzt werden. Diese Möglichkeit besteht notfalls

⁶³ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 2.

⁶⁴ *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146b ABGB Rz 2.

⁶⁵ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 167.

⁶⁶ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 3; OGH 7 Ob 70/99s ÖA 2000, 45.

⁶⁷ LGZ Wien 43 R 193/94 EFSlg 75.162.

⁶⁸ LGZ Wien 47 R 326/91 EFSlg 65.898.

⁶⁹ LGZ Wien 44 R 590/97h EFSlg 83.844.

ebenso gegen den Willen des anderen Elternteils und kommt demjenigen zu, dem das minderjährige Kind zur Pflege und Erziehung anvertraut worden ist, also vorläufig auch den Pflegeeltern.⁷⁰

Dem Gericht steht es schließlich auch zu, soweit es zur Sicherung des Kindeswohls erforderlich ist, nach § 107 Abs 3 Z 5 AußStrG⁷¹, die Abnahme der Reisedokumente des Kindes anzuordnen. Dies soll eine Verbringung des Kindes ins Ausland, wider den Willen des Obsorgebetrauten, vorbeugen.⁷² Für die Praxis ist es zudem überaus wichtig, neben dem bloßen Auftrag den Pass des Kindes herauszugeben, auch die zuständigen Behörden über die Abnahme zu informieren, damit diese der betreffenden Partei, bis auf Widerruf, keine neuen Reisedokumente für das Kind ausstellen. Notpässe könnten ansonsten alsbald zur Verfügung stehen, wodurch der Zweck der Maßnahme schlagartig vereitelt werden könnte.⁷³

2.2 Der zur Aufenthaltsbestimmung berechnigte Elternteil

Das Recht den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, wird gem. § 162 Abs 1 S 1 dem *hierzu berechtigten Elternteil* eingeräumt. Man versteht darunter grundsätzlich denjenigen Elternteil, dem innerhalb der Obsorge nicht nur die Berechnigung, sondern auch die Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Minderjährigen zukommt.⁷⁴

Als Mutter gilt iSd § 143 die Frau, die das Kind geboren hat. Nach § 144 Z 1 gilt als Vater, wer mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verehelicht war, wer die Vaterschaft in einer öffentlich beglaubigten Urkunde durch eine persönliche Erklärung anerkannt hat (Z 2) oder wer vom Gericht als Vater festgestellt wird (Z 3).

Die Obsorge umfasst im Innenverhältnis neben der Vermögensverwaltung auch die Pflege und Erziehung und im Außenverhältnis die gesetzliche Vertretung. (§ 158 Abs 1) Soweit die Aufenthaltsbestimmung in keinem Zusammenhang mit einer Vertretungshandlung steht, kommt dieses Recht auch demjenigen Elternteil zu, der mit der Pflege und Erziehung des Kindes nur im Innenverhältnis betraut ist.⁷⁵

⁷⁰ OGH 7 Ob 70/99s ÖA 2000, 45.

⁷¹ BG über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG) BGBl I 2003/111.

⁷² OGH 5 Ob 131/13w iFamZ 2014/15.

⁷³ *Fucik*, Anm zu OGH 5 Ob 131/13w, iFamZ 2014, 21.

⁷⁴ OGH 1 Ob 642/83 AnwBl 1983, 719 (krit *Grass*); OGH 02.09.1998, 9 Ob 200/98x.

⁷⁵ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 146b Rz 1.

2.2.1 Die Stellung des mit der Obsorge betrauten Elternteils

2.2.1.1 Alleinobsorge

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht zunächst demjenigen Elternteil zu, der mit dem Recht bzw. der Pflicht zur Pflege und Erziehung allein betraut ist.⁷⁶ Gem. § 177 Abs 2 S 1 ist die Mutter allein obsorgeberechtigt, wenn die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind. Diese Regelung entspricht dem § 166 S 1 (aF), welcher vom VfGH als konventionswidrig aufgehoben wurde, zumal dem Vater keine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Obsorgeregelung zukommt, sofern dem die Mutter nicht zustimmt.⁷⁷ Diese Ungleichbehandlung hinsichtlich der Achtung des Familienlebens hat sich iFd KindNamRÄG 2013⁷⁸ durch die Einfügung des § 180 geändert. Die Norm weist dem Vater ein Antragsrecht zur Prüfung der Regelung nach Maßgabe des Kindeswohls zu. Das Gericht hat demzufolge im Zuge einer Einzelfallbetrachtung zu entscheiden, ob eine Alleinobsorge der Mutter, des Vaters oder eine beiderseitige Betrauung mit der Obsorge dem Wohl des Kindes besser entspricht. Unter Berücksichtigung des Antragsrechts des Vaters stehen der Aufrechterhaltung der anfänglich allein zustehenden Obsorge der Mutter somit keine verfassungsrechtlichen Bedenken mehr gegenüber.⁷⁹

2.2.1.2 Beiderseitige Obsorge der Eltern

Sind die Eltern verheiratet – bei der Geburt oder zu einem späteren Zeitpunkt – kommt ihnen die gemeinsame Obsorge zu.⁸⁰

Den nicht miteinander verheirateten Eltern ist es seit dem KindNamRÄG 2013⁸¹ nun auch möglich, vor dem Standesbeamten die gemeinsame Obsorge zu vereinbaren. Mittels dieser Änderung im Gesetz wurde ein vereinfachtes und unbürokratisches Instrument geschaffen, um eine Betrauung des unvermählten Vaters mit der Obsorge zu bewerkstelligen. Den jungen Eltern soll dadurch nicht nur der oftmals mühsame Weg zum Gericht erspart, sondern auch die Möglichkeit geboten werden, im Zuge des One-Stop-Shop-Prinzips⁸² beim Standesamt neben den bereits gesetzlich vorgesehenen personenstandsrechtlich relevanten Beurkundungsakten, wie der Geburtsbeurkundung und der Vaterschaftsanerkennung, auch die Obsorgeregelung vorzunehmen. Diese Möglichkeit der Vereinbarung besteht allerdings nur, soweit

⁷⁶ OGH 02.09.1998, 9 Ob 200/98x.

⁷⁷ VfGH 28.06.2012, G 114/11.

⁷⁸ BGBl I 2013/15.

⁷⁹ Beck, Obsorgezuweisung neu, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (2013) 175 (177).

⁸⁰ § 177 Abs 1.

⁸¹ BGBl I 2013/15.

⁸² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 8.

noch keine gerichtliche Entscheidung über die Obsorge vorliegt. Die entsprechenden übereinstimmenden Willenserklärungen können nach einer ausführlichen Rechtsbelehrung nur einmal unter gleichzeitiger persönlicher Anwesenheit abgegeben werden. Ein Widerruf der Erklärung kann einseitig, ohne Angabe von Gründen, binnen acht Wochen erfolgen. Wird davon Gebrauch gemacht, bleiben davor seitens des Vaters gesetzte Vertretungshandlungen dennoch wirksam.⁸³

Die gemeinsame Obsorge bleibt grundsätzlich gem. § 179 Abs 1 in Folge einer Eheauflösung oder einer nicht bloß vorübergehenden Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern aufrecht, soweit keine anderslautende Vereinbarung vor Gericht getroffen wurde. Von einer nicht bloß vorübergehenden Trennung spricht man dann, wenn die vollständige Trennung der Lebensbereiche der Eltern eingetreten ist,⁸⁴ wobei etwa längere Spitalsaufenthalte eines Elternteils diese Voraussetzung nicht erfüllen.⁸⁵ Nach Rsp⁸⁶ liegt eine dauernde Trennung der Eltern nur bei einer Haushaltstrennung vor. Besteht demnach keine häusliche Gemeinschaft mehr oder wurde die Ehe der Eltern aufgelöst, müssen die Eltern denjenigen Elternteil bestimmen, von dem das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreut werden soll. Sie haben demzufolge den sog. „Domizilelternteil“ zu bestimmen.⁸⁷

Der Gesetzgeber beabsichtigt durch diese Anordnung dem Kind ein „Heim erster Ordnung“ zu gewährleisten. Dies hat den Sinn, das Kind vor ständigen Wechseln des sozialen Umfelds und der Hauptbezugsperson zu bewahren sowie ihm eine Kontinuität in erzieherischer Hinsicht in einem Zuhause zu sichern.⁸⁸ Dem folgt auch *Gründler*,⁸⁹ indem sie den Begriff des „hauptsächlichen Aufenthalts“⁹⁰ nicht nur an ein bestimmtes örtliches Element, sondern auch an die Zuteilung des Kindes in die *persönliche Verantwortlichkeit eines Elternteils als Hauptbezugsperson* knüpft. Auch *Haberl*⁹¹ versteht unter dem Begriff jenen Haushalt, in dem das Kind vorwiegend von dem haushaltsführenden Elternteil betreut wird. Er stützt dies auf die Absicht des Gesetzgebers⁹² eine Hauptbezugsperson festzulegen und nicht nur einen Ort zu bestimmen, an dem ein Elternteil wohnt. Schließlich folgt dieser Definition auch *Hopf*,⁹³ wobei er auf die

⁸³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 24f; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht durch das KindNamRÄG 2013, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz (2013) 61 (64f).

⁸⁴ OGH 7 Ob 547/87 EFSlg 54.062; 6 Ob 557/89 EFSlg 61.508; 10 Ob 325/02w EFSlg 100.368.

⁸⁵ *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd § 177b Rz 18.

⁸⁶ LGZ Wien 44 R 617/93 EFSlg 71.875; 42 R 173/05k EFSlg 110.902.

⁸⁷ § 179 Abs 2; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6 (6).

⁸⁸ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65f.

⁸⁹ *Gründler*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 (703f); siehe auch: *Barth*, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht: Entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage? iFamZ 2009, 181 (181f); *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd §§ 177-177b Rz 6.

⁹⁰ Gesetzeswortlaut vor dem KindNamRÄG 2013. Seither wird der „hauptsächliche Aufenthalt“ als jener Haushalt bezeichnet, in dem das minderjährige Kind hauptsächlich betreut wird. Siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26.

⁹¹ *Haberl* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I⁴ (2012) § 167 Rz 11.

⁹² ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 66.

⁹³ *Hopf*, Die Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 69 (71f). *Hopf* definiert den „hauptsächlichen

Formulierung in § 231 Abs 1⁹⁴ verweist. Zudem spricht er die Forderung seitens der Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychologie nach einer eindeutigen personenbezogenen Orientierung an.⁹⁵

Es genügt folglich nicht in der Aufenthaltsvereinbarung bloß eine Wohnadresse anzuführen. Es ist stets derjenige Elternteil zu bezeichnen, bei dem sich das Kind vorwiegend aufhalten soll.⁹⁶ Hält sich das Kind zeitweise woanders auf, etwa beim anderen Elternteil, im Internat oder bei einem Dritten, ändert dies noch nichts am festgelegten hauptsächlichen Aufenthalt des Minderjährigen bei einem Elternteil.⁹⁷

Der Gesetzgeber favorisiert insofern das sog. „Eingliederungsmodell“ gegenüber dem „Wandelmodell“ und erklärt damit eine gleichzeitige Aufteilung der Betreuung für unzulässig. Dies wäre in etwa der Fall, wenn das Kind abwechselnd, in Abständen von einer Woche, bei der Mutter und danach beim Vater leben sollte.⁹⁸ Gegen einen solchen generellen Ausschluss einer Vereinbarung, die eine gleichmäßige Verteilung des Aufenthalts des Minderjährigen in kurzen Zeitabständen vorsieht, spricht sich *Ferrari*⁹⁹ aus. Es gäbe nämlich durchaus Fälle, in denen sich eine derartige Regelung positiv auf das Kindeswohl auswirken könne. Etwa dann, wenn das Kind abwechselnd, beispielsweise in Abständen von drei Tagen, von beiden Eltern im selben Heim betreut wird. Ein solches Betreuungsmodell hat den großen Vorteil, dass das Kind weiterhin in seiner gewohnten Umgebung aufwachsen kann und sich nicht auf Grund einer Trennung der Eltern an ein „neues Leben“ gewöhnen muss.¹⁰⁰

Allerdings würde dieses sogenannte „Nestmodell“ dem § 177 Abs 2 (aF)¹⁰¹ entgegenstehen, da sich das Kind bei keinem Elternteil hauptsächlich aufhält.¹⁰² Aber auch in Fällen, in denen zwar ein hauptsächlicher Aufenthalt bei einem Elternteil vorliegt, dieser sich aber nach einem längeren Zeitabstand ändern soll, wird das Gericht kaum eine Genehmigung erteilen. Zumal beispielsweise eine Vereinbarung, das Kind solle zunächst im Laufe der Volksschulzeit bei der Mutter wohnen, danach aber für die Zeit in der Unterstufe einer AHS in den Haushalt des Vaters wechseln, allzu weit in die Zukunft vorgreifen würde, um einer halbwegs zuverlässigen Beurteilung des Kindeswohls zugänglich zu sein. Schließlich würde eine solche Vereinbarung auch im Widerspruch zum Grundsatz der Betreuungskontinuität stehen. In der Praxis lässt es sich allerdings kaum verhindern, dass Eltern den hauptsächlichen Aufenthalt zwar förmlich

Aufenthalt“ als jenen Haushalt eines Elternteils, zu dem sich die stärkste Beziehung des Minderjährigen erkennen lässt; vgl *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485 (489): Sie verstehen unter diesem Begriff jenen Haushalt, in dem der Lebensmittelpunkt des Kindes vorzufinden ist.

⁹⁴ „Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut [...]“ Diese Norm bezieht sich allerdings ausschließlich auf den Unterhalt.

⁹⁵ *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 71f.

⁹⁶ *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd §§ 177-177b Rz 6.

⁹⁷ *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 72.

⁹⁸ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 66.

⁹⁹ *Ferrari*, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 53 (57).

¹⁰⁰ *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 57.

¹⁰¹ Entspricht § 179 idF BGBl I 2013/15.

¹⁰² *Gründler*, ÖJZ 2001, 704.

regeln, die Betreuung aber in der Realität nach ihren persönlichen Präferenzen regeln. Dabei sollten sich Eltern jedoch stets über die möglichen negativen Auswirkungen auf das psychische Wohl des Kindes, bedingt durch den häufigen Wechsel der Bezugsperson, als auch über die damit verbundenen unterhaltsrechtlichen Folgeprobleme informieren.¹⁰³

Diese „Scheinverträge“, die abgeschlossen werden, um den gesetzlichen Vorgaben für eine gemeinsame Obsorge gerecht zu werden, spricht auch *Beck*¹⁰⁴ an. Da sich die Gerichte immer häufiger mit Fällen auseinandersetzen müssen, die eine annähernd gleich verteilte Betreuung zum Inhalt haben, bezeichnet sie das generelle Verbot des Wandelmodells als Schwachstelle des Gesetzes. Auch *Beclin*¹⁰⁵ kann die Ansicht des Gesetzgebers, besonders bei vereinbarter beiderseitiger Obsorge, nicht teilen. Den Bedenken hätte ihr zufolge auch durch eine gerichtliche Genehmigungspflicht anstelle eines kategorischen Ausschlusses entgegengewirkt werden können. In Fällen, in denen durch die neue Rechtslage auch gegen den Willen eines Elternteils die gemeinsame Obsorge aufgetragen werden kann, begrüßt *Beclin* hingegen den Ausschluss des Wandelmodells. Dies insbesondere deshalb, weil das Modell ein gutes Verhältnis der Erziehungsberechtigten zueinander voraussetzt, damit es auch dem Kindeswohl entsprechend ausgeübt werden kann. Eine solche gerichtliche Anordnung impliziert allerdings das Fehlen des erforderlichen Einverständnisses, da ein Elternteil bereits mit der gemeinsamen Obsorge nicht einverstanden war.

Wurde die hauptsächliche Betreuung rechtmäßig bei einem Elternteil vereinbart, ist aber der andere vom Kind getrennt lebende Teil nicht mehr mit dieser Regelung einverstanden, besteht die Möglichkeit einen Antrag auf Übertragung der Betreuung zu stellen. Dies begründet sich daraus, dass die hauptsächliche Betreuung als eine Form der Beteiligung an der Obsorge betrachtet werden kann, die besonders mit der Wohnortbestimmung nach § 162 Abs 2 im engen Zusammenhang steht. Demnach stellt der Antrag auf hauptsächliche Betreuung eine Art des Antrags auf Beteiligung nach § 180 Abs 1 Z 2 dar.¹⁰⁶

Haben sich die Eltern gegen eine unveränderte Beibehaltung der beiderseitigen Obsorge entschieden, können sie gem. § 179 Abs 1 S 2 bei Gericht nach wie vor eine dementsprechende Vereinbarung schließen. Eine gerichtliche Obsorgevereinbarung empfiehlt sich insbesondere dann, wenn die Obsorge eines Elternteils auf einzelne Teilbereiche, wie beispielsweise die Verwaltung des Vermögens oder die Schul- und Berufsausbildung, beschränkt werden soll.

¹⁰³ *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 57f.

¹⁰⁴ *Beck* in *Gitschthaler* 180; vgl. *Deixler-Hübner*, Die Ausübung der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung und Trennung: Ein Rechtsvergleich mit Deutschland, *iFamZ* 2010, 129 (130); *Deixler-Hübner* bezeichnet diese Rechtslage als dringend korrekturbedürftig.

¹⁰⁵ *Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht nach dem KindNamRÄG 2013: Einschließlich Aufenthaltsbestimmung und Kindesentführung, in *Gitschthaler* (Hrsg), *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013* (2013) 195 (197).

¹⁰⁶ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 70.

Diese Möglichkeit besteht allerdings nur hinsichtlich desjenigen Elternteils, dem die hauptsächliche Betreuung nicht zukommt. Der Domizilelternteil soll demgegenüber stets mit der gesamten Obsorge betraut sein, um alle nötigen Dispositionen für das Kind treffen zu können.¹⁰⁷ Zudem kann hierdurch, im Gegensatz zu einer Vereinbarung vor dem Standesbeamten, auch eine bereits geregelte Obsorge abgeändert werden. Nicht nur eine gemeinsame Obsorge, sondern auch ein Abgehen von einer gemeinsamen Obsorge hin zu einer Alleinobsorge, kann von den Eltern gerichtlich vereinbart werden.¹⁰⁸ Eine Genehmigungspflicht seitens des Gerichts zur Wirksamkeit der Obsorgevereinbarung entfällt, sowohl bei einer vor dem Standesbeamten als auch bei einer vor dem Gericht geschlossenen Vereinbarung auf Grund der Neuregelung in § 190 Abs 2,¹⁰⁹ iFd KindNamRÄG 2013.¹¹⁰ Bei Kindeswohlgefährdung hat das Gericht jedoch einzugreifen. Es hat die Obsorgevereinbarung der Eltern für unwirksam zu erklären sowie eine anderswertige Anordnung zu treffen.¹¹¹

Eine unzulässige Obsorgevereinbarung liegt etwa vor, wenn die Obsorge einem Elternteil zugewiesen werden soll, dem die elterlichen Rechte gem. § 181 Abs 1 entzogen werden mussten oder die Obsorge nicht iSd § 158 Abs 2 ausüben kann.¹¹² Weiters, wenn die Obsorge laut Vereinbarung dem Vater zusteht, das Kind hingegen bei der Mutter leben soll. Auch eine zwischen ihnen zeitlich oder arbeitsteilige Aufteilung der Obsorge widerspricht dem Gesetz, da der hauptsächlich betreuende Elternteil stets mit der gesamten Obsorge betraut sein muss.¹¹³ Demnach ist eine solche gerichtliche Obsorgeregelung nicht mit dem Gesetz vereinbar, wonach einem Elternteil die Alleinobsorge zustehen soll, dem anderen allerdings das Recht zur Aufenthaltsbestimmung.¹¹⁴ Kommt beiden Elternteilen keine volle Geschäftsfähigkeit zu, so kann dennoch bei einem von ihnen der vorwiegende Aufenthalt festgelegt werden.¹¹⁵ Ist nur ein Elternteil nicht voll geschäftsfähig, sei die Anforderung hinsichtlich der vollen Obsorge des Domizilelternteils nach *Gründler*¹¹⁶ dahingehend zu reduzieren, indem für eine Unrechtmäßigkeit der Regelung vorausgesetzt wird, dass die Beschränkung der Obsorge eines Elternteils aufgrund einer Vereinbarung der Eltern bewirkt worden ist. Demnach stelle eine Obsorgebeschränkung nach § 158 Abs 2 kein Hindernis für einen hauptsächlichlichen Aufenthalt bei jenem Elternteil dar, der mangels voller Geschäftsfähigkeit die Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung des Kindes nicht wahrnehmen kann.¹¹⁷ Eine Vereinbarung, bei der zwar die

¹⁰⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26.

¹⁰⁸ *Haberl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 177 Rz 15.

¹⁰⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 25.

¹¹⁰ BGBl I 2013/15.

¹¹¹ *Beck* in *Gitschthaler* 177ff.

¹¹² *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd §§ 177- 177b Rz 7.

¹¹³ *Gründler*, ÖJZ 2001, 707.

¹¹⁴ OGH 2 Ob 153/12g Zak 2013/48.

¹¹⁵ *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd §§ 177-177b Rz 7.

¹¹⁶ *Gründler*, ÖJZ 2001, 705f.

¹¹⁷ *Gründler*, ÖJZ 2001, 705f; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 216.; aA *Stabentheiner* in *Rummeß*, ErgBd §§ 177-177b Rz 7.

gemeinsame Obsorge aufrecht bleiben soll, aber die Obsorge desjenigen Elternteils, bei dem das Kind leben soll, insofern beschränkt wird, dass ihm die Mitnahme des Minderjährigen ins Ausland verboten wird, ist überdies gesetzeswidrig.¹¹⁸

Kann bezüglich der Obsorge oder der hauptsächlichen Betreuung binnen einer angemessenen Frist keine Einigung erzielt werden und ist auch der Versuch einer gütlichen Einigung seitens des Gerichts fehlgeschlagen, so hat das Gericht die *Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung* nach § 180 von Amts wegen einzuleiten. Von der Einleitung ist allerdings abzusehen, wenn es dem Wohl des Kindes widersprechen würde. Dies ist etwa dann der Fall, wenn von Anfang an klar ist, dass einem bestimmten Elternteil aufgrund einer Krankheit, Sucht oder auch bei gänzlich fehlendem Willen, die Verantwortung nicht aufgebürdet werden kann oder er einer Gewalttat dringend verdächtig ist.¹¹⁹ Die Angemessenheit der Frist hat sich am Einzelfall zu orientieren. IdR wird die Frist nicht mehr als ein paar wenige Wochen betragen dürfen.¹²⁰ In Ausnahmefällen kann sie sich allerdings auch auf zwei, maximal drei Monate erstrecken.¹²¹ Das Gericht hat schließlich nach § 180 dem Kindeswohl entsprechend, vorläufig festzulegen, welchem Elternteil die hauptsächliche Betreuung zukommen soll, sowie dem anderen Elternteil hinreichende Kontaktmöglichkeiten zu verschaffen. Das heißt, ihm muss die Gelegenheit geboten werden, die Pflege und Erziehung des Minderjährigen selbst in genügendem Ausmaß wahrnehmen zu können. All dies muss exakt geregelt werden, um die sechs Monate andauernde Phase störungsfrei abwickeln zu können. Eine endgültige gerichtliche Entscheidung ist am Ende der Frist nach Maßgabe des Kindeswohls und anhand der in der Phase gemachten Erfahrungen zu fällen.¹²² Diese Gerichtsentscheidung ist verbindlich. Eine Neuregelung dieser Entscheidung kann von einem Elternteil nur bei maßgeblicher Änderung der Verhältnisse¹²³ beantragt werden. Im Falle einer Kindeswohlgefährdung hat das Gericht die Beobachtungsphase auszusetzen und sofort über die Obsorgezuteilung zu entscheiden.¹²⁴

Nach bisheriger Rechtslage war ein gerichtliches Eingreifen von Amts wegen ausschließlich bei Scheidung einer Ehe geboten, soweit die Eltern, binnen angemessener Frist, keinen Domizilelternteil bestimmt haben. Demzufolge bleibt die beiderseitige Obsorge nach Aufhebung der elterlichen Ehe, auch bei fehlender Domizilvereinbarung, solange aufrecht, bis die, für die Aufenthaltsvereinbarung vorgesehene Frist verstrichen ist. Erst danach hat das Gericht einzuschreiten, selbst wenn die häusliche Gemeinschaft, trotz Aufhebung der Ehe, aufrecht bleiben

¹¹⁸ LG Innsbruck 51 R 61/10 k EFSlg 126.692.

