

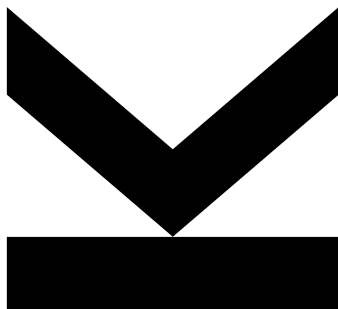
Ausgewählte Aspekte des Kindschaftsverfahrens mit besonderem Blick auf die gesetzliche Verankerung einer „Doppelresidenz“

Eingereicht von
Raphaella Nill

Angefertigt am
**Institut für Europäisches
und Österreichisches
Zivilverfahrensrecht**

Beurteiler / Beurteilerin
**Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Astrid
Deixler-Hübner**

Dezember 2017



Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Magistra der Rechtswissenschaften

im Diplomstudium

Rechtswissenschaften

EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Diplomarbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt bzw. die wörtlich oder sinngemäß entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Die vorliegende Diplomarbeit ist mit dem elektronisch übermittelten Textdokument identisch.

Wels, 4. Dezember 2017

Hinweis:

In dieser Arbeit verzichte ich zugunsten der besseren Lesbarkeit auf die gendergerechte Schreibweise. Sofern nicht ausdrücklich angeführt, beziehen sich sämtliche Personenbezeichnungen gleichermaßen auf beide Geschlechter.

**Für meine Eltern,
Ulrike
und
Rudolf**

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch JGS Nr. 946/1811
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl. I Nr. 111/2003
BG	Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz BGBl. I Nr. 69/2013
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVG Kinderrechte	Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern BGBl. I Nr. 4/2011
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 194/1999
Bzgl	bezüglich
Bzw	beziehungsweise
EFSIlg	Sammlung der ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Bundesrepublik Deutschland)
FLAG	Familienlastenausgleichsgesetz 1967
Gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
HKÜ	Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBl. Nr 512/1988
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idZ	in diesem Zusammenhang
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
insb	insbesondere
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JA	Justizausschuss

JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JBI	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm BGBl. Nr. 111/1895
JRP	Journal für Rechtspolitik
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 15/2013
KindRÄG	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 200/135
KJHT	Kinder- und Jugendhilfeträger
leg cit	legis citatae
LGZ	Landesgericht für Zivilsachen
Mat	Materialien
Mj	Minderjährige
nF	neue Fassung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ÖRPfl	Der Österreichische Recht§Pfleger (Zeitschrift)
PStG	Personenstandsgesetz 2013 BGBl. I Nr. 16/2013
Rdb	Rechtsdatenbank
RPfIG	Rechtspflegergesetz BGBl. I Nr. 114/1997
RH	Rechnungshof
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention BGBl Nr. 7/1993 idF BGBl. Nr. 437/1993
uU	unter Umständen
uvm	und viele mehr
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZivMediatG	Zivilrechts-Mediations-Gesetz
ZRS	Zivilrechtssachen

I. Einleitung	8
II. Materieilrechtliches	9
A. Allgemeines zum Obsorgerecht §§ 177 – 185 ABGB.....	9
1. Obsorgerecht.....	9
2. Kontaktrecht (in Gegenüberstellung zum Obsorgerecht) §§ 187 ff ABGB	13
B. Begriff des Kindeswohls § 138 ABGB	19
1. Definition	19
2. Einvernehmensgebot § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB.....	21
3. Wohlverhaltensgebot § 159 ABGB	22
4. Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte § 189 ABGB.....	23
C. Allgemeine Überlegungen nach KindNamRÄG 2013.....	28
1. Wesentliche Neuerungen des KindNamRÄG 2013.....	28
III. Verfahrensrechtliches	30
A. Obsorgeübertragung	30
1. Inländische Gerichtsbarkeit und Gerichtszuständigkeit	30
2. Relative Anwaltpflicht § 104 AußStrG	31
3. Verfahrensfähigkeit Minderjähriger	32
4. Parteien im Obsorgeverfahren.....	33
5. Einräumung vorläufiger Rechte.....	34
6. Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung.....	36
B. Besondere Verfahrensbestimmungen des § 107 Abs 3 AußStrG	41
1. Sinn und Zweck des Maßnahmenkatalogs	43
2. Rechtliche Einordnung von Anordnungen gem § 107 Abs 3 AußStrG	45
3. § 107 AußStrG im Verhältnis zu Art 8 EMRK.....	46
C. Familiengerichtshilfe nach § 106a AußStrG	47
1. Voraussetzungen für die Tätigkeit der FamGHi	47
2. Aufgaben der FamGHi.....	48
3. Rechte und Pflichten.....	49
D. Endgültige Entscheidung über die Obsorge.....	50
1. Grundrechte der Eltern	52
2. Kinderbeistand nach § 104a AußStrG.....	53
E. Besuchsbegleitung gem § 111 AußStrG.....	56
IV. Durchsetzung von Obsorgeregelungen § 110 AußStrG.....	59
A. Durchsetzung des Kontaktrechts bei Kontaktrechtsvereitelung.....	59
1. Rechtsvergleich mit deutscher Umgangspflegschaft § 1684 Abs 2 BGB.....	62

2.	Haft- und Geldstrafen als Zwangsmittel des AußStrG	63
3.	Sonstige Folgen der Kontaktverhinderung	66
B.	Obsorgeentzug als ultima ratio	68
C.	Rechtsmittel im Verfahren	70
V.	Doppelresidenz.....	73
A.	Definition §§ 177/4, 179/2, 180/2 ABGB	73
B.	Merkmale des Doppelresidenzmodells.....	77
1.	Begriff „Heim erster Ordnung“	77
2.	Betreuungsverhältnis	78
3.	Wohnortbestimmungsrecht – Aufenthaltsbestimmungsrecht.....	84
C.	Kritik an gesetzlichen Verbot der Doppelresidenz.....	88
VI.	Schlusswort	94
VII.	Literaturverzeichnis	96

I. Einleitung

In der vorliegenden Arbeit befasse ich mich mit verschiedenen verfahrensrechtlichen Aspekten des Kindschaftsverfahrens mit besonderem Blick auf die „Doppelresidenz“.

Inhaltlich wurde das Kindschaftsrecht seit dem Jahr 1970 durch zahlreiche Novellen des Familienrechts grundlegend umgestaltet. Wesentliche Anliegen der Reformen im Kindschaftsrecht waren die Gleichstellung von Vater und Mutter sowie die Angleichung der Rechtsstellung von ehelichem und unehelichem Kind. Kinder werden heute zunehmend nicht mehr als Objekte elterlicher Rechte und staatliche Erziehungsaufsicht, sondern als Rechtssubjekte mit eigenen Ansprüchen gesehen. Dies wurde vor allem vom KindRÄG 2001 deutlich zum Ausdruck gebracht, mit dem die Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen wesentlich gestärkt wurde.

Mit der Novelle KindNamRÄG 2013 wurde das Kindschaftsrecht weitreichend geändert und neu strukturiert. Auslöser für die Novelle waren mehrere Entscheidungen des EGMR zur rechtlichen Stellung des Vaters eines unehelichen Kindes. Durch diese Novelle wurde das gesamte Kindschaftsrecht neu gegliedert sowie der Begriff „Kindeswohl“ neu umschrieben, die gemeinsame Obsorge ausgeweitet, die Rechtsstellung des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils verbessert und die Familiengerichtshilfe eingerichtet.¹

Ziel dieser Arbeit soll sein, bestimmte Neuerungen im Verfahren aufzuzeigen und dem Leser einen Überblick über das österreichische Kindschaftsverfahren zu verschaffen.

¹ *Hinteregger/Ferrari, Familienrecht*⁷ (2015) 161ff.

II. Materiellrechtliches

A. Allgemeines zum Obsorgerecht §§ 177 – 185 ABGB

Im Nachfolgenden werde ich überblicksmäßig auf die materiellrechtlichen Regelungen des Obsorge- sowie des Kontaktrechts eingehen. Ausgewählte Bestimmungen des AußStrG werde ich im Zuge der Behandlung des Verfahrensrechts hervorheben.

Der Begriff der Obsorge wurde durch das **Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989** in das ABGB eingeführt. Er ersetzt den alten Begriff der elterlichen Gewalt und umfasst **Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und Vertretung des Kindes**. Die Obsorge ist Ausdruck der besonderen Verantwortung der Eltern oder der sonst mit der Obsorge betrauten Person für das Kind. Die mit der Obsorge verbundenen Befugnisse sollen nach Ansicht des Gesetzgebers kein von dieser Verantwortung losgelöstes Recht darstellen, sondern nur dazu dienen, die daraus resultierenden Aufgaben bewältigen zu können. Der Gesetzgeber des KindRÄG 2001 wollte diese besondere Pflichtenbindung der Obsorge auch sprachlich deutlich zum Ausdruck bringen. Das Gesetz spricht deshalb selbst bei den Eltern nur mehr von der „Betrauung“ mit der Obsorge.²

Nach der Rsp des OGH ist die Obsorge primär kein Recht, sondern **eine von Verantwortung gegenüber Kindern getragene Aufgabe**. Auf elterliche Pflege- und Erziehungsbefugnisse kann ohne gerichtliche Genehmigung nicht verzichtet werden. Eine Betrauung mit der Obsorge besteht entweder schon ex lege oder es bedarf hierfür eines Gerichtsbeschlusses.³

Die Obsorge bezeichnet das gesamte personenrechtliche Fürsorgeverhältnis der mit der Obsorge betrauten Personen gegenüber ihren Kindern. Die Obsorge gliedert sich in **ein Innen- und ein Außenverhältnis**. Das Innenverhältnis bezieht sich auf die tatsächliche Vornahme der Pflege und Erziehung und der Vermögensverwaltung, während das Außenverhältnis die gesetzliche Vertretung in diesen beiden Bereichen sowie außerhalb dieser Bereiche betrifft.⁴

1. Obsorgerecht

a) Gemeinsame Obsorge der Eltern

Gem § 177 Abs 1 ABGB kommt die Obsorge eines **minderjährigen ehelichen Kindes beiden Elternteilen** zu. Nach Abs 2 leg cit kommt bei unehelichen Kindern die alleinige Obsorge der Mutter zu. Die Eltern können nach dieser Bestimmung jedoch vor einem Standesbeamten bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, „sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist“.

² Hinteregger/Ferrari, Familienrecht, 226.

³ OGH 10 Ob 30/16h Zak 2016,234 = iFamZ 2016,212 = Jus-Extra OGH-Z 6077 = EFZ 2016,313.

⁴ Huber, Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2016) 276.

Die Beibehaltung der anfänglichen Alleinobsorge der Mutter im KindNamRÄG 2013 ist verfassungsrechtlich unbedenklich, da weder der EGMR noch der VfGH Bedenken darüber geäußert haben.⁵ Bisher sah § 144 ABGB aF⁶ unter der Überschrift „Obsorge“ vor, dass die Eltern „das minderjährige Kind zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen und allen anderen Angelegenheiten zu vertreten haben“. Aus der Überschrift vor § 139 ABGB aF iVm § 166 erster Satz ABGB aF und dem Wortlaut des § 144 ABGB aF ergab sich, dass sich diese Obsorgezuteilung nur auf eheliche minderjährige Kinder bezogen hat. Die neue, klare Regelung ist daher – auch ohne inhaltliche Änderung – zu begrüßen.⁷

Gem § 177 Abs 4 ABGB haben „Elternteile, die gemeinsam mit der Obsorge betraut sind und die **nicht in häuslicher Gemeinschaft leben**, festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind **hauptsächlich aufhalten** soll“. Nach Abs 2 leg cit „muss der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, vorbehaltlich § 158 Abs 2 mit der gesamten Obsorge betraut sein“.

b) Obsorge für uneheliche Kinder bei Einigkeit der Eltern

Gem § 177 Abs 2 Satz 2 „können die nicht miteinander verheirateten Eltern vor dem Standesbeamten [.....] bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist“.

Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 soll nunmehr die **Obsorge beider Elternteile (eher) die Regel** sein.⁸ Bereits vor dem KindNamRÄG 2013 konnten die Eltern, wenn sie nicht miteinander verheiratet waren, bei Gericht vereinbaren, dass in Zukunft beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind. Das Gericht hatte die Vereinbarung unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu genehmigen. Mit der Regelung des § 177 Abs 2 ABGB nF sollte also für beide Eltern ein **einfacher und möglichst unbürokratischer Weg** zur Erlangung der Obsorge bereitgestellt werden.⁹

Die **Rechtsbelehrung durch den Standesbeamten** erfolgt mithilfe eines Informationsblatts, welches den Eltern vor Unterzeichnung der Obsorgevereinbarung ausgefolgt werden sollte. Da an eine derartige Rechtsbelehrung weitreichende Rechtsfolgen geknüpft sind, erfordert diese das nötige rechtliche Fach- und Erfahrungswissen. Diese fachliche Kompetenz wurde jedoch bis zum KindNamRÄG 2013 bei den sonst von Standesbeamten wahrzunehmenden Amtsgeschäften nicht verlangt, weshalb es überaus fragwürdig erscheint, warum der

⁵ *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, Online-Kommentar zum ABGB^{1.05} (Stand 1.8.2017, rdb.at), § 177 Rz 7.

⁶ ABGB idF BGBl. I Nr. 135/2000.

⁷ *Barth/Jelinek*, Das neue Obsorgerecht in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 112.

⁸ 3 Ob 103/13p EFSlg 137.598 = EFSlg 137.657 = EFSlg 137.658 = EFSlg 137.680 = EFSlg 137.682 = EFSlg 137.685 = EFSlg 137.695 = EFSlg 137.697 = EFSlg 137.701 = EFSlg 137.703 = EFSlg 138.843.

⁹ *Barth/Jelinek in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 114.

Gesetzgeber dieser Berufsgruppe so weitreichende Kompetenzen durch das KindNamRÄG 2013 eingeräumt hat.¹⁰

Die Bestimmung der Obsorge ist **zeitlich nicht befristet**, sie kann also (was allerdings wohl der Regelfall sein wird) nicht nur in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes vorgenommen werden. Die Bestimmung bedarf gem § 190 Abs 2 ABGB keiner gerichtlichen Genehmigung. Sie darf allerdings einer bereits erfolgten gerichtlichen Entscheidung nicht widerstreiten. Um dies sicherzustellen, sehen § 109 Abs 3 AußStrG und § 67 Abs 5 PStG 2013 **wechselseitige Verständigungspflichten** zwischen **Gerichten und Standesbeamten** vor.¹¹

c) **Obsorge nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft bei Einigkeit der Eltern**

Nach § 179 Abs 1 ABGB bleibt die gemeinsame Obsorge der Eltern nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern aufrecht, wenn die Eltern vor Gericht keine Vereinbarung darüber schließen, welcher Elternteil mit der alleinigen Obsorge betraut wird oder dass die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.

Die **nicht miteinander verheirateten Eltern** können vor dem Standesbeamten eine **einvernehmliche Obsorgeregelung** gem § 177 Abs 2 Satz 2 ABGB bestimmen, sofern das Sorgerecht nicht bereits gerichtlich geregelt ist. Nach § 177 Abs 3 leg cit können die Eltern vom Regelmodell der gemeinsamen Obsorge abgehen und davon abweichende Obsorgevereinbarungen treffen. Dies **gilt für alle Eltern**; unbeachtlich ob sie verheiratet oder unverheiratet sind. Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung, ist es daher auch denkbar, dass die Obsorge eines Elternteils selbst in aufrechter Ehe und häuslicher Gemeinschaft durch Vereinbarung der Eltern abgeändert, eingeschränkt oder aufgehoben werden kann. Die Regelung des § 177 Abs 3 müsse deshalb nach einer Lehrmeinung **teleologisch reduziert** werden, sodass die gemeinsame Obsorge nur bei Aufhebung der Ehe oder Auflösung der Lebensgemeinschaft der Eltern beendet werden kann.¹²

Wie schon in § 177 Abs 4 ABGB angeordnet, muss auch im Fall der Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, mit der gesamten Obsorge betraut sein. Eine **Ausnahme** besteht nur für den Elternteil, dem, weil er **nicht voll geschäftsfähig ist**, nicht die Vermögensverwaltung und die Vertretung des Kindes gem § 158 Abs 2 ABGB zukommen. Abgesehen von diesem Fall, ist jedoch eine Obsorgevereinbarung, wonach Vater und Mutter jeweils nur mit einem Teil der Obsorge betraut

¹⁰ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 177 Rz 10.

¹¹ Weitzenböck, in Schwimann (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar³ (2015), § 177 Rz 7.

¹² Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 177 Rz 11.

sind oder die Obsorge zeitlich etwa wochen- oder monatsweise zwischen Vater und Mutter geteilt ist, nicht zulässig.¹³

Mit dem im Juli 2018 in Kraft tretenden **Erwachsenenschutzgesetz** wird der Abs 2 des § 158 ABGB um einen zweiten Satz dahingehend erweitert, „dass ein volljähriger Elternteil über jene **Entscheidungsfähigkeit**, die ein **Handeln in eigenen Angelegenheiten** erfordert, verfügen muss, um sein Kind und dessen Vermögen verwalten zu können“. Nach dieser neuen Bestimmung ist § 181 ABGB sinngemäß anzuwenden.

Die gesetzliche Beschränkung der Obsorge in Abs 2 soll nur noch für minderjährige Eltern gelten. Fehlt also einem volljährigen Elternteil etwa die Entscheidungsfähigkeit für Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten, so kann er in diesem Bereich auch nicht sein Kind vertreten. Fehlt ihm dagegen lediglich in Vermögensangelegenheiten die Geschäftsfähigkeit, so kann er in medizinischen Angelegenheiten wirksam für das Kind auftreten. Diese neue Vorschrift des Abs 2 zweiter Satz führt jedoch nicht ex lege zur Beschränkung der Obsorge des betroffenen Elternteils, es bedarf vielmehr der gerichtlichen Entscheidung nach § 181 ABGB. Im Fall eines **minderjährigen Elternteils** (und des Fehlens eines anderen volljährigen Elternteils) kommt somit weiterhin die **automatische Vertretung des Kinder- und Jugendhilfeträger** nach § 207 zweiter Satz ABGB zum Tragen.¹⁴

Gem § 179 Abs 2 haben die Eltern im Falle einer gemeinsamen Obsorge „vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird“.

Bei der Vereinbarung über den Haushalt, in welchem das Kind hauptsächlich betreut wird, handelt es sich grundsätzlich nur um eine **terminologische Anpassung**, die den Aufgaben und Leistungen des Elternteils, bei dem das Kind hauptsächlich lebt, besser entsprechen soll. Um beide Elternteile mit der gesamten Obsorge zu betrauen ist daher keine Obsorgevereinbarung im technischen Sinn notwendig, sondern nur eine **Betreuungsvereinbarung**, weil die gemeinsame Obsorge der Elternteile ex lege weiter besteht.¹⁵

Der Gesetzgeber regelte mit dem KindRÄG 2001, das die Bestimmung der beiderseitigen Obsorge nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe und für uneheliche Kinder einführte, die Festlegung eines Ortes der hauptsächlichlichen Betreuung. Er wählte damit das sogenannte „Eingliederungsmodell“, im Gegensatz zum „Wandelmodell“ oder Wechselmodell“ oder „Doppelresidenz-Modell“.¹⁶

Auf die Probleme, die sich mit dem Begriff des hauptsächlichlichen Betreuungsorts ergeben, werde ich im letzten Kapitel meiner Arbeit näher eingehen (siehe Kapitel V: Doppelresidenz).

¹³ Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), ABGB Kurzkommentar⁴ (2014) § 179 Rz 1.

¹⁴ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 11.

¹⁵ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 179 Rz 6.

¹⁶ Huber in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht, 290.

2. Kontaktrecht (in Gegenüberstellung zum Obsorgerecht) §§ 187 ff ABGB

Seit den Erweiterungen im Bereich des Kontaktrechts durch das KindNamRÄG 2013, wird statt der früheren Diktion „**persönlicher Verkehr**“ bzw. „**Besuchsrecht**“ in den bezüglichen Bestimmungen der Terminus „**persönliche Kontakte**“ verwendet.¹⁷

Der nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil hat – unabhängig von der Obsorgezuteilung – das Recht auf persönliche Kontakte mit dem Kind. Diese Pflicht des anderen Elternteils kommt seit dem KindNamRÄG 2013 insofern verstärkt zum Ausdruck, als das Kontaktrecht im Einvernehmen beider Elternteile und des Kindes zu regeln ist.¹⁸

Das Recht auf persönliche Kontakte ist ein **Grundrecht der Beziehung zwischen Eltern und Kindern** und stellt ein allgemein anerkanntes Menschenrecht dar, das unter dem Schutz von Art 8 EMRK und Art 9f UN-KRK steht. Auch nach Art 2 Abs 1 des BVG Kinderrechte hat das Kind „Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen“, sofern dies nicht seinem Wohl entgegensteht. Der Zweck des Kontaktrechtes ist, die **Verbundenheit zwischen Kind und Eltern** zu bewahren, oder auch zum bislang unbekanntem Elternteil erst herzustellen bzw wiederaufzubauen.¹⁹ Es entspricht auch der allgemein anerkannten psychologischen und soziologischen Erkenntnis, dass die Aufrechterhaltung ausreichender persönlicher Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil, bei dem es nicht lebt, für die weitere **Entwicklung des Kindes besonders bedeutsam** ist und damit im Interesse des Kindes liegt.²⁰

Das Kontaktrecht ist als solches **nicht verzichtbar**, es **verjährt nicht** und wird auch **nicht verschwiegen**. Es besteht unabhängig von der Erfüllung der Unterhaltspflicht und geht nicht etwa dadurch verloren, dass ein Elternteil durch Nichteinhalten von Terminen die Kinder mehrfach enttäuscht hat. Durch eine Adoption erlischt aber das Kontaktrecht der leiblichen Eltern zum Kind.²¹

Nach stRsp ist die „Unterbindung des Kontakts zu dem getrenntlebenden Elternteil nur in Ausnahmefällen und nur aus besonders schwerwiegenden Gründen zulässig. Nur bei massiver Gefährdung des Kindeswohls hat in einem selbst unverschuldeten Konfliktfall der Kontaktrechtsanspruch eines Elternteils gegenüber dem Kindeswohl zurückzutreten. Die **gänzliche Unterbindung des persönlichen Kontakts** zwischen einem Elternteil und seinem Kind hat damit grundsätzlich die **Ausnahme** zu sein. Liegen aber schwerwiegende Gründe vor, kann das Kontaktrecht immer nur vorübergehend oder bis auf weiteres, grundsätzlich jedoch nicht für immer, untersagt werden.“²²

¹⁷ Zum besseren Verständnis meiner Arbeit habe ich im folgenden Text den Begriff Kontaktrecht auch in Zitaten **vor** dem KindNamRÄG 2013 gewählt.

¹⁸ *Deixler-Hübner*, Rechte des Kindes bei Scheidung der Eltern in *Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht⁵ (2016) 83.

¹⁹ *Huber* in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht, 305f.

²⁰ *Beck* (Hrsg), Kindschaftsrecht² (2013) Rz 706.

²¹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 187 Rz 4.

²² OGH 5 Ob 94/16h EvBl-LS 2016/174 = ZfG 2016,136.

An eine vor Gericht geschlossene Kontaktregelungsvereinbarung sind die Eltern – mit der Einschränkung der *clausula rebus sic stantibus* – gebunden. Wollen sie also von der vereinbarten Regelung abweichen, so müssen sie sich auf nachträgliche Änderungen des Sachverhalts berufen.²³ Den Elternteil, der sich auf diese **Umstandsklausel** beruft, trifft die **Beweislast** für die einschlägigen ins Treffen geführten Umstände.²⁴

Eine **elterliche Verzichtserklärung** bzw. Verzichtsvereinbarung ist, da das Kontaktrecht sowohl Recht als auf Pflicht darstellt, **unzulässig** und nicht verbindlich. Wird der Verzicht mit einer Gegenleistung, insbesondere der Freistellung von der Unterhaltspflicht für das Kind, gekoppelt, so wird eine solche Vereinbarung nach *Jausovec*²⁵ regelmäßig iSd § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig und damit nichtig sein.

a) Kontakt des mitobsorgeberechtigten Elternteils

Die Regelungen der §§ 186 ff ABGB sind auf sämtliche **getrenntlebende, somit auch obsorgeberechtigte Elternteile** anzuwenden. Im Ausmaß der Kontaktpflicht ergeben sich allerdings Unterschiede dadurch, dass ein nicht obsorgeberechtigter Elternteil seiner Verpflichtung idR durch die Aufrechterhaltung üblicher Kontakte genügen wird, wobei ein obsorgeberechtigter Elternteil zumindest im Rahmen der nicht einvernehmlichen, vom Gericht angeordneten Mitobsorge, zu erweiterten Kontakten verpflichtet ist: Gem § 180 Abs 1 ABGB und somit ab dem Beginn der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung muss der Kontaktberechtigte bereit und in der Lage sein, ein „derart ausreichendes Kontaktrecht“ auszuüben, „dass er auch die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann.“ Die **Übernahme von Mitobsorge** bedeutet darüber hinaus eine Verpflichtung zur subsidiären Betreuung des Kindes **außerhalb der festgelegten Kontaktzeiten**, wenn der nach der Kontaktrechtsregelung primär zuständige Elternteil verhindert ist.²⁶

§ 187 Abs 1 Satz 2 ABGB legt fest, dass „**das Kind und die Eltern die persönlichen Kontakte einvernehmlich regeln**“ sollen. Kann dieses „Einvernehmen nicht erzielt werden,“ normiert Satz 3 *leg cit* dass „das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines solchen Elternteiles [...] die Kontakte festzulegen hat“.

²³ Hopf, in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB §§ 187 f Rz 3.

²⁴ *Reischauer*, Kontaktrechtsverfahren und Schadenersatz – Zugleich eine Anmerkung zu 10 Ob 27/15s, EF-Z 2016/6.

²⁵ *Jausovec*, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 56.

²⁶ *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (2013) 81.

b) Kontakt des nicht obsorgeberechtigten Elternteils

Inhaltlich ergibt sich im Vergleich zur bisherigen Rsp durch das KindNamRÄG eine **leichte Änderung dessen, was als übliches Kontaktrecht anzusehen ist**. Durch die Forderung, dass die Kontakte die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherstellen sollen, wird eine Kontaktregelung, die den zweiten Elternteil „in die Rolle eines gelegentlichen Besuchers drängt“ für unzureichend erklärt. Dementsprechend sollen **wenigstens wöchentlich Kontakte stattfinden**. Des Weiteren muss das Kontaktrecht, soweit möglich, auch die Betreuung im Alltag umfassen. Von Ausnahmen, wie zB weit voneinander entfernten Wohnsitzen des Kindes und des Elternteils abgesehen, wird nach der neuen Rechtslage daher ein reines Wochenendbesuchsrecht nicht mehr ausreichen, sondern zumindest jede zweite Woche eine Betreuung an Schultagen vorzusehen sein. Auch dadurch soll der **Besuchscharakter des Kontakts vermieden** und eine für die elterliche Pflege und Erziehung typische Situation geschaffen werden. Bei Kleinkindern wird ein häufigeres jedoch relativ kurzes Kontaktrecht angemessen sein.²⁷

Ein Kontaktrecht jedoch an jedem Wochenende würde dem hauptsächlich betreuenden Elternteil zu wenig Gelegenheit geben, sich dem Kind zu widmen. Das Kontaktrecht ist mit Ausnahme von sehr kleinen **Kindern in Abwesenheit des obsorgeberechtigten Elternteils** auszuüben. Ersatzkontakttermine bei Entfall der regulären Besuchstage werden von der Rsp nur ausnahmsweise dann gewährt, wenn es wegen zu langer Besuchsintervalle zur Distanzierung zwischen dem Kind und dem kontaktberechtigten Elternteil käme.²⁸

Ein Kontaktrecht darf im Allgemeinen **nicht mehr als die Hälfte der Zeit** umfassen, dem obsorgeberechtigten Elternteil muss die überwiegende oder zumindest gleichzeitige Betreuung verbleiben. Die Einräumung eines Kontaktrechts zu mehr als der Hälfte der Zeit würde in Wahrheit einer Übertragung der Obsorge gleichkommen. Wollte man zB dem Begehren des kontaktberechtigten Elternteils auf Einräumung eines Kontaktrechts jede Woche von Montag bis Freitag stattgeben, so hätte dies tatsächlich eine Übertragung der Obsorge an den kontaktberechtigten zur Folge. Der obsorgeberechtigte Elternteil wäre in einem solchen Fall nur mehr auf ein Wochenendbesuchsrecht beschränkt.²⁹

Zweck des Kontaktrechts ist es außerdem auch, den **anderen Elternteil zu entlasten**. Die Hinweise in § 187, dass die Kontaktregelung „der Anbahnung [...] des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind“ dienen und sich am Ausmaß der bisherigen Kontakte orientieren soll, weisen nach *Beclin*³⁰ darauf hin, dass das Gesetz bei Beginn noch fehlender Vertrautheit des Kindes mit dem getrennt lebenden Elternteil und daher nur

²⁷ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 82.

²⁸ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 187 Rz 6.

²⁹ vgl LGZ Wien 18.3.2014, 44 R 101/14z, EFSlg-LS 141.226.

³⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 27.

beschränkt möglichem Aufenthalt bei diesem eine **schrittweise Intensivierung des Kontakts** bis zu einem dem Wesen einer Eltern-Kind-Beziehung entsprechenden Ausmaß vorsieht, da dieses am ehesten der vom Kindeswohl geforderten engen Bindung an beide Eltern entspricht. Ist dieses Maß erreicht, kann der zweite Elternteil bei entsprechender Bereitschaft zur Übernahme einer noch **weitergehenden Betreuung** einen **Antrag auf Beteiligung an der Obsorge** stellen, worauf die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einzuleiten ist.³¹ Der kontaktberechtigte Elternteil soll somit nicht nur „gelegentlicher Besucher“ und „Unterhalter“ in der Freizeit sein, sondern mit dem Kind **den Alltag teilen**, es zB beim Lernen oder den Hausaufgaben unterstützen. Dadurch kann auch der hauptsächlich betreuende Elternteil entlastet werden.³²

Als Sicherung der Vereinbarung über die persönlichen Kontakte kann eine **Konventionalstrafe** angedacht werden. Die Konventionalstrafe setzt einen **gültigen Vertrag** voraus.³³ Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe als Mittel zur Festigung und Sicherung einer Verbindlichkeit kann nicht für sich allein rechtswirksam sein, wenn nicht eine rechtsgültige Hauptverbindlichkeit existiert, die gesichert werden soll. Schon daraus ergibt sich die Schlussfolgerung, dass eine allenfalls zulässige Vertragsstrafe zur Sicherung der Einhaltung einer Kontaktrechtsvereinbarung erst wirksam sein kann, wenn auch die Kontaktrechtsvereinbarung selbst erst nach pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung rechtsverbindlich ist. Der OGH vertrat bereits die Ansicht, dass eine Kontaktrechtsvereinbarung, die das **Wohl von minderjährigen Kindern wesentlich berührt**, nicht Gegenstand eines nach obligationsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Rechtsgeschäfts sei und daher **nicht durch eine Vertragsstrafe gesichert werden könne**.³⁴

c) Kontaktrecht der Großeltern

Zweck des großelterlichen Kontaktrechts ist die **Förderung der persönlichen Beziehung**, nicht die laufende Erziehungsarbeit.³⁵

Zwischen Enkeln und Großeltern besteht grundsätzlich das gleiche Recht auf persönliche Kontakte wie zwischen Kindern und Eltern. Gemäß § 188 Abs 1 ABGB ist die Ausübung des Kontaktrechtes der Großeltern „soweit einzuschränken oder zu untersagen, als sonst das **Familienleben der Eltern oder eines Elternteiles oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde**“. Das Zeitausmaß ist ebenfalls geringer als bei einem kontaktberechtigten Elternteil. So hält die Rsp bei einem einjährigen Kind Kontakte an einem Nachmittag im Monat

³¹ *Beclin* in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 82.

³² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 27.

³³ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1336 Rz 2.

³⁴ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 744.

³⁵ LG Salzburg 21 R 266/05x = EFSIlg 110.816.

und bei einem vierjährigen Kind an einem Nachmittag alle 14 Tage für angemessen.³⁶ Die Rsp wendet die Regelung für Großeltern auch analog für Urgroßeltern an.³⁷

d) Kontaktrecht von Dritten

Gem § 188 Abs 2 ABGB haben Dritte ein Recht auf persönliche Kontakte zum minderjährigen Kind, „sofern diese zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind“. Eine weitere Voraussetzung für das Kontaktrecht von Dritten ist, dass der persönliche Kontakt dem Kindeswohl dient.

Unter den Begriff der **familiären Bezugspersonen** fallen Personen wie Geschwister, Stief- oder Pflegeeltern oder der ehemalige Lebensgefährte des obsorgeberechtigten Elternteiles. Zu der Gruppe der **familienfremden Vertrauenspersonen** gehören unter anderem Tauf- und Firmpaten und insbesondere auch der „biologische Vater“. Unter Umständen können auch die leiblichen Eltern des Adoptivkindes darunterfallen.³⁸ Zu den familiären Bezugspersonen zählen somit alle Personen, die den Schutz des Familienlebens nach Art 8 EMRK genießen.³⁹

Demnach soll das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder einer dritten Person, die zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung der persönlichen Kontakte mit solchen Personen nötigen Verfügungen treffen, wenn die persönlichen Kontakte kindeswohldienlich sind. **Anderen dritten Personen** soll **kein Antragsrecht** zustehen, wenn sie zum Kind darüber hinaus nicht diesem besonderen Verhältnis stehen oder gestanden sind. In diesem Fall kann eine Tätigkeit des Gerichts nur **angeregt werden**.⁴⁰

Nach dem Urteil des EGMR in der Beschwerdesache *Anayo gegen Deutschland* verstößt es darüber hinaus gegen das Grundrecht des Art 8 EMRK, wenn nicht geprüft werden kann, ob ein Kontakt zwischen dem leiblichen (aber nicht rechtlichen) Vater und dem Kind dem Kindeswohl entsprechen würde. Im Hinblick auf dieses Erkenntnis schlug der Entwurf zum KindNamRÄG 2013 vor, auch Dritten, die in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind stehen oder gestanden sind, ein Antragsrecht und somit Parteistellung in einem Verfahren einzuräumen.⁴¹ Im Fall *Schneider* (EGMR 15.9.2011, 17080/07), in welchem der Beschwerdeführer nicht als biologischer Vater feststand und zuvor keinen Kontakt zum Kind hatte, hielt der EGMR fest, dass man **nicht ausschließen kann**, dass die von dem Beschwerdeführer **beabsichtigte Beziehung zu seinem Kind** unter den Aspekt des

³⁶ *Huber/Täubel-Weinreich*, *Obsorge kompakt*² (2013) 80.

³⁷ LGZ Wien 28.9.1984, 43 R 835/84, EFSlg 45.790.

³⁸ *Huber/Täubel-Weinreich*, *Obsorge kompakt*², 80.

³⁹ *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB § 188 Rz 2.

⁴⁰ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

⁴¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28 f.

„**Familienlebens**“ nach **Art 8 EMRK** falle. Der Gerichtshof hielt jedoch explizit fest, dass die Feststellung der rechtlichen Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind und somit die Frage, ob ein Beschwerdeführer ein Recht auf Umgang und auf Auskünfte über die persönlichen Verhältnisse habe, „jedenfalls einen wichtigen Teil der Persönlichkeit des Beschwerdeführers und somit dessen Privatleben iSv Art 8 Abs 1 EMRK betreffe, selbst wenn es sich dabei nicht um das „*Familienleben*“ handeln sollte“. ⁴²

Gem § 109 AußStrG „hat das Gericht über Vereinbarungen über die Obsorge oder über die persönlichen Kontakte eine Niederschrift aufzunehmen. Soweit dadurch der Verfahrensgegenstand inhaltlich erledigt wurde, ist das Verfahren ohne weiteres beendet.“

Gem **§ 190 Abs 2 ABGB** „bedürfen die Obsorgebestimmung der Eltern beim Standesamt nach § 177 Abs 2 ABGB und vor Gericht geschlossene Vereinbarungen über die Obsorge und die persönlichen Kontakte zu ihrer Rechtswirksamkeit **keiner gerichtlichen Genehmigung**.“ Diese Vereinbarungen der Eltern sind daher unmittelbar wirksam und vollstreckbar. ⁴³

Das Pflegschaftsgericht hat die Vereinbarkeit der Regelung der Eltern mit dem Kindeswohl zu überprüfen und diese gem § 190 Abs 2 ABGB durch eine abweichende Entscheidung zu ersetzen, wenn sie das Kindeswohl gefährden würde. Diese Regelung bildet einen Sonderfall der Befugnis und Verpflichtung des Gerichts zur Einschränkung oder Entziehung der Obsorge oder Kontaktrechts nach § 181 Abs 1 ABGB. **Bis zu einem Gerichtsbeschluss**, mit dem die Vereinbarung für unwirksam erklärt und eine andere Anordnung getroffen wird, ist die **Regelung der Eltern verbindlich und durchsetzbar**. ⁴⁴

Aus § 109 Abs 1 AußStrG, wonach das Gericht über Vereinbarungen der Eltern eine Niederschrift aufzunehmen hat, ist nicht abzuleiten, dass solche Regelungen einen Formzwang unterliegen würden und zwingend vor Gericht geschlossen werden müssen. Erzielen die Eltern eine außergerichtliche Einigung über die Obsorge oder die Ausübung der persönlichen Kontakte, bedarf sie allerdings zu ihrer Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung. ⁴⁵

Gem § 19 Abs 2 Z 2 RPfIG bleiben dem **Richter** „die Verfahren zur Regelung und zur Entziehung einzelner oder aller aus den familienrechtlichen Beziehungen erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten, insbesondere über die **Obsorge** und die **persönlichen Kontakte**, sowie Verfahren zur Ersetzung von Einwilligungen und Zustimmungen“ **vorbehalten**.

⁴² VfGH G 494/2015 EF-Z 2017/31.

⁴³ Beck in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum AußStrG (2013) § 109 Rz 8.

⁴⁴ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 109 Rz 10.

⁴⁵ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 109 Rz 13.

B. Begriff des Kindeswohls § 138 ABGB

1. Definition

Das Prinzip des Kindeswohls ist durch das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern verfassungsrechtlich verankert, dem vor allem auch die Reform des KindNamRÄG 2013 Rechnung trägt. Schon bisher war anerkannt, dass die **Berücksichtigung des Kindeswohls** der **Leitgedanke des Kindschaftsrechts** ist und somit bei Entscheidungen des Pflegschaftsgerichts als oberste Richtlinie berücksichtigt werden musste.⁴⁶ Was unter Kindeswohl zu verstehen war, blieb dem Rechtsanwender vor der Reform jedoch verborgen, zumal eine gesetzliche Definition dafür fehlte.⁴⁷ § 178a aF zählte einzelne Aspekte des Kindeswohls auf, ohne aber eine erschöpfende Definition zu geben.⁴⁸

„Unter dem Begriff der Gefährdung des Kindeswohls ist nicht geradezu ein Missbrauch der elterlichen Befugnisse zu verstehen. Es genügt, dass die **elterlichen Pflichten** (objektiv) nicht erfüllt oder **(subjektiv) gröblich vernachlässigt** worden sind oder die Eltern durch ihr Gesamtverhalten das Wohl des Kindes gefährden. Eine Pflichtverletzung kann auch vorliegen, wenn die Eltern ihre Pflicht zu einvernehmlichen Vorgehen verletzen. Die Gefährdung des Kindeswohls kann daher auch schon darin liegen, dass wichtige Veränderungen eingetreten sind, die Eltern aber diesen Veränderungen nicht durch einvernehmliches Vorgehen Rechnung tragen“.⁴⁹ So lautet ein Rechtssatz aus dem Jahr 1980.

Eine der wichtigsten materiellrechtlichen Neuerungen des KindNamRÄG 2013 war **§ 138 ABGB** nF, in welchem der Begriff des Kindeswohls durch einen **demonstrativen Katalog von Kriterien** genau umschrieben wird. Da gem § 138 in allen ein minderjähriges Kind betreffenden Fragen, besonders der Obsorge und des Kontaktrechts, das Kindeswohl bestmöglich zu gewährleisten ist, wird diese Bestimmung in Zukunft häufig als Argumentationshilfe bei Anträgen und Entscheidungen in Pflegschaftssachen gute Dienste leisten.⁵⁰

Da es für die Eltern bzw einen Elternteil unmöglich sein wird, sämtliche Teilaspekte der Aufzählung des § 138 voll zu erfüllen, da diese oft zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen, bleibt zu hoffen, dass die Aufzählung das Bewusstsein für die Vielzahl der Ansprüche und Bedürfnisse des Kindes zu schärfen bewirkt. Für eine gerichtliche Entscheidung ist die **Auswahl und Gewichtung zwischen den für das Kindeswohl maßgeblichen Kriterien** sowie **ein Blick auf das Gesamtbild** notwendig.⁵¹

⁴⁶ Deixler-Hübner/Mayrhofer in Kletečka/Schauer, ABGB § 138 Rz 1.

⁴⁷ Salicites, Kindeswohl in Zivil- und Verwaltungsverfahren, in Ferz/Salicites (Hrsg), Mediation aktiv (2014) 75f.

⁴⁸ Deixler-Hübner/Mayrhofer in Kletečka/Schauer, ABGB § 138 Rz 2.

⁴⁹ RIS-Justiz RS0048633.

⁵⁰ Beclin, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013/7.

⁵¹ Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 138 Rz 2f.