¹¹⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26.

¹²⁰ *Stabentheiner in Rummeß*, ErgBd §§ 177-177b Rz 11.

¹²¹ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 129.

¹²² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 27.

¹²³ Näheres dazu unter 3.2.

¹²⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 222.

sollte.¹²⁵ Die Mat¹²⁶ weisen iFd KindNamRÄG 2013¹²⁷ nun daraufhin, dass bei einer Beendigung des Zusammenlebens der Eltern, auch bei aufrechter Ehe, eine Verpflichtung zur Vereinbarung der überwiegenden Betreuung des Minderjährigen besteht, indem sie an die Trennung anknüpfen. Dies bedeutet nun, dass das Gericht, sobald es von einer Trennung der mit-obsorgeberechtigten Eltern erfährt und den Eltern binnen einer angemessenen Frist keine Vereinbarung gelungen ist, umgehend ein Verfahren einzuleiten hat. Unklar ist jedoch, wie das Gericht von einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern Kenntnis erlangt. Wenn demnach kein Elternteil einen Antrag auf Regelung der Obsorge bei Gericht einbringt, kann das Gericht nur zufällig davon erfahren. Daher werden die Eltern, auch nach einer räumlichen Trennung, weiterhin beide mit der Obsorge betraut sein, selbst dann, wenn sie keine Vereinbarung iSd § 179 Abs 2 geschlossen haben.¹²⁸ Im Falle einer einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG¹²⁹ hat die Vereinbarung über die hauptsächliche Betreuung des Kindes und die Obsorge bereits in der Scheidungsfolgenvereinbarung zu erfolgen.¹³⁰

Steht beiden Elternteilen die Pflege und Erziehung des Kindes bei gemeinsamer Obsorge zu, so haben sie sich gem. § 137 Abs 2 S 3 ABGB „soweit tunlich und möglich“ um Einvernehmen zu bemühen. Diese Bemühungspflicht beschränkt sich auf das Innenverhältnis und umfasst das Gebot mit dem anderen Elternteil Kontakt aufzunehmen und dessen Einverständnis zu suchen, ehe gehandelt wird.¹³¹ Ist der andere Elternteil jedoch nicht rasch genug erreichbar und erfordert das Wohl des Kindes eine umgehende Entscheidung, wird von einer Kontaktaufnahme im Voraus wohl abzusehen sein. Aus der gesetzlichen Bestimmung ergibt sich auch, dass von den Eltern nichts Unzumutbares gefordert werden darf. Im Bereich der beidseitigen Obsorge bedeutet dies, dass auch der Elternteil, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, für seine Erreichbarkeit zu sorgen hat. Niemandem kann zugemutet werden dem anderen unentwegt „hinterherlaufen“ zu müssen, um nach einer einvernehmlichen Regelung zu suchen. Es ist schließlich auch zu beachten, dass der Kontakt, vor allem bei getrennt lebenden Elternteilen, naturgemäß loser ist als bei jenen, die sich in einer Lebensgemeinschaft befinden, weshalb nicht jede Alltagsangelegenheit ohne weiteres einvernehmlich geregelt werden kann.¹³² Im Außenverhältnis sind, mit Ausnahme des § 167 Abs 2 und 3, beide zur Einzelvertretung und Alleinentscheidung befugt, d.h., dass Vertretungshandlungen iSd § 167 Abs 1 ge-

¹²⁵ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 68f.

¹²⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26.

¹²⁷ BGBl I 2013/15.

¹²⁸ *Beck* in *Gitschthaler* 181f.

¹²⁹ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Rechtsgebiet. Vom 6. Juli 1938. (Ehegesetz) dRGBI. I 1938/807.

¹³⁰ *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 54.

¹³¹ *H. Pichler* in *Fenyves/Welser* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-186a³ (2000) § 144 Rz 6.

¹³² *Hopf* in *Ferrari/Hopf* 74f.

genüber Dritten auch dann wirksam sind, wenn diesbezüglich Uneinigkeit zwischen den Elternteilen herrscht oder sich ein Elternteil nicht darum bemüht hat, Einvernehmen herzustellen.¹³³

Das Recht der Aufenthaltsbestimmung als Teil der Pflege und Erziehung ist hierin miteingeschlossen, da es sich um keine Angelegenheit des § 167 Abs 2 und 3 handelt. Somit können Alltagsentscheidungen, wie die Erlaubnis bei Freunden zu übernachten, vom aktuell rechtmäßig betreuenden Elternteil wirksam allein getroffen werden.¹³⁴ Im Konfliktfall steht das Recht jedoch primär demjenigen zu, der mit der hauptsächlichen Betreuung betraut wurde.¹³⁵

Ist es den Eltern in wichtigen Angelegenheiten nicht möglich, sich zu einigen, können sie sich auch an das Gericht wenden, indem sie einen Antrag iSd § 181 Abs 2 stellen.¹³⁶

2.2.2 Die Stellung des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils

Mit dem KindRÄG 2001¹³⁷ wurden die sog. „Mindestrechte“ des nicht obsorgeberechtigten Elternteils weiter ausgebaut und durch den Ausdruck „Informations- und Äußerungsrechte“ ausgetauscht.¹³⁸ Eine weitere bedeutende Änderung erfolgte im Rahmen des KindNamRÄG 2013,¹³⁹ indem die Rechte in der Bestimmung des § 189 um das Vertretungsrecht erweitert wurden.¹⁴⁰ Durch diese Ausdehnung der Befugnisse des nicht Obsorgeberechtigten soll sowohl die Verantwortung der Eltern dem Kind gegenüber gestärkt als auch die Beteiligung an der Erziehung und Betreuung des Kindes erleichtert werden. Zudem dient sie insbesondere den Interessen des Kindes.¹⁴¹

Das Informations- und Äußerungsrecht steht dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil weiterhin gem. § 189 Abs 1 Z 1 in „wichtigen Angelegenheiten“ zu. Wichtige Angelegenheiten sind unter anderem die im Gesetz (§ 167 Abs 2 und 3) angeführten Maßnahmen, die zu ihrer

¹³³ *Beclin* in *Gitschthaler* 204.

¹³⁴ *Beclin* in *Gitschthaler* 204.

¹³⁵ *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB TaKomm² §146b Rz 2.

¹³⁶ *Beclin* in *Gitschthaler* 205.

¹³⁷ BG, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührengesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001) BGBl I 2000/135.

¹³⁸ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 67f.

¹³⁹ BGBl I 2013/15.

¹⁴⁰ § 189 Abs 1 Z 2; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30; *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (212).

¹⁴¹ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

Rechtswirksamkeit der Zustimmung beider Obsorgeträger bedürfen. Nicht zustimmungspflichtig, aber dennoch verständigungspflichtig iSd „Informations- und Äußerungsrechts“ ist beispielsweise die Absicht des Obsorgeberechtigten den Wohnort ins Ausland zu verlegen. Von dieser überaus wichtigen Angelegenheit ist der informations- und äusserungsberechtigte Elternteil rechtzeitig zu verständigen, damit er sich, in Wahrnehmung seines Rechts, binnen einer angemessenen Frist dazu äußern kann.¹⁴² Für diese „angemessene“ Frist findet sich im Gesetz kein näher definierter Zeitraum, da sie stets nach dem Einzelfall zu bestimmen ist. In besonders dringenden Fällen wird die Äußerung wohl unverzüglich zu erfolgen sein.¹⁴³ Auch für die Rechtzeitigkeit der Verständigung ist im Gesetz kein eindeutiger Zeitraum festgelegt. Sie wird aber dahingehend zu interpretieren sein, dass dem berechtigten Elternteil noch genügend Zeit bleibt Zusatzinformationen einzuholen und mögliche Alternativen abzuwägen, um eine wohlüberlegte Äußerung innerhalb der dafür angemessenen Zeit abgeben zu können, was schließlich auch dem Kindeswohl zugute kommt.¹⁴⁴

Zu einer Ausweitung des Informationsrechts auf minderwichtige Angelegenheiten kommt es gem. § 189 Abs 3, wenn die persönlichen Kontakte mit dem Kind trotz Bereitschaft des nicht obsorgeberechtigten Elternteils nicht regelmäßig stattfinden. Diese Bestimmung soll das Kind vor ständigen Befragungen eines Elternteils und damit einhergehenden Loyalitätskonflikten schützen.¹⁴⁵

Beim Äußerungsrecht handelt es sich zwar um kein Zustimmungs- oder Mitbestimmungsrecht, dennoch findet die Meinung des nicht obsorgebetrauten Elternteils gem. § 189 Abs 1 Z 1 und letzter Satz Berücksichtigung, *wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht*. Gibt er seine Äußerung allerdings verspätet ab, hat diese auf bereits gesetzte Handlungen keinen Einfluss mehr.¹⁴⁶ Sind die Vorschläge der Elternteile gleichwertig, hat die Meinung des Obsorgebetrauten Vorzug.¹⁴⁷

Wird die Äußerung gänzlich missachtet, berechtigt dies nicht unmittelbar zur Anrufung des Gerichts nach § 181. Dieser Weg steht dem betroffenen Elternteil erst zur Verfügung, wenn die Nichtbeachtung des geäußerten Vorschlags eine Kindeswohlgefährdung darstellen könnte. Wohingegen in § 189 Abs 1 einer Äußerung „in jedem Fall“ zu berücksichtigen ist, wenn sie dem Kindeswohl mehr entspricht. Sie ist daher sowohl vom obsorgeberechtigten Elternteil als auch vom Gericht zu beachten, wenn der Wunsch des nicht Obsorgeberechtigten dem Kindeswohl besser gerecht wird als die beabsichtigte Handlung des Obsorgebetrauten.¹⁴⁸ Wird dem Vorschlag dennoch konsequent keine Folge geleistet, hat das Gericht angemessene

¹⁴² JAB 2087 BlgNR 24. GP 3; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

¹⁴³ ErläutRV 60 BlgNR 14. GP 36; *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 178 Rz 15.

¹⁴⁴ *Weitzenböck* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 178 Rz 5.

¹⁴⁵ *Beclin*, iFamZ 2013, 6 (11f).

¹⁴⁶ *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 178 Rz 12.

¹⁴⁷ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 939.

¹⁴⁸ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 938f.

Maßnahmen zu treffen. Derartige Verfügungen sind idR Aufträge an den obsorgebetrauten Elternteil den gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen, welche mit Gerichtsbeschluss zu konkretisieren und anhand von Zwangsmitteln iSd § 79 Abs 2 AußStrG durchsetzbar sind.¹⁴⁹

Das Recht auf persönliche Kontakte ergibt sich gem. § 186 aus der Pflicht, eine persönliche Beziehung zu seinem minderjährigen Kind zu pflegen und steht jedem Elternteil zu, selbst wenn er nicht mit der Obsorge betraut ist.¹⁵⁰ Zudem stellt dieses Anrecht auf regelmäßige Besuchskontakte ein Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung sowie ein allgemein anerkanntes Menschenrecht nach Art. 8 EMRK¹⁵¹ dar.¹⁵² Die Ausübung des Kontaktrechts entspricht idR auch dem Interesse des Kindes, eine gute und enge Beziehung zu beiden Eltern zu haben und diese auch zu bewahren,¹⁵³ weshalb eine Aufenthaltsbestimmung, die dies unmöglich macht, generell unzulässig sein wird. Eine Erschwerung muss hingegen hingenommen werden.¹⁵⁴ Folglich kann sich ein Elternteil nicht auf eine gerichtliche Hilfestellung berufen, wenn für ihn aufgrund einer Unterbringung des Kindes in einer anderen Stadt nur ein erhöhter Zeitaufwand entsteht, um zu seinem Kind zu gelangen und sein Besuchsrecht wahrnehmen zu können.¹⁵⁵

Nach § 189 Abs 1 Z 2 ist der nicht obsorgeberechtigte Elternteil dazu befugt, den anderen Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten. Dieses Recht besteht nur, wenn sich das Kind rechtmäßig bei dem nicht Obsorgebefugten aufhält. Dies ist dann der Fall, wenn es sich im Zuge gerichtlich angeordneter oder vereinbarter Kontakte bei diesem befindet. Außerdem muss die Vertretung erforderlich sein, d.h., dass die Zustimmung des obsorgebetrauten Elternteils nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Darüber hinaus ist das Vertretungsrecht im Sinne des Obsorgeberechtigten auszuüben, da er diesen und nicht unmittelbar das Kind vertritt.¹⁵⁶ Vom Recht umfasst sind all jene Angelegenheiten, die idR keine schwierig abzuändernden Effekte auf die Entwicklung des Minderjährigen haben und immer wieder vorkommen, auch wenn sie nicht alltäglich sind.¹⁵⁷ Zu diesen Vertretungshandlungen zählen beispielsweise, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil das Kind vom Kindergarten abholt, eine Entschuldigung für den Turnunterricht verfasst oder das Kind zum Zweck der Beaufsichtigung den Großeltern übergibt.¹⁵⁸ Das Vertretungsrecht besteht bereits kraft Gesetzes und benötigt daher keine Genehmigung des obsorgeberechtigten Elternteils.¹⁵⁹ Jedoch ist dieser

¹⁴⁹ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 940f.

¹⁵⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁵¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210.

¹⁵² RIS-Justiz RS0047754.

¹⁵³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁵⁴ Barth in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 146b Rz 9.

¹⁵⁵ OGH 5 Ob 173/11v EF-Z 2012/70 = iFamZ 2012/51 = EFSI 130.467.

¹⁵⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30; Beclin, iFamZ 2013, 11.

¹⁵⁷ Vgl § 1687 Abs 1 S 3 BGB; IA 673/A 24. GP 24; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16; Stefula, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie, iFamZ 2009, 266 (268).

¹⁵⁸ IA 673/A 24. GP 24; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16; vgl Hinteregger, Familienrecht⁶ 213.

¹⁵⁹ IA 673/A 24. GP 24; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30.

befugt, das Tätigwerden des anderen Teils generell, wie auch in Einzelfällen, zu untersagen oder einzuschränken. Im Außenverhältnis erlangt eine derartige Anordnung allerdings nur Wirksamkeit, wenn der Dritte davon wusste.¹⁶⁰

Der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil hat nach der Anordnung des § 189 Abs 1 Z 2 schließlich auch das Kind zu pflegen und zu erziehen, soweit es die Umstände erfordern und das Kind rechtmäßig bei ihm aufhältig ist. Dies bezieht sich nur auf Handlungen im Innenverhältnis zum minderjährigen Kind.¹⁶¹ Während der persönlichen Kontakte des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils – welche auch die Betreuung im Alltag zu erfassen haben, um den hauptsächlich betreuenden Elternteil zu unterstützen¹⁶² – kommt schließlich auch diesem Elternteil im Rahmen von Pflege und Erziehung das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu. Er ist somit befugt, Maßnahmen im Hinblick auf das Ausgangsende oder auf Ausflüge zu setzen, sofern sich das Kind nicht rechtswidrig bei ihm befindet.¹⁶³

Die Rechte aus § 189 gelten gem. der neu eingefügten Bestimmung des § 189 Abs 5 sinngemäß auch für den obsorgeberechtigten Elternteil, da dieser zu keiner Zeit schlechter gestellt sein soll als ein nicht zur Obsorge befugter Elternteil.¹⁶⁴ Somit hat auch der mit der Obsorge betraute Elternteil ein Recht auf Information und Beachtung seiner Äußerung. Das bedeutet, dass sowohl ein Obsorgeberechtigter als auch ein nicht dazu Berechtigter, eine mit der Obsorge betraute Person über wichtige Angelegenheiten in Kenntnis zu setzen hat.¹⁶⁵ Erlangt ein obsorgeberechtigter Elternteil von einem nicht obsorgeberechtigten Elternteil die Information, hat der Informant den Wunsch des Obsorgeberechtigten nicht nur zu berücksichtigen, sondern tatsächlich zu befolgen. Dies ergibt sich daraus, dass sowohl die Vertretungsbefugnis als auch die Pflege und Erziehung des Obsorgeberechtigten generell Vorrang hat.¹⁶⁶

Einem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil kommt schließlich auch die Möglichkeit nach § 180 Abs 1 Z 2 zu, eine Übertragung der Alleinobsorge an ihn oder eine Beteiligung seinerseits an der Obsorge bei Gericht zu beantragen. Das Gericht muss daraufhin eine vorläufige Regelung treffen. Im Anschluss einer sechsmonatigen Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung hat eine gerichtliche Obsorgeentscheidung zu erfolgen. Dadurch wird auch einem unvermählten Vater eines minderjährigen Kindes die Gelegenheit geboten, auch ohne Befürwortung der Mutter die Obsorge für sein Kind zu erlangen, vorausgesetzt es entspricht dem Kindeswohl.¹⁶⁷

¹⁶⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30; *Stefula*, iFamZ 2009, 269.

¹⁶¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30.

¹⁶² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

¹⁶³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23; *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 167.

¹⁶⁴ § 189 Abs 5; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 212.

¹⁶⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30.

¹⁶⁶ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 212.

¹⁶⁷ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 216f.

2.3 Betreuung durch dritte Personen

Im Rahmen des § 162 ist der pflege- und erziehungsberechtigte Elternteil berechtigt, dem Kind den Aufenthalt bei einer dritten Person zuzuweisen.¹⁶⁸ Er ist daher nicht verpflichtet, die Pflege und Erziehung in eigener Person wahrzunehmen, vielmehr kann er sie auch Dritten übertragen.¹⁶⁹ Diese Möglichkeit besteht selbst dann, wenn dadurch die Ausübung des Besuchsrechts des nicht mit der Pflege und Erziehung betrauten Elternteils behindert wird,¹⁷⁰ zum Beispiel durch Unterbringung des Kindes bei seinen in Spanien lebenden Großeltern¹⁷¹ oder in einem ausländischen Internat.¹⁷² Allerdings muss dem Obsorgeberechtigten weiterhin die Oberaufsicht über die Betreuung sowie die maßgebliche Leitung der Erziehung zustehen. D.h. er muss immer in der Lage sein, seiner Verpflichtung gebührend nachzukommen und, dem Kindeswohl entsprechend, auf die Erziehung einwirken zu können. Daraus ergibt sich auch die Pflicht der Eltern, den Dritten diesbezüglich zu überwachen. Sobald im Zuge einer Fremderziehung Missstände wahrgenommen werden, hat sie der Berechtigte umgehend zu beenden.¹⁷³ Die Eltern können die übertragenen Aufgaben, nach jüngerer Lehre¹⁷⁴, stets wieder an sich ziehen.¹⁷⁵ Wobei auch hier das Kindeswohl ausschlaggebend ist¹⁷⁶, um ein rechtsmissbräuchliches Agieren unmöglich zu machen.

Grundsätzlich ist ein Elternteil bei gemeinsamer Obsorge auch ohne Zustimmung des anderen Teils berechtigt, das Kind kurzfristig oder zeitweise einer dritten Person, zum Beispiel einem Babysitter oder einer Tagesmutter, anzuvertrauen.¹⁷⁷ Der Grund für die Wirksamkeit der Betrauung eines Dritten trotz fehlenden Einverständnisses liegt darin, dass sich das Einvernehmensgebot nur auf das Innenverhältnis bezieht.¹⁷⁸

Die Übergabe eines Kindes in fremde Pflege bedarf demgegenüber zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des anderen obsorgeberechtigten Elternteils.¹⁷⁹ Die Fremdpflege wird durch einen Vertrag begründet und äußert sich durch eine weitgehende Einbeziehung des Minderjährigen, sowohl in den Haushalt als auch in den Lebensablauf der Pflegeeltern. Zusätzlich muss ein Aufbau einer emotionalen Bindung des Kindes, gleich dem Verhältnis der

¹⁶⁸ *Schuchter*, FamRZ 1979, 888.

¹⁶⁹ RIS-Justiz RS0047941.

¹⁷⁰ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 4; LG Salzburg 21 R 561/06 f EFSIlg 113.708.

¹⁷¹ OGH 1 Ob 642/83 AnwBl 1983, 719 (krit *Grass*).

¹⁷² OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20.

¹⁷³ OGH 1 Ob 623/95 SZ 69/20 = EFSIlg 81.140; 8 Ob 121/03g EFSIlg 105.359.

¹⁷⁴ *Graf*, Zwei Fragen der Pflege und Erziehung von Kindern durch Dritte, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 759 (764); *Klein*, Das Pflegeverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135 (136); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146b Rz 2f.

¹⁷⁵ OGH 7 Ob 576/80 EFSIlg 35.983.

¹⁷⁶ *Bernat*, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts- Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖA 1994, 43 (45f).

¹⁷⁷ *Stefula/Thunhart*, Die Ausübung der elterlichen Obsorge durch Dritte, iFamZ 2009, 70 (75).

¹⁷⁸ ErläutRV 60 BlgNR 14. GP 30.

¹⁷⁹ § 167 Abs 2.

leiblichen Eltern zu ihren Kindern, zumindest gewollt sein. Folglich kann eine gelegentliche Betreuung durch Dritte nicht darunter fallen.¹⁸⁰ Überdies liegt eine Fremdpflege unter Berücksichtigung des § 18 B-KJHG¹⁸¹ nicht vor, wenn es sich beim Dritten um einen *bis zum dritten Grad Verwandten oder Verschwägerten und Ehepartner und Ehepartnerinnen oder Lebensgefährten und Lebensgefährtinnen oder eingetragene Partner und Partnerinnen von Elternteilen* handelt und die Betreuung nicht im Bereich der vollen Erziehung ausgeübt wird. Daher entfällt das Zustimmungserfordernis, wenn das Kind von den Großeltern oder dem Ehegatten eines Elternteils bloß gelegentlich im Rahmen einer Tagesbetreuung beaufsichtigt wird.¹⁸²

Der Elternteil, der zunächst seine Genehmigung zur Fremdpflege erteilt hat, ist stets berechtigt sein minderjähriges Kind wieder zu sich zu holen. Diese Möglichkeit kommt ihm auch zu, wenn der andere Obsorgeberechtigte damit nicht einverstanden ist, da eine Kindeswohlgefährdung grundsätzlich nur zu befürchten sein wird, wenn das Kind in Fremdpflege gegeben wird, nicht hingegen, wenn sich ein Elternteil wieder selbst um das Kind sorgen will. Einem mit der Obsorge betrauten Elternteil muss nämlich immer das Recht zur Entscheidung über Pflege- und Erziehungsmaßnahmen zustehen. (Auch ein Verzicht auf die Obsorge ist unmöglich.)¹⁸³ Weshalb auch das Recht der Eltern den Aufenthalt des minderjährigen Kindes zu bestimmen und diesen wieder zu ändern, durch Übergabe in fremde Pflege grundsätzlich nicht verloren geht.¹⁸⁴

Bei Alleinobsorge ist der Berechtigte hingegen nicht angehalten, sich um das Einvernehmen des anderen Elternteils zu bemühen. Da es sich bei der Übergabe in Fremdpflege allerdings um eine wichtige Angelegenheit iSd § 189 Abs 1 Z 1 handelt, hat er den anderen Teil rechtzeitig über seine Absicht zu informieren. Dieser kann sich daraufhin dazu äußern. Schlägt er beispielsweise vor, das Kind zeitweise selbst zu betreuen, darf der Obsorgebetraute diesen Wunsch nicht grundlos ablehnen, da es dem Wohl des Kindes idR besser entspricht, wenn es sich bei einem leiblichen Elternteil als bei fremden Personen aufhalten kann.¹⁸⁵

Schließlich stellt sich auch die Frage, wozu Dritte im Rahmen der Fremdpflege berechtigt sind und welche Grenzen ihrem Handeln gesetzt sind. Nach § 139 Abs 1 dürfen Dritte in die Rechte der Eltern *nur insoweit eingreifen, als ihnen dies durch die Eltern selbst, unmittelbar auf Grund des Gesetzes oder durch eine behördliche Verfügung gestattet ist*. Demnach ergibt sich der Umfang der Berechtigung zunächst aus dem Inhalt der Ermächtigung der Eltern. Häufig ergeben sich derartige Verpflichtungen zur Pflege und Erziehung aus einem Vertragsverhältnis.

¹⁸⁰ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 69f.

¹⁸¹ BG über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungsgehilfen für Kinder und Jugendliche (Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 – B-KJHG 2013) BGBl I 2013/69.

¹⁸² *Stefula/Thunhart*, iFamZ 2009, 76; *Nademleinsky in Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 154 Rz 9.

¹⁸³ *Stefula/Thunhart*, iFamZ 2009, 76.

¹⁸⁴ OLG 6 Nc 11/94 EFSIlg 74.960.

¹⁸⁵ *Stefula/Thunhart*, iFamZ 2009, 76.

Dies ist typischerweise bei Kindergarten-, Schul- oder Internatsverträgen der Fall, die idR von den Eltern abgeschlossen werden.¹⁸⁶ Ein durch das Gesetz unmittelbar gestatteter Eingriff wird beispielsweise in § 47 SchUG¹⁸⁷ formuliert. Dieser normiert die Mitwirkung der Schule an der Erziehung der Kinder. Die Bestimmung des § 2 SchOG¹⁸⁸ geht indes noch weiter, indem sie die Erziehung als Aufgabe der österreichischen Schule definiert. Auch Beschlüsse des Pflschaftsgerichts können, als behördliche Verfügungen, ein Eingreifen in die Rechte der Eltern rechtfertigen.

Sollte die Herausgabe des Kindes an den Obsorgeberechtigten mit einer ernstlich drohenden Kindeswohlgefährdung einhergehen, ist der Dritte auch berechtigt und idR sogar verpflichtet, diesem das Kind nicht auszufolgen, sofern die richterliche Hilfe zu spät käme. Dies kann beispielsweise dann erforderlich sein, wenn ein Elternteil in schwer alkoholisiertem Zustand das minderjährige Kind abholen möchte. Der Dritte ist in Folge dessen gem. § 195 Abs 4 StGB¹⁸⁹ dazu verpflichtet den JWT oder eine Sicherheitsbehörde unverzüglich darüber in Kenntnis zu setzen. Bei Gefahr im Verzug hat der JWT in Ausübung seiner Notkompetenz die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung selbst zu treffen.¹⁹⁰ Ab diesem Zeitpunkt bis zu einer gerichtlichen Entscheidung steht ihm, im Rahmen der vorgesehenen Maßnahmen, die Obsorge¹⁹¹ zu.¹⁹² Dabei kann der JWT auch über den Aufenthalt des Minderjährigen entscheiden, ohne hierzu eine Genehmigung seitens des Gerichts zu benötigen.¹⁹³ In der Praxis bestand jedoch häufig das Problem, dass der JWT seine Kompetenz überschritt und das Kind den Eltern abnahm, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorlagen. Da endgültige Gerichtsentscheidungen erhebliche Zeit in Anspruch nahmen, war es dem JWT also möglich massiv und über einen längeren Zeitraum in das absolute elterliche Recht einzugreifen. Dem standen besonders die Eltern wehrlos gegenüber, zumal es dem JWT bei Gefahr in Verzug erlaubt war, auch ohne eine gerichtliche Genehmigung tätig zu werden. Daher war es den Eltern auch nicht möglich, ein Rechtsmittel gegen die Maßnahmen des JWT zu erheben. Resultat dieser oftmals langwierigen Maßnahmen war nicht selten eine Entfremdung des Kindes von den Eltern. Der OGH¹⁹⁴ hat zwar bereits ausgesprochen, dass eine Kompetenzüberschreitung des JWT einer Amtshaftung unterliegt, jedoch wurde erst durch die neue Bestimmung

¹⁸⁶ *Stefula/Thunhart*, iFamZ 2009, 76.

¹⁸⁷ Schulunterrichtsgesetz BGBl 1986/472.

¹⁸⁸ Schulorganisationsgesetz BGBl 1962/242.

¹⁸⁹ BG vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60.

¹⁹⁰ *Stefula/Thunhart*, iFamZ 2009, 77.

¹⁹¹ § 181 gilt daher auch für den JWT, wenn er im Bereich der Pflege und Erziehung tätig wird. Demnach kann die Ausübung der Obsorge, durch den JWT, bei Vorliegen einer offenkundigen Gefährdung des Kindeswohls, anhand eines pflschaftsgerichtlichen Auftrages, beschränkt werden; siehe OGH 5 Ob 173/11v iFamZ 2012/51.

¹⁹² *Weitzenböck* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 215 Rz 2ff.

¹⁹³ *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 214 Rz 5.

¹⁹⁴ OGH 1 Ob 49/05w = Zak 2005/63 = JBl 2006,117 = ÖA 2005, 306 (*Wienerroither*) = Sach 2005, 177 (*Krammer*) = SZ 2005/92; 1 Ob 58/05v = ecolx 2006/69.

§ 107a Abs 1 S 1 AußStrG¹⁹⁵ Abhilfe geschaffen. Dieser räumt den Eltern nun ein einmonatiges Antragsrecht ein. Dadurch können sie eine Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Maßnahme erwirken. Über den Antrag hat das Gericht wiederum binnen einer Frist von vier Wochen zu entscheiden. Zudem steht den Eltern nun auch ein nachträgliches Antragsrecht zu. Dieses ist mit drei Monaten befristet und bewirkt eine Entscheidung darüber, ob der durchgeführte Eingriff, der bereits beendet wurde, überhaupt rechtmäßig war.¹⁹⁶

2.4 Das Zurückholungsrecht

2.4.1 Allgemeines

Als Zusatz zum Aufenthaltsbestimmungsrechts ist das Zurückholungsrecht zu sehen.¹⁹⁷ Es birgt laut JAB¹⁹⁸ zwei Funktionen in sich: Es fungiert nicht nur als Durchsetzungsinstrumentarium des Aufenthaltsbestimmungsrechts, sondern auch des Erziehungsauftrages. Sofern sich das Kind woanders aufhält, *haben die Behörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf Ersuchen eines berechtigten Elternteils bei der Ermittlung des Aufenthalts, notfalls auch bei der Zurückholung des Kindes mitzuwirken.* (§ 162 Abs 1 S 2) Unter „woanders“ versteht man, dass sich das Kind nicht dort aufhält, wo es vom Obsorgeberechtigten bestimmt worden ist. Hierin wird nun einfacher zusammengefasst, was man früher als *vermisste, entwichene oder flüchtige Kinder* charakterisiert hat.¹⁹⁹ Nach hL²⁰⁰ bezieht sich das Recht nicht nur auf entlaufene, verlorengegangene und entführte Kinder, sondern auch auf ein Kind, das sich zunächst bei einer berechtigten Person befindet, jedoch von dieser nach Berechtigungsende widerrechtlich nicht herausgegeben wird. Das Zurückholungsrecht steht dem berechtigten Elternteil daher auch gegen den nicht pflege- und erziehungsbefugten Teil zu, wenn dieser das Kind nicht vereinbarungsgemäß zurückbringt oder herausgibt.²⁰¹ Dasselbe gilt bei gemeinsamer Obsorge nach häuslicher Trennung gegen denjenigen Elternteil, von dem das Kind vereinbarungsgemäß nicht hauptsächlich im Haushalt betreut wird.²⁰² Hält sich das Kind bei einer

¹⁹⁵ Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111.

¹⁹⁶ *Deixler-Hübner*, Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 9 (12).

¹⁹⁷ JAB 587 BlgNR 14. GP 9.

¹⁹⁸ JAB 587 BlgNR 14. GP 8.

¹⁹⁹ *Edlbacher*, Die Abnahme eines Kindes mit Zwang, ÖA 1978, 125 (125).

²⁰⁰ JAB 587 BlgNR 14. GP 9; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §146b Rz 2; *Verschraegen* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 146b Rz 5.

²⁰¹ OGH 10 Ob 31/04 p = EFSIlg 107.708.; LGZ Wien 42 R 324/04i EFSIlg 107.709.

²⁰² *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 63.

dritten Person auf, besteht das Recht auf Zurückholung nur, sofern dem Dritten zweifelsfrei kein Eingriffsrecht nach § 137a (§ 139 Abs 1 nF) zusteht.²⁰³ Auf das Eingriffsrecht kann sich ein Dritter jedenfalls dann erfolgreich berufen, wenn er dazu durch die Eltern persönlich, aufgrund des Gesetzes oder durch Verfügung einer Behörde berechtigt war.²⁰⁴ Bereits im JAB²⁰⁵ wurden die Aufgaben der Bestimmung § 146b (§ 162 Abs 1 nF) zugleich auch dem § 137a (§ 139 Abs 1 nF) zugestanden. Sie dienen daher beide, wie bereits erwähnt, dem Schutz der elterlichen Rechte und der Durchsetzung ihres Erziehungsauftrages. Den Elternrechten kommt absoluter Schutz zu, d.h., dass diese Rechte nicht nur vor Eingriffen des anderen Elternteils sondern auch vor jenen Dritter zu bewahren sind.²⁰⁶ Der Obsorgeberechtigte ist somit befugt das minderjährige Kind von dritten Personen, denen Störungen der absoluten Rechte verwehrt sind, zurückzuholen, indem er zuvor einen dementsprechenden Gerichtsbeschluss erwirkt hat. Dasselbe gilt für Pflegepersonen, wenn sie sich, trotz Enden des Pflegeverhältnisses, weigern das Kind herauszugeben.²⁰⁷ Bezüglich der Fremdpflege unterscheidet *Pichler*²⁰⁸ zwischen einem Vertrag der Berechtigten selbst mit einer dritten Person und einem, der im Namen des Kindes durch die gesetzlichen Vertreter, geschlossen wurde. Im ersten Fall wird der Dritte als Erfüllungsgehilfe tätig, der an die Weisungen der Eltern gebunden ist und somit nur im fremden Namen handelt. Bei einem solchen Vertrag steht den Obsorgeberechtigten das Rückforderungsrecht jederzeit zu. Im zweiten Fall werden hingegen die Rechte und Pflichten aus der Obsorge übertragen. Die Pflegeeltern agieren während des aufrechten Vertrages im eigenen Namen. Das Rückforderungsrecht wird eingeschränkt.²⁰⁹ Demgegenüber befürwortet die jüngere Lehre²¹⁰ allerdings ein uneingeschränktes Rückforderungsrecht der Obsorgebetrauten, wonach die Eltern jederzeit berechtigt sind, die Ausübung der Obsorge ohne Angaben von Gründen wieder an sich zu ziehen. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Zurückholung dem Kindeswohl widersprechen würde. In diesem Fall wäre dem Rückführungsantrag der Eltern nicht stattzugeben.²¹¹

Wird die Herausgabe des Kindes verweigert, benötigt der Berechtigte grundsätzlich einen Gerichtsbeschluss für eine rechtmäßige Rückführung.²¹² Im Beschluss ist diejenige Person anzuführen, der das Kind zur Pflege und Erziehung zu übergeben ist.²¹³ Selbsthilfe ist nur erlaubt,

²⁰³ LGZ Wien 43 R 1084/80 EFSlg 35.863; 42 R 112/05i EFSlg 110.761.

²⁰⁴ Siehe unter 2.3.

²⁰⁵ JAB 587 BlgNR 14 GP 8.

²⁰⁶ *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, Klang³ § 146b Rz 10.

²⁰⁷ OGH 5 Ob 272/03s EFSlg 104.211.

²⁰⁸ *Pichler* in *Rummel*, ABGB I² §186 Rz 1.

²⁰⁹ OGH 7 Ob 657/90 JBI 1991,515 = EFSlg 62.971

²¹⁰ *Graf* in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht 764; *Klein*, ÖA 1992, 136; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 146b Rz 2f.

²¹¹ LGZ Wien 42 R 324/04i EFSlg 107.709; LGZ Wien 44 R 36/92 EFSlg 68.622.

²¹² LGZ Wien 43 R 1084/80 EFSlg 35.863.

²¹³ *Edlbacher*, ÖA 1978, 126.

wenn die richterliche Hilfe nicht rechtzeitig käme. Dies wäre etwa bei einer unmittelbar bevorstehenden Ausreise mit dem Minderjährigen ins Ausland der Fall.²¹⁴

Ist ein Elternteil schließlich zur Herausgabe des Kindes angehalten, trifft ihn gleichzeitig auch die Pflicht das Kind, selbst wenn es sich dagegen wehrt, zu einem Mitgehen zum Obsorgeberechtigten zu animieren. Er hat dementsprechend aktiv auf den Minderjährigen einzuwirken, ein bloß passives Verhalten reicht nicht aus.²¹⁵

Diese Verpflichtung im Zuge einer Rückführung eines Kindes wurde in der Entscheidung OGH 10 Ob 31/04p²¹⁶ behandelt. Im Vorfeld dieser Entscheidung des OGH hatte der Vater das gemeinsame minderjährige Kind mit der Begründung zu sich geholt, das Kind hätte den Wunsch geäußert, bei ihm dauerhaft leben zu wollen. Mit Gerichtsbeschluss wurde diesem daraufhin aufgetragen, das Kind innerhalb von 24 Stunden entweder der obsorgeberechtigten Mutter zurückzubringen oder dem Jugendamt zu übergeben. Weiters habe er das Kind der Aufsicht der Mutter zu überlassen und von weiteren Störungen der Obsorge abzusehen. Gesetzt den Fall der Vater würde dem zuwiderhandeln, wurde ihm eine Beugestrafe in der Höhe von € 1.000 angedroht.

Nur einen Monat nach der Entscheidung des ErstG wollte er das Kind wieder dauerhaft bei sich aufnehmen. Das Gericht trug ihm daraufhin auf, das Kind bis zu einem bestimmten Tag der Mutter zu übergeben und ordnete gegen ihn eine Beugestrafe an. Anhand eines weiteren Beschlusses verfügte das Gericht wieder eine Geldstrafe und beauftragte das Jugendamt, gemeinsam mit der Mutter und Sicherheitsbeamten, das Kind der Mutter neuerlich zurückzubringen. Am darauffolgenden Tag befand es sich jedoch wieder beim Vater. Wiederum verhängte das Gericht dem Vater eine Beugestrafe und wies dem JA an, das Kind so oft als nötig der Mutter zurückzuführen. Nachdem das Kind abermals von Polizeibeamten der Mutter übergeben wurde und es sich diesmal bereits 40 Minuten später wieder beim Vater befand, stand fest, dass ihm dabei geholfen worden sein muss. Das Kind hätte die Strecke in dieser Zeit nie selbstständig bewältigen können. Daraufhin wurde dem Vater eine weitere Beugestrafe in der Höhe von € 20.000 verhängt. Weiters hatte er das Kind binnen sechs Stunden nach Zugang der Entscheidung der Mutter zurückzubringen und jedem weiteren Ausreißversuch des Kindes entgegenzuwirken, das Kind gegebenenfalls wieder zurückzubringen sowie weitere Störungen zu unterlassen. Im Falle eines Zuwiderhandelns wäre überdies die verhängte 14-tägige Beugehaft sofort in Vollzug zu setzen. Infolge dieser Entscheidung wurde das Kind noch am gleichen Tag der Mutter übergeben. Die Beugestrafen wurden vom RekG herabgesetzt.

Da sich die Wohnsitze der Eltern des Kindes in derselben Stadt befanden, sind keine nennenswerten Kosten durch die Rückholung des Kindes angefallen, die dem Vater zu übertragen

²¹⁴ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 6.

²¹⁵ OGH 10 Ob 31/04p EFSIlg 107.708.

²¹⁶ OGH 10 Ob 31/04p EFSIlg 107.708.

gewesen wären. Der OGH bekräftigte zunächst, dass das Zurückholungsrecht des zur Pflege und Erziehung Berechtigten auch gegen den anderen Elternteil zusteht, wenn sich das Kind woanders aufhält, als er es bestimmt hatte. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht findet allerdings dort seine Grenzen, wo es gegen das Kindeswohl ausgeübt wird. Wird die Herausgabe des Kindes verweigert, benötigt der Berechtigte für eine rechtmäßige Zurückführung einen gerichtlichen Herausgabebeschluss. Außerdem stellte der OGH fest, dass der Vater nach der Bestimmung des § 146b (aF) dazu verpflichtet war, der Mutter das minderjährige Kind herauszugeben. Demnach war er, um eine klaglose Übergabe zu gewährleisten, auch dazu verpflichtet, aktiv auf das Kind einzuwirken. Er hat das Kind, selbst, wenn es sich dagegen sträubt, zum Mitgehen zur obsorgeberechtigten Mutter zu animieren und sich nicht bloß passiv zu verhalten. Als die Rückführung unter Beteiligung eines Sozialarbeiters, eines Arztes und zwei Polizeibeamten durchgeführt wurde, forderte der Vater das Kind zwar auf, mit ihnen mitzugehen, verhielt sich jedoch in seiner Körpersprache derart abwehrend, dass er dadurch dem Kind signalisierte, dass ihm die Rückführung nicht recht wäre. Hätte er sich hingegen ernstlich bemüht, wäre es ihm möglich gewesen, das Kind davon zu überzeugen, dass es im Sinne aller und auch zu seinem eigenen Wohl wäre, wenn es mit zur Mutter ginge.

2.4.2 Die Mitwirkungspflicht der Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht

Auf Ersuchen des berechtigten Elternteils haben die Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht, wie Polizei und Zollwache, bei der Ermittlung des Aufenthalts und notfalls auch bei der Zurückholung des Kindes mitzuwirken (§ 162 Abs 1 S 2). Gem. § 24 Abs 1 Z 4 SPG²¹⁷ obliegt den Sicherheitsbehörden bei einer Personenfahndung eine Mitwirkungspflicht bezüglich der Ermittlung des Aufenthalts des Minderjährigen, sofern ein Ersuchen des berechtigten Elternteils nach § 162 Abs 1 vorliegt. In § 24 SPG wird demnach, im Gegensatz zu § 162 Abs 1, eine klare Altersgrenze gezogen, indem die Minderjährigkeit vorausgesetzt wird. Das gesuchte Kind darf daher das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.²¹⁸

Sofern noch kein Gerichtsbeschluss vorliegt, dürfen die Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht nur im Rahmen der Aufenthaltsermittlung des Kindes tätig werden, danach jedoch auch bei der Zurückholung. Weiters sind die Organwalter grundsätzlich nur berechtigt einzuschreiten, wenn dem Dritten, bei dem sich das Kind befindet, zweifelsfrei kein Eingriffsrecht

²¹⁷ Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1991/566.

²¹⁸ Hauer/Keplinger (Hrsg), Sicherheitspolizeigesetz: Kommentar⁴ (2011) § 24, 259f.

nach § 139 Abs 1 zusteht. Bei Vorliegen eines gerichtlichen Herausgabebeschlusses einerseits und auf Ersuchen des zur Pflege und Erziehung Berechtigten andererseits haben die Behörden und Organe der öffentlichen Aufsicht auf jeden Fall einzuschreiten, wobei besonders auf die Schonung des Kindes achtzugeben ist.²¹⁹

Auf Grund der Ermächtigung aus § 35 Abs 1 Z 5 lit a SPG sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auch zur Identitätsfeststellung eines abgängigen Minderjährigen befugt, wobei auf § 162 Abs 1 verwiesen wird. Bis geklärt ist, ob es sich um einen Anwendungsfall des § 162 Abs 1 handelt, dürfen minderjährige Kinder auf dieser Grundlage auch angehalten werden. Erfordern die Umstände des Auffindens des abgängigen Kindes einer allgemeinen Hilfeleistung nach § 19 SPG, kann auch mit den dafür vorgesehenen Befugnissen vorgegangen werden. Sind die Voraussetzungen des § 45 SPG gegeben – tatverdächtige Unmündige oder Antreffen zwischen 00.00 und 05.00 Uhr unter gefährlichen Umständen – sind sie nicht nur zur Anhaltung eines unmündigen Kindes, sondern auch zu seiner Übergabe an den zur Pflege- und Erziehung Berechtigten legitimiert. Liegt kein Fall dieser Bestimmung vor, ist bei einer zwangsweisen Anhaltung und Zurückbringung, die auf § 162 Abs 1 gestützt wird, zu differenzieren, ob sich der Minderjährige bei einer dritten Person befindet oder vollkommen ohne Aufsicht ist. Hält er sich bei einem anderen als dem Berechtigten auf, ist ebenfalls zu unterscheiden, ob der Dritte hierdurch den Tatbestand einer strafbaren Handlung verwirklicht hat. Wurde eine Straftat gegen die Freiheit, zum Beispiel eine erpresserische Entführung nach § 102 StGB²²⁰ begangen, kann aufgrund eines gefährlichen Angriffs agiert werden und das Kind schlussendlich mithilfe der Bestimmung des § 162 Abs 1 zurückgebracht werden. Bei Nichtvorliegen einer strafbaren Handlung ist derjenige, der vorgibt, ein dazu berechtigter Elternteil zu sein, auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Befindet sich der Minderjährige hingegen gänzlich ohne Aufsicht, kommt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern zum Tragen. Wobei die Durchsetzung auch gegen den Willen des erziehungsbedürftigen Kindes und mit Zwang erfolgen kann.²²¹

²¹⁹ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 7.

²²⁰ Strafgesetzbuch BGBl 1974/60.

²²¹ *Hauer/Keplinger*, SPG⁴ § 24, 260f.

2.4.3 Das Zurückholungsverfahren

Die Zurückholung des Kindes ist im außerstreitigen Verfahren zu begehren, soweit es in den Zuständigkeitsbereich einer inländischen Pflegschaftsbehörde fällt. Die inländische Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit des Erstgerichts zur Führung des Verfahrens in Pflegschaftssachen lässt sich aus § 110 Abs 1 iVm § 109 JN²²² ermitteln. Ein Verfahren zur Regelung der Obsorge ist im Außerstreitverfahren auf Antrag oder von Amts wegen einzuleiten.²²³ Abgesehen vom Antragsteller und dem Antragsgegner kommt auch dem Kind, unabhängig von seinem Alter, in einem Verfahren über die Obsorge Parteistellung zu, da seine rechtlich geschützte Stellung durch eine gerichtliche Entscheidung unmittelbar beeinflusst werden könnte. (§ 2 Abs 1 Z 3 AußStrG²²⁴)

Nach neuer Rechtslage ist nunmehr die relative Anwaltpflicht bereits in erster Instanz bei Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte vorgesehen. Sofern die Parteien ihre Interessen somit nicht selbst wahrnehmen möchten, ist ihnen in derartigen Belangen nur eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt gestattet.²²⁵ Ein unmündiger Minderjähriger kann zwar nicht selbstständig vor Gericht handeln, jedoch ist er im Verfahren nach Anordnung des § 105 AußStrG zu hören. Mündigen Minderjährigen kommt hingegen in Verfahren über Pflege und Erziehung gem. § 104 Abs 1 AußStrG, bereits selbständige Verfahrensfähigkeit zu.

Das Pflegschaftsgericht hat mittels Beschluss zu entscheiden.²²⁶ Gegen einen Beschluss kann grundsätzlich binnen einer Frist von 14 Tagen, ab dessen Zustellung, ein Rekurs an das Rekursgericht erhoben werden, wodurch aufgrund des Suspensiveffekts der Rechtsmittel der Eintritt der Beschlusswirkungen, gem. § 43 Abs 1 AußStrG, bis zu dessen Rechtskraft gehemmt wird. Ausnahmsweise kommt dem Gericht jedoch auch die Möglichkeit zu, einem Beschluss bereits vor dessen formeller Rechtskraft die vorläufige Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit zu verleihen, wenn es zur Umgehung beträchtlicher Nachteile, entweder für die Partei selbst oder für die Allgemeinheit, notwendig ist.²²⁷ Von einer derartigen Notwendigkeit spricht man insbesondere in Fällen, in denen ein zügiger Handlungsbedarf besteht, zum Beispiel bei Beschlüssen, die die Abnahme des Kindes eines Elternteils und die Übergabe an den anderen Elternteil vorsehen. Die Wirkungen treten mit Zustellung des Beschlusses ein, mit dem sie vorerst zuerkannt wurden und bleiben bis zum Eintritt der Rechtskraft aufrecht.²²⁸ Das Gericht

²²² Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/11.