Die Bedeutung der einzelnen Faktoren des Kindeswohls hängt maßgeblich von der zu beurteilenden Maßnahme ab. Es kann und soll daher keine festgelegte „Rangordnung“ der Kriterien geben. Auch andere Aspekte spielen bei der Beurteilung des Kindeswohls eine Rolle.⁵²

Das „Kindeswohl“ ist an sich ein **objektives Kriterium**. Naturgemäß fließen in die Beurteilung subjektive Ansichten und Werthaltungen jedes Beteiligten ein. Es ist letztlich Aufgabe des Richters, als objektiver außenstehender Dritter unter **Würdigung aller erhebbarer Umstände** und unter **Bedachtnahme auf gesellschaftliche Grundwertungen** und die Vorstellungen der Beteiligten vom Kindeswohl die Entscheidung zu treffen, die seiner Meinung nach dem Kindeswohl am besten gerecht wird.⁵³

Nach *Deixler-Hübner*⁵⁴ wäre es zielführender gewesen, wenn der Gesetzgeber einerseits zwischen **materiellen und immateriellen Bedürfnissen** des Kindes unterschieden hätte und darüber hinaus auch zusammenfassend die negativen Auswirkungen auf dessen Psyche dargestellt hätte, die jedenfalls zu vermeiden seien. Auf diese Weise hätten die einzelnen Aspekte in wenigen Punkten zusammengefasst werden können, wodurch vor allem eine **bessere Übersichtlichkeit** gewährleistet gewesen wäre.

Hier ist es mE für einen Elternteil bzw die Eltern schwierig, sämtliche Anforderungen des Begriffes Kindeswohl zu erfüllen. Einige der in § 138 genannten Kriterien sind schließlich von den persönlichen (familiären) und finanziellen Verhältnissen der Eltern abhängig. Wenn man diese Norm heranzieht, muss man jedenfalls berücksichtigen, dass vor dem Familiengericht Familien von verschiedensten sozialen Verhältnissen als Parteien auftreten und die Auffassung des Begriffes Kindeswohl/ für ein kindeswohl-orientiertes Handeln nicht einheitlich gegeben ist. Entscheidungen im Sinne des Kindes(wohls) zu treffen ist mE eine der schwierigsten und dennoch wichtigsten Aufgaben des Familiengerichts.

Nach dem Gesetzestext ist das Kindeswohl „insb in Angelegenheiten der Obsorge und der persönlichen Kontakte“ zu berücksichtigen und bestmöglich zu bewahren. Das Kindeswohl spielt aber genauso im **Unterhaltsrecht** sowie im **Verfahrensrecht** eine tragende Rolle. Das Kindeswohl ist auch in anderen Bereichen oberste Prämisse aller Entscheidungen. Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung, um ein weiteres Beispiel zu nennen, darf gem § 180 Abs 1 nur dann eingeleitet werden, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.⁵⁵

⁵² *Fucik*, Rechte zwischen Eltern und Kindern in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013) 42.

⁵³ *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB § 138 Rz 4.

⁵⁴ *Deixler-Hübner*, Kindeswohl und Neuerungen im Pflegschaftsverfahren in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 90.

⁵⁵ *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 138 Rz 9.

2. Einvernehmensgebot § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB

§ 137 Abs 2 letzter Satz ABGB normiert, dass die Eltern, „soweit dies tunlich und möglich ist, die Obsorge einvernehmlich wahrnehmen“ sollen.

Der hauptsächlich betreuende Elternteil muss gem § 177 Abs 4 auch bei Anordnung der gemeinsamen Obsorge durch das Gericht jedenfalls mit der gesamten Obsorge betraut sein und kann daher in sämtlichen Obsorgebereichen, mit Ausnahme der wichtigen Angelegenheiten des § 167 Abs 2 und 3, allein Vertretungshandlungen setzen. Soweit auch der andere Elternteil mit der Obsorge betraut wird, ist der Domizilelternteil jedoch im Innenverhältnis grundsätzlich an das **Einvernehmensgebot** gebunden. Das bedeutet, dass er mit dem zweiten obsorgeberechtigten Elternteil in Kontakt treten und sich um dessen Einverständnis bemühen sowie umgekehrt während des Aufenthalts des Kindes beim anderen Elternteil für diesen erreichbar sein muss. Das Einvernehmen muss nicht gesucht werden, wenn der zweite Elternteil formal entscheidungsbefugt ist, zB in der Frage der Wohnortbestimmung oder weil seine Obsorge auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wurde.⁵⁶ Auch bei generell geringer Kooperationsbereitschaft des getrenntlebenden Elternteils entfällt die Pflicht.⁵⁷

Vor dem KindNamRÄG 2013 sprach der OGH aus, dass die Eltern bei Ausübung des die ehelichen Kinder betreffenden Obsorgerechts einvernehmlich vorgehen sollen, was bedeutete, dass sich jeder Elternteil um das Einvernehmen des anderen bemühen muss, soweit ihm dies **zumutbar** war.⁵⁸

Das Einvernehmensgebot wird weiterhin als „**Bemühungspflicht**“ verstanden, nach der die Eltern miteinander in Kontakt treten müssen, **sofern dies möglich ist**, bevor sie handeln. Durch die Verschiebung in die einleitende Bestimmung des § 137 nF sollte gezeigt werden, dass dies die Idealvorstellung des Gesetzes ist, an der sich die Eltern orientieren sollen. Die **Verpflichtung** mit dem anderen Elternteil in Kontakt zu treten, soll daher nur bei Tunlichkeit im Einzelfall bestehen.⁵⁹ Gerade für den hauptsächlich betreuenden Elternteil wird es nicht zumutbar und damit untunlich sein, in alltäglichen Dingen, die nur von geringer Bedeutung für das Kind und den anderen Elternteil sind, mit diesem in Kontakt zu treten. Da das Gebot umso schwächer gilt, je weniger eine Entscheidung die Interessen des anderen Elternteils betrifft, bindet es den nicht hauptsächlich betreuenden Elternteil tendenziell stärker.⁶⁰

Das Gesetz enthält – im Gegensatz zur alten Fassung – keine Regelung mehr, wenn die Eltern kein Einvernehmen erzielen. Sind sie **in einer wichtigen Angelegenheit uneinig**, kann nach § 181 Abs 2 jeder **Elternteil das Gericht anrufen**, wobei eine Gefährdung des Kindeswohles nicht Voraussetzung ist. Von Querulanten abgesehen, wird wohl schon die Befassung des

⁵⁶ *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6 (8).

⁵⁷ *Beclin*, Zak 2013/7, (6).

⁵⁸ OGH 3 Ob 505/96.

⁵⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 15f.

⁶⁰ *Beclin*, iFamZ 2013, 6 (8).

Gerichts dafür sprechen, dass es sich um eine in dieser Familie wichtige Angelegenheit handelt.⁶¹

Das Einvernehmlichkeitsgebot soll nur im Innenverhältnis wirken, sodass Vertretungshandlungen eines Elternteils im Rahmen des § 167 auch ohne Einverständnis des Anderen wirksam sind.⁶²

Nicht jeder Verstoß gegen dieses Gebot ist vor Gericht judiziabel. Im Fall stärkster Konflikte könnte allerdings der Elternteil, der über den anderen nicht „hinwegfährt“, der geeignetere Obsorgebetraute und seine Alleinobsorge der gemeinsamen Obsorge daher vorzuziehen sein. Direkte Sanktionen bei Verstößen gegen das Einvernehmensgebot bestehen nicht.⁶³

3. Wohlverhaltensgebot § 159 ABGB

§ 159 ABGB statuiert das Wohlverhaltensgebot: „Bei Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten aus dem Eltern-Kind-Verhältnis ist zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen Elternrechte zukommen, beeinträchtigt oder die Wahrung von deren Aufgaben erschwert“.

Ziel der Wohlverhaltensklausel ist also die **Verhinderung jedes Verhaltens, das sich mittelbar und unmittelbar negativ auf das Kind auswirken**, das das Kind unnötigen Belastungen aus Konflikten zwischen den übrigen Beteiligten aussetzen könnte. Das Entstehen oder die Vertiefung von Loyalitätskonflikten soll durch diese Norm vermieden werden.⁶⁴

Als Beispiel für unzulässige Verhaltensweisen nennen die **Mat Vereinnahmen, Aufwiegeln oder Aufhetzen des Kindes** sowie weitere Versuche auf die Lebensverhältnisse der mit der Obsorge betrauten Person oder des anderen Elternteils Einfluss zu nehmen. **Herabwürdigende, beleidigende Äußerungen** oder **Gewalttaten** gegenüber einer in § 159 genannten Person verstoßen dann gegen das Wohlverhaltensgebot, wenn sie sich auf dessen Verhältnis zum Kind auswirken. § 159 verlangt nicht, dass sich die Handlung unmittelbar gegen die Person richtet, der Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind zukommen. Es genügt, wenn „das Verhältnis zum Kind beeinträchtigt oder die Wahrnehmung der zukommenden Aufgaben erschwert wird“.⁶⁵ Nach hL kann auf § 159 auch ein selbständig im außerstreitigen Verfahren geltend zu machender Unterlassungsanspruch gegründet werden, der entweder nach den Bestimmungen der EO oder nach § 110 AußStrG durchzusetzen ist.⁶⁶

§ 159 ABGB dient zwar primär dem Schutz des Kindeswohls, aber auch jener Personen, deren im Familienrecht begründete, ebenfalls absolut geschützte Rechtsstellung, durch ein missbilligtes Verhalten beeinträchtigt wird. Verhaltenspflichten, die sich aus dem Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses ergeben schützen also auch den anderen Elternteil. Deren

⁶¹ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB § 137 Rz 18.

⁶² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 15f.

⁶³ Fucik, Familienrecht im Fluss, iFamZ 2013, 212 (215).

⁶⁴ Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 159 Rz 1.

⁶⁵ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB § 159 Rz 2f.

⁶⁶ Weitzenböck in Schwimann, ABGB § 159 Rz 3.

schuldhafte Verletzung kann daher zu Schadenersatzansprüchen führen.⁶⁷ Der OGH hat dazu im Jahr 2014 ausgesprochen, dass Ansprüche bei einer **konkreten Gesundheitsbeeinträchtigung**, die durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten verursacht wurde, durchaus denkbar sind.⁶⁸

Nach einer Entscheidung aus 2011 schützt die sich aus dem Schutz des Eltern-Kind-Verhältnisses ergebende und in § 159 konkretisierte Verpflichtung, alles zu unterlassen, was eine Beeinträchtigung des Verhältnisses des Kindes zum anderen Elternteil darstellt, das Interesse des anderen Elternteils am **Aufrechterhalten der Eltern-Kind-Beziehung**. Der OGH stellte dann zusammenfassend fest: „Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht kann zu Schadenersatzansprüchen führen. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist auch bei einer dadurch verursachten psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert zu bejahen“.⁶⁹

Im Übrigen muss man differenzieren: Eltern-, Groß- oder Pflegeeltern, denen Obsorge zukommt, kann das Gericht diese nach § 181 nötigenfalls teilweise oder gänzlich entziehen, wenn ihr Verhalten das Kindeswohl gefährdet. Ist eine andere Person mit der Obsorge betraut und verstößt diese gegen § 159, ist die Obsorge nach der ausdrücklichen Regelung des § 226 an jemanden anderen zu übertragen.⁷⁰

4. Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte § 189 ABGB

Die früher sog „Mindestrechte“ des nicht obsorgeberechtigten Elternteils wurden mit dem KindNamRÄG 2013 weiter ausgebaut, um die Verantwortung der Eltern für das Kind zu stärken und der **Tendenz zur Beteiligung beider Eltern an der Erziehung** und Betreuung des Kindes besser zu entsprechen.⁷¹

Gem § 189 Abs 1 Z 1 ABGB hat „der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil das Recht, über wichtige Angelegenheiten des Kindes [.....] verständigt zu werden und sich hierzu zu äußern“. Darüberhinausgehend hat der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil den obsorgeberechtigten Elternteil gem Z 2 leg cit „in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten sowie das Kind

⁶⁷ OGH 4 Ob 8/11x Zak 2011,170 = *Reischauer*, EF-Z 2011134 = EF-Z 2011,138 = EvBl 2011,670 = iFamZ 2011,196 (*Thoma-Twaroch*) = AnwBl 2011,357 = RZ 2011,148 = RZ 2011 EÜ170 = EFSlg 130.465 = EFSlg 130.446 = EFSlg 130.490 = EFSlg 130.550 = EFSlg 130.627 = EFSlg 131.038 = EFSlg 131.039 = EFSlg 131.040 = EFSlg 131.187 = ZVR 2012,75 (*Danzl*) = SZ 2011/48.

⁶⁸ OGH 9 Ob 26/14d ZVR 2015, 128 (*Kathrein*) = AnwBl 2015, 261 = ZVR 2015,75 (*Danzl*) = iFamZ 2015,117 (*Gröger*) = HAVE/REAS 2015,165 (*Huber*) = EF-Z 2015,175.

⁶⁹ OGH 4 Ob 8/11x Zak 2011,170 = *Reischauer*, EF-Z 2011134 = EF-Z 2011,138 = EvBl 2011,670 = iFamZ 2011,196 (*Thoma-Twaroch*) = AnwBl 2011,357 = RZ 2011,148 = RZ 2011 EÜ170 = EFSlg 130.465 = EFSlg 130.446 = EFSlg 130.490 = EFSlg 130.550 = EFSlg 130.627 = EFSlg 131.038 = EFSlg 131.039 = EFSlg 131.040 = EFSlg 131.187 = ZVR 2012,75 (*Danzl*) = SZ 2011/48.

⁷⁰ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 159 Rz 5.

⁷¹ *Fucik*, Kinderrechte – Elternrechte - Neustart mit dem KindNamRÄG, iFamZ 2013, 212 (215).

zu pflegen und erziehen, soweit das die Umstände erfordern und sich das Kind rechtmäßig bei ihm aufhält.“

Die **Vertretungsmacht** soll schon ex lege bestehen und somit keiner Ermächtigung des obsorgeberechtigten Elternteils bedürfen. Dieser ist aber befugt, das Tätigwerden des anderen generell und in Einzelfällen zu untersagen. Im Außenverhältnis wird eine solche Einschränkung oder Untersagung nur wirksam, wenn der Dritte davon Kenntnis hat.

Dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil steht das Recht und die Pflicht zu, das Kind zu pflegen und zu erziehen, wenn es sich rechtmäßig bei ihm aufhält. Dieser Fall ist gegeben, wenn der andere Elternteil mit dem Kontaktrecht einverstanden ist oder dieses aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung besteht. Das Recht auf Pflege und Erziehung ermächtigt den anderen Elternteil dazu, diesem **erzieherische Anweisungen zu erteilen** und diese durchzusetzen, es im Krankheitsfall zu pflegen und ihm erforderlichenfalls auch (unbedenkliche) Medikamente zu verabreichen. Auch in diesem Zusammenhang ist idR der ausdrücklich **erklärte oder mutmaßliche Wille des obsorgeberechtigten Elternteils einzuhalten**. Selbstverständlich kann das nicht für jede Kleinigkeit gelten, weil sich die Erziehungsstile der Eltern oft unterscheiden und das Kind lernen muss, damit umzugehen. Die Grenze ist aber dort anzusiedeln, wo Kindesinteressen objektiv verletzt werden.⁷²

Das **Informationsrecht** des nicht obsorgeberechtigten Elternteils soll ihn in die Lage versetzen, sich vom Wohlergehen seines Kindes zu überzeugen und im Falle einer Vernachlässigung der Obsorge geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Es soll dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil auch ermöglichen, **am Heranwachsen des Kindes teilzuhaben**. Die Informations- und Äußerungsrechte beziehen sich auf wichtige, das Kind betreffende, Angelegenheiten wie Erkrankungen, Unfälle, Drogensucht, Schulerfolg, Übersiedlung ins Ausland uvm.⁷³

Obwohl das Gesetz nur die Angelegenheiten nennt, die das Kind betreffen, steht außer Zweifel, dass sich das **Informations- und Äußerungsrecht** auch auf sämtliche Vermögensangelegenheiten, die nicht unter § 167 Abs 3 ABGB zu subsumieren sind, bezieht. Der betreuende Elternteil hat daher den nicht obsorgeberechtigten Elternteil über diese Umstände zu informieren, damit sich dieser dazu äußern kann. Da die gesellschaftliche Entwicklung in die Richtung **Stärkung der Rechte des nicht betreuenden bzw nicht obsorgeberechtigten Elternteils** geht, hätte der Gesetzgeber diesem Umstand hier Rechnung tragen und dem anderen Elternteil ein Informationsrecht über wichtige Alltagsangelegenheiten einräumen müssen. Gem § 189 Abs 3 ABGB stehen in diesem Bereich solche Informationsrechte aber nur dann zu, wenn trotz seiner Bereitschaft persönliche Kontakte mit

⁷² Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 189 Rz 14.

⁷³ Huber, Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht, 313f.

dem Kind nicht regelmäßig zustanden kommen. Weder in den Materialien des KindRÄG 2001 noch in jenen des KindNamRÄG 2013 finden sich Hinweise zum genauen Umfang dieser wichtigen Alltagsangelegenheiten.

Darunter werden nach *Deixler-Hübner*⁷⁴ sowohl Auskünfte über den detaillierten Schulerfolg als auch solche über Fortschritte in anderen Angelegenheiten – wie Sport oder Musikausbildung – fallen. Auch **psychische Auffälligkeiten** des Kindes fallen nach dieser Ansicht in diese Kategorie. Es liegt kein ersichtlicher Grund vor, warum der obsorgeberechtigte Elternteil – losgelöst von weiteren Bedingungen – dem anderen Elternteil nicht laufend über diese bedeutsamen Ereignisse im kindlichen Alltag berichten sollte, wenn dieser daran interessiert ist. Bei Angelegenheiten, die **bloß das tägliche Leben** betreffen, steht nach dem Gesetz offenbar in **keinem Fall ein Informationsrecht** zu. Diese können aber nur jene Umstände betreffen, die von keinerlei Bedeutung sind. Wohingegen *Deixler-Hübner* einwendet, dass keinerlei Bedenken bestehen, auch diesbezügliche Informationen auszutauschen, wenn dies im Hinblick auf einen normalen menschlichen Umgang üblich ist.⁷⁵

ME ist es iSd Kindeswohls besonders wichtig, dass die Eltern – sofern es ihr bisheriger Umgang erlaubt – weiterhin auch Alltägliches über das Kind austauschen. Es hat somit jeder Elternteil die Chance, zeitnah am an den Lebensgeschehnissen des Kindes teilzunehmen.

Das **Äußerungsrecht** soll dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil ermöglichen, sich trotz der fehlenden Obsorge an der Entwicklung des Kindes einzubringen. Er hat die Äußerung binnen einer angemessenen Frist zu erstatten. Der Äußerung ist zu entsprechen, wenn der geäußerte Wunsch dem Kindeswohl besser entspricht als die Maßnahmen des Obsorgeberechtigten; bei **Gleichwertigkeit des Vorschlages** behält die Meinung des **Obsorgeberechtigten** den **Vorrang**.⁷⁶ Berücksichtigt, bei Vorliegen der genannten Voraussetzung, der Obsorgeträger die Äußerung nicht, so kann sich der andere Elternteil – unter der Voraussetzung des § 181 – an das Gericht wenden. In Betracht kommt allenfalls auch ein Schadenersatzanspruch des Kindes. Kein Ersatzanspruch mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs steht hingegen dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil wegen Verletzung des Informationsrechts bezüglich des verminderten Unterhaltsbedarfs des Kindes zu, da das Informationsrecht **nicht dem Schutz seiner vermögensrechtlichen Interessen** dient.⁷⁷

Gem **§ 189 Abs 5 ABGB** gelten die Bestimmungen über die Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte „sinngemäß auch für **einen mit der Obsorge betrauten Elternteil**“. Beide Elternteile haben gegenseitig zu berichten und dem jeweils anderen Elternteil zu ermöglichen, sich dazu zu äußern. Nach *Deixler-Hübner*⁷⁸ ist jedoch den Mat darin nicht zuzustimmen, dass

⁷⁴ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 200f.

⁷⁵ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 200f.

⁷⁶ *Huber* in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht, 313f.

⁷⁷ *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 189 Rz 2.

⁷⁸ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 189 Rz 16.