²²³ *Deixler-Hübner* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013) § 107 Rz 1.

²²⁴ Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111.

²²⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 38; *Höllwerth*, Obsorgeverfahren und Durchsetzung der Obsorge: Einschließlich (vorläufige) Obsorgemaßnahmen, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (2013) 211 (211).

²²⁶ § 36 Abs 1 AußStrG.

²²⁷ § 44 AußStrG; RIS-Justiz RS0124572; *Rechberger* in *Rechberger*² § 44 Rz 1.

²²⁸ *Rechberger* in *Rechberger*² § 44 Rz 1f.

kann die vorläufige Wirksamkeit bei Wegfall der Voraussetzungen von Amts wegen abändern.²²⁹ Ein diesbezüglicher Antrag der Partei ist nicht zulässig, kann aber einer Anregung zur Abänderung dienen. Gegen die Entscheidung des Gerichts über die vorerst zuerkannte Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit ist kein Rechtsmittel erlaubt.²³⁰

Mit dem KindNamRÄG 2013²³¹ wurde auch die Bestimmung des § 107 AußStrG reformiert. In dessen Abs 2 S 3 wird nunmehr klargestellt, dass einer vorläufigen Obsorge- oder Kontaktrechtsentscheidung bereits ex lege (vorläufige) Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zukommen soll, sofern dies das Gericht nicht ausschließt. Somit bedarf es für die Zuerkennung dieser Wirkungen keiner gesonderten Anordnung seitens des Gerichts mehr. Im Übrigen gilt gemäß der Bestimmung in § 107 Abs 2 S 4 (nF) § 44 AußStrG analog. Nach *Höllwerth*²³² folgt daraus, dass eine Änderung der Entscheidung bezüglich der Aberkennung der (vorläufigen) Wirkungen nur möglich sein darf, wenn ansonsten „erhebliche Nachteile“ zu erwarten sind, so wie es in § 44 AußStrG für eine Änderung der Zuerkennung vorgesehen ist.²³³

Die Entscheidung bzw. Vereinbarung muss ausreichend bestimmt sein, damit eine zwangsweise Durchsetzung möglich ist. Sie hat demzufolge bestenfalls die Übergabe als auch die Rückgabe zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem vereinbarten Ort zu enthalten.²³⁴ Wird der Verpflichtung daraus nachgekommen oder ist die Berücksichtigung des Auftrages unmöglich geworden, so ist die Zwangsmaßnahme überflüssig, was auch von Amts wegen zu berücksichtigen ist.²³⁵ Wird der Anordnung jedoch nicht entsprochen, ist der Beschluss zu vollziehen. Die Durchsetzung der Rückgabeentscheidung hat nach § 110 AußStrG und nicht nach den Regeln der EO²³⁶ zu erfolgen.²³⁷ Dies folgt daraus, dass Minderjährige im Zuge einer Kindesabnahme als Rechtssubjekt und damit als Verfahrenspartei, nicht jedoch als Verfahrensobjekt zu qualifizieren sind.²³⁸

Der Vollzug einer Obsorgeregelung hat auf Antrag oder von Amts wegen durch die Anwendung angemessener Zwangsmittel nach § 79 Abs 2 AußStrG zu erfolgen.²³⁹ Als angemessene Zwangsmittel zählt das Gesetz demonstrativ Geldstrafen, Beugehaft, Abnahme von Urkunden sowie die Bestellung von Kuratoren auf.²⁴⁰ Zur Durchsetzung von gerichtlichen oder gerichtlich

²²⁹ *Rechberger* in *Rechberger*² § 44 Rz 4.

²³⁰ RIS-Justiz RS0122828.

²³¹ BGBl I 2013/15.

²³² *Höllwerth* in *Gitschthaler* 215.

²³³ *Höllwerth* in *Gitschthaler* 214f.

²³⁴ LG Salzburg 21 R 468/06d = EFSlg 116.074; LGZ Wien 48 R 69/09s = EFSlg 125.893.

²³⁵ OGH 1 Ob 2025/96t = EFSlg 82.892 = EFSlg 82.893; 7 Ob 186/02g = EFSlg 102.945; OGH 12.4.2005, 10 Ob 26/05d; LGZ Wien 42 R 54/08i = EFSlg 122.320; 48 R 167/10d = EFSlg 129.535.

²³⁶ Exekutionsordnung RGBI 1896/79.

²³⁷ RIS-Justiz RS0007272 zu § 19 AußStrG 1854; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*² § 110 Rz 1; OGH 10 Ob 26/05d; 9 Ob 35/08z = iFamZ 2009/61 (*Thoma-Twaroch*) = EFSlg 122.315.

²³⁸ OGH 3 Ob 140/82 SZ 55/141 = EvBl 1983/15; 4 Ob 2288/96s ÖA 1997,171 = EFSlg 82.904.

²³⁹ *Höllwerth* in *Gitschthaler* 225.

²⁴⁰ § 79 Abs 2 AußStrG; *Klicka* in *Rechberger*² § 79 Rz 3.

genehmigten Obsorgeentscheidungen steht dem Gericht als ultima ratio auch das Mittel des angemessenen unmittelbaren Zwanges zur Verfügung, worunter beispielsweise die körperliche Abnahme des Kindes zu verstehen ist. Da ein solches „Herausreißen“ eines minderjährigen Kindes aus seinem gewohnten Umfeld einen groben Eingriff in seine private Sphäre darstellt, ist hierbei überaus behutsam vorzugehen.²⁴¹ Soweit es das Wohl des Kindes erfordert, kann das Gericht den JWT oder die Jugendgerichtshilfe im Zuge der Durchsetzungsmaßnahmen um Unterstützung ersuchen. Diese Hilfeleistung kann beispielsweise aus der vorübergehenden Betreuung des Kindes bestehen, nicht jedoch aus einer Tätigkeit, die ausschließlich den Exekutivorganen zusteht. Unmittelbarer Zwang darf lediglich von Gerichtsorganen selbst oder von ihnen beauftragten Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes, wie Polizei oder Sicherheitswache, durchgeführt werden.²⁴² Dem Gericht steht es im Übrigen zu, bei Kindeswohlgefährdung auch von Amts wegen von der Fortsetzung des Vollzuges abzusehen.²⁴³

Nach § 111a AußStrG sind die Bestimmungen des siebten Abschnittes auch auf eine Rückführung iSd HKÜ anwendbar. Wird demnach ein Kind in einen Vertragsstaat des HKÜ entführt, ist auch bei seiner Rückgabe nach den Regeln des § 110 vorzugehen.

2.4.4 Der Kostenersatz für Aufwendungen bezüglich der Zurückholung des Kindes

Ein Kostenersatz für Aufwendungen, der aufgrund einer Rückholung eines rechtswidrig entzogenen Kindes entstanden ist, war Gegenstand der Entscheidung des OGH in OGH 3 Ob 505/96,²⁴⁴ auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass die Ehe der Eltern bis 27.12.1988 Bestand hatte, wobei auch beide mit der Obsorge betraut waren. Am 10.01.1988 verließ der Vater mit dem gemeinsamen Sohn, heimlich und ohne Zustimmung der Mutter, die Ehwohnung und reiste daraufhin mit dem Minderjährigen ins Ausland, wobei er seine Aufenthaltsorte verschwieg. Zunächst reiste er nach Deutschland, danach in die USA und schlussendlich im Juli 1988 nach Neuseeland, wo er mit seinem Sohn verblieb. Durch einen Beschluss des ErstG wurde der Mutter am 07.09.1988 die vorläufige Obsorge für den Minderjährigen übertragen. Zugleich wurde dem Beklagten aufgetragen das Kind der Klägerin auszufolgen. Dieser Beschluss erlangte am 06.02.1989 seine Rechtskraft. In Neuseeland wurde dem Beklagten jedoch am

²⁴¹ RIS-Justiz RS0125726.

²⁴² *Deixler-Hübner* in *Rechberger*² § 110 Rz 4.

²⁴³ § 110 Abs 3; RIS-Justiz RS0008614.

²⁴⁴ OGH 3 Ob 505/96 JBI 1998,243 = EFSIlg 83.030.

20.03.1990 vom dort zuständigen Gericht die Obsorge vorläufig übertragen. Da die Klägerin hiervon informiert wurde, wurde ihr erstmals bekannt, dass sich der Beklagte mit ihrem Sohn in Neuseeland aufhielt. Am 02.08.1990 wurde ihr schließlich die alleinige Obsorge für das Kind übertragen. Dieser Beschluss wurde aber vom Rechtsmittelgericht aufgehoben. Aufgrund einer in Neuseeland anberaumten Sorgerechtsverhandlung reiste die Mutter am 25.02.1991 gemeinsam mit ihrem Kind aus einer vorhergehenden Ehe und ihrem neuvermählten Ehemann dorthin. Der Ehemann der Klägerin, wie auch ihr Kind, flogen am 11.04.1991 zurück nach Österreich. Bis sie schließlich mit ihrem Sohn wieder in ihre Heimat zurückreisen konnte, vergingen fast drei Monate. In der zuvor abgehaltenen Verhandlung bekam sie die Obsorge unter Auflagen und die Verfahrenskosten, nicht jedoch die entstandenen Flug-, Unterkunft- und Verpflegungskosten zugesprochen. Den Ersatz jener Kosten, die ihr, ihrem Mann und ihrem Kind aus früherer Ehe entstanden sind, begehrte sie nun vor einem österreichischen Gericht. Sie stützte das Begehren auf rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ihres ehemaligen Gatten, der sich keiner Schuld bewusst war. Da die Klägerin bloß einen Vermögensschaden geltend mache, wies das ErstG das Klagebegehren ab. Der absolute Schutz der elterlichen Gewalt komme nur im Verhältnis zu Dritten zu. Als der Beklagte das Kind eigenmächtig mit aus der Wohnung nahm, lebte er allerdings noch in einer aufrechten Ehe mit der Klägerin. Auch gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts wurde Revision erhoben.

Der OGH hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass auch bei gemeinsamer Obsorge ein Verstoß, sowohl gegen die elterlichen Pflichten als auch gegen die Rechte aus den Bestimmungen nach § 144 S 1 iVm § 146b (aF),²⁴⁵ vorliegt, wenn ein Elternteil sich nicht um das Einvernehmen bemüht und stattdessen ohne hinreichenden Grund und ohne Zustimmung des anderen mitobsorgeberechtigten Elternteils, das minderjährige Kind diesem plötzlich entzieht. Dies insbesondere dann, wenn es sich bei dem anderen Elternteil um den haushaltsführenden Teil handelt. Die Annahme des Beklagten, dass bei Auflösung der Lebensgemeinschaft jeder Elternteil berechtigt sei, das gemeinsame Kind mitzunehmen, steht demnach klar im Widerspruch zur Gesetzeslage.

Der Vermögensschaden ist nach österreichischem Recht nur unter gewissen Voraussetzungen ersatzfähig. In diesem Fall kommt einzig ein Verstoß gegen ein absolutes Recht in Frage. Tritt dem schließlich ein Verschulden des Beklagten bei, wird eine Schadenersatzpflicht begründet.

Auch, wenn den Rechten, die sich aus den Normen §§ 144, 146b (aF) wie auch aus der Natur einer Ehe ergeben, absoluter Schutz zukommt,²⁴⁶ ist vermögensrechtlich bei Verletzung dieser

²⁴⁵ § 158 Abs 1 iVm § 162 (nF).

²⁴⁶ *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil² (1984) 18.

Bestimmungen nur das Abwicklungsinteresse²⁴⁷ – nicht jedoch das Bestandinteresse – geschützt. Das Abwicklungsinteresse besteht demzufolge aus jenen Ausgaben, die nicht im Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe entstanden sind. Ersatzfähig sind somit die Abwehr-, Beseitigungs- und Folgekosten. Die Folgekosten bestehen zudem auch aus jenen Kosten, die der Klägerin in Wahrnehmung der Rechte aus § 146b (aF) entstanden und auch gegen den Beklagten durchsetzbar sind.²⁴⁸ Der Rechtswidrigkeitszusammenhang, der für eine Schadenersatzpflicht des Beklagten vorausgesetzt wird, ist somit gegeben.²⁴⁹ Der Kausalzusammenhang ergibt sich daraus, dass die Kosten aufgrund des unrechtmäßigen Entzuges des Kindes verursacht wurden. Der Mutter stehen somit im Rahmen ihres Schadenersatzanspruches ein Ersatz für die ihr entstandenen Reise- und Anwaltskosten zu, soweit sie zur Rückholung des Kindes erforderlich waren. Jene ihres nunmehrigen Ehemannes und des Kindes aus einer früheren Ehe sind hingegen nicht zu ersetzen.²⁵⁰

²⁴⁷ *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1 (8).

²⁴⁸ JAB 587 BlgNR 14. GP 9; *Mottl* in *Rauch-Kallat/J. Pichler* 189f; *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 146b Rz 1.

²⁴⁹ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil³ (1997) Rz 8/18.

²⁵⁰ OGH 3 Ob 505/96 ZfRV 1998, 79 = SZ 70/163 = JBI 1998, 243 = EFSlg 84.441.

3 Das Wohnortbestimmungsrecht

Die Wohnortbestimmung als Maßnahme der Pflege und Erziehung im Innenverhältnis soll möglichst einvernehmlich ausgeübt werden. Während dieser Einvernehmlichkeitsgrundsatz bei zusammenlebenden Eltern in der Regel keine Schwierigkeiten bereitet, erachtet es der Gesetzgeber für notwendig für mitobsorgeberechtigte, aber getrennt lebende Eltern eine neue Bestimmung einzufügen. Denn besonders infolge einer Auflösung des gemeinsamen Haushalts wird der Frage nach dem Wohnort des Kindes erhebliche Bedeutung und auch Konfliktpotenzial beigemessen. Die iFd KindNamRÄG 2013²⁵¹ neu eingefügten Regelungen des § 162 Abs 2 und 3 sollen diesbezüglich Klarheit schaffen.²⁵²

*Fucik/Miklau*²⁵³ definieren die Rechte aus § 162 Abs 2 und 3 im Gegensatz zu Abs 1 nicht als „schlichte“, sondern als „qualifizierte“ Aufenthaltsbestimmung, da sich diese nicht mit der Setzung allgemeiner bzw. gewöhnlicher Maßnahmen, wie Ausgangs- oder Urlaubsaufenthalte, sondern sich ausschließlich mit dem durch den Wandel der Gesellschaft immer bedeutsamer werdenden Recht zur Verlegung des Wohnortes des Kindes befasst. Man könnte das Wohnortbestimmungsrecht demnach auch als einen Spezialfall des Aufenthaltsbestimmungsrechts bezeichnen.²⁵⁴

3.1 Wohnortbestimmung bei Alleinobsorge eines Elternteils

Der allein mit der Obsorge betraute Elternteil ist im Bereich der Obsorge gem. § 158 befugt, den Wohnort seines Kindes autonom zu bestimmen. Dem wird bei einer Kindeswohlgefährdung nach § 181 Abs 1 jedoch eine Grenze gesetzt, sowohl bei einer Wohnortbestimmung im Inland als auch bei einer Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland.²⁵⁵ Gefährdet der berechtigte Elternteil das Wohl des Kindes anhand einer den Wohnort betreffenden Bestimmung, hat das Gericht alle nötigen Verfügungen zur Sicherung des Kindeswohls zu treffen. Dabei ist es unerheblich, von wem das Gericht angerufen wurde.²⁵⁶ Entscheidet das Gericht noch vor einer Wohnortverlegung ins Ausland über einen, vom nicht obsorgeberechtigten Elternteil gestellten

²⁵¹ BGBl I 2013/15.

²⁵² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

²⁵³ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 167f.

²⁵⁴ *Beclin* in *Gitschthaler* 207.

²⁵⁵ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 363.

²⁵⁶ Vgl § 181 Abs 1.

Antrag nach § 181, stellt eine dennoch erfolgte Übersiedlung mit dem Kind eine unrechtmäßige Verbringung iSd HKÜ dar.²⁵⁷

Im Übrigen stellt jedwede Änderung des Wohnortes²⁵⁸ des Kindes, insbesondere ein Umzug ins Ausland,²⁵⁹ eine wichtige Angelegenheit iSd § 189 dar, wovon der nicht obsorgeberechtigte Elternteil in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zur Äußerung zu geben ist. Wenn sein Wunsch dem Kindeswohl besser entspricht, ist dieser zu berücksichtigen. Auch wenn es zu den grundlegenden Informationsrechten eines Elternteils zählt, den Wohnort seines Kindes zu kennen, ist ihm dieses Recht zu verwehren, wenn es dem Kindeswohl abträglich wäre.²⁶⁰

3.2 Wohnortbestimmung bei gemeinsamer Obsorge mit festgelegtem Domizilelternteil nach § 162 Abs 2 ABGB

Sobald die Eltern vereinbart haben, in wessen Haushalt das gemeinsame Kind vorwiegend betreut werden soll oder das Gericht festgelegt hat, welchem der beiden obsorgeberechtigten Elternteile die hauptsächliche Betreuung des Kindes in seinem Haushalt zustehen soll, kommt diesem sog. „Domizilelternteil“ auch das alleinige Recht zu, den Wohnort des Minderjährigen zu bestimmen.²⁶¹ Dies entspricht auch der hM²⁶² zum § 146b (aF) vor dem KindNamRÄG 2013²⁶³. Sie besagt, dass bei entgegengesetzter Meinung der Eltern primär demjenigen Elternteil die Aufenthaltsbestimmung des Kindes zukommen soll, von dem das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreut wird. Nach den erläuternden Bemerkungen²⁶⁴ ist es dem hauptsächlich betreuenden Elternteil im Zuge seines Wohnortbestimmungsrechtes nicht nur erlaubt den Wohnsitz im Inland auszuwählen, sondern diesen auch ins Ausland zu verlegen. Das Ziel der Neuregelung der Bestimmung des § 162 Abs 2 ist es, das Recht zur Bestimmung des Wohnortes des Kindes, trotz Mitobsorge des anderen, unzweifelhaft nur einem Elternteil einzuräumen, um einerseits diesbezügliche Rechtsstreitigkeiten getrennt lebender Eltern vorzu-

²⁵⁷ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33. Siehe unter 4.3.

²⁵⁸ OGH 2 Ob 223/10y EF-Z 2011/60 (*Beck*) = iFamZ 2011/138 = EFSlg 126.887.

²⁵⁹ OGH 9 Ob 200/98x EvBl 1999/20 = EFSlg 87.093.

²⁶⁰ OGH 2 Ob 223/10y EF-Z 2011/60 (*Beck*) = iFamZ 2011/138 = EFSlg 126.887.

²⁶¹ JAB 2086 BlgNR 24. GP 3; *Beclin* in *Gitschthaler* 207.

²⁶² ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65; LG Innsbruck 51 R 61/10k EFSlg 126.691; LG Wels 21 R 228/10v EFSlg 126.691; *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 62.

²⁶³ BGBl I 2013/15.

²⁶⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

beugen und um andererseits dem Kind eine Kontinuität hinsichtlich der Betreuung gewährleisten zu können.²⁶⁵ Mag diese Bestimmung auch den Eindruck erwecken, dass dem Wohnortbestimmungsrecht des Domizilelternteils keine Grenzen gesetzt seien, sollte man sie doch im Ganzen betrachten. Dem anderen Elternteil stehen nämlich, trotz der dem Domizilelternteil beigemessenen Machtfülle, Möglichkeiten zur Einflussnahme zur Verfügung.²⁶⁶

Der Justizausschuss nahm in seinem Bericht²⁶⁷ eine Konkretisierung der erläuternden Bemerkungen²⁶⁸ hinsichtlich des § 162 Abs 2 vor. Er stellte darin klar, dass der Domizilelternteil auch im Rahmen seines Wohnortbestimmungsrechts dazu verpflichtet ist, den anderen Elternteil bereits im Vorhinein über einen geplanten Umzug zu informieren und diesem auch die Möglichkeit zu geben, sich in angemessener Frist dazu zu äußern. Der Domizilelternteil habe sich auch in diesem Fall gem. § 137 Abs 2 S 3 um das Einverständnis des anderen Teils zu bemühen.²⁶⁹ Spricht sich der nicht hauptsächlich betreuende Elternteil im Zuge seines Äußerungsrechtes gegen den Umzug aus, hat der Domizilelternteil dessen Wunsch nach § 189 Abs 1 und Abs 5 zu beachten, sofern es dem Wohl des Kindes besser gerecht werde. Des Weiteren stehe dem nicht zur Wohnortbestimmung berechtigten Elternteil auch die Möglichkeit zu, bei Gericht die Einschränkung oder Entziehung der Obsorge gem. §§ 180, 181 zu beantragen.²⁷⁰

Ein Verstoß des Domizilelternteils gegen die Bemühungspflicht nach § 137 Abs 2 stelle nach Ansicht des Justizausschusses einen widerrechtlichen Eingriff in die Obsorgerechte des mit-obsorgeberechtigten Elternteils dar, wodurch der Tatbestand des „widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens eines Kindes“ iSd Haager Kindesentführungsübereinkommens²⁷¹ erfüllt sei.²⁷²

Anderer Meinung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Einvernehmensgebots nach § 137 Abs 2 sind sowohl *Fucik/Miklau*²⁷³, als auch *Beclin*.²⁷⁴ Dies gründet aus der Tatsache, dass die neue Bestimmung § 162 Abs 2 dem Domizilelternteil ausdrücklich das alleinige Wohnortbestimmungsrecht zuweist. E contrario lässt sich daher daraus schließen, dass das Recht auf Pflege und Erziehung des anderen Elternteils die Wohnortbestimmung nicht miteinschließt und sie deshalb auch nicht in dessen Obsorgekompetenz fällt. Indes ist die Entscheidungszustän-

²⁶⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

²⁶⁶ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32.

²⁶⁷ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

²⁶⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

²⁶⁹ Vgl *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

²⁷⁰ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

²⁷¹ Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 1988/512.

²⁷² JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

²⁷³ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 171.

²⁷⁴ *Beclin*, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 4 (7); *Beclin*, iFamZ 2013, 9; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 85; *Beclin* in *Gitschthaler* 209.

digkeit beider Elternteile für die Anwendbarkeit des Einvernehmensgebots erforderlich. Folglich kann bei allein zustehenden Rechten, wie jenem nach § 162 Abs 2, die Bemühungspflicht aus § 137 nicht herangezogen werden. Daher kann es sich bei einer Ausreise des überwiegend betreuenden Elternteils mit dem minderjährigen Kind nicht um einen Eingriff in die Rechte des anderen mitobsorgeberechtigten Elternteils handeln, wenn sich der Domizilelternteil zuvor nicht um dessen Einvernehmen bemüht hat. Wodurch auch der Tatbestand des Art 3 HKÜ nicht erfüllt ist, da dieser einen „Sorgerechtsbruch“ voraussetzt.²⁷⁵

Der Verweis des JA²⁷⁶ auf § 189 wird von *Fucik/Miklau*²⁷⁷ und *Beclin*²⁷⁸ allerdings befürwortet, da ein Umzug ins Ausland in jedem Fall eine „wichtige Angelegenheit“ darstellt²⁷⁹, wovon der nicht hauptsächlich betreuende Elternteil jedenfalls rechtzeitig zu informieren ist und ihm Gelegenheit zur Äußerung geboten werden muss. Dies, neben der geographischen Distanz, insbesondere deshalb, weil mit dem rechtmäßigen Umzug in ein anderes Land auch die internationale Zuständigkeit auf dessen Gericht übergeht, wodurch der zurückgebliebene Elternteil nicht nur einer anderen Rechtsordnung und Verfahrenskultur, sondern in den meisten Fällen auch einer anderen Verfahrenssprache unterworfen wird. Er wird sozusagen in Sachen Rechtsschutz auf fremdes Terrain geschickt.²⁸⁰ Allerdings kann er nach *Beclin* auch durch eine negative Äußerung einen wirksamen Umzug des Domizilelternteils mit dem Kind nicht einfach verhindern.²⁸¹

Steht der Umzug dem Kindeswohl entgegen oder entspricht es den Interessen des Kindes besser stattdessen in den Haushalt des anderen Elternteils zu wechseln, so kann das Gericht, sofern ein Antrag des anderen Elternteils gem. § 180 vorliegt, diesem die Übertragung der hauptsächlichlichen Betreuung anordnen²⁸² oder nach § 180 Abs 3 eine Neuregelung der Obsorge veranlassen. Vor dem KindNamRÄG 2013²⁸³ war ein Obsorgewechsel nur in Folge einer Kindeswohlgefährdung oder bei Vorliegen anderer wichtiger Gründe möglich. Durch die Einfügung des § 180 Abs 3 kann nun eine Änderung einer „endgültig geregelten Obsorge“ bereits aufgrund wesentlich geänderter Verhältnisse beantragt werden, soweit behauptet wird, dass dies im Interesse des Kindes liegt. Um ständigen Verfahrenseinleitungen, insbesondere zum Schutz des Kindeswohls, entgegenzuwirken, wird der Bestimmung ein strenger Maßstab zugrunde zu legen sein. Nach *Deixler-Hübner*²⁸⁴ kommt daher eine Einleitung eines solchen Verfahrens nur in Betracht, wenn es bereits zu einer tatsächlichen Änderung der Verhältnisse

²⁷⁵ *Beclin*, Zak 2013, 7; *Beclin*, iFamZ 2013, 9.