Informations- und Äußerungsrechte gleichberechtigt ausgestaltet sind. Der obsorgeberechtigte Elternteil kann sich **unbeschränkt und direkt** alle das Kind betreffenden **Informationen beschaffen**, während der andere Elternteil eine direkte Information allenfalls gem § 189 Abs 4 mit gerichtlicher Intervention dann erreichen kann, wenn sein Ex-Partner diese Rechte beharrlich verletzt.⁷⁹

Zusammenfassend führte der OGH dazu aus:

„Die **Informations- und Äußerungsrechte** nach § 189 ABGB sind mit **gerichtlicher Verfügung zu bestimmen** und mit den Zwangsmitteln des § 79 Abs 2 AußStrG durchzusetzen. Vor der Anordnung von Zwangsmitteln muss die Informationsverpflichtung näher konkretisiert werden“.⁸⁰

a) Einschränkungen

Die Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte können sowohl gerichtlich beschränkt als auch entzogen werden, wenn ihre Wahrnehmung das **Kindeswohl ernstlich gefährdet**. Das Gericht kann dem informationssäumigen Elternteil auch konkrete Aufträge erteilen oder den nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil ermächtigen, sich selbst beim Arzt oder in der Schule zu informieren. Die Beschränkung bzw der Entzug der Rechte ist auch möglich, wenn sie der Berechtigte missbräuchlich oder in einer für den anderen Elternteil unzumutbaren Art und Weise wahrnimmt.⁸¹

Als rechtsmissbräuchliche oder unzumutbare Ausübung der Informations- und Äußerungsrechte gelten etwa das ständige Bedrängen des anderen Elternteils, verbale Entgleisungen gegen diesen oder das **Führen eines unsachlichen, aggressiven Pflegschaftsverfahrens** gegen ihn.⁸²

Das **Vertretungsrecht** ist nach dem strengen Gesetzeswortlaut des § 90 Abs 3 ABGB einerseits von dem Umstand der Verhinderung des anderen Elternteils, andererseits von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Kindes bei diesem Elternteil abhängig. Der obsorgeberechtigte Elternteil kann das Vertretungsrecht auch **pro futuro untersagen**. Ein Dritter darf Vertretungshandlungen dann nicht akzeptieren, wenn der betreuende Elternteil ausdrücklich mitgeteilt hat, dass er in bestimmten Angelegenheiten nicht vertreten sein möchte. Sofern wichtigere Angelegenheiten betroffen sind, wird (und muss) der nicht obsorgeberechtigte Elternteil sich aufgrund des Einvernehmensgebots ohnehin mit dem anderen Elternteil verständigen; sofern dies nicht der Fall ist, soll ihm der andere Elternteil keine weiteren Grenzen

⁷⁹ *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB § 189 Rz 16,

⁸⁰ OGH 3 Ob 147/08a Jus-Extra OGH-Z 4556 = Zak 2009,32 = iFamZ 2009,15 = RZ 2009 EÜ167 = EFSlg 119.731 = EFSlg 119.732 = EFSlg. 119.733.

⁸¹ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht, 254.

⁸² *Deixler-Hübner*, Mindestrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 204.

setzen. Darüber hinaus ist laut *Deixler-Hübner* eine **weitere Einschränkung des Vertretungsrechts** schon deshalb **abzulehnen**, weil die Beziehung zwischen Kind und leiblichem Elternteil wohl meist eine stärkere ist bzw sein soll als die zum Ehepartner des obsorgeberechtigten Elternteils.⁸³

b) Beharrliche Verletzung der Rechte

Gem § 189 Abs 4 hat „das Gericht auf Antrag angemessene Verfügungen zu treffen“, wenn der mit der Obsorge betraute Elternteil die Rechte des Anderen nach Abs 1 leg cit verletzt. „Sofern das Kindeswohl gefährdet ist, hat es diese Verfügungen von Amts wegen zu treffen“ (Abs 4 Satz 2).

Diese Verfügungen hat das Gericht in einer auf den Einzelfall adaptierten Weise zu setzen. Als ersten Schritt wird es **Aufträge an den obsorgeberechtigten Elternteil erlassen**, dem anderen Elternteil die gewünschten Informationen zu erteilen. Im Weigerungsfall sind diese Aufträge gem § 110 AußStrG mit **angemessenen Zwangsmitteln iSd § 79 Abs 2 AußStrG zu vollziehen**. Bei beharrlicher Verletzung der Informationsrechte kann das Gericht aber auch Auskunftsgespräche zwischen den Eltern festsetzen und diese mit den notwendigen Zwangsmitteln durchsetzen.

Dem Gericht bleibt es unbenommen, den nicht obsorgeberechtigten Elternteil zu ermächtigen, sich diese Informationen direkt – etwa in der Schule oder beim behandelnden Arzt – zu beschaffen.

Wenn man die Zielsetzung des Gesetzgebers des KindNamRÄG 2013 dergestalt versteht, dass sich der andere Elternteil verstärkt im alltäglichen Leben des Kindes integrieren soll, dann hätte der Gesetzgeber dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil schon ex lege das Recht einräumen müssen, sich sämtliche wichtigen Informationen auf diese direkte Weise verschaffen zu können. Laut *Deixler-Hübner* mutet es widersinnig an, ihm zwar das Vertretungsrecht gerade bei Elternsprechtagen einzuräumen, ihm diese **direkte Informationsmöglichkeit** aber dann **abzuschneiden**, wenn der obsorgeberechtigte Elternteil gerade nicht verhindert ist.⁸⁴

⁸³ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 203f.

⁸⁴ *Deixler-Hübner* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 205f.

C. Allgemeine Überlegungen nach KindNamRÄG 2013

1. Wesentliche Neuerungen des KindNamRÄG 2013

Als Probleme des familiengerichtlichen Verfahrens werden in der RV zum KindNamRÄG die Verfahrensdauer, die aus kindespsychologischer Sicht zu lange ist, und die Rollenkonflikte der Familienrichter, die „nicht nur abgeschlossene Sachverhalte im Nachhinein, sondern einen ständig im Fluss befindlichen Prozess beurteilen müssen“, genannt.⁸⁵

Zielsetzung des KindNamRÄG war die Neugestaltung des Kindschaftsrechts des ABGB unter **besonderer Bedachtnahme auf die Interessen minderjähriger Kinder** im Bereich der elterlichen Verantwortung, vor allem des Weges von Eltern zur Obsorge, zur Obsorge beider Eltern und zum Kontakt mit dem Kind. Die für diese Arbeit wesentlichen Neuerungen stellen die vermehrte Möglichkeit vorläufiger Entscheidungen sowie die gesetzliche Verankerung der neuen Institutionen wie der Familiengerichtshilfe und des Besuchsmittlers dar. Ein weiteres wesentliches Ziel des KindNamRÄG 2013 war die **Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge** vor der Personenstandsbehörde.⁸⁶

Das KindNamRÄG sollte nach der RV dem Gericht und den betroffenen Familien bessere Mittel zur Verfügung stellen, um familiäre Situationen zu schlichten oder in der gerichtlichen Entscheidung zu behandeln. Zur Streitberuhigung kann zB den Eltern **Erziehungsberatung** aufgetragen werden. Mit der **Familiengerichtshilfe** (auf die ich im Kapitel III. C.: Familiengerichtshilfe näher eingehen werden) bekommt das Gericht bessere Möglichkeiten zur Sachverhaltsfeststellung. Richter sollen sich stärker auf die rechtlichen Aspekte konzentrieren können. All das soll zu einer deutlichen **Beschleunigung** und **einem besseren Fokus des Verfahrens** auf die wesentlichen Aspekte beitragen und häufigere gütliche Einigung zwischen den Eltern und eine höhere Akzeptanz gerichtlicher Entscheidungen erreichen.⁸⁷

Der Gesetzgeber hat den familienpsychologisch sehr wertvollen Gedanken der **Entlastung des hauptsächlich betreuenden Elternteils** und der **Festigung des Naheverhältnisses** des Kindes zum anderen Elternteil in § 187 Satz 4 verankert, wonach die Regelung der persönlichen Kontakte „die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherstellen und möglichst sowohl Zeiten der Freizeit als auch der Betreuung im Alltag des Kindes umfassen“ soll.

Das während der Entstehung des Reformgesetzes angedachte gesetzliche **Mindestmaß für den persönlichen Kontakt** zwischen Eltern und Kind wurde letztendlich nicht im

⁸⁵ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 5.

⁸⁶ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 1.

⁸⁷ *Fucik*, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG, ÖJZ 2013/32, 298.

Gesetzesentwurf aufgenommen, weil keine allgemein gültige Regelung diesbezüglich aufgestellt werden kann und immer auf den Einzelfall abzustellen ist.

Bevor das KindNamRÄG 2013 in Kraft trat war für die Beurteilung des Kontaktrechts des Kindes zu Dritten die Kindeswohlgefährdung im Falle eines Kontaktabbruchs Voraussetzung. Nunmehr soll nicht auf die Gefährdung des Kindeswohls als entscheidungsrelevantes Kriterium abgestellt werden, sondern auf die **Förderung des Kindes** durch den Kontakt mit „einem hierzu bereiten Dritten“. Im Hinblick auf die zahlreichen Ehescheidungen oder Trennungen von Lebensgemeinschaften erscheint diese Regelung als notwendig: so können auch Geschwister, Stief- oder Pflegeeltern auf Antrag den persönlichen Kontakt zum Kind aufrechterhalten bzw wiederherstellen.⁸⁸

Erklärtes Ziel des KindNamRÄG 2013 war daher mit diesen Gesetzesänderungen einerseits mehr Potential für **friedliche Konfliktregelungsmöglichkeiten** zu schaffen und andererseits auch auf verfahrensrechtlicher Ebene Lösungsmodelle anzubieten, die zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen. Dem Kindeswohl wird besonders dadurch entsprochen, dass das Pflegschaftsverfahren möglichst friktionsfrei und rasch durchgeführt werden kann. Eine lange Verfahrensdauer hat nämlich aufgrund des differenzierten kindlichen Zeitempfindens besonders negative Auswirkungen auf die Psyche minderjähriger Personen. Der Gesetzgeber des KindNamRÄG hat es jedoch – anders als der deutsche § 156 FamFG – **verabsäumt, ein allgemeines Vorrangs- und Beschleunigungsgebot im Pflegschaftsverfahren zu installieren.**⁸⁹

Unverändert geblieben ist die Ungleichbehandlung bei der ex-lege-Zuteilung der Obsorge: Nach wie vor haben verheiratete Eltern die gemeinsame Obsorge, nach wie vor obliegt sie bei unverheirateten Eltern der Mutter. Dies ist aus grundrechtlicher Sicht unproblematisch und wird damit sachlich gerechtfertigt, dass die Lebenssituation unverheirateter Paare weitaus inhomogener als jene von verheirateten ist. Bei unverheirateten Eltern steht nicht immer fest, wer der Vater ist und ob er Verantwortung für das Kind übernehmen will. Um das Kind dennoch von Geburt an zumindest einem Elternteil **obsorgerechtlich zuzuweisen**, wird die Person mit der Sorge betraut, deren **Elternschaft feststeht**, nämlich die Mutter. Ein solches Konzept ist auch nach der Rsp des EGMR zulässig, solange dem unverheirateten Vater die Möglichkeit eingeräumt wird, an der Obsorge teilzuhaben, was nach der österreichischen Rechtslage nunmehr der Fall ist.⁹⁰

⁸⁸ *Barnreiter*, Materiellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013 – Wesentliche Änderungen im Kindschafts- und Namensrechts, JAP 2012/2013, 241f.

⁸⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 94.

⁹⁰ *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96 (97).

III. Verfahrensrechtliches

A. Obsorgeübertragung

1. Inländische Gerichtsbarkeit und Gerichtszuständigkeit

Nahezu alle Ansprüche und Maßnahmen des Kindschaftsrechts werden im Verfahren außer Streitsachen vollzogen.⁹¹ Das Kindschaftsverfahren fällt gem § 104a JN in die sachliche **Zuständigkeit der Bezirksgerichte**.

Gem § 109 JN ist in Pflegschaftssachen das Gericht zuständig, „in dessen Sprengel der Minderjährige oder sonstige Pflegebefohlene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.“ Fehlt ein Inlandsaufenthalt, ist nach Abs 2 leg cit „das Gericht zuständig, in dessen Sprengel der gesetzliche Vertreter [...] seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“. Gem § 109 Abs 2 letzter HS JN ist mangels sämtlicher Anknüpfungspunkte das BG Innere Stadt Wien zuständig.

Die Regelung der **internationalen Zuständigkeit** des § 109 Abs 2 JN wird zwischen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union insbesondere durch die Brüssel IIa-VO stark eingeschränkt. Sie verdrängt die Bestimmungen der JN im Verhältnis zwischen Mitgliedsstaaten. Hat ein Kind seinen **gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich**, sind gem Art 8 Abs 1 der VO grundsätzlich **ausschließlich die österreichischen Gerichte** für Entscheidungen über die Obsorge und die persönlichen Kontakte zuständig. Hält sich ein Kind gewöhnlich in einem anderen EU-Mitgliedsstaat auf, sind die österreichischen Gerichte in aller Regel für Entscheidungen über Obsorge oder Kontaktrecht unzuständig.⁹²

Der gewöhnliche inländische Aufenthalt iSd § 109 JN liegt bei dauerhaften, nicht nur vorübergehenden Beziehungen einer Person zu ihrem Aufenthaltsort vor, die sich in einer bestimmten längeren Dauer und Beständigkeit des Aufenthalts äußern und auf objektiv überprüfbare Umstände persönlicher oder beruflicher Art gründen. Der Aufenthalt einer Person bestimmt sich ausschließlich nach tatsächlichen Umständen und somit im Gegensatz zum Wohnsitz nicht auch durch ein Willenselement.⁹³

Falls das Kind während des anhängigen Pflegschaftsverfahrens den **Wohnsitz wechselt**, kann das bislang zuständige Pflegschaftsgericht amtswegig oder auf Antrag jeder Partei die **Zuständigkeit jenem Gericht übertragen**, in dessen Sprengel sich nunmehr der Aufenthaltsort des minderjährigen Kindes befindet. Damit das Verfahren aber beim neuen Gericht fortgesetzt werden kann, muss das Gericht des neuen Aufenthaltsortes des Kindes die Zuständigkeit auch übernehmen. Im Falle einer Weigerung bedarf die Wirksamkeit der Übertragung der

⁹¹ *Mayr/Fucik* (Hrsg), Verfahren außer Streitsachen (2013) 176.

⁹² *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 957.

⁹³ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 959.

Zuständigkeit gem § 111 Abs 2 JN der Genehmigung des den beiden Gerichten übergeordneten gemeinsamen höheren Gerichts.⁹⁴

Ein **neuer gewöhnlicher Aufenthalt** eines minderjährigen Kindes wird begründet, wenn sich ein Elternteil mit Kindern an einem bestimmten Ort in der Absicht niederlässt, **nicht mehr an den früheren Aufenthaltsort zurückzukehren**, selbst wenn auch der andere Elternteil obsorgeberechtigt ist und den bisherigen Aufenthaltsort beibehält. Ein gewöhnlicher Aufenthalt kann auch gegen den Willen des Obsorgeberechtigten begründet werden, weil es auf den tatsächlichen Daseinsmittelpunkt des Minderjährigen ankommt.⁹⁵

2. Relative Anwaltpflicht § 104 AußStrG

Vor dem KindNamRÄG 2013 waren für Obsorge – und Kontaktrechtsverfahren keine besonderen Bestimmungen über die Vertretungspflicht normiert, sodass auch in diesem Zusammenhang § 6 AußStrG galt.

§ 6 Abs 1 AußStrG **aF** sah für Obsorge- und Kontaktregelungsverfahren die relative Anwaltpflicht nur für das Rekursverfahren und eine absolute Anwaltpflicht für das Revisionsrekursverfahren vor. Seit dem KindNamRÄG 2013 können sich die Parteien **in nach dem 31.1.2013 eingeleiteten Verfahren** über die Obsorge und das Kontaktrecht nur durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, sodass **bereits im erstinstanzlichen Verfahren relative Anwaltpflicht besteht**. Diese gesetzliche Änderung stellt nach den Materialien eine Maßnahme zur Deeskalation dieser fallweise sehr emotionsgeladenen Verfahren dar, nachdem in diesen Fällen häufig nahestehende Personen, die sich in einer ähnlichen Ausnahmesituation wie die Eltern selbst befanden, als Vertreter herangezogen wurden und die gerichtliche Auseinandersetzung der Eltern mit ihren eigenen Problemen und Belastungen zusätzlich erschwerten. Die Eltern haben aber auch die Möglichkeit, im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren ihre Interessen im Verfahren selbst wahrzunehmen und keinen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung zu betrauen. Im **Revisionsrekursverfahren** gilt für diese Verfahren weiterhin **absolute Anwaltpflicht**.⁹⁶

Wünschenswert wäre nach *Deixler-Hübner*⁹⁷ hier auch die Möglichkeit, dass sich die Parteien im Verfahren durch **(kinderpsychologisch) fachkundige Personen begleiten** lassen können, ähnlich den psychosozialen Prozessbegleitern in Gewaltschutzsachen.

⁹⁴ *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt², 89.

⁹⁵ *Beck*, Kindschaftsrecht² Rz 960.

⁹⁶ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 107 Rz 8.

⁹⁷ *Deixler-Hübner*, Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013, Zak 2013/8, 10.

3. Verfahrensfähigkeit Minderjähriger

§ 104 AußStrG statuiert die besondere Verfahrensfähigkeit Minderjähriger:

„Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, können in Verfahren über Pflege und Erziehung oder über die persönlichen Kontakte selbständig vor Gericht handeln. Soweit die Verständnisfähigkeit des Minderjährigen dies erfordert, hat das Gericht – spätestens anlässlich der Befragung – dafür zu sorgen, dass dieser seine Verfahrensrechte wirksam wahrnehmen kann“.

Darüber hinaus ist der mündig Minderjährige auf bestehende Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen. Durch die Normierung selbständiger Verfahrensrechte mündiger Minderjähriger gibt der Gesetzgeber unmissverständlich zu verstehen, dass das Kind durch eine **persönliche Beteiligung und Befragung** auch deshalb in das Verfahren eingebunden werden soll, weil ihm dadurch das Gefühl vermittelt werden kann, Subjekt und **nicht bloßes Objekt der Entscheidung** des Pflschaftsgerichts zu sein. Gleichzeitig lässt der Gesetzgeber erkennen, dass er Minderjährigen ab 14 Jahren schon eine sehr **umfangreiche Einsichts- und Urteilsfähigkeit** in diesen persönlichen Angelegenheiten zutraut, wodurch das **Selbstbestimmungsrecht der Minderjährigen** in diesem Bereich entscheidend gestärkt wurde. Ab diesem Alter von 14 Jahren liegt typischerweise – und daher grundsätzlich ohne Prüfung im Einzelfall – die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit in den Angelegenheiten der Pflege und Erziehung sowie des Umgangsrechts vor.⁹⁸

Dem Kind kommen uneingeschränkte Parteirechte zu. Ihm ist **rechtliches Gehör zu gewähren** (also insb alle Anträge und das wesentliche Vorbringen der anderen Verfahrensbeteiligten sowie die Beweisergebnisse in entsprechender Form zur Kenntnis zu bringen); es ist jedenfalls dem Kind und nicht dem gesetzlichen Vertreter die Sachentscheidung zuzustellen. Das Kind hat **alle Rechtsmittelmöglichkeiten**. Ein Minderjähriger kann zwar, soweit er selbst verfahrensfähig ist, auch wirksam Vollmacht erteilen, häufig wird aber die Weigerung des gesetzlichen Vertreters, dem Abschluss eines entgeltlichen Bevollmächtigungsvertrages zuzustimmen, nicht das Kindeswohl iSd § 181 ABGB gefährden. In den seltensten Fällen wird ein Abschluss im Rahmen der eigenen Geschäftsfähigkeit nach § 170 ABGB möglich sein.

Einem mündig Minderjährigen, der im Revisionsrekursverfahren vor dem OGH keine Vertretung iSd § 6 AußStrG hat, ist auf Antrag die **Verfahrenshilfe** durch Beigebung eines Rechtsanwalts ohne vorherige Prüfung der vermögensrechtlichen Voraussetzungen zu bewilligen. Damit soll eine möglichst formlose Vertretung gewährleistet werden.⁹⁹

⁹⁸ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 104 Rz 8f.

⁹⁹ *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht (2015) 309.

Einem mündigen Minderjährigen, der den ernstlichen Willen äußert, dem anderen Elternteil zugewiesen zu werden, soll die Obsorge durch einen Elternteil **möglichst nicht gegen seinen Willen aufgezwungen** werden, wenn nicht schwerwiegende Gründe dagegensprechen und der Wunsch nicht gegen die offenbar erkennbaren Interessen des Kindes gerichtet ist.¹⁰⁰ Das bedeutet jedoch nicht, dass der Wunsch eines jüngeren Minderjährigen für eine gerichtliche Entscheidung über die Obsorge kein ausschlaggebendes Kriterium sein könnte.

Aus entwicklungspsychologischer Sicht ist ein Kind ab dem 5. Lebensjahr zu einer Meinungsbildung in der Lage. Ab seinem **12. Lebensjahr** ist von einer **Urteilsfähigkeit** des Minderjährigen bzgl einer Obsorgeregelung auszugehen. Der **Wille des Kindes** ist ein wichtiges, aber **nicht allein maßgebliches Kriterium für gerichtliche Verfügungen**. Andernfalls würden die Minderjährigen in die Position der Entscheidungsträger gedrängt und im familiären Konflikt regelmäßig überfordert.¹⁰¹

4. Parteien im Obsorgeverfahren

Eine Parteistellung im Obsorgeverfahren kann sich auch, losgelöst von der Antragslegitimation nach § 181 Abs 2 Satz 1 ABGB, daraus ergeben, dass die gerichtliche Entscheidung iSd § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG **unmittelbar** in die **rechtlich geschützte Stellung dieser Person** eingreifen könnte. Eine solche kindschaftsrechtliche Rechtsposition verschafft § 178 ABGB den (bisher nicht obsorgeberechtigten) Elternteilen, den Großeltern und den Pflegeeltern. § 178 normiert nämlich im Falle der Verhinderung eines allein obsorgeberechtigten Elternteils die Übertragung der Obsorge an den anderen Elternteil, die Großeltern oder die Pflegeeltern. Eltern, Großeltern und Pflegeeltern haben nach § 178 ABGB **Vorrang vor Dritten**. Die Übertragung der Obsorge an den Kinder- und Jugendhilfeträger (im Folgenden KJHT genannt) kann dabei wiederum nur ultima ratio zur Verhinderung einer Gefährdung des Kindeswohls sein. Der **KJHT** ist also nur **subsidiär zu Verwandten**, anderen nahestehenden Personen oder sonst besonders geeigneten Personen mit der (Teil-)Obsorge zu betrauen.¹⁰²

Das **Kind hat altersunabhängig** im Obsorge- sowie im Kontaktrechtsverfahren **Parteistellung** iSd § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG, wobei der unmündige Minderjährige (der nicht selbständig vor Gericht handeln kann, aber im Verfahren nach den Vorgaben des § 105 AußStrG zu hören ist) durch den obsorgeberechtigten, ihn betreuenden Elternteil vertreten wird und der mündige Minderjährige gem § 104 Abs 1 AußStrG selbständig verfahrensfähig ist.¹⁰³

Parteistellung kommt dem Kind auch im Verfahren über den Informationsanspruch des nicht obsorgeberechtigten Elternteils nach § 189 ABGB zu. Wenn auch diese Auskunftsrechte, etwa

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0048820.

¹⁰¹ Beck, Der Wunsch des Kindes – Welches Alter zählt, EF-Z 2013/83 (124).

¹⁰² OGH 5 Ob 68/15h Zak 2015/710 = iFamZ 2015/210 (Thoma-Twaroch) = EF-Z 2016/35.

¹⁰³ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 104 Rz 6.

über den Schulerfolg des Minderjährigen, dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil in erster Linie gegen den obsorgeberechtigten Elternteil zustehen, ist das Kind in diesem Verfahren Partei iSd § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG, weil es um Informationen über seine Lebensumstände geht, durch deren Bekanntgabe seine Rechte unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls unmittelbar berührt werden, va **Ansprüche auf Vertraulichkeit**. Gerade an die unmittelbare Beeinflussung einer rechtlich geschützten Stellung durch eine gerichtliche Entscheidung knüpft der materielle Parteibegriff an. Im Auskunftsverfahren hat der Minderjährige daher ebenso Parteistellung wie der obsorgeberechtigte und somit auskunftspflichtige Elternteil.¹⁰⁴

Maßnahmen iSd § 181 ABGB werden entweder amtswegig oder auf Antrag einer dazu nach Abs 2 Satz 1 berechtigten Person getroffen. Es sind dies die Eltern, sonstige Verwandte in gerader aufsteigender Linie (Ur-, Großeltern), Pflegeeltern, der KJHT oder in Angelegenheiten seiner Pflege und Erziehung auch das mündige Kind.

Dritte Personen, die in § 181 Abs 2 nicht genannt sind, wie zB der Stiefgroßvater, besitzen keine Antragslegitimation. Sie können das **Einschreiten des Gerichts nach § 181 nur anregen**.¹⁰⁵ Durch eine solche sog Anzeige bei Gericht erhalten diese Personen **weder Parteistellung noch Rechtsmittellegitimation**. Nur dann, wenn die gerichtliche Entscheidung unmittelbar in die Rechtsposition dieser Personen, die Verfahrensgegenstand ist, eingreifen würde, könnte diese allenfalls daraus Parteirechte ableiten (vgl § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG).¹⁰⁶

5. Einräumung vorläufiger Rechte

Gem § 107 Abs 2 AußStrG hat das Gericht „die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte nach Maßgabe des Kindeswohls, insbesondere zur Aufrechterhaltung der verlässlichen Kontakte und zur Schaffung von Rechtsklarheit, auch vorläufig einzuräumen oder zu entziehen. Dieser Entzug bzw diese Einräumung vorläufiger Rechte kann besonders nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern erforderlich sein. Sofern das Gericht es nicht ausschließt, kommt dieser Entscheidung **vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit** zu“.

In einem Fall aus dem Jahr 2011 hatte der Vater seit dem Verlassen der Ehewohnung 6 Jahre vor dem Verfahren keinen persönlichen Kontakt zu seinem Sohn. Es war davon auszugehen, dass eine **weitgehende Distanzierung zwischen Vater und Sohn bereits eingetreten** war. Dieser Zustand widersprach nach Erörterung der Grundsätze dem Kindeswohl, weshalb eine

¹⁰⁴ Beck, Kindschaftsrecht² Rz 981.

¹⁰⁵ OGH 1 Ob 98/14i EF-Z 2014,265 = iFamZ 2014, 243.

¹⁰⁶ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 182 Rz 9f.

möglichst rasche, wenngleich behutsame Anbahnung von Besuchskontakten im Interesse des Kindes erforderlich war. In diesem Fall kam weder eine „sofortige“ Stattgebung noch eine Abweisung des Provisorialantrags in Betracht.¹⁰⁷ Zwar dürfen nach der Rsp „bei einer vorläufigen Entscheidung sogar **notwendige Verfahrensschritte unterbleiben**, weil andernfalls bereits mit einer endgültigen Entscheidung vorgegangen werden könnte“.¹⁰⁸ Erst nach der Befragung des Kindes kann jedoch auch dessen Sicht als Verfahrensergebnis in die Entscheidung eingezogen werden, auch wenn das Gericht an den Wunsch des Kindes allein nicht gebunden ist.¹⁰⁹ Die Kenntnis des Standpunkts des Kindes ist für die Entscheidung über einen Provisorialantrag, wie in dem oben genannten Fall vom Vater angestrebt wurde, ebenso bedeutsam wie für die endgültige Entscheidung, vor allem, wenn zum nicht obsorgeberechtigten Elternteil schon seit mehreren Jahren kein Kontakt bestand. Die **Anhörung des Sohnes** erwies sich daher im vorliegenden Fall als **zwingend erforderlich**. Dennoch hat das Rekursgericht die erstinstanzliche Abweisung des Provisorialantrags gebilligt.¹¹⁰ Dies widersprach jedoch der Rsp des OGH, wonach für die Abweisung eines Antrags auf vorläufige Maßnahmen „**sämtliche relevanten Beweise aufgenommen sein müssen**, weil vorher nicht verlässlich beurteilt werden kann, ob nicht doch eine vorläufige Anordnung geboten ist“.¹¹¹

§ 107 Abs 2 AußStrG reagiert auf die bisher sehr restriktive Rsp zu einstweiligen Regelungen in Obsorge und Kontaktkonflikten mit einer deutlichen Lockerung der Voraussetzungen. Niemand wird bestreiten können, dass eine **richtige und tragfähige endgültige Lösung dieser Konflikte** ihre Zeit braucht, der dadurch bisher oft nicht vermeidbare Zeitraum längerer Rechtsungewissheit soll aber durch häufigere vorläufige Entscheidungen überbrückt werden.¹¹² Der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 versuchte so die Pflegschaftsgerichte dazu zu bringen, schon dann eine **vorläufige Entscheidung** zu treffen, wenn zwar für die endgültige Entscheidung noch weitere Erhebungen wie zB die Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig sind, aber eine **rasche Regelung der Obsorge** und des Kontaktrechts für die Verfahrensdauer Klarheit schafft. Ein solcher Umstand liegt nach der Gesetzesintention schon dann vor, wenn das Kindeswohl (bloß) gefördert wird. Diese vorläufigen Entscheidungen können sich weiters auf die Einräumung von – auch begleiteten – persönlichen Kontakten zu einem Elternteil beziehen, wenn sonst eine **Entfremdung des Kindes zu diesem Elternteil zu befürchten** ist.¹¹³

¹⁰⁷ OGH 2 Ob 19/11z Zak 2011,293 = iFamZ 2011,294 (*Fucik*) = ZfRV-LS 2011/57 = RZ 2012, 67 EÜ39 = EFSlg 130.469 = EFSlg 130.474 = EFSlg 130.475 = EFSlg 130.541 = EFSlg 130.480 = EFSlg 130.485 = EFSlg 130.492 = EFSlg 130.494 = EFSlg 130.496 = EFSlg 130.515 = EFSlg 130.538 = EFSlg 130.541 = EFSlg 130.547 = EFSlg 131.886 = EFSlg 131.894 = EFSlg 133.224 = EFSlg 133.257 = EFSlg 133.259 = EFSlg 133.260 = EFSlg 133.261.

¹⁰⁸ RIS-Justiz RS0006999.

¹⁰⁹ OGH 3 Ob 186/05g.

¹¹⁰ OGH 2 Ob 19/11z.

¹¹¹ OGH 1 Ob 2155/96k.

¹¹² *Fucik*, ÖJZ 2013/32, 303.

¹¹³ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 100f.

Durch das KindNamRÄG wurde die Eingriffsschwelle für gerichtliche Entscheidungen deutlich herabgesetzt. Die bisherige Gefahrenabwehr wurde zur **gezielten Kindeswohlförderung** weiterentwickelt, wodurch das Gericht bereits **auf eine drohende Beeinträchtigung von Kindesinteressen reagieren** kann und nicht zuwarten muss, bis der Schaden eingetreten ist. Dennoch ist § 107 Abs 2 AußStrG mit Augenmaß anzuwenden. Die Reduzierung der Anspruchsvoraussetzungen darf nicht dazu führen, auf allzu ungewisser Tatsachengrundlage Entscheidungen zu treffen, die schwerwiegende Auswirkungen auf die Lebenssituation des Kindes haben und von denen aufgrund der damit geschaffenen Verhältnisse später uU nur mehr schwer abgegangen werden kann.¹¹⁴ Der Entscheidung kommt **vorläufige Verbindlichkeit zu, sofern das Gericht diese nicht explizit ausschließt.**¹¹⁵

Das Gericht hat einen Ausschluss der Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu begründen. Der Gesetzgeber lehnt sich damit an die **deutsche Bestimmung des § 156 Abs 3 FamFG** an, wonach selbst in hochstrittigen Verfahren eine Entfremdung zwischen Kind und (vorläufig) getrenntlebendem Elternteil verhindert werden soll. Der vorläufigen Einräumung von persönlichen Kontakten kommt dabei in der Praxis höhere Bedeutung zu. Ordnet das Pflegschaftsgericht persönliche Kontakte zum anderen Elternteil vorläufig an, so reduziert sich das Gebot zur vorläufigen Einräumung der Obsorge insoweit, als im Hinblick darauf nicht mehr solche Eile geboten ist.¹¹⁶

6. Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung

Wenn es dem Kindeswohl entspricht, hat das Gericht gem § 180 Abs 1 ABGB „eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung zu treffen, wenn nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern binnen angemessener Frist eine Vereinbarung nach § 179 nicht zustande kommt oder ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragt.“

§ 180 stellt eine der umstrittensten Neuregelungen hinsichtlich der elterlichen Obsorge dar und wurde in kürzester Zeit als politische Kompromisslösung zwischen der automatischen gemeinsamen Obsorge iSd deutschen Rechtslage und einer grundsätzlichen Ablehnung von gemeinsamer elterlicher Verantwortung in strittigen Fällen erzielt.¹¹⁷

In Fällen, in denen die **Beziehung zwischen den Elternteilen** derartig nachhaltig und **schwerwiegend gestört ist**, dass sich ihre Auseinandersetzungen auf das Kind sehr negativ

¹¹⁴ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 107 Rz 38.

¹¹⁵ Beck, Vorläufige Regelung der Schulwahl, EF-Z 2013/134 (214).

¹¹⁶ Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Ulrich, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 100f.

¹¹⁷ Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 180 Rz 1.

auswirken, kommt eine derartige Regelung nicht in Betracht. Dies bedeutet aber nicht, dass neben der Testphase auch die Obsorge beider Elternteile zu unterbleiben hat.¹¹⁸

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die definitive Entscheidung des Gerichts, mit der auch der bis dato „unberechtigte“ Elternteil ein Obsorgerecht erhält, **deeskalierend wirken könnte**, ein weiterer Schwebезustand aber nicht, so **entspricht die gemeinsame Obsorge eben, anders als die Phase vorläufiger elterlicher Verantwortung, dem Kindeswohl**. Das Kindeswohl kann eine solche Phase uU etwa auch dann nicht erforderlich machen, wenn bereits seit Jahren eine funktionierende Kontakt- und Unterhaltsregelung besteht, der eine Elternteil sich aber dennoch – aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen – weigert, den anderen an der Obsorge teilhaben zu lassen.¹¹⁹

Das Gericht wird auch dann **von der Erprobungsphase absehen** können, wenn sie aus weniger dramatischen Gründen nicht dem Kindeswohl entspricht, so etwa wenn auf Grund der bisherigen Obsorge der Eltern während der Zeit ihrer faktischen Trennung eine Fortsetzung der beiderseitigen **Obsorge offensichtlich dem Kindeswohl dient** und die mit der Erprobungsphase verbundene Verzögerung der Entscheidung und Belastung dem Kindeswohl widerspricht oder wenn das Kind selbst – mit entsprechender Verständnissfähigkeit – eine bestimmte Obsorgeregelung anstrebt, die sonstigen Umstände nicht dagegen sprechen und eine andere Regelung zu erheblicher Irritation des Kindes führen könnte.¹²⁰

Die Phase vorläufiger elterlicher Verantwortung ist **von Amts wegen anzuordnen**, wenn einer der in Abs 1 geschilderten Fälle vorliegt und das Kindeswohl die Phase gebietet. Eines Antrags auf Einleitung der Phase bedarf es nicht; ein solcher ist auch gar nicht vorgesehen, er wäre wohl als Anregung umzudeuten. **Bevor das Gericht diese vorläufige Regelung anordnen darf**, muss der Versuch unternommen werden, **eine entsprechende vom Einvernehmen der Eltern getragene Regelung zu finden**.¹²¹ Obwohl nach dem Gesetzeswortlaut des § 180 Abs 1 Z 2 die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung bei einer gegenteiligen Antragstellung des anderen Elternteils anzuordnen ist, zielt der Gesetzestenor nach *Deixler-Hübner*¹²² bloß auf die erstmalige Antragstellung ab, um den Gericht Anhaltspunkte für die praktische Ausgestaltung von möglichen Betreuungsvarianten zu liefern. Bei einem Antrag auf Obsorgeänderung wird das Gericht daher bloß im Einzelfall eine erneute Beobachtungsphase anzuordnen haben. Meist stützt sich ja ein solcher Antrag ohnehin bloß punktuell auf einzelne geänderte Tatumstände, die das Gericht auch mit geringerem verfahrensrechtlichen Aufwand erheben kann. Einer erneuten Probephase bedarf es hier idR nicht.¹²³

¹¹⁸ *Huber* in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht, 293.

¹¹⁹ *Barth/Jelinek*, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12 (13).

¹²⁰ *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 180 Rz 2.

¹²¹ *Barth/Jelinek*, iFamZ 2013, 12 (13).

¹²² *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 180 Rz 29.

¹²³ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 180 Rz 29.

Nach *Beck*¹²⁴ kann den Materialien des Gesetzgebers des KindNamRÄG 2013 nicht entnommen werden, aus welchen Erwägungen der Gesetzgeber zur Annahme gelangt, dass **nach Ausschöpfung der gerichtlichen Möglichkeiten** (durch den Versuch, eine Einigung der Eltern zu erwirken, bzw durch Hinweis auf Beratungs- und Unterstützungsmöglichkeiten) eine Anordnung des Gerichts, mit der die aktuelle Konfliktsituation um sechs Monate fortgeführt wird, die strittigen Verhältnisse zum Wohl des Kindes verändern oder gar Streitigkeiten überwinden sollte. Würde **Eltern die Möglichkeit gegeben werden**, sechs Monate lang eine **außergerichtliche Streitschlichtung mit professioneller Begleitung ihrer Trennung** in Anspruch zu nehmen und mit einer dem Konzept der sog Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung vergleichbaren Intensität einerseits die Trennungserfahrung emotional zu verarbeiten und sich andererseits mit den Bedürfnissen der Kinder unter Verschwiegenheitsbedingungen auseinanderzusetzen, könnten **nachhaltige Lösungen der familiären Konflikte** mit deutlich größerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden.¹²⁵

Seit dem KindNamRÄG 2013 soll das Gericht nicht nur nach Auflösung der Ehe, sondern – anders als nach § 177 idF BGBl I 2000/135 – auch nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern von Amts wegen über Obsorge und Haushalt der hauptsächlichen Betreuung entscheiden, wenn die Eltern binnen angemessener Frist hierüber keine Vereinbarung treffen. Ein Verfahren wird das Gericht in diesem Fall freilich nur dann einleiten können, wenn es von der Trennung der Eltern von dritter Seite erfährt. Bis zu einer Entscheidung des Gerichts bleibt die Obsorge beider Elternteile aufrecht, und es gibt auch keinen Haushalt der hauptsächlichen Betreuung. Der Tatbestand der **Auflösung der häuslichen Gemeinschaft** entspricht im Wesentlichen dem entsprechenden **Begriff des § 55 EheG**. Es muss eine nicht bloß vorübergehende und vollständige Trennung der Lebensbereiche der Eltern vorliegen, die eine gemeinsame Ausübung der Obsorge unmöglich macht.¹²⁶

Was als angemessene Frist iSd Abs 1 Z 1 leg cit anzusehen ist, die den Eltern für eine Vereinbarung über die Obsorge und den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung zur Verfügung steht, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere unter **Berücksichtigung der Inanspruchnahme von Vermittlungseinrichtungen** (Mediation, Schlichtung, Eheberatung) ab und kann demnach mit mehreren Wochen bis auch einigen Monaten angenommen werden.¹²⁷

¹²⁴ *Beck*, Obsorgezuweisung neu, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (EF-Spezial) (2013) 183.

¹²⁵ *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (EF-Spezial) 183.

¹²⁶ *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 180 Rz 3.

¹²⁷ *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 180 Rz 4.

a) Inhalt der Entscheidung

§ 180 ABGB lässt nicht eindeutig erkennen, ob es sich bei der „**Anordnung**“ der Phase der **vorläufigen elterlichen Verantwortung** um einen Beschluss handelt, ob gegen die Entscheidung ein gesondertes Rechtsmittel zulässig ist, ob dieses aufschiebende Wirkung hat und wann der sechs Monate dauernde Zustand beginnt. Aus der Unzulässigkeit bloß konkludenter Entscheidungen des Gerichts und dem Hinweis in den Mat, dass der Beobachtungszeitraum „mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung“ beginne, ist zu folgern dass das Gericht diesen Verfahrensabschnitt **mit einem (gesondert anfechtbaren) Beschluss** einzuleiten hat, dass der Rekurs aufschiebende Wirkung hat (sofern das Gericht seiner Entscheidung nicht vorläufige Verbindlichkeit gem § 44 AußStrG zuerkennt) und dass die **Probephase** erst mit **Rechtskraft des Beschlusses über ihre Anordnung** beginnt.¹²⁸

Das Gericht hat die Möglichkeit, **Regelungen** während des Laufs der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung **neu zu erlassen, aufzuheben oder abzuändern**. Nach Ablauf der 6-monatigen Frist „hat das Gericht auf Grundlage der Erfahrungen in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einschließlich der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und nach Maßgabe des Kindeswohls über die Obsorge **endgültig zu entscheiden**“ (§ 180 Abs 2 Satz 1 ABGB).¹²⁹ Es kann einen Elternteil allein oder beide mit der Obsorge betrauen. Im zuletzt genannten Fall hat das Gericht auch den Elternteil festzulegen, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Dabei kann es die Obsorge des anderen Teils auf bestimmte Angelegenheiten beschränken.

Verwehrt ist es dem Gericht allerdings – weil mit dem vom KindNamRÄG 2013 aufrecht erhaltenen Prinzip des „Heimes erster Ordnung“ nicht im Einklang – die Obsorge zwischen den Eltern zeitlich oder inhaltlich, insbesondere idS, dass einem Elternteil ausschließlich die Pflege und Erziehung, dem anderen nur die Vermögensverwaltung und Erziehung zukommen, zu teilen. Desgleichen kann das Gericht nicht den Haushalt der hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes in der Weise regeln, dass es diesen, etwa wochen- oder monatsweise, zwischen den Eltern teilt.¹³⁰

b) Verlängerung des Beobachtungszeitraumes

Nach Ablauf der Frist von sechs Monaten hat das Gericht gem § 180 Abs 2 Satz 1 ABGB endgültig über die Obsorge zu entscheiden. Das Gericht kann aber auch zum **Zweck der Vorbereitung der Entscheidung die vorläufige Regelung gem Satz 2 leg cit verlängern**.

¹²⁸ Beck in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 84f.

¹²⁹ Huber in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht, 294.

¹³⁰ Hopf in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 180 Rz 10f.