²⁷⁶ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

²⁷⁷ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 171f.

²⁷⁸ *Beclin*, Zak 2013, 7; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 85.

²⁷⁹ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3; *Beclin* in *Gitschthaler* 209; *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32; *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

²⁸⁰ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32 FN 8.

²⁸¹ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 85.

²⁸² *Beclin* in *Gitschthaler* 208; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 85.

²⁸³ BGBl I 2013/15.

²⁸⁴ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 180 Rz 29 (Stand: Juli 2013, rdb.at).

gekommen ist oder die positiven Zukunftserwartungen des Gerichts nicht erfüllt werden konnten²⁸⁵ und das Kind aufgrund dessen weiterhin einer belastenden Situation ausgeliefert ist. In Ausnahmefällen kann es allerdings bereits genügen, dass sich die Änderung mit hinreichender Sicherheit anbahnt. Einen solchen Fall stellt eine beabsichtigte Übersiedlung mit einem Minderjährigen dar, weshalb eine Antragstellung nach § 180 Abs 3 bereits vor einem geplanten Umzug des bislang hauptsächlich betreuenden Elternteils mit dem Kind zulässig ist.²⁸⁶

Obwohl sich das Gesetz scheinbar nur auf eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung²⁸⁷ bezieht, ist § 180 Abs 3 nach *Beck*²⁸⁸ ebenso auf jene Fälle anwendbar, in denen die Obsorge von den Eltern vereinbart worden ist. Es sei schließlich nicht nachvollziehbar, dass Eltern im Falle einer vereinbarten Obsorge ausschließlich dem strengeren Maßstab des § 181 unterliegen sollen, zumal auch ihre Vereinbarung durch das Unbeanstandet lassen seitens des Gerichts genehmigt wurde.

Stellt der Umzug eine Gefährdung des Kindeswohls dar, kann das Gericht schließlich auch von Amts wegen nach § 181 vorgehen.²⁸⁹ Der Schutz des Erziehungsrechtes der Eltern vor willkürlichen Eingriffen seitens des Staates nach Art 8 EMRK²⁹⁰ findet nämlich dort seine Grenzen, wo das Wohl des Kindes einer offenkundigen Gefährdung ausgesetzt ist und angesichts dessen die Notwendigkeit besteht dies zu ändern.²⁹¹

Wird demnach aufgrund des Verhaltens der Eltern das Wohl des Kindes gefährdet, so hat das Gericht gem. § 181 Abs 1 tätig zu werden, dies jedoch nur, soweit es für die Sicherung des Kindeswohls notwendig ist. Eine Beschränkung oder Entziehung der Obsorge darf daher ausschließlich als ultima ratio, bzw. als äußerste Notmaßnahme, angeordnet werden. Ein Eingriff in die Obsorgerechte der Eltern ist dem Gericht somit nur aus schwerwiegenden Gründen und unter Anwendung des gelindesten Mittels gestattet.²⁹² Also nur in jenen Fällen, in denen entweder andere Maßnahmen vergebens geblieben sind oder Grund zur Annahme besteht, dass das ins Auge gefasste Mittel nicht zur Abwendung einer konkreten Gefahr für das Kindeswohl genügen wird.²⁹³ Außerdem kann ein solcher Eingriff iSd stRsp²⁹⁴ auch durch einen Günstigkeitsvergleich nicht gerechtfertigt werden. Der Umstand, dass ein Kind woanders besser versorgt oder erzogen werden könnte, stellt demnach noch keinen ausreichenden Grund für eine

²⁸⁵ *Beck* in *Gitschthaler* 192.

²⁸⁶ *Beck*, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung, EF-Z 2014, 44 (47).

²⁸⁷ „Ist die Obsorge im Sinne des Abs 2 endgültig geregelt [...]“

²⁸⁸ *Beck* in *Gitschthaler* 191.

²⁸⁹ *Beclin* in *Gitschthaler* 208; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 85.

²⁹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210.

²⁹¹ RIS-Justiz RS0127207.

²⁹² RIS-Justiz RS0048712.

²⁹³ *Thunhart* in *Fenyves/Kerscher/Vonklich*, Klang³ §§ 176,176b Rz 5.

²⁹⁴ RIS-Justiz RS0048704.

Maßnahme nach § 181 dar. Der Terminus „Kindeswohl“ setzt sich aus dem *körperlichen, geistigen und seelischen Wohlergehen des Kindes*, sowie aus dessen Vermögensangelegenheiten zusammen.²⁹⁵ Unter einer Gefährdung des Kindeswohls versteht man objektiv die Nichterfüllung der elterlichen Pflichten und subjektiv deren erhebliche Vernachlässigung sowie die Bedrohung durch das Gesamtverhalten der Eltern. Eine Pflichtverletzung kann bereits bestehen, wenn die Eltern dem Einvernehmensgebot zuwiderhandeln.²⁹⁶ Bei der Beurteilung einer Kindeswohlgefährdung wendet die Rsp²⁹⁷ allerdings einen strengen Maßstab an. Ein Wohnsitzwechsel innerhalb Österreichs genügt dem nicht,²⁹⁸ wohingegen ein abruptes Herausreißen des Minderjährigen aus seinem bisherigen sozialen Umfeld eine Kindeswohlgefährdung darstellen kann.²⁹⁹ Die bloße Tatsache, dass der berechtigte Elternteil mit dem minderjährigen Kind ins Ausland ziehen möchte, begründet noch keine Gefährdung des Kindeswohls.³⁰⁰ Da ein solcher Umzug auch eine Vielzahl von Vorteilen mit sich bringen kann, lässt sich über gewöhnliche anfängliche Schwierigkeiten, wie einem Schulwechsel oder dem nötigen Vertiefen der Sprachkenntnisse, hinwegblicken. Dennoch ist immer auch die Lage vor Ort mit zu berücksichtigen. Herrscht in dem Land beispielsweise Krieg, allgemeine Not, erhebliche Gesundheitsgefährdung aufgrund von dort verbreiteten Seuchen, wird ein Umzug dem Kindeswohl nicht entsprechen.³⁰¹ Trifft man in dem anderen Land hingegen nur auf, im Vergleich zu österreichischen Verhältnissen, schlechtere Lebens- und Entwicklungsbedingungen, reicht dies für eine Gefährdung der Interessen des Kindes nicht aus.³⁰²

Im Rahmen des § 181 hat das Gericht von Amts wegen tätig zu werden, jedoch hat jeder das Recht das Einschreiten des Gerichts anzuregen. Von wem das Gericht also diesbezüglich angerufen wird, ist nebensächlich. Die in Abs 2 angeführten Personen – Eltern, Verwandte in gerader aufsteigender Linie, der mündige Minderjährige – haben das Recht einen Antrag auf Verfahrenseinleitung zu stellen, wodurch ihnen insbesondere die volle Parteienstellung zukommt.³⁰³ Infolgedessen hat das Gericht alle zur Sicherung des Kindeswohls notwendigen Maßnahmen zu setzen, diese können von gerichtlichen Verboten oder Aufträgen bis hin zu einer teilweisen oder gänzlichen Obsorgeentziehung reichen. Wobei ein Auftrag keine Obsorgeeinschränkung, sondern eine Anweisung zur Ausübung der Obsorge darstellt. Wie der Berechtigte seiner elterlichen Verpflichtung nachkommt, ist grundsätzlich ihm selbst zu überlassen. Ein konkreter Auftrag könnte beispielsweise darin bestehen, das schulpflichtige Kind an

²⁹⁵ OGH 1 Ob 628/86 SZ 59/184 = JBI 1987, 39 = ÖA 1987, 53; 1 Ob 2396/96a EFSlg 84.218.

²⁹⁶ RIS-Justiz RS0048633.

²⁹⁷ RIS-Justiz RS0048699.

²⁹⁸ OGH 5 Ob 258/11v EF-Z 2012/131 = EFSlg 134.367.

²⁹⁹ OGH 3 Ob 155/12h EF-Z 2013/10 (*Beck*); LG Salzburg 21 R 67/09p EFSlg 123.291; LGZ Wien 43 R 112/83 EFSlg 43.342; 45 R 569/10z EFSlg 126.806; 45 R 144/11a EFSlg 130.611.

³⁰⁰ OGH 7 Ob 553/86 EFSlg 51.296; 1 Ob 623/95 SZ 69/20; LGZ Wien 43 R 140/81 EFSlg 38.377; 44 R 504/96k EFSlg 81.158; 45 R 569/10z EFSlg 126.807; 44 R 211/11x EFSlg 130.615.

³⁰¹ *Thunhart* in *Fenyves/Kersch/Vonklich*, Klang³ §§ 176,176b Rz 38.

³⁰² OGH 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.156; LGZ Wien 42 R 22/04b EFSlg 107.797.

³⁰³ *Thunhart* in *Fenyves/Kersch/Vonklich*, Klang³ §§ 176,176b Rz 65f.

einer Schule anzumelden, wobei die Schulauswahl jedoch dem berechtigten Elternteil vorbehalten bleiben muss.³⁰⁴

Ferner kann nach § 181 auch ein Ersatz von gesetzlich vorgesehenen Einwilligungs- und Zustimmungrechten erwogen werden.

Das drastische Mittel der Entziehung der Obsorge aufgrund einer Wohnsitzverlegung ins Ausland kommt nur in Betracht, wenn das Kindeswohl infolgedessen derart beeinträchtigt wurde, dass darin ein Verstoß gegen die elterliche Obsorgepflicht gesehen werden kann.³⁰⁵ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn am neuen Wohnort eine gleichwertige schulische Ausbildung oder eine Berufsausbildung nicht gewährleistet werden kann. Überdies kann der Umstand, dass infolge des Umzuges eine im Inland angefangene Ausbildung nicht beendet werden kann, eine Kindeswohlgefährdung implizieren.³⁰⁶ Eine teilweise Entziehung der Obsorge kann in Betracht kommen, wenn die Eltern das Wohl des Kindes nur hinsichtlich eines bestimmten Verhaltens gefährden, ansonsten ihren Pflichten aber ausreichend nachkommen. Das ist idR dann der Fall, wenn sich die Eltern hinsichtlich einer Angelegenheit nicht einigen können. Aufgrund der häufig damit einhergehenden Streitigkeiten der Eltern begegnet die Rsp³⁰⁷ dieser Möglichkeit eher kritisch und bevorzugt Regelungen in denen die gesamte Obsorge bei einer Person verbleibt.³⁰⁸

Als geeignetes und gelindertes Pendant zur Obsorgeentziehung können die in § 107 Abs 3 AußStrG vorgesehenen Maßnahmen erachtet werden. Mit dem KindNamRÄG 2013³⁰⁹ wurde die Liste dieser, die dem PflEG zur Auswahl stehenden Maßnahmen zur Sicherung des Kindeswohls nicht nur klargelegt, sondern sichtlich erweitert. Das Gericht hat sie gem. § 107 Abs 3 AußStrG anzuordnen, *soweit dadurch nicht Interessen einer Partei, deren Schutz das Verfahren dient, gefährdet oder Belange der übrigen Parteien unzumutbar beeinträchtigt werden*. Voraussetzung der Anordnung einer der im Gesetz demonstrativ aufgezählten Maßnahmen ist die Erforderlichkeit der Sicherung des Kindeswohls, wenngleich bei deren Prüfung kein strenger Maßstab angewandt wird. Die beabsichtigte Inanspruchnahme einer bestimmten Maßnahme sollte allerdings nicht nur zur Förderung des Kindeswohls erforderlich, sondern auch zur Erreichung des angestrebten Zieles tauglich sowie verhältnismäßig sein. Eine Gefährdung des Kindeswohls wird demnach nicht verlangt, es reicht bereits eine Förderung des Wohles des Minderjährigen aus.³¹⁰ Zwei für die Aufenthaltsbestimmung essentielle

³⁰⁴ Thunhart in Fenyves/Kerscher/Vonklich, Klang³ §§ 176,176b Rz 55f.

³⁰⁵ LGZ Wien 44 R 211/11x EFSlg 130.618.

³⁰⁶ Thunhart in Fenyves/Kerscher/Vonklich, Klang³ §§ 176,176b Rz 39.

³⁰⁷ OGH 4 Ob 311/99k ÖA 2000, 185.

³⁰⁸ Thunhart in Fenyves/Kerscher/Vonklich, Klang³ §§ 176,176b Rz 49f.

³⁰⁹ BGBl I 2013/15.

³¹⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 38f; Höllwerth in Gitschthaler 217f.

Maßnahmen stellen das Verbot der Ausreise mit dem Kind und die Abnahme der Reisedokumente des Kindes dar.³¹¹ Sie dienen dazu, einer missbräuchlichen Verbringung des Minderjährigen ins Ausland und damit einem eigenmächtigen Eingriff in die Obsorgerechte des anderen Elternteils vorzubeugen. Die Maßnahmen sollen demnach eine Entführung des Kindes außerhalb des „Schengen-Raums“ verhindern,³¹² weshalb sie nur angeordnet werden dürfen, wenn konkrete Anzeichen für eine bevorstehende Verbringung des Kindes durch einen obsorgebefugten Elternteil vorliegen.³¹³

Ab Erreichen der Rechtskraft des Beschlusses mit dem eine Maßnahme angeordnet wurde, kann eine zwangsweise Durchsetzung durchgeführt werden.³¹⁴ Im Gegensatz zur Bestimmung § 107 Abs 2 AußStrG, welche eine vorläufigen Obsorgeentscheidung regelt, kommt einem Beschluss nach Abs 3 erst mit dessen Rechtskraft und nicht bereits ex lege Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu. Dem Gericht steht jedoch weiterhin die Möglichkeit nach § 44 AußStrG zu, um dem Beschluss die vorläufige Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit zuerkennen.³¹⁵

Im Folgenden wird nun auf die Entscheidung des OGH in OGH 9 Ob 8/14p³¹⁶ näher eingegangen. In diesem Fall hatten die Eltern im Zuge eines Scheidungsvergleichs vom 09.08.2012 die gemeinsame Obsorge für ihr minderjähriges Kind vereinbart, wobei sich das Kind hauptsächlich bei der Mutter aufhalten, dem Vater aber ein umfangreiches Kontaktrecht zustehen sollte. Das Kind wurde im September 2012 in einer Wiener Volksschule eingeschult und besuchte diese seither. Im August 2013 verreiste seine Mutter mit ihm nach Israel, mit der Behauptung am 30.08.2013 zurückzukehren. Tatsache war allerdings, dass sie beabsichtigte mit dem Minderjährigen für mindestens ein Jahr nach Israel zu übersiedeln. Die Mutter täuschte den Vater diesbezüglich und teilte ihm ihre Absicht erst am 25.08.2013 mit. Künftige Kontaktmöglichkeiten stellte sie unter die Voraussetzung einer Zustimmung des Vaters zur Wohnsitzverlegung. Diese erteilte er ihr jedoch nicht.

Das ErstG erhob, dass das Kind zwar Russisch und auch Deutsch beherrscht, ihm aber jegliche Kenntnis der hebräischen Sprache fehlt. Darüber hinaus ist es in Wien gut integriert. Bis zur Abreise der Mutter mit dem Minderjährigen waren die Kontakte des Vaters zum Kind äußerst gut. Seit dem Vorfall wirkt das Kind hingegen unsicher und zurückhaltend. Das ErstG entzog schließlich, infolge des Antrages des Vaters am 02.09.2013, mit vorläufiger Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit der Mutter die Obsorge und übertrug sie alleine dem Vater. Die

³¹¹ § 107 Abs 3 Z 4 und 5.

³¹² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 39; *Höllwerth in Gitschthaler 223*; *Fucik*, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 297 (305).

³¹³ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 1133; *Fucik*, ÖJZ 2013, 305.

³¹⁴ *Höllwerth in Gitschthaler 223*.

³¹⁵ *Höllwerth in Gitschthaler 224*.

³¹⁶ OGH 26.2.2014, 9 Ob 8/14p.

Wirkung solle bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den parallel dazu eingebrachten Antrag des Vaters zur Obsorgeübertragung aufrecht bleiben. Von einer Aufforderung zur Äußerung der Mutter hatte das Gericht vor Beschlussfassung abgesehen. Nachdem das RekG die Entscheidung bestätigte, erhob die Mutter einen Revisionsrekurs. Die Revisionsrekurswerberin stützte ihr Begehren auf die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs im Zuge des Provisorialverfahrens.

Der OGH stellte zunächst klar, dass bei einer Obsorgeübertragung immer auf den Einzelfall abzustellen ist. Bezüglich des Vorbringens der Mutter verwies er auf seine Feststellung, dass in Ausnahmefällen, welche zur Wahrung der Effektivität der Maßnahme eine möglichst rasche Entscheidung erfordern, die Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art 6 EMRK unmöglich sein kann. Ein solcher Ausnahmefall kann insbesondere bei einer akuten Kindeswohlgefährdung vorliegen. Der Frage, wann eine solche Gefährdung vorliegt, wird ein strenger Maßstab beigemessen. Gegen den unrechtmäßigen Umzug wendet die Mutter das ihr allein zustehende Recht der Wohnortbestimmung nach § 162 Abs 2 ein. Der OGH folgte in diesem Belangen der Ansicht des JA in seinem Bericht,³¹⁷ und gegen der, wie bereits erörterten, widersprüchlichen Meinung *Fucik/Miklau*³¹⁸ und *Beclin*³¹⁹ bezüglich des Einvernehmlichkeitsgebots nach § 137 Abs 2. Die Mutter hätte sich um die Zustimmung des Vaters bemühen müssen. Bei einer ablehnenden Äußerung hätte sie seinen Wunsch berücksichtigen müssen, sofern er dem Kindeswohl besser entspreche. Ein solches Bemühen der Mutter war jedoch nicht ersichtlich. Bezüglich einer Kindeswohlgefährdung wurde im Fall 6 Ob 124/08s³²⁰ diese bejaht, als die Mutter zuvor heimlich und unvorhersehbar mit dem Kind nach Peru übersiedelte. Als Grund wurde der damit einhergehende abrupte Abbruch der einwandfreien Beziehung der Kinder zum Vater vorgebracht. Unter Berücksichtigung dieser Entscheidung ist eine Annahme einer akuten Kindeswohlgefährdung vertretbar. Schließlich wurde auch hier das Kind heimlich und überraschend aus seiner gewohnten Umgebung, sowohl schulischer als auch privater Hinsicht, herausgerissen, wodurch ebenso die intensiven Kontaktmöglichkeiten zu seinem Vater plötzlich abgebrochen wurden. Darüber hinaus erweist sich bei jeglicher Unkenntnis der hebräischen Sprache eine Eingliederung in eine dortige Schule als äußerst schwierig. Bezüglich des Erfordernisses einer schnellen Entscheidung zur Wahrung der Effektivität des vorläufigen Obsorgeentzuges, kann auf die Gefährdung der Kontinuität des Besuches der gewohnten Volksschule und auf die Befürchtung des Vaters der Verbringung des Kindes an einen ihm unbekanntem Ort, da die Mutter ihm den Aufenthaltsort erst bei dessen Zustimmung preisgeben würde, verwiesen werden. Weiters ist hervorzuheben, dass § 107 Abs 2 AußStrG idF des

³¹⁷ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

³¹⁸ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 171f.

³¹⁹ *Beclin*, Zak 2013, 8.

³²⁰ OGH 7.7.2008, 6 Ob 124/08s.

KindNamRÄG 2013³²¹ eine vorläufige Obsorgeentscheidung nun bereits nach Maßgabe des Kindeswohls erlaubt. Dies vor allem um einerseits verlässliche Kontakte beizubehalten, und andererseits um Rechtsklarheit zu schaffen. Auf eine akute Kindeswohlgefährdung kommt es hierbei nicht mehr an, die Kindeswohlförderung steht im Vordergrund.³²²

3.3 Wohnortbestimmung bei gemeinsamer Obsorge ohne festgelegtem Domizilelternteil nach § 162 Abs 3 ABGB

§ 162 Abs 3 versucht in allen anderen von Abs 2 nicht erfassten Fällen Abhilfe zu schaffen.³²³ Ist also bei beidseitiger Obsorge der Eltern nach häuslicher Trennung oder Scheidung noch kein Domizilelternteil festgelegt, weder durch eine Vereinbarung noch durch eine gerichtliche Zuweisung, kommt § 162 Abs 3 zur Anwendung.

Nun stellt sich aber die Frage, wann es zu einer solchen Konstellation kommen kann. Immerhin bestimmt § 179 Abs 2, dass die Eltern infolge einer Scheidung oder einer Auflösung der häuslichen Gemeinschaft vor Gericht binnen einer angemessenen Zeit eine Vereinbarung darüber treffen müssen, in wessen Haushalt das minderjährige Kind hauptsächlich betreut werden soll. *Ferrari*³²⁴ spricht im Hinblick auf eine streitige Scheidung sogar von einem „schwebenden“ Aufrechterhalten der gemeinsamen Obsorge, da die Vereinbarung als eine zwingende Voraussetzung für deren Erhalt angesehen wird. Können sich die Eltern nämlich nicht innerhalb einer dafür angemessenen Frist hinsichtlich der Aufenthaltsvereinbarung einigen, hat das Gericht von Amts wegen einzuschreiten. Die Rechtslage hat sich iFd KindNamRÄG 2013³²⁵ insofern geändert, da die Mat³²⁶ auch bei einer bloßen häuslichen Trennung der Eltern und nicht mehr nur bei ihrer Scheidung ein obligatorisches Eingreifen des Gerichts anordnen, sofern innerhalb angemessener Frist keine Einigung der Eltern bezüglich der hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes erzielt werden kann. Anders als bei einer Scheidung ist es hingegen fraglich, wie das Gericht von einer Beendigung des Zusammenlebens der Eltern erfahren soll, solange keiner von ihnen einen Antrag auf Regelung der Obsorge stellt. In der Praxis wird demzufolge die gemeinsame Obsorge der nicht oder noch miteinander vermählten Eltern auch nach Aufhebung ihrer häuslichen Gemeinschaft und trotz fehlender Vereinbarung über die hauptsächlichliche

³²¹ BGBl I 2013/15.

³²² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 38; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013) § 107 Rz 38f; *Höllwerth* in *Gitschthaler* 213.

³²³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

³²⁴ *Ferrari* in *Ferrari/Hopf* 54.

³²⁵ BGBl I 2013/15.

³²⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 14. GP 26.