Reichen die vorliegenden Ergebnisse dem Gericht nicht aus, um diese endgültige Entscheidung zu treffen, so kann es auch den Beobachtungszeitraum verlängern und **förmliche Beweise anordnen**. Bei einer Entscheidungsfindung hat das Gericht nicht nur die verschiedenen Kriterien des Kindeswohls iSd § 138 anhand des jeweiligen Einzelfalls in einem **beweglichen System** zu prüfen, sondern auch die vor dem KindNamRÄG 2013 von der Rsp in Leitlinien entwickelten Grundsätze, wie zB Erziehungsfähigkeit und Bindungstoleranz, heranzuziehen.¹³¹

Der Gesetzgeber des KindNamRÄG erkannte richtig, dass ein Zeitraum von sechs Monaten in hochstrittigen familiären Konstellationen für eine „Abkühlung“ mit signifikanter Häufigkeit nicht genügt und zugleich für eine definitive Entscheidung über die Obsorge zu kurz ist, sodass es sich dabei nur um eine **Mindestfrist** im Verfahren nach § 180 ABGB handeln kann.

Eine noch gesetzeskonforme Maximaldauer für die Beobachtungsphase nennen weder Gesetz noch Materialien. Sie stellen nicht einmal klar, ob der Verlängerungsmöglichkeit Ausnahmecharakter zukommen soll. Bei realistischer Einschätzung der Austragung familiärer Konflikte im gerichtlichen Kontext wird davon aber nicht auszugehen sein.¹³²

Wenngleich weder das Gesetz noch die Materialien eine vorzeitige Beendigung der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung durch das Gericht erwähnen, ist dennoch von der Möglichkeit eines solchen Abbruchs vor Ablauf der Sechs-Monats-Frist auszugehen. Dies wird etwa dann geboten sein, wenn das **Verhalten eines Elternteils dem Kindeswohl zuwiderläuft** oder wenn das Probestadium eindeutig zu einer deutlichen, für das Kind nachteiligen Eskalation führt. **§ 180 Abs 1 ABGB** nennt als Voraussetzung der Anordnung des Beobachtungszeitraums deren **Kindeswohldienlichkeit**. Diese Einschränkung muss auch für die Fortführung des Verfahrens nach § 180 ABGB gelten.¹³³

Kritisiert wird die 6-monatige „Abkühlphase“ von *Pötzlbauer*¹³⁴. Aufgrund der auffallenden Bedeutung dieser Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung für die endgültige Regelung der Obsorge ist zu befürchten, dass streitende Eltern besonders vor, aber auch während dieser Phase versuchen werden, Fakten zu ihren Gunsten zu schaffen. Es wird befürchtet, dass die Einführung der Abkühlphase nicht zur Deeskalation führt, sondern ganz im Gegenteil eine **Eskalierung der Auseinandersetzungen** fördert oder gar provoziert. Aber auch besonders positives Verhalten aus taktischen Gründen von geringer Nachhaltigkeit ist vorstellbar. In solchen hochkonflikthaften Fällen wäre es nach dieser Meinung ratsam, die Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitschlichtung etwa für die Dauer von **zumindest sechs Monaten**

¹³¹ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 180 Rz 20.

¹³² *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 187.

¹³³ *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 187.

¹³⁴ *Pötzlbauer*, Die Sorge mit der Obsorge – Die Neuerungen im KindNamRÄG aus Genderperspektive in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 137

vorzusehen, so dass die Eltern unter Verschwiegenheitsbedingungen die Trennung verarbeiten und an einem bestmöglichen Betreuungsmodell für das Kind arbeiten können. Weiters wird der **Zeitraum von sechs Monaten** zur Klärung von Obsorge- und Kontaktmöglichkeiten und zur Trennungsverarbeitung angesichts der wissenschaftlichen Ergebnisse aus der Scheidungsforschung **als zu kurz eingestuft**. Bei der täglichen Versorgung der Kinder werden die Streite der Eltern ausgetragen. Sie sind nicht fähig im Interesse der Kinder konstruktiv miteinander zu kommunizieren oder ein stabiles Betreuungsmodell aufzurichten. Im Trennungsprozess ist mit einer Phase der Neuorientierung und der Stabilisierung üblicherweise erst nach etwa einem Jahr zu rechnen, weshalb diese Phase auf etwa ein Jahr erstreckt werden sollte.¹³⁵

Kritik zur Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung kommt auch von *Gitschthaler*. In einer Entscheidung aus 2016 ordnet das Pflschaftsgericht die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung an, nachdem der nicht obsorgeberechtigte Vater die gemeinsame Obsorge anstrebte. Während dieser Phase **darf die Obsorge nicht geändert werden**. *Gitschthaler* fragt in diesem Zusammenhang, ob der Vater grundsätzlich **beweisen kann, dass er mit der gemeinsamen Obsorge verantwortungsvoll umgehen kann**, wenn man ihm diese in der besagten „Bewährungsphase“ nicht gewährt. Er stellt dann wiederum die Frage, warum eine solche Phase überhaupt angeordnet wird.¹³⁶

Meines Erachtens hat der Gesetzgeber mit § 180 ABGB eine sinnvolle Grundlage zur Entscheidungsfindung in Obsorgeangelegenheiten geschaffen. Die Verlängerung der Phase sollte nicht nur in Ausnahmefällen möglich sein, da ein verlängerter Beobachtungszeitraum den Beteiligten die Chance gibt, sich bemüht und ernsthaft mit dieser neuen Situation auseinandersetzen zu können. Eine verlängerte Phase gibt dem Familienrichter auch die Möglichkeit zu „überprüfen“, ob sich die Elternteile langfristig im Sinne des Kindeswohls bemühen oder die Phase nur zugunsten einer Entscheidung in ihrem Sinne nutzen.

B. Besondere Verfahrensbestimmungen des § 107 Abs 3 AußStrG

Gem § 107 Abs 3 AußStrG „hat das Gericht zur Sicherung des Kindeswohls die erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, soweit dadurch nicht Interessen einer Partei, deren Schutz das Verfahren dient, gefährdet oder Belange der übrigen Parteien unzumutbar beeinträchtigt werden“. Als derartige Maßnahmen werden „der verpflichtende Besuch einer Familien-, Eltern- oder Erziehungsberatung, die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein

¹³⁵ *Pötzlbauer* in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 137.

¹³⁶ OGH 7 Ob 149/16m EF-Z 2017/9 (krit *Gitschthaler*).

Schlichtungsverfahren, die Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression, das Verbot der Ausreise mit dem Kind und die Abnahme der Reisedokumente des Kindes“ genannt.

Maßnahmen nach § 107 Abs 3 AußStrG müssen „**im Zusammenhang mit einem Obsorge- oder Kontaktrechtsverfahren**“ stehen.¹³⁷

Für **§ 107 Abs 3 Z 1 AußStrG**, also für den **Pflichtbesuch einer Eltern-, Familien- oder Erziehungsberatung** war der deutsche § 135 Abs 1 FamFG für den österreichischen Gesetzgeber Vorbild. Schon gem § 29 Abs 1 AußStrG besteht für das Pflegschaftsgericht die rechtliche Möglichkeit mit dem Obsorge- und Kontaktregelungsverfahren innezuhalten, wenn „eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien, insbesondere mit Unterstützung einer dafür geeigneten Einrichtung, zu erwarten“ ist. Da für die Parteien keine Verpflichtung bestand, diese rechtlichen Möglichkeiten auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen, war eine solche Innehaltung oftmals **frustrierter Verfahrensaufwand** und führte nicht zuletzt zu einer dem Kindeswohl abträglichen und/oder **sinnlosen Verfahrensverzögerung**. Andere zielführende Maßnahmen konnte das Gericht nach alter Rechtslage nur schwer ergreifen. Z 1 leg cit soll nun klarstellen, dass es dem Pflegschaftsgericht obliegt, die Eltern zum Besuch einer Eltern- oder Familienberatung zu verpflichten. Damit folgt das Gesetz dem deutschen Modell des § 156 FamFG.¹³⁸ Der deutsche Gesetzgeber weist in dieser Regelung auf diverse Möglichkeiten zum Hinwirken auf Einvernehmen der Beteiligten hin. Er nennt dabei uA die Beratung durch Beratungsstellen und Beratungsdienste der Träger der Kinder- und Jugendhilfe. Die deutschen Gerichte können in Kindschaftssachen die **Teilnahme an Informationsgesprächen über Mediation** oder weitere Möglichkeiten der **außergerichtlichen Konfliktbeilegung** anordnen. Das Gericht kann nach § 156 Abs 1 Satz 4 FamFG auch eine Teilnahme an derartigen Beratungen anordnen.

Die in § 107 Abs 3 AußStrG geregelten Maßnahmen dienen der **Sicherung des Kindeswohls**. Es ist keine Voraussetzung, dass das Kindeswohl bereits gefährdet ist. Ebenso wenig ist es Voraussetzung, dass diese Maßnahmen ultima ratio darstellen, die erst nach Ausschöpfung aller anderer Maßnahmen zulässig sind. Das Gericht kann die genannten Maßnahmen im Einzelfall daher **stets ergreifen, wenn sie ihm zielführend erscheinen**. Allein den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss das Gericht idZ wahren: Der Eingriff in das Privatleben der betroffenen Personen darf nicht unverhältnismäßig und der damit beabsichtigten Förderung der Kindesinteressen nicht abträglich sein. Damit soll nicht zuletzt auch Art 8 Abs 1 EMRK entsprochen werden, der als Maßstab einer Eingriffslegitimation in die Familienautonomie das Kindeswohl sieht. Das Gericht kann im Einzelfall aber auch andere Maßnahmen anordnen, wie zB die Bestellung eines Kinderbeistandes, eines Besuchsmittlers oder die Anordnung einer

¹³⁷ RIS-Justiz RS0131142.

¹³⁸ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Ulrich, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz*, 99f.

Besuchsbegleitung, auf die ich im Späteren noch detailliert eingehen werden. Dem Gericht bleibt es auch unbenommen, in **weniger gravierenden Fällen** eine **bloße Innhaltung des Verfahrens gem § 29 AußStrG anzuordnen** und es im Ermessen der Parteien zu belassen, ob sie diese Hilfe auch tatsächlich in Anspruch nehmen wollen.¹³⁹

Angesichts der Klarheit des Gesetzes und der Materialien ist anzunehmen, dass **nur ein Erstgespräch über Mediation** iSd § 107 Abs 3 AußStrG vom Gericht angeordnet werden darf und nicht eine verpflichtende Teilnahme an Mediationssitzungen selbst.¹⁴⁰

1. Sinn und Zweck des Maßnahmenkatalogs

Nach dem Wortlaut der Regierungsvorlage wurde die in **Z 1** leg cit angeordnete **Eltern-, Familien- oder Erziehungsberatung** eingeführt, da „Studien der letzten Jahre zeigen, dass Eltern, die von sich aus nicht bereit wären, professionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen, ihre gegen die Beratung gerichtete Einstellung überwinden, wenn sie die Gelegenheit erhalten, sich anzuvertrauen und ihre Sorgen um die Kinder zu besprechen“.¹⁴¹ Die oftmals **geringe Beratungsbereitschaft der Eltern** liegt nach Meinung der Therapeuten und Kinderpsychologen in der Angst, dass das Eingeständnis, Beratung zu brauchen, sich für sie auf den **Ausgang des Gerichtsverfahrens negativ auswirken** könnte. Ist der Kontakt jedoch erst einmal hergestellt, können die (abgewehrten) Leidenszustände und Bedürftigkeiten auch bei vielen hochgradig zerstrittenen Eltern(-teilen) für eine konstruktive Arbeit im Interesse der Kinder verwendet werden.¹⁴²

Z 2 leg cit nennt als Maßnahme die **Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren**. Zur Erzielung eines Einvernehmens in Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren wird in vielen europäischen Rechtsordnungen sowie in den USA zunehmend auf Mediation gesetzt. Dabei ist mitunter die Möglichkeit vorgesehen, Mediation bindend vorzuschreiben.¹⁴³ Mediation ist gem § 1 ZivMediatG „eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen“.

¹³⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 99f.

¹⁴⁰ RIS-Justiz RS0131389.

¹⁴¹ ErläutRV 2004 BlgNr 24. GP 36.

¹⁴² *Figdor*, Die „verordnete Erziehungsberatung“ in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 295f.

¹⁴³ ErläutRV 2004 BlgNr 24. GP 37.

Ordnet das Gericht die Teilnahme an einem Erstgespräch gem Z 2 an, drückt es damit deutlich aus, dass es diese für sinnvoll hält. Dies soll die Verfahrensparteien dazu bringen, sich mit dieser **Form der Konfliktbeilegung auseinanderzusetzen**.¹⁴⁴

Eine Annahme unter Mediatoren impliziert, dass dieses **Erstgespräch möglich niederschwellig** sein sollte, was bedeutet, dass es zu einem baldigen Termin, möglichst günstig für die Eltern und mit möglichst geringem bürokratischen Aufwand stattfinden sollte. Ziel eines Erstgesprächs sollte nach Ansicht *Mattl's* sein, dass die Eltern sich genügend über Mediation informiert fühlen, um zu einer fundierten Entscheidung zu kommen, ob Mediation für sie zum gegebenen Zeitpunkt hilfreich ist.¹⁴⁵

Die in Z 2 angeführte Mediation darf nur mit **Zustimmung der Parteien** erfolgen. Der Grundsatz der Freiwilligkeit ist ein der Mediation innewohnendes Element und ist gesetzlich ausdrücklich in § 1 Abs 1 ZivMediatG festgehalten. Auch das Psychotherapiegesetz geht in § 14 Abs 3 auf die Freiwilligkeit ein, so darf der Psychotherapeut „nur mit Zustimmung des Behandelten oder seines gesetzlichen Vertreters Psychotherapie ausüben“.¹⁴⁶

Im Gegensatz zur Mediation iSd Z 2 sind die Bezeichnungen Familien-, Eltern- und Erziehungsberatung iSd Z 1 weder inhaltlich noch methodisch definiert und voneinander abgegrenzt. Die verschiedenen Institutionen und Berufsbezeichnungen unterscheiden sich im Hinblick auf den Umfang der Themen und der Problemstellungen mit denen sie sich beschäftigen. Versteht man unter Erziehungsberatung eine Beratung, deren zentralen Fokus die geistige und psychische Entwicklung der anvertrauten Heranwachsenden bildet, so kann Erziehungsberatung in allen der genannten Institutionen angeboten werden. Vor Gericht sollten **primär spezielle Erziehungsberatungsstellen oder Einrichtungen** in Betracht gezogen werden, in denen **in Erziehungsberatung ausgebildete Fachleute** tätig sind.¹⁴⁷

Z 3 leg cit sieht die Möglichkeit vor, die Partei „**zur Teilnahme an einer Beratung oder Schulung zum Umgang mit Gewalt und Aggression**“ zu verpflichten.

Wie die Praxis zeigt, wird besonders durch **Gewaltausübung** oder ein aggressives Verhalten eines oder beider Elternteile das **Kindeswohl massiv gefährdet**. Da Täter oft für ihr Verhalten nicht die notwendige Eigenverantwortung übernehmen und es auch meist an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, soll der Besuch eines solchen Trainings vom Gericht zwangsweise angeordnet werden können. Diese Regelung ist schon deshalb sehr zu begrüßen, weil vor allem gewalttätiges und aggressives Verhalten das Kindeswohl massiv gefährdet und dies auch zu

¹⁴⁴ ErläutRV 2004 BgNr 24. GP 37.

¹⁴⁵ *Mattl*, Erste Erfahrungen mit dem angeordneten Erstgespräch über Mediation – Ein Bericht aus der Mediationspraxis, iFamZ 2014, 322 (322f).

¹⁴⁶ *Huber*, Anwendungsbereich des § 107 Abs 3 AußStrG, EF-Z 2015/59 (111).

¹⁴⁷ *Figdor* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts, 300.

irreparablen psychischen Schädigungen im Hinblick auf den weiteren Lebensweg des Kindes führen kann. Oftmals gelingt es hier nur durch Zwangsmaßnahmen verantwortungsscheue Elternteile zur Inanspruchnahme solcher professionellen Hilfen zu verpflichten.¹⁴⁸

Mit **Z 4 und Z 5** wird dem Pflegschaftsgericht die Möglichkeit in die Hand gegeben, das **Ausreiseverbot mit dem Kind** auszusprechen und die **entsprechenden Reisedokumente des Kindes abzunehmen**. Vor allem bei binationalen Elternteilen ist ja stets die Gefahr gegeben, das Kind vor einer endgültigen Entscheidung des Gerichts dem anderen Elternteil zu entziehen und ins Ausland zu bringen.¹⁴⁹ Diese Maßnahmen sind gem § 79 AußStrG durchsetzbar.¹⁵⁰

Das Gericht darf das Ausreiseverbot nur dann anordnen, wenn es objektive Anhaltspunkte für eine geplante Kindesmitnahme ins Ausland durch den Elternteil gibt und die Maßnahme zuvor der Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzogen wird. Der Eingriff in das Privatleben der betreffenden Person darf, besonders hinsichtlich des Art 8 Abs 1 EMRK, nicht unverhältnismäßig zu der damit beabsichtigten Förderung der Kindesinteressen sein. Es kommt nicht darauf an, dass diese Maßnahme die ultima ratio darstellt, die erst nach Ausschöpfung aller anderen Maßnahmen zulässig wäre.¹⁵¹

2. Rechtliche Einordnung von Anordnungen gem § 107 Abs 3 AußStrG

Für eine Anordnung einer Maßnahme nach § 107 Abs 3 AußStrG braucht das Gericht nach Judikatur des OGH nicht darauf zu warten, bis eine Kindeswohlgefährdung iSd § 181 Abs 1 ABGB eingetreten ist, sondern **es reicht für eine solche Anordnung bereits aus**, dass eine solche **Maßnahme zur Sicherung des Kindeswohls „erforderlich“ ist**. Umgekehrt setzt der OGH für die nach § 107 Abs 3 AußStrG angeordneten gerichtlichen Maßnahmen Schranken:¹⁵²

Nach der Rsp des OGH ist festzuhalten, dass „nach § 107 Abs 3 AußStrG die Verpflichtung zur Inanspruchnahme einer Beratung oder Schulung (Z 3) oder zur Information über alternative Formen der Streitbeilegung (Z 2) ausgesprochen werden kann, **nicht aber die Verpflichtung zur Teilnahme an der Behandlung** von psychosozial oder auch psychosomatisch bedingten **Verhaltensstörungen** und **Leidenszuständen** mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten mit dem Ziel, bestehende Symptome zu mildern oder zu

¹⁴⁸ *Deixler-Hübner*, Die neuen verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KindNamRÄG 2013 in *Wagner/Bergthaler* (Hrsg), Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht – FS für Ferdinand Kerschner zum 60. Geburtstag (2013) 324.

¹⁴⁹ *Deixler-Hübner*, Zak 2013/8.

¹⁵⁰ *Fucik*, ÖJZ 2013/32 (305).

¹⁵¹ OGH 6 Ob 160/14v iFamZ 2014/214 = Zak 2014/740 = EF-Z 2015/12.

¹⁵² *Filler*, Was bringt der neue § 107 Abs 3 AußStrG – Gut Ding braucht Weile, iFamZ 2016, 192 (193).

beseitigen, gestörte Verhaltensweisen und Einstellungen zu ändern und die Reifung, Entwicklung und Gesundheit des Behandelten zu fördern (§ 1 Abs 1 PsychotherapieG).¹⁵³

3. § 107 AußStrG im Verhältnis zu Art 8 EMRK

Gem Art 8 EMRK hat „Jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Ein Eingriff in die Ausübung dieses Rechts durch eine öffentliche Behörde ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist“.

Die in § 107 Abs 3 AußStrG geregelten Maßnahmen dienen der Sicherung des Kindeswohls. Eine Gefährdung des Kindeswohls ist nicht Voraussetzung, ebenso wenig müssen die Maßnahmen die letzte Möglichkeit zur Sicherung des Kindeswohls sein. Das Gericht muss bei der Anordnung von den in § 107 Abs 3 AußStrG geregelten Maßnahmen stets den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren**. Die im Einzelfall angeordnete Maßnahme muss zur Sicherung des Kindeswohls erforderlich und geeignet sein. Außerdem darf der damit verbundene Eingriff in das Privatleben der betroffenen Person **nicht außer Verhältnis zu der damit intendierten Förderung der Interessen des Kindes** stehen.¹⁵⁴

Eine **Maßnahme des § 107 Abs 3 AußStrG erfordert** keine Kindeswohlgefährdung, sondern nur **die Förderung des Kindeswohls**. Damit diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das Gericht konkret klarstellen, welcher den in § 138 ABGB ausdrücklich genannten oder qualitativ gleichwertigen „leitenden Gesichtspunkte“ mit der in Aussicht genommenen Maßnahme gefördert werden sollen. Ein pauschaler Hinweis auf „das Kindeswohl“ ohne nähere Differenzierung reicht für einen potenziell in Richtung Art 8 Abs 1 EMRK grundrechtsrelevanten Eingriff nicht aus, sondern würde einen Begründungsmangel bilden.¹⁵⁵

Das Gericht darf nach § 107 Abs 3 AußStrG nur die zur Sicherung des Kindeswohls „erforderlichen“ Maßnahmen anordnen. Welche Pflege und Erziehung dem Wohl des Kindes am besten entspricht, ist nicht ohne weiteres objektivierbar und **hängt maßgeblich von individuellen Wertvorstellungen ab**. Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe der Gerichte sein, durch verbindliche Aufträge, mögen diese auf der Basis allgemein-abstrakter Wertvorstellungen

¹⁵³ OGH 4 Ob 139/14s RdM-LS 2914/64 = iFamZ 2014,298 (Thoma-Twaroch) = Zak 2014,371 = AnwBl 2015,9 = JBl 2015,104 = RZ 2015 EÜ2 = EvBL 2015,221 (Deixler-Hübner) = NZ 2015,66 = EF-Z 2015,29 = SZ 2014/81.

¹⁵⁴ OGH 9 Ob 17/16i iFamZ 2016/133.

¹⁵⁵ Höllwerth in Gitschthaler, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, 219.

oder neuer familienpsychologischer Erkenntnisse auch noch so zielführend erscheinen, Eltern bzw. einem Elternteil wie dieser(r) die Obsorge über ihre (seine) Kinder auszuüben haben (hat). Eine **Maßnahme nach § 107 Abs 3** setzt daher den konkreten Nachweis voraus, dass diese zur Förderung des Kindeswohls nicht nur **zweckmäßig, sinnvoll oder wünschenswert**, sondern erforderlich und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände, nämlich insb der Mitwirkungsmöglichkeiten und –fähigkeiten der Eltern, zur Erreichung des angestrebten Zwecks **auch tauglich** ist.¹⁵⁶

C. Familiengerichtshilfe nach § 106a AußStrG

Gerichtliche Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte sind von einer tiefen emotionalen Betroffenheit der Parteien gekennzeichnet. Es geht den Parteien schließlich um die Beziehung zueinander, also um die Eltern-Kind-Beziehung(en). Je länger ein Verfahren dauert, umso größer ist daher die Tendenz zu einer Verhärtung der Fronten, die ein verantwortungsvolles Zusammenwirken der Eltern für die Zukunft unwahrscheinlicher macht.¹⁵⁷

Im Zuge der Arbeiten des KindNamRÄG 2013 war eines der Ziele des Gesetzgebers die kindschaftsrechtlichen Gerichtsverfahren zu verbessern. Dem Gericht sollte ein besseres Mittel in die Hand gegeben werden, um **familiäre Situationen zu entschärfen** oder im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen zu behandeln. Einerseits sollte das Gericht die Möglichkeit haben, vermittelnde Schritte zu setzen, wie etwa den Auftrag der Erziehungsberatung, andererseits sollten dem Gericht mit der FamGHi, die ein justizeigenes mit Psychologen und Sozialarbeitern ausgestattetes Instrument darstellt, **bessere Möglichkeiten zur Feststellung des Sachverhaltes** in die Hand gegeben werden.¹⁵⁸

1. Voraussetzungen für die Tätigkeit der FamGHi

Gem § 106a Abs 1 AußStrG wird die FamGHi auf gerichtlichen Auftrag unterstützend bei der „Sammlung von Entscheidungsgrundlagen, der Anbahnung einer gütlichen Einigung und der Information der Parteien in Verfahren über die Obsorge oder die persönlichen Kontakte“ tätig.

Das Gericht bleibt jedoch gem § 13 Abs 1 AußStrG auch bei der Beiziehung der FamGHi verpflichtet, „von Amts wegen für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen und dieses so zu gestalten, dass eine **erschöpfende Erörterung** und **gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstandes** und eine **möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet** wird“. Das Gericht darf daher den Inhalt und Umfang der Erhebungen der FamGHi nicht deren

¹⁵⁶ Höllwerth in Gitschthaler, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, 219f.

¹⁵⁷ Engel, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe – Eine Investition in die Qualität von Nachhaltigkeit von Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren, iFamZ 2012, 48 (49).

¹⁵⁸ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 6.

Ermessen überlassen, sondern muss seiner **Pflicht zur Verfahrensführung durch klare, konkrete und detaillierte Aufgabenstellung** gerecht werden.¹⁵⁹

2. Aufgaben der FamGHi

Nach § 106a Abs 1 AußStrG „unterstützt die FamGHi das Gericht auf dessen Auftrag bei der Sammlung der Entscheidungsgrundlagen, der Anbahnung einer gütlichen Einigung und der Information der Parteien“ in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren.

Die FamGHi führt Clearings durch, macht spezifische Erhebungen, erstellt fachliche Stellungnahmen oder wird als Besuchsmittler eingesetzt.

Zu Beginn des Verfahrens kann das Gericht die FamGHi beauftragen, ein **Clearing** durchzuführen, das dazu dient, Möglichkeiten und **Wege einer gütlichen Einigung auszuloten** und anzubahnen, die wesentlichen Streitpunkte und Konfliktquellen festzustellen und erforderlichenfalls eine Entscheidungsgrundlage für eine einstweilige Regelung für die Dauer des Verfahrens zu schaffen.¹⁶⁰ Die Hauptaufgabe des Clearings liegt darin, Eltern bei der Entwicklung einer einvernehmlichen Lösung für die Zukunft zu unterstützen.¹⁶¹

Nach der **Durchführung eines gemeinsamen Erstgesprächs** bzw zweier getrennter Erstgespräche mit den Elternteilen finden – sofern möglich – gemeinsame Gespräche statt. Das Kind wird nur miteinbezogen, wenn dies aus fachlicher Sicht unumgänglich erscheint oder das Gericht die Anhörung des Kindes als spezifische Erhebung beauftragt hat.¹⁶² Nach spätestens 10 Wochen erfolgt eine Rücksprache mit dem Gericht. Wenn es aus fachlicher Sicht notwendig erscheint, kann den Parteien, ggf nach Rücksprache mit dem zuständigen Richter, die Möglichkeit einer „Erprobung“ einer vereinbarten Kontaktausübung mit anschließender Möglichkeit zur Reflexion bei der FamGHi gegeben werden, um die Nachhaltigkeit der Vereinbarung überprüfen und stärken zu können.¹⁶³

Die **spezifischen Erhebungen** iSd § 106a Abs 2 AußStrG stellen **Sachverhaltsermittlungen mit fachlicher Einschätzung** dar. Die fachliche Einschätzung soll nur in jenem Bereich erfolgen, der von der spezifischen Erhebung gedeckt ist, und wenn dies aus fachlicher Sicht möglich bzw vertretbar ist, wie zB die Frage, ob die Wohnung eines Elternteils für die Übernachtungen des Minderjährigen geeignet, also kindgerecht eingerichtet ist.¹⁶⁴ Im Rahmen eines Auftrags zur Durchführung einer spezifischen Erhebung kommen Vorgehensweisen wie das Nachfragen in oder bei Schulen, Kindergärten, Ärzten sowie Hausbesuche zur Klärung der

¹⁵⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 106a Rz 13.

¹⁶⁰ vgl Konsolidierter Erlass zur Familiengerichtshilfe vom 27. November 2015, BMJ-V319.00/0065-III 4/2015, 6.

¹⁶¹ Standards der Familiengerichtshilfe – Handbuch für die Praxis, iFamZ 2016, 50 (51).

¹⁶² Stvarnik/Lach, Das Clearing in der Familien- und Jugendgerichtshilfe, iFamZ 2016, 61 (61).

¹⁶³ Standards der Familiengerichtshilfe, iFamZ 2016, 50 (51).

¹⁶⁴ Standards der Familiengerichtshilfe, iFamZ 2016, 50 (52).

Wohn- und Betreuungsverhältnisse aber auch Gespräche mit den Parteien und dem Kind in Betracht.¹⁶⁵

Die FamGHi hat hier eine Vielzahl an Handlungsmöglichkeiten, welche jedoch nicht Schwerpunkt meiner Arbeit sein sollten und somit in der jeweiligen Fachliteratur nachzulesen sind.

Finden die Parteien zu keinem Einvernehmen und muss das Gericht eine endgültige Entscheidung in der Sache treffen, so kann die FamGHi auch damit beauftragt werden, aus Sicht des Kindeswohls **fachliche Stellungnahmen zum Verfahrensgegenstand** oder (abgrenzbaren) Teilen davon abzugeben, die das Gericht bei der Entscheidungsfindung unterstützen. Die Entscheidung darüber, ob die FamGHi für die gegebene Fragestellung die **notwendige Kompetenz** besitzt, obliegt allein der fachlichen Verantwortung der FamGHi. Für den Fall, dass die FamGHi diese Kompetenz nicht besitzt, kann sie dem Gericht die Begutachtung durch zB psychologische oder psychiatrische Sachverständige empfehlen.¹⁶⁶

Gem § 106b AußStrG kann das Gericht „die FamGHi als **Besuchsmittler** einsetzen“. Besuchsmittler verständigen sich mit den Eltern „über die konkrete Ausübung der persönlichen Kontakte und vermitteln zwischen den Eltern“. Sie haben das Recht, bei „der Vorbereitung der persönlichen Kontakte zu dem Elternteil, der mit dem Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, bei der Übergabe des Kindes an diesen und bei der Rückgabe des Kindes durch diesen anwesend zu sein“. (Satz 2 leg cit)

Der Besuchsmittler wird ausschließlich vom Gericht unter Berücksichtigung des Kindeswohls **eingesetzt**. Das Gericht zieht ihn von Amts wegen nach dessen Ermessen bei, was die Parteien allenfalls anregen, jedenfalls nicht beantragen können. Die Bestellung ist an keine Altersgrenze des Kindes gebunden.¹⁶⁷ Der Besuchsmittler finanziert sich über zusätzliche Gebühren im Voraus in gesetzlich bestimmten Ausmaß nach dem GGG.¹⁶⁸ Demnach fallen nach Ablauf der ersten fünf Monate ab Beauftragung der FamGHi die Gerichtsgebühren an und betragen pro Partei, mit Ausnahme des Kindes, EUR 221 für jeweils drei Monate.¹⁶⁹

3. Rechte und Pflichten

Die FamGHi kann prinzipiell jegliche Erhebungen iSd § 106a Abs 2 AußStrG durchführen, die zur Sammlung der Entscheidungsgrundlagen dienlich sind, soweit sie sich im Rahmen des

¹⁶⁵ vgl Konsolidierter Erlass zur Familiengerichtshilfe vom 27. November 2015, BMJ-V319.00/0065-III 4/2015, 10f.

¹⁶⁶ vgl Konsolidierter Erlass zur Familiengerichtshilfe vom 27. November 2015, BMJ-V319.00/0065-III 4/2015, 13.

¹⁶⁷ *Mayrhofer*, Verfahrensrechte Minderjähriger (2014) 113.

¹⁶⁸ *Fucik*, Familienrecht im Fluss, iFamZ 2013, 232 (219).

¹⁶⁹ Standards der Familiengerichtshilfe, iFamZ 2016, 50 (55).

gerichtlichen Auftrages halten. Sie agiert daher **allparteilich** und ist nicht nur im Interesse des Kindes tätig.¹⁷⁰

Die in Abs 3 genannte **Auskunftspflicht** gegenüber den bei der FamGHi tätigen Personen trifft die „**Sicherheitsbehörden, Staatsanwaltschaften, Gerichte sowie Einrichtungen zur Unterrichtung, Betreuung und Behandlung minderjähriger Personen**“. Sie haben die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Einsicht in die Akten und Aufzeichnungen zu gewähren. Den KJHT (im Gesetz weiterhin Jugendwohlfahrtsträger genannt) trifft dahingegen nur die Auskunftspflicht.

Zur Erteilung von Auskünften werden wohl auch betreute Wohngemeinschaften oder auch Ambulanzdienste wie zB private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen iSd § 11 B-KJHG, sozialpädagogische Einrichtungen gem § 17 B-KJHG oder andere Pflegepersonen iSd § 19 B-KJHG, die vom Kinder- und Jugendhilfeträger beauftragt werden, mitumfasst sein. Soweit die FamGHi in diesem Zusammenhang jedoch Auskünfte von Kinderbeiständen, Psychologen, Psychotherapeuten, Mediatoren und anderen Personen, denen eine staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht obliegt, einholt, ist zu beachten, dass sich diese Personen dem Pflugschaftsgericht und damit auch der FamGHi auf diese berufen und die Auskunftserteilung bzw Akteneinsicht verweigern können.¹⁷¹

Gem § 106a Abs 4 AußStrG erstatten die „Mitarbeiter der FamGHi dem Gericht schriftlich oder in der Verhandlung mündlich Bericht“. Der Gesetzgeber erwartet von der FamGHi die **Erstellung von sozialarbeiterischen Berichten, psychologischen Befunden und darauf aufbauenden fachlichen Stellungnahmen** und damit eine Unterstützung des Gerichts auch bei der Beweisaufnahme.¹⁷² Zusammengefasst sind die Berichte der FamGHi **Beweismittel**, die der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen. Wie zu anderen Beweisergebnissen muss den Parteien auch Gelegenheit gegeben werden, zu den Berichten der FamGHi Stellung zu nehmen.¹⁷³

D. Endgültige Entscheidung über die Obsorge

Nach Ablauf der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung ist die endgültige Entscheidung über die Obsorge nach Maßgabe des Kindeswohls, auf Grundlage der Erfahrungen in den sechs Monaten und einer Zukunftsprognose hinsichtlich der weiteren Entwicklung zu fällen. In der endgültigen Entscheidung weist das Gericht (in Bestätigung oder in Abänderung der bisherigen Regelung) einem Elternteil allein oder beiden Eltern die Obsorge zu. Nach dem

¹⁷⁰ *Mayrhofer*, Verfahrensrechte Minderjähriger, 124.

¹⁷¹ vgl Konsolidierter Erlass zur Familiengerichtshilfe vom 27. November 2015, BMJ-V319.00/0065-III 4/2015, 25f.

¹⁷² *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 106a Rz 28.

¹⁷³ *Staffe-Hanacek/Weitzenböck*, Kinder- und Jugendhilferecht, 322.

Wortlaut des § 180 ist das Gericht bei der Entscheidung über die Obsorge nicht an die Anträge der Eltern gebunden und hat ausschließlich das Kindeswohl zu berücksichtigen. Beides ist mit Blick auf die Grundrechte der Eltern jedoch nicht vollständig aufrecht zu erhalten, wie noch auszuführen sein wird.¹⁷⁴

Bei der Entscheidung über die Obsorge für ein Kind ist somit ausschließlich dessen Wohl maßgebend, wobei nicht nur von der momentanen Situation ausgegangen werden darf, sondern auch **Zukunftsprognosen zu stellen** sind.¹⁷⁵ Der OGH hielt dazu fest: „Obsorgeentscheidungen können nur dann sachgerecht sein, wenn sie auf einer aktuellen bis in die jüngste Gegenwart reichenden Tatsachengrundlage beruhen“.¹⁷⁶

Der Grundsatz der **Bedachtnahme auf das Kindeswohl** erfordert es, dass auch noch vom OGH alle während des Verfahrens eingetretenen Entwicklungen voll zu berücksichtigen sind.¹⁷⁷

Der OGH lässt auch bei Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge der Eltern einen Antrag auf Neuregelung der Obsorge zu, wenn sich die **Verhältnisse wesentlich geändert** haben. Eine beabsichtigte Verlegung des Wohnsitzes des Kindes an einen anderen, mehr als 600km entfernten Ort im Inland ist so eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die trotz der vorherigen Vereinbarung der Eltern eine Neuregelung der Obsorge rechtfertigt.¹⁷⁸

Nach der Rechtslage **vor dem KindNamRÄG 2013** konnte ein Obsorgewechsel nur dann beantragt werden, wenn **das Kindeswohl gefährdet** war oder **andere besonders wichtige Gründe** vorlagen. **§ 180 Abs 3** ermöglicht es nun, dass auch dann ein neuerliches Obsorgeverfahren eingeleitet werden kann, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben und behauptet wird, dass eine Änderung der Obsorgeverhältnisse im Kindesinteresse liegt. Obwohl das Gericht auch eine Zukunftsprognose bei seiner Obsorgeentscheidung durchzuführen hat, werden solche wesentlichen Umstandsänderungen im Einzelfall auch dann angenommen werden können, wenn vom Antragsteller behauptet wird, dass sich diese positiven Zukunftserwartungen doch nicht realisiert haben.¹⁷⁹

Die Mat nehmen zu diesem Ausdruck der „maßgeblichen Änderung“ keine Stellung. Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil eine Änderung bestehender Obsorgeverhältnisse nach bisheriger Rechtslage grundsätzlich das Vorliegen einer konkreten und aktuellen Kindeswohlgefährdung iSd § 181 ABGB voraussetzte und die **beträchtliche Reduzierung der Anforderungen für eine Neuregelung der Obsorge** auf die bloß erhebliche Umstandsänderung einen neuen gesetzlichen Maßstab im Obsorgerecht einführt.

¹⁷⁴ vgl *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 74f.

¹⁷⁵ RIS-Justiz RS0048632.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0106312.

¹⁷⁷ RIS-Justiz RS0048056.

¹⁷⁸ OGH 6 Ob 19/17p Zak 2017/222 = iFamZ 2017/89.

¹⁷⁹ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 180 Rz 29.

Unklar ist auch, welche „Verhältnisse“ iSd § 180 Abs 3 ABGB erfasst sein sollen. Nach stRsp darf bei Obsorgeentscheidungen **nicht nur von der momentanen Situation** ausgegangen werden, vielmehr sind auch **Zukunftsprognosen zu stellen**. Zweifellos wird eine Änderung der Sachlage seit der gerichtlichen Entscheidung eine Neuregelung der Obsorge rechtfertigen können. Mitunter werden die Tatsachengrundlagen aber unverändert (belastend für das Kind) sein, und die Zukunftsprognose des Gerichts wird sich nicht erfüllt haben.¹⁸⁰

1. Grundrechte der Eltern

Mit der Einführung des § 180 ABGB wurde zwar dem Recht des Vaters gem Art 8 EMRK entsprochen, in die Formulierung des § 180 fanden Grundrechte beider Elternteile jedoch zu wenig Eingang. Der einfache Gesetzgeber kann allerdings durch die Anweisung in § 180, Entscheidungen allein nach dem Kindeswohl zu treffen, ohnehin die betroffenen Grundrechte der Eltern nicht wirksam „aushebeln“. Auch wenn niemand widersprechen wird, wenn das Kindeswohl als der „leitende Gesichtspunkt“ bei allen das Kind betreffenden Entscheidungen bezeichnet wird, kann doch ebenso wenig geleugnet werden, dass es nicht der einzige Gesichtspunkt ist, den es zu berücksichtigen gilt, wenn zB eine eher geringe Kindeswohlbeeinträchtigung einem massiven Eingriff in ein Grundrecht eines Elternteils gegenübersteht. Beschließen beide Eltern einvernehmlich eine das Kind betreffende Maßnahme, haben die Interessen des Kindes zB sogar so weit zurückzustehen, als damit keine Kindeswohlgefährdung verbunden ist. Die Schwierigkeit im Kindschaftsrecht besteht gerade darin, die beteiligten Grundrechte in der richtigen Weise gegeneinander abzuwägen.

Betroffen ist bei der vom Gericht festlegbaren gemeinsamen Obsorge unter anderen das **Grundrecht auf Gleichbehandlung**. Dieses gebietet nämlich eine **faire Lastenverteilung auf beide obsorgebeteiligten Eltern**. Beschlüsse, durch die zwar dem getrenntlebenden Elternteil Entscheidungs- und Mitbestimmungsrechte zugestanden werden, durch welche auch der hauptsächlich betreuende Elternteil betroffen ist, die aber keine Aufteilung der Betreuungslasten vorsehen, sind unzulässig. Durch das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 wird der Domizilelternteil bei gemeinsamer Obsorge mit der **Pflicht zur Kontaktaufnahme** und Abstimmung mit dem zweiten Elternteil **zusätzlich belastet**. Diese Belastung ist auf der anderen Seite durch möglichst **weitgehende Beteiligung des zweiten Elternteils** an der Betreuung auszugleichen. Diese Konsequenzen aus dem Gleichbehandlungsgebot werden im Gesetz jedoch nicht angesprochen.

Durch die scheinbar „unbegrenzten“ Möglichkeiten des Gerichts, im Rahmen eines Verfahrens gem § 180 über die Obsorge zu entscheiden, ist zudem **die Erziehungsautonomie der Eltern** und damit ihr Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK betroffen.

¹⁸⁰ Beck in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 191f.