Betreuung, weiterhin aufrecht bleiben. Wohingegen geschiedene Eltern ein Eingreifen des Gerichts auch zukünftig nicht verhindern werden können.³²⁷

3.3.1 Wohnortverlegung im Inland

Aus der Norm des § 162 Abs 3 ergibt sich e contrario die Berechtigung eines jeden Elternteils den Wohnort des minderjährigen Kindes im Inland zu wechseln, wozu weder eine Zustimmung des anderen Elternteils noch eine gerichtliche Genehmigung vorliegen muss. Dennoch ist das Wohnortbestimmungsrecht nur eingeschränkt, und zwar durch das Einvernehmensgebot nach § 137 Abs 1 wahrnehmbar, da in diesem Fall beide entscheidungsbefugt sind. Somit ist eine vorherige Kontaktaufnahme mit dem anderen Elternteil unerlässlich, um dessen Einverständnis zu suchen. Gelingt es jedoch nicht, diesbezüglich Einvernehmen zu erzielen, muss die beabsichtigte Maßnahme deshalb nicht unbedingt unterbleiben. Sie kann dennoch vorgenommen werden, wenn der betreibende Elternteil trotz der Einwände von der Richtigkeit und Notwendigkeit der Wohnortverlegung überzeugt ist. Es steht allerdings jedem Elternteil offen, das Gericht nach § 181 Abs 2 anzurufen und es sowohl um die Überprüfung der eigenmächtigen Entscheidung des Mitobsoorgeberechtigten als auch um eine notwendige Verfügung in dieser wichtigen Angelegenheit zu ersuchen.³²⁸ Auch wenn die hL³²⁹ die Meinung vertritt, dass ein Wohnsitzwechsel im Inland stets eine wichtige Angelegenheit darstellt, sind *Fucik/Miklau*³³⁰ der Ansicht, dass dies nicht zwingend der Fall sein muss. Nicht einmal dann, wenn es sich um einen „bundesländerübergreifenden“ Wohnortwechsel, beispielsweise von St. Anton nach Lech, handelt, sofern dem anderen Elternteil dadurch nicht ein erheblicher Nachteil entsteht. Meiner Meinung nach stellt hingegen jeder Wechsel des Wohnsitzes eine wichtige Angelegenheit dar, die der Informationspflicht aus § 189 zuzuordnen ist.

Wird es dem Kindeswohl besser gerecht, am bisherigen Wohnort zu verbleiben, so verpflichtet dies das Gericht nicht ohne weiteres dazu, Maßnahmen zu treffen, die die Wohnsitzverlegung revidieren. Abgesehen vom Kindeswohl sind nämlich auch die in § 162 Abs 3 aufgezählten Zusatzkriterien in Fällen der Inlandsübersiedlungen zu berücksichtigen. Dies insbesondere deshalb, weil eine Wohnsitzverlegung im Inland keinen restriktiveren Kriterien unterworfen werden kann als einem Umzug in ein fremdes Land. Zusätzlich zum Kindeswohl ist also, neben dem Recht der Eltern auf Schutz vor Gewalt, auch den grundrechtlich verankerten Rechten

³²⁷ *Beck* in *Gitschthaler* 181f; Siehe auch unter 2.2.1.2.

³²⁸ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 86; *Beclin* in *Gitschthaler* 208.

³²⁹ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3; *Beclin* in *Gitschthaler* 208; *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *Kathrein*, ÖZJ 2013, 211.

³³⁰ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31 FN 4.

auf Freizügigkeit und Berufsfreiheit Aufmerksamkeit zu schenken. Darüber hinaus ist es nicht Sache des Gerichts, im Falle von Meinungsverschiedenheiten der Eltern, an deren Stelle über den Wohnort des Kindes zu befinden. Es obliegt ihm höchstens, die elterlichen Pflichten und Rechte umzuverteilen und dadurch zum Beispiel den anderen Elternteil mit der hauptsächlichen Betreuung des Kindes in seinem Haushalt zu betrauen, also einen Wechsel in der Domizilelternschaft vorzunehmen, was zur Folge hätte, dass diesem nunmehr die Rechte aus § 162 allein zukommen.³³¹

Da es infolge eines Umzuges für gewöhnlich auch zu einer nicht bloß vorübergehenden Auflösung der häuslichen Gemeinschaft kommt, muss ohnehin von Gesetzes wegen ein Domizilelternteil festgelegt werden. Das Gericht hat nach § 180, sofern es von der häuslichen Trennung Kenntnis erlangt, von Amts wegen tätig zu werden, was schließlich zu einer eindeutigen Zuteilung des Wohnortbestimmungsrechtes zu einem Elternteil, gem. § 162 Abs 2, führt.³³²

3.3.2 Wohnortverlegung ins Ausland

Das Gesetz setzt für einen rechtmäßigen Umzug ins Ausland voraus, dass entweder die Zustimmung des anderen Elternteils oder eine gerichtliche Genehmigung eingeholt wurde. Zweck dieser Anordnung ist es, einen Eingriff in fremde Obsorgerechte zu verhindern.³³³ Überdies kann durch die Vorlage der Zustimmungserklärung oder des gerichtlichen Beschlusses der Vorwurf einer widerrechtlichen Verbringung des Kindes iSd HKÜ mühelos entkräftet und ein langwieriges binationales Verfahren vermieden werden, was wohl auch den Interessen des Kindes am besten entspricht.³³⁴ Das Zustimmungsrecht des anderen obsorgeberechtigten Elternteils besteht allerdings nicht immer. Es entfällt in jenen Fällen, in denen er sein Obsorgerecht überhaupt nicht ausübt. Dies beispielsweise dann, wenn er nicht einmal von seinem Recht auf regelmäßigen Kontakt zu seinem Kind Gebrauch macht. Unter solchen Umständen entfällt zudem nicht nur die Erforderlichkeit einer gerichtlichen Genehmigung, sondern auch das allgemeine Einvernehmlichkeitsgebot. Besteht dieser Sonderfall nicht, hat das Gericht für seine Entscheidung über eine Erteilung oder Nichterteilung seiner Genehmigung, sowohl das Kindeswohl als auch das Recht des umzugswilligen Mitobsorgeberechtigten auf Freizügigkeit,

³³¹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31.

³³² *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 86; *Beclin* in *Gitschthaler* 208.

³³³ *Beclin* in *Gitschthaler* 208.

³³⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

Berufsfreiheit und Schutz vor Gewalt zu beachten.³³⁵ Deshalb kann es im Zuge einer Gegenüberstellung der mit einem Umzug einhergehenden Vor- und Nachteile auch zu einer Bewilligung der Übersiedlung kommen, obwohl ein Verbleib des Kindes an seinem bisherigen inländischen Wohnsitz für sein Wohl günstiger wäre.³³⁶ In den meisten Fällen werden die Interessen des Minderjährigen mit jenen des ausreisewilligen Elternteils ident sein. Dies etwa beim Recht der Eltern auf Schutz vor Gewalt, das mit dem Wunsch des Kindes in einer gewaltfreien Umgebung aufzuwachsen, korreliert, sowie das Grundrecht auf Berufsfreiheit, wodurch mittelbar auch für die materielle Existenz des Minderjährigen gesorgt werden soll. Schadet allerdings bei Betrachtung des Einzelfalls und infolge einer Gesamtabwägung aller Umstände die Übersiedlung ins Ausland dem Kindeswohl, wird das Gericht von einer Erteilung der Genehmigung absehen. Dem Wohl des Kindes ist in solchen Konstellationen freilich Vorrang einzuräumen.³³⁷ Bei der Beurteilung des Kindeswohls³³⁸ ist neben materiellen Aspekten auch die Staatsangehörigkeit sowie die Vertrautheit des Kindes mit der neuen Sprache und Kultur, die in jenem Land ausgeübt wird, zu berücksichtigen.³³⁹ Übergangsprobleme, die für gewöhnlich mit einem Umzug einhergehen, sind jedoch in Kauf zu nehmen. Nachteile, die herkömmliche Anpassungsschwierigkeiten überschreiten, können demgegenüber eine Kindeswohlgefährdung darstellen.³⁴⁰

Verzieht nunmehr ein Elternteil unter Verletzung des § 137 Abs 2 mit dem Kind ins Ausland, spricht man jedenfalls von einer Rechtswidrigkeit. Diese Familienrechtswidrigkeit löst zwar keine unmittelbare Sanktion aus, jedoch kann sich eine solche aus allgemeinen Überlegungen ergeben. Demnach könnte ein rechtswidriger Umzug zur Folge haben, dass der Entzug der Obsorge des verbringenden Elternteils oder, als gelinderes Mittel, die Rückkehr nach Österreich angeordnet wird. Auch die Einräumung eines neuen Kontaktrechts des im Inland verbliebenen Elternteils oder die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des Umzugs sind denkbar. Überdies können schadenersatzrechtliche Folgen außerhalb des außerstreitigen Verfahrens in Betracht kommen.³⁴¹

³³⁵ *Beclin* in *Gitschthaler* 208.

³³⁶ *Fucik*, Aus dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kinderschaftsrecht (2013) 65 (66); *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

³³⁷ *Kathrein*, ÖJZ 2013, 211.

³³⁸ Siehe unter 3.2.

³³⁹ OGH 1 Ob 2078/96m EFSlg 81.156.

³⁴⁰ LGZ Wien 43 R 140/81 EFSlg 38.377.

³⁴¹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32.

4 Das Verhältnis des § 162 ABGB zum HKÜ

4.1 Allgemeines zum HKÜ

Da der Mensch immer flexibler in der Auswahl seines Aufenthaltsortes wird, kommt es parallel dazu auch im Familienrecht zu einer stetigen Zunahme der Fälle mit Auslandsberührung. Immer häufiger versuchen Eltern ihre Unstimmigkeiten bezüglich des Wohnortes des Kindes durch eine Kindesentführung in ein anderes Land zu „lösen“. Um dies zu unterbinden und das gestörte Sorgerecht zügig wiederherzustellen, wurde das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung ratifiziert. Die Ratifikation hatte den Sinn, die internationale Zusammenarbeit zwischen den Vertragsstaaten zu verbessern und weiter auszubauen, um eine rasche Rückführung entführter Kinder sicherstellen zu können.³⁴² Wird nunmehr ein Kind in einen fremden Vertragsstaat verbracht oder wird es in einem anderen³⁴³ als jenem Staat, in dem es bisher seinen gewöhnlichen Aufenthalt³⁴⁴ hatte, zurückgehalten, hat die Rückgabe des Kindes nach den Bestimmungen des Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) zu erfolgen.³⁴⁵

4.1.1 Zielsetzung

Das erklärte Ziel des Übereinkommens vom 25.10.1980 liegt in der Wiederherstellung der ursprünglichen Tatsachenverhältnisse im Sinne einer sofortigen Rückführung widerrechtlich aus dem Ursprungsstaat entführter oder in einem anderen Vertragsstaat zurückgehaltener Kinder.³⁴⁶ Wobei die Rückführung im Rahmen eines Schnellverfahrens und unter weitgehendem Ausschluss rechtlicher Fragen durchgeführt werden soll.³⁴⁷ Wie *Pérez-Vera* in der RV erwähnt, soll die Wiederherstellung des status quo und die damit einhergehende Entkräftung jeglicher im Zufluchtsland anerkannten Wirkung der Aktion des Entführers, dem Umstand entgegenwirken, dass er sich auf eine Bestätigung der Rechtmäßigkeit seiner Handlung durch eine zuständige Behörde im Zufluchtsland berufen kann.³⁴⁸ Die zweite Zielsetzung besteht in der Si-

³⁴² ErläutRV 485 BlgNR 17. GP 29.

³⁴³ Auch Verbringungsstaat, Zufluchtsstaat oder Entführungsstaat genannt.

³⁴⁴ Auch Ursprungsstaat oder Herkunftsstaat genannt.

³⁴⁵ *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB la⁴ § 162 Rz 11.

³⁴⁶ OGH 2 Ob 537/92 ZfRV 1993/10 = EFSIlg 69.671; 4 Ob 150/05w EFSIlg 111.665; 5 Ob 47/09m EFSIlg 124.494.

³⁴⁷ RIS-Justiz RS0074532.

³⁴⁸ ErläutRV 485 BlgNR 17. GP 37.

cherstellung, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorgerecht und Recht auf persönlichen Verkehr in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird.³⁴⁹ Das HKÜ soll durch eine rasche Rückführung eine Aufenthaltzuständigkeitsbegründung des Kindes im Entführungsstaat verhindern, da ansonsten eine Änderung der Obsorgeregelung im Ursprungsstaat in Betracht kommen kann. Hält sich das Kind etwa für längere Zeit, zum Beispiel für sechs Monate,³⁵⁰ im Verbringungsstaat auf und ist es aufgrund dessen bereits sozial integriert, kann bei Berücksichtigung jeglicher Umstände in diesem Staat auch sein gewöhnlicher Aufenthalt entstehen. Wobei es nicht auf die Absicht dauernd in diesem Land leben zu wollen ankommt, sondern ausschließlich die Tatsache, dass sich dort nun der Mittelpunkt seines Lebens befindet, entscheidend ist.³⁵¹ Zudem wird für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts keine Rechtmäßigkeit des Aufenthalts vorausgesetzt.³⁵² Infolge dieser Neubegründung geht schließlich auch die internationale Zuständigkeit vom Herkunftsland auf das Zufluchtsland über.³⁵³ Wie es *Pérez-Vera* in der RV klarstellte, ist es nicht Ziel des Übereinkommens die Sorgerechtsfrage zu regeln, sondern sicherzustellen, dass das Verfahren in jenem Staat durchgeführt wird, in dem sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes vor dem Verbringen oder Zurückhalten befand. Dies soll unabhängig davon gelten, ob das Kind bereits vor einer Entscheidung über die Regelung des Sorgerechts oder erst danach verbracht wurde.³⁵⁴

4.1.2 Die Verfahrenseinleitung

Die Verfahrenseinleitung erfolgt über einen schriftlichen Antrag³⁵⁵ desjenigen Elternteils, dem das Kind entführt wurde.³⁵⁶ Dieser Antrag ist bei der zuständigen Behörde einzubringen.

Bezüglich der Zuständigkeit sind zwei Varianten zu unterscheiden:

jene der Entführung des Kindes aus Österreich und jene der Verbringung nach bzw. Zurückhaltung des Kindes in Österreich.

Wird das Kind in einen anderen Vertragsstaat entführt, kann der Rückführungsantrag bei jedem Bezirksgericht gestellt werden. Das Gericht, bei dem der Antrag eingelangt ist, hat ihn daraufhin möglichst rasch an das BMJ weiterzuleiten. Das BMJ wendet sich damit schließlich

³⁴⁹ Art 1 HKÜ.

³⁵⁰ RIS-Justiz RS0074198 (T11).

³⁵¹ RIS-Justiz RS0046577.

³⁵² RIS-Justiz RS0109781.

³⁵³ RIS-Justiz RS0109515; genauer bezügl. des gewöhnlichen Aufenthalts: OGH 6 Ob 217/12y JBI 2013, 190 = iFamZ 2013/78 (*Fucik*).

³⁵⁴ ErläutRV 485 BlgNR 17. GP 38.

³⁵⁵ Musterformular siehe Anhang.

³⁵⁶ *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 17.

an die zentrale Behörde des Verbringungsstaates.³⁵⁷ Vernünftig wäre es allerdings, den Antrag bei jenem Bezirksgericht zu stellen, in dessen Sprengel das Kind vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.³⁵⁸

Wird das Kind nach Österreich verbracht, ist der Antrag beim BMJ einzubringen, da es in Österreich die zentrale Behörde iSd § 1 DG-HKÜ³⁵⁹ ist. Langt beim BMJ der ausländische Antrag ein, hat es diesen Antrag dem Vorsteher des zuständigen Bezirksgerichtes zu übermitteln.³⁶⁰ Die Entscheidung über solche Anträge fällt nach § 5 Abs 1 DG-HKÜ in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts am Sitz des Landesgerichts, in dessen Sprengel sich das Kind befindet. In Wien wäre das beispielsweise das Bezirksgericht Innere Stadt Wien und in Graz das Bezirksgericht Graz-Ost. Die Zuständigkeitsregelung soll sicherstellen, dass sich solche Rückstellungsverfahren auf gewisse spezialisierte Gerichte beschränken, um eine rasche Abwicklung gewährleisten zu können.³⁶¹

4.1.3 Exkurs: Ergänzung des HKÜ durch die Brüssel-IIa-VO

Auf Entführungsfälle, die ausschließlich EU-Mitgliedstaaten³⁶² betreffen, sind zusätzlich die Bestimmungen der Brüssel-IIa-VO³⁶³ zu beachten.³⁶⁴ Sie modifiziert³⁶⁵ das HKÜ, indem sie in ihrem Art 60 die Vorrangigkeit ihrer Regelungen gegenüber dem HKÜ erklärt. Demzufolge unterliegen Kindesmitnahmen von einem MS in einen anderen MS einem strikteren Regelwerk, das sich aus einer Kombination der Bestimmungen aus dem HKÜ und jenen aus der Brüssel-IIa-VO ergibt.³⁶⁶ Unterschiede ergeben sich bezüglich der Zuständigkeiten und hinsichtlich des Rückführungsverfahrens.³⁶⁷ Eine bedeutende Änderung nach Art 10 Brüssel-IIa-VO ist die Aufrechterhaltung der internationalen Pflegschaftsgerichtsbarkeit des Ursprungsstaates über Obsorgeverfahren im Rahmen einer Kindesentführung. In Art 11 Abs 4 Brüssel-IIa-VO wird zudem angeordnet, dass eine Rückführung auch dann verpflichtend ist, wenn nach

³⁵⁷ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1277; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 17; Nademleinsky/Neumayr (Hrsg), Internationales Familienrecht (2007) Rz 09.16.

³⁵⁸ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1277.

³⁵⁹ BG vom 9. Juni 1988 zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl 1988/513.

³⁶⁰ § 5 Abs 1 DG-HKÜ.

³⁶¹ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1277; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 17

³⁶² Ausgenommen Dänemark; Barth in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 146b Rz 17.

³⁶³ VO (EG) 2003/2201 des Rates v 27.11.2003 über die Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1374/2000, ABI L 2003/338,1.

³⁶⁴ Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz. 11.

³⁶⁵ Nademleinsky, Anm zu OGH 5 Ob 17/08y, EF-Z 2008, 154; OGH 6 Ob 181/09z EF-Z 2010/27 = iFamZ 2010/36 (Fucik).

³⁶⁶ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1278.

³⁶⁷ Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 11.

Art 13 Abs 1 lit b HKÜ durch die Rückgabe zwar eine Kindeswohlgefährdung zu befürchten ist, dem aber im Herkunftsstaat bereits anhand ausreichender Vorkehrungen die Gefahr genommen wurde.³⁶⁸ Einen weiteren Unterschied birgt Art 11 Abs 8 Brüssel-IIa-VO in sich. Wird eine Rückführung aufgrund eines Rückführungshindernisses nach Art 13 HKÜ von österreichischen Gerichten rechtskräftig ausgeschlossen, findet das Verfahren idR sein Ende. Das Kind lebt infolgedessen rechtmäßig in Österreich, seinem neuen Aufenthaltsstaat. Handelt es sich beim Herkunftsstaat allerdings auch um einen EU-Mitgliedsstaat, kommt Art 11 Abs 8 Brüssel-IIa-VO zur Anwendung. Diese Bestimmung ermöglicht es dessen Gerichten im Rahmen eines Sorgerechtsverfahrens einen (nachträglichen) Rückführungsbeschluss zu erlassen, woran das österreichische Gericht, trotz seiner zuvor erteilten Ablehnung, gebunden ist und zu vollstrecken hat, wobei sich seine Befugnis darauf beschränkt, die Vorgehensweise der Rückführung festzulegen.³⁶⁹

4.2 Der Anwendungsbereich des HKÜ

In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Anwendungsbereich des Übereinkommens ausschließlich auf Vertragsstaaten³⁷⁰. Das heißt, dass sich das Kind vor als auch nach seiner Entführung in einem Vertragsstaat befinden haben muss. Das HKÜ hat somit keine Gültigkeit für reine Inlandsfälle. In persönlicher Hinsicht findet es nur auf Kinder unter 16 Jahren Anwendung.³⁷¹

Sachliche Anwendungsvoraussetzung für das HKÜ ist die „Entführung“. Darunter ist das „widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten“ des Kindes außerhalb des Ursprungslandes zu verstehen. Eine Widerrechtlichkeit liegt gem. Art 3 HKÜ vor, wenn durch diese Handlung *das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder aus-*

³⁶⁸ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1280; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 26.

³⁶⁹ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1337; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 26.

³⁷⁰ Vertragsstaaten sind: Argentinien, Australien, Bahamas, Belgien, Bosnien-Herzegowina, Brasilien, Bulgarien, Chile, VR China (nur die Sonderverwaltungszone Hongkong und Macao), Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Israel, Italien, Kanada, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, Mexiko, Moldau, Monaco, Montenegro, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, San Marino, Schweden, Schweiz, Serbien, Seychellen, Slowakei, Slowenien, Spanien, Südafrika, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, Venezuela, Vereinigte Staaten von Amerika, Zypern; Fucik, Kindesentführungsfälle nach HKÜ und Brüssel IIa-VO, EF-Z 2011/28.

³⁷¹ Nademleinsky/Neumayr, Int. Familienrecht Rz 09.03.

geübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte. Zur Beurteilung der Widerrechtlichkeit müssen daher beide Voraussetzungen, also sowohl das Sorgerecht, als auch deren tatsächliche Ausübung, kumulativ³⁷² und im Entführungszeitpunkt³⁷³ vorliegen.

Das **Sorgerecht** umfasst gem. Art 5 lit a HKÜ neben der Sorge für das Kind insbesondere auch das Recht, dessen Aufenthalt zu bestimmen. Nach der Rsp³⁷⁴ schützt das Übereinkommen nur denjenigen (Mit-)Obsorgeberechtigten, dem auch das Recht zur Aufenthaltsbestimmung zukommt.³⁷⁵ Demgegenüber ist die Literatur der Meinung, dass es irrelevant sei, wem bei gemeinsamer Obsorge das Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht. – Selbst, wenn das Sorgerecht nur in einem Teilbereich besteht, fällt es unter den Schutz des HKÜ.³⁷⁶

Schließlich seien auch dem Erfordernis der **tatsächlichen Ausübung** der Obsorge laut *Nademleinsky/Neumayr* keine besonders strengen Anforderungen beizumessen, selbst wenn die österreichische Rsp zum Gegenteil tendiert. Die Obsorge wird ihres Erachtens nach nur dann nicht tatsächlich ausgeübt, wenn sachlich betrachtet kein Interesse seitens des obsorgeberechtigten Elternteils mehr für sein Kind besteht. Weshalb, im Falle einer Trennung der Eltern, längst nicht davon auszugehen sei, dass ausschließlich demjenigen die tatsächliche Ausübung der Obsorge zukommt, bei dem das Kind lebt und nicht demjenigen, der nur das Kontaktrecht ausübt.³⁷⁷ Die Rsp³⁷⁸ gesteht, im Gegensatz dazu, in einem solchen Fall nur demjenigen Elternteil die tatsächliche Ausübung des (Mit-)Sorgerechts zu, in dessen Haushalt das Kind wohnt. Die bloße Tatsache, dass ein Elternteil das Umgangsrecht ausübt, lässt die Rsp, abweichend zu *Nademleinsky/Neumayr*, also nicht genügen.³⁷⁹

Unter dem Entführungszeitpunkt ist jener Zeitpunkt unmittelbar vor der Entführung des Kindes zu verstehen.³⁸⁰ Daher ist es für die Frage der tatsächlichen Ausübung des Mitobsorgerechts irrelevant, ob ein Elternteil nach dem Verbringen des Kindes keine alleinige Obsorge beantragt hat. Weiters ist es unerheblich, ob dieser auf sein Recht auf (Mit-)Bestimmung des Aufenthalts zurückgreift oder einen längeren Zeitraum über keine Anstalten macht mit seinem Kind in Kontakt zu treten, weder persönlich noch telefonisch. Auch wenn ein solches Verhalten den Anschein erwecken könnte, dass dieser Elternteil kein ernsthaftes Interesse an der beiderseitigen

³⁷² RIS-Justiz RS0106624.

³⁷³ OGH 8 Ob 368/97v ZfRV 1998/16 = EFSlg 87.960.

³⁷⁴ OGH 1 Ob 167/08b EF-Z 2009/62 (*Nademleinsky*); 6 Ob 73/12x iFamZ 2012/160 (*Fucik*).

³⁷⁵ *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 13.

³⁷⁶ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.06.

³⁷⁷ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.07; abl RIS-Justiz RS0106625.

³⁷⁸ RIS-Justiz RS0106625; siehe jedoch auch: OGH 2 Ob 291/00h ZfRV 2001,194; In dieser Entscheidung hat es der OGH für die tatsächliche Ausübung des (Mit-)Sorgerechts als ausreichend empfunden, dass der Antragsteller, in Folge seines Auszugs, das Kind nur am Wochenende betreute.

³⁷⁹ OGH 6 Ob 73/12x iFamZ 2012/160 (*Fucik*); 6 Ob 230/12k iFamZ 2013/79 (*Fucik*).

³⁸⁰ RIS-Justiz RS0119948.

Ausübung des Sorgerechts habe,³⁸¹ stellt die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts bei gemeinsamer Obsorge eine hinreichende Anwendungsvoraussetzung des HKÜ dar.³⁸²

4.3 Der Sorgerechtsbruch nach Art 3 HKÜ iVm § 162 ABGB

Art 3 HKÜ setzt ein rechtswidriges Verbringen oder Zurückhalten voraus. Daher ist zunächst zu überprüfen, ob die Vorgehensweise desjenigen Elternteils, der mit dem Kind ins Ausland gezogen ist, iSd § 162 rechtmäßig war. War die Aktion gesetzmäßig, ist das Übereinkommen nicht anwendbar. War sie das nicht, muss die Rechtswidrigkeit näher geprüft werden. Wurde beispielsweise dem anderen Elternteil die Gelegenheit geboten, sich zum geplanten Umzug zu äußern und hat sich dieser aber nicht innerhalb einer angemessenen Frist dagegen ausgesprochen, so liegt nach *Fucik/Miklau* keine Rechtswidrigkeit vor. Ebenso, wenn es unmöglich oder untunlich war, den anderen Elternteil zu verständigen. Auch in jenen Fällen, in denen die Information unterlassen wurde oder der Wunsch des anderen ignoriert wurde, ist nicht automatisch davon auszugehen, dass die Rechtswidrigkeit iSd HKÜ besteht, da diese einen Bruch des Sorgerechts³⁸³ erfordert.³⁸⁴

Im Nachfolgenden wird nun näher auf die einzelnen Konstellationen des § 162 eingegangen und jene Rechtswidrigkeiten hervorgehoben, die eine Rückführung iSd HKÜ ermöglichen:

Wechselt ein nicht mit der Obsorge betrauter Elternteil den Wohnort mit dem Kind, ist stets von einer widerrechtlichen Verbringung auszugehen. Einem Rückführungsantrag kommen daher überaus gute Erfolgsaussichten zu.³⁸⁵

Keine Entführung iSd HKÜ stellt indes ein Wohnortwechsel durch den allein obsorgerechtigten Elternteil dar, zumal das bloße Kontaktrecht des anderen Elternteils keinen Schutz des HKÜ genießt.³⁸⁶ Dies ist zumindest so lange der Fall, solange noch keine wirksame Anordnung nach § 107 Abs 3 Z 4 AußStrG im Moment des Wohnortwechsels vorliegt.³⁸⁷ Durch ein (wirksames)

³⁸¹ OGH 6 Ob 36/13g iFamZ 2013/116 (*Fucik*).

³⁸² Art 3 lit a iVm Art 5 lit a HKÜ; RIS-Justiz RS0074536; OGH 6 Ob 36/13g iFamZ 2013/116 (*Fucik*) = EF-Z 2013/155 (*Nademleinsky*).

³⁸³ LGZ Wien 45 R 502/07t EFSlg 117.769; OGH 1 Ob 167/08b iFamZ 2009/52 (*Pesendorfer*); 5 Ob 47/09m iFamZ 2009/216 (*Fucik*) = EFSlg 124.502; 6 Ob 73/12x iFamZ 2012/160 (*Fucik*); Zur tatsächlichen Ausübung: OGH 6 Ob 139/10z iFamZ 2010/247 = EF-Z 2011/26 = EFSlg 128.125.

³⁸⁴ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32f.

³⁸⁵ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

³⁸⁶ OGH 6 Ob 139/10z EF-Z 2011/26; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 86.

³⁸⁷ *Fucik*, Anm zu OGH 6 Ob 73/12x, iFamZ 2012, 216. (*Fucik*, mit Verweis auf die Entscheidung des US Supreme Court *Abbott vs Abbott*).

gerichtliches Ausreiseverbot wird es dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil nämlich ermöglicht, funktionell bei der Bestimmung des Aufenthalts mitzuwirken. Kommt es schließlich zu einer Verletzung dieser Stellung und folgt man dem Ansatz des konventionsautonomen Sorgerechtsbegriffs, spricht man nach *Fucik/Miklau* zu Recht von einem Sorgerechtsbruch iSd Übereinkommens. Dies, obwohl ihm dadurch keine mit der Obsorge vergleichbare Stellung zukommt.³⁸⁸

Stellt der nicht obsorgeberechtigte Elternteil vor dem geplanten Wohnortwechsel des allein Obsorgeberechtigten Anträge nach § 181 und entscheidet das Gericht noch bevor dieser mit dem Kind ins Ausland verzogen ist, steht einer Rückführung iSd HKÜ grundsätzlich nichts im Weg. Entscheidet das Gericht allerdings nicht vor der Wohnortverlegung, kommt eine Rückgabe iSd Übereinkommens nicht in Betracht.³⁸⁹

Informiert der allein Obsorgeberechtigte den anderen Elternteil nicht über die bevorstehende Übersiedlung ins Ausland oder versucht dieser nicht etwas dagegen zu unternehmen, wird hierdurch das Tatbestandselement einer Sorgerechtsverletzung nicht verwirklicht.³⁹⁰

Wandert einer der beiden Obsorgeberechtigten mit dem Kind aus und ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht festgelegt, welchem von ihnen die hauptsächliche Betreuung des Kindes zukommt, so kann ein Sorgerechtsbruch vorliegen. Da § 162 Abs 2 in diesem Fall nicht anwendbar ist, steht die Wohnortbestimmung nur den Eltern gemeinschaftlich zu. Ein Umzug ins Ausland ist in dieser Konstellation daher nur rechtmäßig, wenn eine Zustimmung des anderen Elternteils oder eine gerichtliche Genehmigung vorgewiesen werden kann. Das Zustimmungserfordernis nach § 162 Abs 3 entfällt allerdings, wenn der dazu befugte Obsorgeberechtigte sein Sorgerecht nicht ausübt.³⁹¹

Wurde hingegen bereits ein Domizilelternteil bestimmt, sind die zwei folgenden gegensätzlichen Standpunkte zu unterscheiden:

*Fucik/Miklau*³⁹² sprechen sich dafür aus, dass auch ein Domizilelternteil „Kindesentführer“ iSd HKÜ sein kann. Und zwar dann, wenn der Domizilelternteil den Wohnort gemeinsam mit dem Kind ins Ausland wechselt, ohne zuvor den mitobsorgeberechtigten Elternteil über sein Vorhaben, iSd § 189 Abs 1 verständigt zu haben. Auch, wenn der Domizilelternteil den anderen Elternteil zwar über den geplanten Umzug informiert, danach allerdings trotz dessen Widerspruch oder vor dem Wohnortwechsel gestellter Anträge nach § 181 seinen Plan in die Tat umsetzt, liegt nach *Fucik/Miklau* ein Sorgerechtsbruch vor. Bleibt der andere Elternteil jedoch

³⁸⁸ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

³⁸⁹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

³⁹⁰ *Fucik*, iFamZ 2012, 216.

³⁹¹ *Beclin* in *Gitschthaler* 209; Beispiel zu Entfall des Zustimmungserfordernisses: Siehe unter 3.3.2.

³⁹² *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

untätig oder stellt erst nach dem Umzug Anträge³⁹³, kommt eine Rückführung nach HKÜ nicht in Betracht. Zudem ist für eine rechtmäßige Rückführung stets zu überprüfen, ob der andere Elternteil sein Sorgerecht tatsächlich ausgeübt hat oder nur aufgrund der Verbringung des Kindes daran gehindert war.³⁹⁴

Nach *Beclin*³⁹⁵ ist es demgegenüber grundsätzlich nahezu unmöglich, dass ein Domizilelternteil den für die Anwendung des Übereinkommens notwendigen Tatbestand erfüllen kann. Da ihm das Gesetz ausdrücklich das alleinige Wohnortbestimmungsrecht zuweist, steht dem nicht Domizilelternteil hinsichtlich des Wohnorts keine Entscheidungsbefugnis zu. Insofern kann die Entscheidung des Domizilelternteils mit dem Kind umzuziehen, zu keiner Verletzung des Obsorgerechts des anderen Elternteils führen, selbst dann nicht, wenn der Umzug entgegen seinem Willen vollzogen wird.

Eine Wohnortverlegung ins Ausland zählt zwar stets zu den „wichtigen Angelegenheiten“ iSd § 189, wovon nicht nur der Obsorgeberechtigte, sondern auch der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil zu informieren und ihm anschließend die Möglichkeit zur Äußerung einzuräumen ist. Allerdings besteht das Recht unabhängig von der Obsorge und stellt daher nur ein Elternrecht und eben keine Obsorgebefugnis dar, weshalb eine Verletzung dieses Rechts auch nicht in den Schutzbereich des HKÜ fällt. Wäre ein solcher Fall durch das HKÜ erfasst, hieße das, dass sich der Schutz auch auf bloß umgangsberechtigte, nicht sorgeberechtigte Eltern erstrecken würde, was allerdings nach *Beclin* keineswegs dem Normzweck des Übereinkommens entspricht. Der Grund für die Erweiterung der Informations- und Äußerungsrechte auf den mit der Obsorge betrauten Elternteil durch § 189 Abs 5 war, nach den Mat,³⁹⁶ dass dieser nicht schlechter gestellt sein darf als ein Elternteil, dem die Obsorge nicht zukommt. Eine Anerkennung dieser Rechte als Obsorgerechte war durch das Hinzufügen des neuen Absatzes jedoch nicht vorgesehen.³⁹⁷

Darüber hinaus ist nach *Beclin*³⁹⁸ auch der Inhalt der Bestimmung untauglich, um als Maßstab für die Prüfung der Widerrechtlichkeit iSd HKÜ zu fungieren. Die Norm gibt nämlich vor, den Wunsch des anderen Elternteils zu berücksichtigen, wenn es dem Kindeswohl besser entspräche. Demnach wäre es also erforderlich, zunächst die Maßnahme auf ihre Konformität mit dem Kindeswohl zu prüfen. Eine solche Vorgehensweise würde allerdings dem Zweck des internationalen Schnellverfahrens, das Kind möglichst schnell (binnen sechs Wochen³⁹⁹) wieder zurückzuholen, entgegenstehen.

³⁹³ aA *Gitschthaler* in *Schwiman/Kodek*, ABGB Ia⁴ §162 Rz 14; Ausgehend vom Gedanken, dass das HKÜ dem (Mit)Obsorgerecht Schutz einräumt, ist *Gitschthaler* entgegen *Fucik/Miklau*, der Meinung, dass es unerheblich ist, ob die Anträge nach § 181, bereits vor oder erst nach dem Umzug gestellt wurden.

³⁹⁴ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

³⁹⁵ *Beclin* in *Gitschthaler* 209.

³⁹⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 30.

³⁹⁷ *Beclin* in *Gitschthaler* 209.

³⁹⁸ *Beclin* in *Gitschthaler* 209f.

³⁹⁹ Siehe Art 11 Abs 3 Brüssel IIa-VO.

Laut *Beclin* sei es zudem unzulässig, eine Rückführung ausschließlich davon abhängig zu machen, ob eine rechtzeitige Verständigung vor dem Wohnortwechsel vorgenommen wurde oder nicht. Sie begründet dies damit, dass eine solche Interpretation der im beschleunigten Verfahren im Vordergrund stehenden Rechtssicherheit und Rechtsklarheit klar zuwiderlaufen würde. Schließlich sei auch hervorzuheben, dass eine Rückführung beträchtliche Rechtsfolgen nach sich zieht, weshalb ein Abstellen auf eine rein formelle Voraussetzung, nämlich einer rechtzeitigen Information, nicht nachvollziehbar sei. Insbesondere deshalb, weil eine genau definierte Frist im Gesetz fehlt, die Klarheit darüber schaffen könnte, welcher Zeitraum der Rechtzeitigkeit noch entspricht.⁴⁰⁰

Zusammenfassend stellt *Beclin*⁴⁰¹ fest, dass der Domizilelternteil aufgrund der ihm alleinig zuerkannten Entscheidungszuständigkeit bezüglich des Wohnorts, den Tatbestand des Sorgerechtsbruches grundsätzlich nicht erfüllen kann. Das bedeutet, dass dieser Tatbestand weder durch einen gegen den Willen des nicht hauptsächlich betreuenden Elternteils vollzogenen Umzugs ins Ausland noch durch eine verspätete Benachrichtigung nach § 189, oder einen bereits gestellten Antrag des anderen Elternteils nach § 181 erfüllt werde. Erst aufgrund eines verhängten gerichtlichen Ausreiseverbots wird die Übersiedlung des Domizilelternteils mit dem Kind in ein anderes Land zu einem widerrechtlichen Verbringen. Denn lediglich in diesem Fall kommt die Obsorgebefugnis nicht mehr nur dem hauptsächlich betreuenden Elternteil allein zu.⁴⁰²

ME sollten dem nicht hauptsächlich betreuenden Elternteil die Rechte, wie nach *Beclin*, nicht völlig „abgesprochen“ werden. Als Elternteil sollte man immer das Recht innehaben, zu wissen, wo sich sein Kind aufhält und vor allem wo sich sein Wohnsitz befindet. Um einem dagegen verstoßenden Umzug ins Ausland entgegenwirken zu können, sollte eine solche Vorgehensweise des Domizilelternteils auch nicht ohne jegliche Konsequenz bleiben, weshalb mE der Ansicht *Fucik/Miklau* zu folgen ist.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass eine „Kindesentführung“ infolge eines Umzuges ins Ausland insbesondere dann vorliegt, wenn zuvor bereits eine Entziehung oder Einschränkung der Obsorge wegen Gefährdung des Kindeswohles nach § 181 Abs 1 angeordnet wurde.⁴⁰³

⁴⁰⁰ *Beclin* in *Gitschthaler* 210.

⁴⁰¹ *Beclin* in *Gitschthaler* 210.

⁴⁰² *Beclin* in *Gitschthaler* 210.

⁴⁰³ *Beclin*, *Zak* 2013, 7; *Beclin*, *iFamZ* 2013, 9; *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich* 87; *Fucik/Miklau*, *iFamZ* 2013, 33; *Fucik/Miklau* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 174f.

4.4 Rückführungshindernisse

Wird ein Kind rechtswidrig über die Landesgrenzen hinweg verbracht oder zurückgehalten, bedeutet dies jedoch nicht automatisch, dass eine Rückgabe auch angeordnet werden muss. Das HKÜ sieht nämlich in seinem Art 13 Gründe vor, die eine Ablehnung der Rückführung des Kindes in den Ursprungsstaat rechtfertigen können. Diese sogenannten Rückführungshindernisse sind im Gesetz taxativ aufgezählt und restriktiv auszulegen.⁴⁰⁴ Das Vorliegen dieser Ausnahmetatbestände hat diejenige Person zu behaupten und zu beweisen, die sich der Rückführung widersetzt.⁴⁰⁵

4.4.1 Tatsächliche Nichtausübung des Sorgerechts

Gem. Art 13 Abs 1 lit a HKÜ liegt ein Grund für die Verweigerung der Rückführung dann vor, wenn der Elternteil, der das Kind mit ins Ausland genommen hat, nachweisen kann, dass der (mit-)obsorgebefugte Elternteil das Sorgerecht im Zeitpunkt des Verbringens tatsächlich nicht ausgeübt hat.⁴⁰⁶ Schließlich dient das Übereinkommen nicht der Durchsetzung nicht wahrgenommener Rechte der Eltern, sondern dem Kindeswohl.⁴⁰⁷ Die Beurteilung der tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts hat nach dem Recht des Ursprungsstaates zu erfolgen.⁴⁰⁸

4.4.2 Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung des dauerhaften Aufenthaltswechsels

Ein weiterer Versagungsgrund nach Art 13 Abs 1 lit a HKÜ liegt dann vor, wenn der andere obsorgeberechtigte Elternteil dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses im Nachhinein genehmigt hat. Der Nachweis kann nicht nur schriftlich erbracht, sondern auch stillschweigend erfolgen. Er muss jedenfalls klar und aufgrund seiner Eindeutigkeit keinen Zweifel am Einverständnis zu einer dauerhaften Änderung des Aufenthalts des Kindes offen

⁴⁰⁴ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1316; *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.08; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 21.

⁴⁰⁵ RIS-Justiz RS0074561.

⁴⁰⁶ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1317.

⁴⁰⁷ RIS-Justiz RS0106625 (T2).

⁴⁰⁸ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1317.

lassen. Sowohl die bloße Untätigkeit als auch eine Zustimmung zu einem nur vorübergehenden Verbleib des Kindes reichen somit nicht aus.⁴⁰⁹ Würde nämlich eine solche Zustimmung genügen, wäre es dem erklärenden Elternteil versagt, die Rückführung des Kindes zu erwirken, wenn sich der andere Teil später doch noch dazu entschließt, dauerhaft mit dem Kind im Ausland zu verbleiben.⁴¹⁰

4.4.3 Schwerwiegende Kindeswohlgefährdung oder Unzumutbarkeit

Nach Art 13 Abs 1 lit b HKÜ ist die Rückgabe ausgeschlossen, wenn sie *mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf eine andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt*. Maßgebliches Kriterium hierbei ist also das Kindeswohl. Das HKÜ folgt grundsätzlich dem Gedanken, dass eine Rückführung dem Wohl des Kindes am besten entspricht, da schließlich auch das Kind das wahre Opfer einer Kindesentführung ist.⁴¹¹ Dem Kindeswohl kommt daher stets Vorrang zu, auch gegenüber dem Ziel des Übereinkommens, Entführungen zu verhindern.⁴¹² Ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, ist immer nach dem Einzelfall zu beurteilen.⁴¹³ Hinsichtlich des Versagungsgrundes aus Art 13 Abs 1 lit b HKÜ ist zudem zu beachten, dass dieser nur auf besonders schwerwiegende Gefahren anwendbar und daher eng auszulegen ist.⁴¹⁴ Nachteile, die für gewöhnlich mit einem erneuten Aufenthaltswechsel einhergehen, sind daher nicht erfasst.⁴¹⁵ Zu berücksichtigen sind in etwa ernsthafte psychische Gefahren, denen das Kind durch die Rückkehr ausgesetzt wäre. Bloß kurzfristige Gefühle der Traurigkeit erreichen das erforderliche Maß hingegen nicht, sofern mit hinreichender Sicherheit erwogen werden kann, dass sich diese Trauer in absehbarer Zeit wieder legen wird. Bei der Beurteilung einer Kindeswohlgefährdung sind idR eine Vielzahl von Kriterien zu beachten. Neben der Persönlichkeit des Kindes ist unter anderem auch auf das Verhältnis des Kindes zu den Eltern oder auf die Integration in die neue Umgebung Bedacht zu nehmen.⁴¹⁶ Nur der Anhaltspunkt der Integration

⁴⁰⁹ OGH 5 Ob 17/08y iFamZ 2008/110 (*Fucik*); *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.09; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 20.

⁴¹⁰ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 1318.

⁴¹¹ OGH 2 Ob 103/09z iFamZ 2009/253 (*Fucik*) = EvBl 2009/155 (*Spitzer*) = EFSIlg 124.511; 6 Ob 242/09w iFamZ 2010/82 (*Fucik*) = EFSIlg 124.511.

⁴¹² RIS-Justiz RS0106455; vgl 6 Ob 242/09w iFamZ 2010/82 (*Fucik*).

⁴¹³ RIS-Justiz RS0112662.

⁴¹⁴ RIS-Justiz RS0074568 (T8).

⁴¹⁵ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.10.

⁴¹⁶ RIS-Justiz RS0112662 (T2).

reicht hingegen nicht aus. Tritt dem allerdings der Umstand hinzu, dass der Rückführungsantrag erst nach über einem Jahr nach der Verbringung gestellt wurde, ist ein Ausschluss der Rückführung gerechtfertigt.⁴¹⁷

Weiters kann die Tatsache, dass das Kind nach seiner Rückkehr nicht nur massiven Streitigkeiten der Eltern ausgesetzt, sondern auch sich selbst als Grund für die Auseinandersetzungen sehen könnte, eine schwerwiegende Gefahr für dessen Wohl bedeuten.⁴¹⁸ Dem wurde allerdings dahingehend die Bedeutung genommen, als sowohl nach jüngerer Rsp⁴¹⁹, als auch nach der Lehre⁴²⁰ eine Rückführung an den Ursprungsstaat und nicht mehr an den Elternteil, von dem eine Gefahr für das Kindeswohl ausgeht, zu erfolgen hat. Kommt dem verbliebenen Elternteil jedoch im Herkunftsstaat die Obsorge allein zu, ist das Kind zwangsläufig diesem zu übergeben.⁴²¹

Fallen für den entführenden Elternteil durch die Rückkehr mit dem Kind Nachteile an, hat sie dieser grundsätzlich in Kauf zu nehmen, zumal nicht auf seine Interessen, sondern ausschließlich auf jene des Kindes abgestellt wird.⁴²² *Nademleinsky/Neumayr*⁴²³ sehen allerdings dort die Grenze erreicht, wo dem verbringenden Elternteil aufgrund der Entführung eine Haftstrafe im Ursprungsstaat droht, da eine Haft auch dem Kindeswohl entgegenstehen würde. Nach OGH in OGH 3 Ob 210/05m⁴²⁴ ist es hingegen irrelevant, ob dem Entführer infolge seiner Rückkehr eine Freiheitsstrafe erwartet. Der OGH begründete dies einerseits mit der fehlenden Verpflichtung des verbringenden Elternteils zur persönlichen Rückgabe des Kindes und andererseits mit der drohenden Unanwendbarkeit des Übereinkommens in Bezug auf Länder, die Haftstrafen für solche Entführungsfälle vorsehen. Es widerspräche demzufolge dem Sinn und Zwecks des HKÜ, wenn eine im Herkunftsland drohende Haftstrafe bereits einen Versagungsgrund der Rückführung darstellen würde.⁴²⁵

Schließlich kann eine Rückführung in den Heimatstaat auch an der Unzumutbarkeit für das Kind scheitern. Um diesen Ausschlussbestand zu verwirklichen, reicht es allerdings nicht aus, rein erzieherische oder wirtschaftliche Nachteile anzuführen. Auch ein Abbruch der Bindung zu seiner Familie oder seiner Umgebung muss nicht zwangsläufig zu einer „unzumutbaren Lage“ iSd HKÜ führen.⁴²⁶ Unzumutbar wäre eine Rückführung etwa dann, wenn das Kind

⁴¹⁷ OGH 1 Ob 176/09b iFamZ 2010/39 (*Fucik*).

⁴¹⁸ OGH 2 Ob 103/09z iFamZ 2009/253 (*Fucik*) = EvBl 209/155 (*Spitzer*) = EFSlg 124.512.

⁴¹⁹ OGH 1 Ob 176/09b iFamZ 2010/39; 2 Ob 90/10i EFSlg 128.121; 6 Ob 230/11h iFamZ 2012/81 (*Fucik*) = EFSlg 131.913.

⁴²⁰ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht² Rz 09.10.

⁴²¹ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB la⁴ § 162 Rz 21.

⁴²² *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.10.

⁴²³ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.10.

⁴²⁴ OGH 3 Ob 210/05m FamZ 2006/25 = EFSlg 111.673.

⁴²⁵ OGH 1 Ob 182/08h iFamZ 2009/51 (*Fucik*); Kritisch: *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.10 (FN 35).

⁴²⁶ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.11.

aus einem Kriegsgebiet stammt und aufgrund der Anordnung wieder dorthin zurückgebracht werden müsste. In einem solchen Fall ist die Rückgabe daher ausgeschlossen.⁴²⁷

4.4.4 Willensbekundung des Kindes

Nach Art 13 Abs 2 HKÜ ist eine Rückgabe überdies abzulehnen, wenn sich das Kind der Rückführung widersetzt und *es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen*. Da das Übereinkommen kein Mindestalter festgelegt hat, obliegt es dem Ermessen des Gerichts, ab welchem Alter bzw. Reifegrad der Wunsch des Kindes in die Entscheidung miteinzubeziehen ist.⁴²⁹ Dem Kind muss es zumindest möglich sein, die Konsequenzen seiner Willensbekundung abschätzen zu können. Diese Reife wurde dem Kind in einer Vielzahl von Entscheidungen bereits ab dem Alter von zehn Jahren zuerkannt.⁴³⁰ Die neuere Rsp⁴³¹ gesteht dem Kind jedenfalls ab dem zwölften Lebensjahr die notwendige Urteilsfähigkeit für eine Obsorgerechtsentscheidung zu.⁴³² *Fucik*⁴³³ bezeichnet es hingegen sogar als „Faustregel“, der Meinung eines über zehn Jahre alten Kindes iSd Art 13 Abs 2 HKÜ Beachtung zu schenken.

Zudem kann ein solches Rückführungshindernis nur dann bestehen, wenn eine deutliche Willenserklärung des Kindes vorliegt. Der alleinige Wunsch in seiner derzeitigen Umgebung verbleiben zu wollen, reicht idR nicht aus.⁴³⁴ Auch der Umstand, dass der freie Wille eines jüngeren Kindes erkennbar beeinflusst worden ist, löst den Ausnahmetatbestand aufgrund der bedingten Bedeutung seiner Meinungsäußerung nicht aus.⁴³⁵

Weiters ist es überaus wichtig, den wahren Willen des Kindes zu ermitteln. Denn oftmals geht dieser nicht unmittelbar aus seiner Äußerung hervor. Daher ist stets zu hinterfragen, ob sich das Kind wirklich gegen die Rückführung ausspricht, oder ob es durch seine Erklärung nur eine Trennung von seiner Bezugsperson verhindern will.⁴³⁶

Geben schließlich Geschwister zwei völlig unterschiedliche Willensbekundungen ab, kann auch deren Trennung die Folge sein.⁴³⁷

⁴²⁷ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1319.

⁴²⁹ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1328; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 22; Nademlejnsky/Neumayr, Int. Familienrecht Rz 09.13.

⁴³⁰ OGH 2 Ob 537/92 EFSlg 69.671; LG Linz 15 R 118/09t EFSlg 124.515.

⁴³¹ OGH 6 Ob 7/10p EF-Z 2010/104 = EFSlg 126.819; 6 Ob 2/11d EF-Z 2011/51 (Beck).

⁴³² Vgl Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1329; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 22.

⁴³³ OGH 5 Ob 76/06x EF-Z 2011/28 FN 15.

⁴³⁴ OGH 5 Ob 47/09m EF-Z 2009/130 = iFamZ 2009/216 (Fucik) = EFSlg 124.514.

⁴³⁵ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1329.

⁴³⁶ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 1329.

⁴³⁷ OGH 6 Ob 230/11h iFamZ 2012/81 (Fucik).

4.4.5 Verstoß gegen den ordre public

Die Rückführung hat nach Art 20 HKÜ auch zu unterbleiben, sofern sie im Entführungsstaat nicht mit dessen Grundwerten der Menschenrechte und Grundfreiheiten vereinbar ist. Nach *Gitschthaler*⁴³⁸ käme dieses Rückführungshindernis etwa dann zur Anwendung, wenn dem Kind im Ursprungsstaat Kinderarbeit oder eine Genitalverstümmelung droht. Wobei diese Gefahren auch eine schwerwiegende Kindeswohlgefährdung darstellen und daher ebenso unter Art 13 Abs 1 lit b HKÜ subsumierbar wären. *Nademleinsky/Neumayr*⁴³⁹ messen diesem Ausschlussstatbestand schließlich mit der Begründung, dass er von der Rsp bisher noch nicht in Anspruch genommen worden sei, eine eher geringe Bedeutung zu.

⁴³⁸ *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Ia⁴ § 162 Rz 24.

⁴³⁹ *Nademleinsky/Neumayr*, Int. Familienrecht Rz 09.14.

5 Schlussbemerkungen

Welche wichtige Rolle das Aufenthaltsbestimmungs- und Wohnortbestimmungsrecht im Verhältnis der Eltern zueinander und im Umgang mit einem Kind darstellt, wurde anhand dieser Diplomarbeit aufgezeigt. Durch die Darbietung ausgewählter Entscheidungen wurde die Bedeutung dieses Rechts besser veranschaulicht und verständlich dargestellt. Schließlich war es ein großes Anliegen der vorliegenden Arbeit internationale Aspekte, wie die der Kindesentführung iSd HKÜ zu behandeln, da derartige Fälle nicht selten sind und idR besonders emotional verlaufen. Ein Beispiel dafür stellt etwa der „Fall Oliver“ nicht zuletzt aufgrund des überaus großen medialen Interesses dar.

Überdies wurden einige sich widersprechende Meinungen in der Literatur, insbesondere hinsichtlich der Regelungen des Wohnortbestimmungsrechts bzw. der Auswirkungen einer Domizilvereinbarung auf das Rückführungsregime iSd HKÜ in diese Arbeit aufgenommen und einander gegenübergestellt, um einen möglichst umfassenden Überblick über dieses Thema gewährleisten zu können.

ME wird das Gesetz seinem Ziel, Klarheit bezüglich des Wohnortbestimmungsrechts zu schaffen, im Grunde gerecht, indem es an die Domizilvereinbarung anknüpft bzw. bei deren Fehlen das Zustimmungs- oder Genehmigungserfordernis voraussetzt.⁴⁴⁰ Dies war, vor allem aufgrund des Trends der Gesellschaft hin zu getrennt lebenden Eltern wichtig, um das Kind vor daraus häufig resultierenden Meinungsverschiedenheiten der Eltern zu schützen. Allerdings sollte der Gesetzgeber mE vom generellen Ausschluss des Wandelmodells, insbesondere bei vereinbarter Obsorge, abgehen, zumal bei dieser Konstellation die nötige Kommunikationsfähigkeit der Eltern grundsätzlich gegeben sein wird, da ansonsten auch eine Vereinbarung über die beiderseitige Obsorge nicht zustande gekommen wäre. Den Eltern sollte es schließlich möglich sein, selbst zu bestimmen, wie sie die Betreuung des gemeinsamen Kindes ausüben möchten. Auch wenn dies zur Folge hat, dass das Kind abwechselnd in zwei unterschiedlichen Haushalten versorgt wird. Zudem entspricht eine solche einvernehmliche Regelung der Eltern auch den Interessen des Kindes, sichere und beständige Kontakte zu beiden Eltern zu pflegen, besser, als ein Eingreifen seitens des Gerichts, wodurch das Kind nur in unnötige Verfahren hineingezogen wird.

Des Weiteren erachte ich die Regelung hinsichtlich des amtswegigen Eingreifens des Gerichts bei Trennung der Eltern als verfehlt, da das Gericht davon idR nur in Einzelfällen Kenntnis erlangen wird, und zwar erst dann, wenn diesbezügliche Anträge der Eltern bei Gericht eingehen. Außerdem wird den untätig bleibenden Eltern die Ausübung der gemeinsamen Obsorge

⁴⁴⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

bzw. die Regelung der Betreuung des Kindes trotz räumlicher Trennung keine Schwierigkeiten bereiten, da sie ansonsten ohnehin das Gericht zur Neuregelung der Obsorge anrufen würden.

Demgegenüber empfinde ich es als geglückt, dass dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil ein verstärktes Kontaktrecht eingeräumt wurde. Sofern sich das Kind rechtmäßig bei ihm befindet, kommt auch diesem das Recht den schlichten Aufenthalt⁴⁴¹ seines Kindes zu bestimmen zu. Schließlich liegt es im Interesse des Kindes eine enge Bindung zu beiden Elternteilen zu haben und glücklich aufwachsen zu können.

⁴⁴¹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31.

Literaturverzeichnis

Barth, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht: Entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage? iFamZ 2009, 181

Beck, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung, EF-Z 2014, 44

Beck, Kindschaftsrecht mit den Änderungen des KindNamRÄG 2013² (2013)

Beck, Obsorgezuweisung neu, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (2013) 175

Beclin, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 4

Beclin, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6

Beclin, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht durch das KindNamRÄG 2013, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz (2013) 61

Beclin, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht nach dem KindNamRÄG 2013: Einschließlich Aufenthaltsbestimmung und Kindesentführung, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (2013) 195

Bernat, Das Kindeswohl auf dem Prüfstand des Rechts- Gedanken zur Funktionsbestimmung einer familienrechtlichen Generalklausel, ÖA 1994, 43

Deixler-Hübner, Die Ausübung der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung und Trennung: Ein Rechtsvergleich mit Deutschland, iFamZ 2010, 129

Deixler-Hübner, Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 9

Deixler-Hübner/Fucik/Huber (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013)

Edlbacher, Die Abnahme eines Kindes mit Zwang, ÖA 1978, 125

Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-267³ (2008)

Fenyves/Welser (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137-186a³ (2000)

Ferrari, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 53

Fucik, Anm zu OGH 6 Ob 73/12x, iFamZ 2012, 216

Fucik, Anm zu OGH 5 Ob 131/13w, iFamZ 2014, 21

Fucik, Kindesentführungsfälle nach HKÜ und Brüssel IIa-VO, EF-Z 2011/28.

Fucik/Miklau, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ: Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31

Fucik/Miklau, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namenrechts (2013) 165

Fucik, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 297

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013)

Graf, Zwei Fragen der Pflege und Erziehung von Kindern durch Dritte, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 759

Gründler, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701

Hauer/Keplinger (Hrsg), Sicherheitspolizeigesetz: Kommentar⁴ (2011)

Hinteregger, Familienrecht⁶ (2013)

Hopf, Die Rechtsstellung des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 69

Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485

Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Schluss), ÖJZ 2001, 530

Höllwerth, Obsorgeverfahren und Durchsetzung der Obsorge: Einschließlich (vorläufige) Obsorgemaßnahmen, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (2013) 211

Huber/Täubel-Weinreich, Obsorge kompakt: Alles über das Kindschaftsrecht² (2013)

Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197

Klein, Das Pflegeverhältnis und die rechtliche Stellung von Pflegeeltern (§§ 186 und 186a ABGB), ÖA 1992, 135

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} (Stand: Juli 2013, rdb.at)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II: Besonderer Teil² (1984)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil³ (1997)

Mottl, Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzung? in *Rauch-Kallat/Pichler* (Hrsg), Entwicklung in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 167

Nademleinsky, Anm zu OGH 5 Ob 17/08y, EF-Z 2008, 154

Nademleinsky/Neumayr (Hrsg), Internationales Familienrecht (2007)

Rechberger (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (2003)

Schuchter, Das neue österreichische Kindschaftsrecht, FamRZ 1979, 882

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1997)

Schwimann (Hrsg), Taschenkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² (2013)

Schwimann/Verschraegen (Hrsg), Schwimann-Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I⁴ (2012)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Ia⁴ (2013)

Stefula, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie, iFamZ 2009, 266

Stefula/Thunhart, Die Ausübung der elterlichen Obsorge durch Dritte, iFamZ 2009, 70

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1

Judikaturverzeichnis

VfGH 28.6.2012	G 114/11	
OLG 21.6.1994	6 Nc 11/94	EFSIlg 74.960
OGH 8.4.1964	7 Ob 75/64	SZ 37/51 EvBI 1964/422
OGH 24.4.1980	7 Ob 576/80	EFSIlg 35.983
OGH 30.6.1982	1 Ob 662/82	ÖA 1983,101
OGH 6.10.1982	3 Ob 140/82	SZ 55/141 EvBI 1983/15
OGH 15. 6.1983	1 Ob 642/83	AnwBI 1983,719 (krit <i>Grass</i>) EFSIlg 43.389
OGH 24.4.1986	7 Ob 553/86	EFSIlg 51.296
OGH 22.10.1986	1 Ob 628/86	SZ 59/184 JBI 1987,39 ÖA 1987,53
OGH 26.3.1987	7 Ob 547/87	EFSIlg 54.062
OGH 30.3.1989	6 Ob 557/89	EFSIlg 61.508
OGH 27.9.1990	7 Ob 657/90	JBI 1991,515 EFSIlg 62.971
OGH 29.4.1992	2 Ob 537/92	ZfRV 1993/10 EFSIlg 69.671
OGH 30.1.1996	1 Ob 623/95	SZ 69/20 EFSIlg 81.140
OGH 11.3.1996	1 Ob 2025/96t	EFSIlg 82.892 EFSIlg 82.893
OGH 26.7.1996	1 Ob 2078/96m	EFSIlg 81.156

OGH 15.10.1996	4 Ob 2288/96s	ÖA 1997,171 EFSIlg 82.904
OGH 24.6.1997	1 Ob 2396/96a	EFSIlg 84.218
OGH 28.8.1997	3 Ob 505/96	ZfRV 1998,79 JBI 1998,243 SZ 70/163 EFSIlg 83.030 EFSIlg 84.441
OGH 16.4.1998	8 Ob 368/97v	ZfRV 1998/16 EFSIlg 87.960
OGH 2.9.1998	9 Ob 200/98x	EvBI 1999/20 EFSIlg 87.093
OGH 30.3.1999	7 Ob 70/99s	ÖA 2000,45
OGH 23.11.1999	4 Ob 311/99k	ÖA 2000,185
OGH 7.12.2000	2 Ob 291/00h	ZfRV 2001,194
OGH 9.9.2002	7 Ob 186/02g	EFSIlg 102.945
OGH 10.12.2002	10 Ob 325/02w	EFSIlg 100.368
OGH 30.10.2003	8 Ob 121/03g	EFSIlg 105.359
OGH 25.11.2003	5 Ob 272/03s	EFSIlg 104.211
OGH 21.6.2004	10 Ob 31/04p	EFSIlg 107.708
OGH 12.4.2005	10 Ob 26/05d	
OGH 24.6.2005	1 Ob 49/05w	Zak 2005/63 JBI 2006,117 ÖA 2005,306 (<i>Wienerroither</i>) Sach 2005,177 (<i>Krammer</i>) SZ 2005/92
OGH 12.7.2005	4 Ob 150/05w	EFSIlg 111.665
OGH 27.9.2005	1 Ob 58/05v	ecolex 2006/69
OGH 20.10.2005	3 Ob 210/05m	FamZ 2006/25 EFSIlg 111.673

OGH 30.5.2006	5 Ob 76/06x	EF-Z 2011/28
OGH 1.4.2008	5 Ob 17/08y	iFamZ 2008/110 (<i>Fucik</i>)
OGH 7.7.2008	6 Ob 124/08s	
OGH 30.9.2008	1 Ob 182/08h	iFamZ 2009/51 (<i>Fucik</i>)
OGH 30.9.2008	1 Ob 167/08b	EF-Z 2009/62 (<i>Nademleinsky</i>) iFamZ 2009/52 (<i>Pesendorfer</i>)
OGH 17.12.2008	9 Ob 35/08z	iFamZ 2009/61 (<i>Thoma-Twaroch</i>) EFSlg 122.315
OGH 12.5.2009	5 Ob 47/09m	EF-Z 2009/130 iFamZ 2009/216 (<i>Fucik</i>) EFSlg 124.494 EFSlg 124.502 EFSlg 124.514
OGH 16.7.2009	2 Ob 103/09z	iFamZ 2009/253 (<i>Fucik</i>) EvBl 2009/155 (<i>Spitzer</i>) EFSlg 124.511 EFSlg 124.512
OGH 18.9.2009	6 Ob 181/09z	EF-Z 2010/27 iFamZ 2010/36 (<i>Fucik</i>)
OGH 13.10.2009	1 Ob 176/09b	iFamZ 2010/39 (<i>Fucik</i>)
OGH 18.12.2009	6 Ob 242/09w	iFamZ 2010/82 (<i>Fucik</i>) EFSlg 124.511
OGH 18.2.2010	6 Ob 7/10p	EF-Z 2010/104 EFSlg 126.819
OGH 5.5.2010	1 Ob 63/10m	EF-Z 2010/129 RdM-LS 2010/65
OGH 8.7.2010	2 Ob 90/10i	EFSlg 128.121
OGH 19.7.2010	6 Ob 139/10z	iFamZ 2010/247 EF-Z 2011/26 EFSlg 128.125

OGH 22.12.2010	2 Ob 223/10y	EF-Z 2011/60 (<i>Beck</i>) iFamZ 2011/138 EFSIlg 126.887
OGH 12.1.2011	6 Ob 2/11d	EF-Z 2011/51 (<i>Beck</i>)
OGH 9.11.2011	5 Ob 173/11v	EF-Z 2012/70 iFamZ 2012/51 EFSIlg 130.467
OGH 24.11.2011	6 Ob 230/11h	iFamZ 2012/81 (<i>Fucik</i>) EFSIlg 131.913
OGH 17.1.2012	5 Ob 258/11v	EF-Z 2012/131 EFSIlg 134.367
OGH 19.4.2012	6 Ob 73/12x	iFamZ 2012/160 (<i>Fucik</i>)
OGH 19.9.2012	3 Ob 155/12h	EF-Z 2013/10 (<i>Beck</i>)
OGH 19.12.2012	6 Ob 230/12k	iFamZ 2013/79 (<i>Fucik</i>)
OGH 19.12.2012	6 Ob 217/12y	JBI 2013,190 iFamZ 2013/78 (<i>Fucik</i>)
OGH 14.3.2013	6 Ob 36/13g	iFamZ 2013/116 (<i>Fucik</i>) EF-Z 2013/155 (<i>Nademleinsky</i>)
OGH 6.11.2013	5 Ob 131/13w	iFamZ 2014/15 (<i>Fucik</i>)
OGH 26.2.2014	9 Ob 8/14p	
LG Innsbruck 21.7.2010	51 R 61/10k	EFSIlg 126.691 EFSIlg 126.692
LG Linz 24.3.2009	15 R 118/09t	EFSIlg 124.515
LG Salzburg 23.10.2006	21 R 561/06f	EFSIlg 113.708
LG Salzburg 20.12.2006	21 R 468/06d	EFSIlg 116.074
LG Salzburg 18.3.2009	21 R 67/09p	EFSIlg 123.291

LG Wels 28.7.2010	21 R 228/10v	EFSIlg 126.691
LGZ Wien 11.12.1980	43 R 1084/80	EFSIlg 35.863
LGZ Wien 26.2.1981	43 R 140/81	EFSIlg 38.377
LGZ Wien 11.3.1983	43 R 112/83	EFSIlg 43.342
LGZ Wien 20.4.1989	47 R 241/89	EFSIlg 59.635
LGZ Wien 6.6.1991	47 R 326/91	EFSIlg 65.898
LGZ Wien 7.4.1992	44 R 36/92	EFSIlg 68.622
LGZ Wien 5.10.1993	44 R 617/93	EFSIlg 71.875
LGZ Wien 9.3.1994	43 R 193/94	EFSIlg 75.162
LGZ Wien 21.8.1996	44 R 504/96k	EFSIlg 81.158
LGZ Wien 8.10.1997	44 R 590/97h	EFSIlg 83.844
LGZ Wien 23.11.2001	44 R 513/01v	EFSIlg 96.465
LGZ Wien 17.2.2004	42 R 22/04b	EFSIlg 107.797
LGZ Wien 7.7.2004	42 R 324/04i	EFSIlg 107.709
LGZ Wien 22.3.2005	42 R 112/05i	EFSIlg 110.761
LGZ Wien 22.6.2005	42 R 173/05k	EFSIlg 110.902
LGZ Wien 3.8.2007	45 R 502/07t	EFSIlg 117.769
LGZ Wien 20.5.2008	42 R 54/08i	EFSIlg 122.320
LGZ Wien 28.4.2009	48 R 69/09s	EFSIlg 125.893
LGZ Wien 29.6.2010	48 R 167/10d	EFSIlg 129.535
LGZ Wien 15.12.2010	45 R 569/10z	EFSIlg 126.806 EFSIlg 126.807
LGZ Wien 7.6.2011	44 R 211/11x	EFSIlg 130.615 EFSIlg 130.618
LGZ Wien 19.9.2011	45 R 144/11a	EFSIlg 130.611

Rechtssätze

RIS-Justiz RS0047974

RIS-Justiz RS0047754

RIS-Justiz RS0122828

RIS-Justiz RS0007272

RIS-Justiz RS0125726

RIS-Justiz RS0008614

RIS-Justiz RS0127207

RIS-Justiz RS0048712

RIS-Justiz RS0048704

RIS-Justiz RS0048633

RIS-Justiz RS0048699

RIS-Justiz RS0074532

RIS-Justiz RS0074198 (T11)

RIS-Justiz RS0046577

RIS-Justiz RS0109781

RIS-Justiz RS0109515

RIS-Justiz RS0106624

RIS-Justiz RS0106625

RIS-Justiz RS0119948

RIS-Justiz RS0074536

RIS-Justiz RS0074561

RIS-Justiz RS0106455

RIS-Justiz RS0112662

RIS-Justiz RS0074568 (T8)

Anhang

Antrag auf Rückgabe

Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung

ERSUCHENDE ZENTRALE BEHÖRDE OD. ANTRAGSTELLER	ERSUCHTE BEHÖRDE
---	------------------

Betrifft das Kind _____

das das 16. Lebensjahr vollendet am _____

Anmerkung: Die folgenden Spalten sollen so ausführlich wie möglich ausgefüllt werden.

I. IDENTITÄT DES KINDES UND SEINER ELTERN

1. Kind

Name und Vornamen	
Geschlecht	weiblich <input type="checkbox"/> männlich <input type="checkbox"/>
Geburtsdatum und -ort	Staatsangehörigkeit
Gewöhnlicher Aufenthaltsort vor dem Verbringen oder Zurückhalten	
Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden	
Personenbeschreibung und wenn möglich Lichtbild (siehe Anlagen)	

2. Eltern

2.1 Mutter:

Name und Vornamen
Geburtsdatum und -ort
Staatsangehörigkeit
Beruf
Gewöhnlicher Aufenthalt
Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden

2.2 Vater:

Name und Vornamen
Geburtsdatum und -ort
Staatsangehörigkeit
Beruf
Gewöhnlicher Aufenthalt
Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden

3.3 Datum und Ort der Eheschließung

--

II. ANTRAGSTELLENDEN PERSON ODER BEHÖRDE

(die das Sorgerecht vor dem Verbringen oder Zurückhalten tatsächlich ausgeübt hat)

3.

Name und Vornamen
Staatsangehörigkeit des Antragstellers (falls natürliche Person)
Beruf des Antragstellers (falls natürliche Person)
Anschrift
Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden
Beziehung zum Kind
Name und Anschrift des Rechtsanwaltes, falls vorhanden

III. ORT, AN DEM SICH DAS KIND VERMUTLICH BEFINDET

4.1 Angaben über die Person, die das Kind angeblich verbracht oder zurückgehalten hat

Name und Vornamen
Geburtsdatum und -ort, falls bekannt
Staatsangehörigkeit, falls bekannt
Beruf
Letzte bekannte Anschrift
Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden
Personenbeschreibung und wenn möglich Lichtbild (siehe Anlagen)

4.2 Anschrift des Kindes

--

4.3 Andere Personen, die in der Lage sein könnten, zusätzliche Angaben über den Aufenthaltsort des Kindes zu machen

--

IV. ZEITPUNKT, ORT, DATUM UND UMSTÄNDE DES WIDERRECHTLICHEN VERBRINGENS ODER ZURÜCKHALTENS

--

V. TATSÄCHLICHE ODER RECHTLICHE GRÜNDE, DIE DEN ANTRAG RECHTFERTIGEN

--

VI. ANHÄNGIGE ZIVILVERFAHREN

--

VII. DAS KIND IST ZURÜCKZUGEBEN AN

a)

Name und Vornamen
Geburtsdatum und -ort
Anschrift
Telefonnummer

b)

Vorschläge, wie die Rückgabe des Kindes durchgeführt werden soll
--

VIII. SONSTIGE BEMERKUNGEN

--

IX. VERZEICHNIS DER BEIGEFÜGTEN SCHRIFTSTÜCKE*)

--

Datum _____

Ort _____

Unterschrift und/oder Siegel der ersuchenden Zentralen Behörde
oder des Antragstellers

*) z. B. beglaubigte Ausfertigung einer für die Sache erheblichen Entscheidung oder Vereinbarung über das Sorgerecht oder das Recht auf persönlichen Umgang, Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über das anzuwendende Recht; Auskunft über die soziale Lage des Kindes; Vollmacht für die Zentrale Behörde, für den Antragsteller tätig zu werden.