Nach § 180 Abs 1 Z 1 ABGB scheint bei Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern sogar eine Neuordnung der Obsorge von Amts wegen ohne Kindeswohlgefährdung zulässig. Auch im Rahmen nach Z 2 kann das Gericht die bestehende Obsorgeregelung „in jede Richtung“ ändern, damit das Ergebnis bestmöglich dem Kindeswohl entspricht. Derartige Befugnisse des Gerichts bei der Entscheidung über die Obsorgeform gehen entschieden zu weit: Sowohl die Aufhebung der gemeinsamen Obsorge in Fällen, in denen nur die Domizilvereinbarung gem § 179 fehlte, als auch die Verschiebung der Obsorge in einem von den Eltern gar nicht beantragten Ausmaß, stellen nach Beclin unzulässige Eingriffe in die Erziehungsautonomie der Eltern und damit in deren Grundrecht auf Achtung ihres Familienlebens dar, weil sie im Rahmen des § 180 keine Kindeswohlgefährdung voraussetzen.¹⁸¹

2. Kinderbeistand nach § 104a AußStrG

In Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren ist Minderjährigen unter 14 Jahren gem § 104a AußStrG ein „Kinderbeistand zu bestellen, wenn es im Hinblick auf die **Intensität der Auseinandersetzung** zwischen den übrigen Parteien zur **Unterstützung des Minderjährigen** geboten ist und dem Gericht geeignete Personen zur Verfügung stehen“.

Mit dem **Kinderbeistand-Gesetz**, BGBl. I Nr. 137/2009, wurde das erfolgreiche Modellprojekt ‚Kinderbeistand‘, bei dem minderjährigen Kindern, die in ein turbulentes Obsorge- oder Besuchsrechtsverfahren verwickelt sind, eine fachkundige Begleitperson zur Seite gestellt wird, auf eine gesetzliche Basis gestellt und das Angebot von Kinderbeiständen österreichweit vorgesehen.¹⁸²

Die Erfahrungen in der Gerichtspraxis bei Streitigkeiten über die Obsorge und das Kontaktrecht belegen nachdrücklich, dass Eltern in der Trennungs- und Scheidungsphase regelmäßig ganz **auf ihre Konfliktaustragung konzentriert** sind, die Kinder in ihrer Auseinandersetzung für ihre eigenen Interessen und Ziele instrumentalisieren und häufig nicht in der Lage sind, ausreichend auf die Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen in diesem idR schwierigen Lebensabschnitt zu achten und ihre **elterliche Verantwortung umfassend wahrzunehmen**.¹⁸³ Der Kinderbeistand soll in eskalierten Obsorge- oder Kontaktrechtsstreitigkeiten als **Sprachrohr des Kindes** dienen und für eine Entlastung des Kindes im Verfahren sorgen.¹⁸⁴

Eine Respektierung der jeweiligen Funktionen sämtlicher Verfahrensbeteiligten und eine **hinreichende Rollenklarheit** sind wesentliche Voraussetzungen für einen das Kindeswohl

¹⁸¹ Beclin in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 76f.

¹⁸² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4.

¹⁸³ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 104a Rz 1.

¹⁸⁴ ErläutRV 486 BlgNR 24. GP 2.

fördernden Ablauf des Verfahrens. Dass der Familienrichter die Interessen des Kindes im Verfahren wahrnehmen müsse und dadurch ein Kinderbeistand als Begleiter und Stütze des Minderjährigen entbehrlich wäre, ist unzutreffend. Der **Richter vertritt nicht den Kindeswillen**, sondern seine Aufgabe besteht in der Fällung einer Entscheidung, die dem Kindeswohl – und nicht vorrangig dem Willen des Minderjährigen – verpflichtet ist.¹⁸⁵

a) Bestellung und Charakteristika des Kinderbeistandes

Nach § 104a Abs 1 Satz 1 AußStrG ist es der Beurteilung des Pflegschaftsgerichts überlassen, ob die Intensität der Auseinandersetzung der Parteien eine Unterstützung des Kindes erforderlich erscheinen lässt. Nach den Erläuterungen zum Kinderbeistand-Gesetz kann ein Indiz hierfür sein, dass eine Einigung der Eltern in einem gemeinsamen Gespräch bei Gericht nicht erzielt werden könne und das Angebot einer Beratung oder Mediation von den Betroffenen abgelehnt werde. Darüber hinaus müsse das Gespräch mit den Eltern „so deutliche Differenzen zeigen, dass sie sachlichen Argumenten nicht mehr zugänglich seien“.¹⁸⁶

Der Kinderbeistand kann nach § 104a Abs 1 „Minderjährigen unter 14 Jahren, bei besonderem Bedarf mit deren Zustimmung auch Minderjährigen unter 16 Jahren“ beigestellt werden. Die **Altersobergrenze** soll im Regelfall mit dem **Erreichen der Mündigkeit** gezogen werden. Das Gesetz sieht keine Altersuntergrenze der Kinder vor. Die Erfahrungen aus dem Modellprojekt zeigen, dass sich die Beiziehung eines Kinderbeistands im Regelfall ab Erreichen des fünften oder sechsten Lebensjahres des betreffenden Kindes als sinnvoll erweist.¹⁸⁷

Wenn nach dem Ermessen des Gerichts die Bestellung eines Kinderbeistands notwendig ist, damit die Belastung des Minderjährigen in einem familiengerichtlichen Verfahren minimiert wird und das Kind die Konfliktsituation der Eltern möglichst unbeschadet durchleben kann, ist es sinnvoll, diese **Maßnahmen im frühestmöglichen Verfahrensstadium zu setzen**, damit der Kinderbeistand den **Minderjährigen frühzeitig unterstützen** kann und weitere Belastungen des Kindes nach Möglichkeit vermieden werden.¹⁸⁸

b) Fehlende Parteistellung der Eltern

Die Bestellung des Kinderbeistandes erfolgt **von Amts wegen**, ein Antragsrecht ist nicht vorgesehen.¹⁸⁹ Als Anträge formulierte Eingaben sind vom Gericht als Anregungen, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Kinderbeistands zu prüfen und zu

¹⁸⁵ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 104a Rz 9.

¹⁸⁶ Barth/Gröger, Das neue Kinderbeistand-Gesetz im Überblick, iFamZ 2010, 221 (221).

¹⁸⁷ Barth/Gröger, iFamZ 2010, 221 (222).

¹⁸⁸ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 104a Rz 40.

¹⁸⁹ ErläutRV 486 BlgNR 24. GP 4.

behandeln, ohne dass der Dritte dadurch im Verfahren Parteistellung und sonstige Antragsrechte erlangt.¹⁹⁰

Kommt das Gericht nach pflichtgemäßer Prüfung zur Auffassung, dass die angeregte Bestellung eines Kinderbeistandes nicht erforderlich ist, muss es darüber keinen Beschluss fassen. Selbst wenn über die als „Antrag“ bezeichnete Anregung mit Beschluss entschieden wurde, kommt dem „Antragsteller“ **keine Rechtsmittellegitimation** zu.¹⁹¹

c) Ablehnung des Kinderbeistandes

§ 104a Abs 4 AußStrG ordnet an, dass „für die Ablehnung des Kinderbeistands die Bestimmungen über die Ablehnung eines Sachverständigen sinngemäß“ gelten. Es erscheint nicht zweifelhaft, dass damit für das Vorliegen von **Befangenheitsgründen** die materiellen Bestimmungen des **§ 19 JN** gemeint sind, auf den § 355 Abs 1 ZPO unmissverständlich verweist. Dass die Anordnung des § 24 Abs 2 JN auch für im Außerstreitverfahren beigezogenen Sachverständige gilt, wurde wiederholt klargestellt, sodass auch im Außerstreitverfahren gegen bestätigende Entscheidungen der zweiten Instanz über die „Zurückweisung“ der Ablehnung eines Sachverständigen ein weiterer Rechtszug ausgeschlossen ist. Es ist nicht erkennbar, warum die Anrufung des OGH bei erfolgloser Ablehnung eines Sachverständigen – und sogar eines Richters – gesetzlich ausgeschlossen ist, im Falle der Ablehnung eines Kinderbeistandes ein weiteres Rechtsmittel an den OGH aber zu Gebote stehen sollte.¹⁹²

d) Anhörung des Kinderbeistandes

Die gesetzlichen Bestimmungen nehmen zur Frage, welche Tätigkeiten vom Kinderbeistand konkret erwartet werden, nicht präzise Stellung. § 104a Abs 3 AußStrG zählt nur einzelne **prozessuale Befugnisse des Kinderbeistands** (insb uneingeschränkte Akteneinsicht sowie Anwesenheit und Begleitung bei Gerichtsterminen und Anhörungen) auf, umfasst aber **keine weitergehenden Vorgaben**.¹⁹³

Nach der Regierungsvorlage hat der Kinderbeistand „ein Recht auf Akteneinsicht und Teilnahme an allen mündlichen Verhandlungen“.¹⁹⁴

Mit dem Kinderbeistand wird dem Kind eine Vertrauensperson zur Seite gestellt, ohne dass sich das Kind fürchten muss, dass das Anvertraute andere erfahren. Der **Kinderbeistand darf sich nur im Einvernehmen mit dem Kind äußern**. Auch der Inhalt dieser Äußerung selbst muss

¹⁹⁰ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 104a Rz 39.

¹⁹¹ OGH 1 Ob 72/15t Zak 2015/487 = EvBl-LS 2015/134 = Jus-Extra OGH-Z 5842 = iFamZ 2015/180 (Fucik) = RZ 2015,241 = RZ 2016/5 = EF-Z 2015/141.

¹⁹² OGH 1 Ob 182/12i EF-Z 2013/29 = Jus-Extra OGH-Z 5301 = iFamZ 2013/47 = RZ 2013, 138 = EFSIlg 137.254.

¹⁹³ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 104a Rz 82.

¹⁹⁴ ErläutRV 486 BlgNR 24. GP 6.

vorab vom Kind „freigegeben werden“. Die Regierungsvorlage hält folgendes fest: „Der Kinderbeistand muss daher im Vorfeld mit dem Kind abklären, was er dem Gericht im Namen des Kindes sagen darf. Dabei muss er dem Kind auch klarmachen, dass beide Eltern das Gesagte hören können. Eine **persönliche Anwesenheit des Kindes** vor Gericht ist dabei **nicht zwingend notwendig**. Das ist auch mit § 105 AußStrG vereinbar. Diese Bestimmung sieht eine Reihe von Ausnahmefällen vor, in denen ein Minderjähriger nicht vom Gericht persönlich, sondern ‚in anderer geeigneter Weise‘ gehört werden kann. Der Kinderbeistand kann, so wie die im Gesetz beispielhaft erwähnten Sachverständigen, eine solche ‚andere geeignete Weise‘ der Anhörung sein“.¹⁹⁵

Aufgrund des thematischen Schwerpunkts meiner Arbeit werde ich hier nicht näher auf die Aufgaben und Befugnisse des Kinderbeistandes eingehen und verweise auf die fachspezifische Literatur.

E. Besuchsbegleitung gem § 111 AußStrG

Das Gericht kann gem § 111 AußStrG „eine geeignete und dazu bereite Person zur Unterstützung bei der Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte heranziehen“, wenn es das Wohl des Minderjährigen verlangt.

Das Rechtsinstitut der Besuchsbegleitung wurde mit den **KindRÄG 2001** in Form einer **Sonderbestimmung für Kontaktrechtsverfahren** – und nicht etwa als (neuer) Bestandteil der materiellrechtlichen Regelung des jetzigen § 187 ABGB eingeführt und im Einklang damit als spezielle Art der Durchsetzung des Umgangsrechts verstanden. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten dadurch einvernehmliche oder kontradiktorische gerichtliche Kontaktregelungen, die dem Kindeswohl entsprechen, leichter durchsetzbar werden.

Die gesetzliche Regelung der Besuchsbegleitung fand sich in § 185c AußStrG aF. Mit Inkrafttreten des neuen AußStrG am 1.1.2005 wurde diese Bestimmung abgelöst durch den leicht modifizierten **§ 111 AußStrG** nF. Der leicht geänderte Gesetzestext ermöglicht, dass Besuchsbegleitung nicht mehr nur auf Antrag einer Partei, sondern auch von Amts wegen angeordnet werden kann.¹⁹⁶

Vorrangiges Ziel der Besuchsbegleitung war und ist die **Neuanbahnung bzw Wiederherstellung des persönlichen Kontakts zwischen dem Kind und dem**

¹⁹⁵ ErläutRV 486 BlgNR 24. GP 5.

¹⁹⁶ Huter, EF-Z 2012/61 (105f).

kontaktberechtigten Elternteil. Die Eltern sollen durch die betreuten und beaufsichtigten Treffen und ihre Erfahrungen im Verlauf der Besuchsbegleitung in die Lage versetzt werden, nach einer gewissen Zeit des begleiteten Umgangs selbst (wieder) einvernehmlich und kindeswohlorientiert die Kontakte zu realisieren.¹⁹⁷ Entgegen oftmaliger subjektiver Wahrnehmung der Beteiligten darf Besuchsbegleitung unbestreitbar jedoch nie ein Instrument mit sanktionierendem oder gar strafendem Charakter sein.¹⁹⁸

Das Gesetz verlangt ganz allgemein das Wohl des Mj als Voraussetzung für Besuchsbegleitung. Voraussetzung ist, dass Besuchsbegleitung im anstehenden Fall **sachlich gerechtfertigt** und **verhältnismäßig**, va aber fachlich-inhaltlich indiziert sein muss. Gerade Letzteres meint die Rsp, wenn betont wird, dass die Besuchsbegleitung im Interesse des Kindes liegen muss. Dies ist zu betonen, weil das Kontaktrecht ein verfassungsrechtliches bzw grundrechtliches Fundament hat.¹⁹⁹ Hier ist besonders darauf hinzuweisen, dass die **Anordnung der Besuchsbegleitung** das Recht des kontaktberechtigten Elternteils auf persönlichen Kontakt zu seinem Kind ganz wesentlich einschränkt und deshalb mitunter als **erhebliche Belastung** empfunden wird. Es ist daher in vielen Fällen durchaus verständlich wenn ein Elternteil seinen Kontakt zum Kind ohne Aufsicht und Begleitung gestalten und deshalb die Anordnung einer Besuchsbegleitung nicht akzeptieren will. Lehnt ein Elternteil eine Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen entschieden ab, so erscheint es in den allermeisten Fällen doch wenig erfolgversprechend, wenn er vom Gericht dazu gezwungen wird. Die Auferlegung von Verpflichtungen gegen den Willen der Eltern oder gar die **Anordnung von Zwangsmaßnahmen** bringt hier die Gefahr mit sich, dass **neue Konflikte geschaffen** werden, während **die bestehenden Streitigkeiten ungelöst bleiben**.²⁰⁰

Im Ergebnis besteht daher für den kontaktberechtigten Elternteil **keine durchsetzbare Verpflichtung**, sich einer angeordneten Besuchsbegleitung zu unterwerfen. Will oder kann der Elternteil die Besuchsbegleitung nicht akzeptieren, so verliert er allerdings die Möglichkeit des Kontakts zu seinem Kind. So gesehen besteht aus der Sicht des besuchsberechtigten Elternteils doch ein **mittelbarer Zwang, der gerichtlich angeordneten Besuchsbegleitung Folge zu leisten**.²⁰¹

Gem § 111 Satz 1 AußStrG kann eine „**geeignete Person oder Stelle zur Unterstützung bei der Ausübung des Kontaktrechts**“ beigezogen werden. Das Gesetz verlangt daher nur eine neutrale Drittperson, die dem Gericht bei Antragstellung namhaft gemacht werden und ihm bei Anordnung der Besuchsbegleitung von Amts wegen nur bekannt sein muss, normiert aber kein

¹⁹⁷ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 111 Rz 9.

¹⁹⁸ Huter, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis (Teil I), EF-Z 2012/61 (107).

¹⁹⁹ Huter, EF-Z 2012/61 (107).

²⁰⁰ Thunhart, Können Eltern gegen ihren Willen zur Zusammenarbeit mit außergerichtlichen Institutionen gezwungen werden, iFamZ 2011, 139 (143f).

²⁰¹ Thunhart, iFamZ 2011, 139 (144).

Anforderungsprofil für Besuchsbegleiter und somit auch keine konkreten Eignungsvoraussetzungen.

Als Besuchsbegleiter kommen grundsätzlich – aber wohl nur im Fall eines Einvernehmens über diese Form der Begleitung der Kontakte – auch der erziehungsberechtigte Elternteil, sofern zwischen den Eltern kein gespanntes Verhältnis besteht, das einen Umgang verhindert, sowie **für beide Eltern akzeptable Angehörige** oder gemeinsame Bekannte in Betracht, falls solche Personen dazu bereit sind und ihnen das Kind und die Eltern **vertrauensvoll gegenüberstehen**.²⁰²

Eine Regelung über die **Zahlungspflicht** für die Kosten der Besuchsbegleitung fehlt. Für eine Entscheidungskompetenz des Pflsgerichts darüber, wer im Innenverhältnis zwischen dem betreuenden und dem kontaktberechtigten Elternteil die Kosten der Besuchsbegleitung trägt, **fehlt eine eindeutige gesetzliche Grundlage**. Praktisch wird die Zustimmung des Besuchsbegleiters, der selbst keinen Entlohnungsanspruch gegen den Staat hat, zu seiner Namhaftmachung nur im Fall einer vertraglichen Verpflichtung zur Kostenübernahme zu erlangen sein. Der Elternteil, der Kontakte mit dem Kind anstrebt und dem sie gerichtlich in begleiteter Form eingeräumt werden sollen, wird daher Termine mit dem Besuchsbegleiter nur dann vereinbaren können, wenn er mit diesem eine Übereinkunft über das Honorar trifft und sich dabei zur Übernahme der Kosten verpflichtet, womit die Kostentragung nach dem evidenten gesetzlichen Konzept auf privatrechtlicher Grundlage beruht und dafür auch die **Bewilligung der Verfahrenshilfe nicht vorgesehen** ist.²⁰³

In der Praxis wird die Besuchsbegleitung leider immer wieder auch bei konfliktbehafteten Elternbeziehungen eingesetzt, wenn dies ein Elternteil (meist der Obsorgeberechtigte) zur eigenen Beruhigung verlangt oder sie von beratenden Einrichtungen als „Allheilmittel“ nach jeder Trennung vorgeschlagen wird. Hier lohnt eine genaue Prüfung, ob nicht eher **der Besuchsmittler als Elterncoach das bessere Mittel der Wahl** sein könnte. Nicht nur mit Blick auf die zunehmenden Finanzierungslücken bei der Besuchsbegleitung sollte diese nicht vorschnell als vermeintlich „einfachste Lösung“ eingesetzt werden, sondern eher die Ausnahme bleiben.²⁰⁴

²⁰² Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 111 Rz 45,47.

²⁰³ Höllwerth, Schadenersatzansprüche im Familienrecht, EF-Z 2016/139 (297).

²⁰⁴ Erlebach, Neue Instrumente im Pflschaftsverfahren – Wer Wie Wann Warum – Besuchsbegleitung versus Besuchsmittlung, iFamZ 2017, 226 (227).

IV. Durchsetzung von Obsorgeregelungen § 110 AußStrG

A. Durchsetzung des Kontaktrechts bei Kontaktrechtsvereitelung

Die Durchsetzung von Kontaktrechtsregelungen stößt in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten. Wegen der Sensibilität des kindschaftsrechtlichen Bereiches ist im Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung der persönlichen Kontakte eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung gem § 110 Abs 2 AußStrG ausgeschlossen. Es kommen spezielle Vorschriften des Außerstreitgesetzes zur Anwendung. Im Vordergrund steht aber natürlich das Kindeswohl. Es ist daher auch nicht sinnvoll, einen Minderjährigen zum Kontakt zu zwingen.²⁰⁵

Nach Rsp des OGH ist „der das unmündige Kind betreuende Elternteil verpflichtet, einer **unberechtigten Ablehnung** des persönlichen Kontakts zum anderen Elternteil durch das Kind **positiv und aktiv entgegenzuwirken**. Er muss über die Abstandnahme von einer negativen Beeinflussung des Kindes hinaus alles ihm Zumutbare unternehmen, um in aktiver Weise dem anderen Elternteil den persönlichen Verkehr mit dem Kind selbst gegen dessen Willen zu ermöglichen. Nicht einmal dann, wenn der Weigerungsgrund des Kindes nicht in einer negativen Beeinflussung durch die Mutter läge, müsste sich diese dennoch bemühen, Widerständen des Kindes entgegenzuwirken“.²⁰⁶

Das Kontaktrecht ist ein allgemein anzuerkennendes **Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung**, das unter dem Schutz des Art 8 EMRK steht. Es ist grundsätzlich auch von Dritten zu respektieren. Der OGH hat bereits einmal (4 Ob 186/09w) ausgesprochen, dass familiäre Rechtsbeziehungen ihre Wirkung zwar in erster Linie unter den Angehörigen entfalten und somit relativen Charakter hätten. Dennoch müssten sie in gewissem Umfang auch von Dritten respektiert werden, die nicht willkürlich in diese Rechtsbeziehung eingreifen dürften. Insofern seien manche Familienrechte zugleich **als absolute Rechte ausgestaltet**. Aus dem Charakter der Persönlichkeitsrechte als absolute Rechte, die mit Enthaltungspflichten gegenüber jedermann bewehrt seien, gewähre die Rsp (verschuldensunabhängige) Unterlassungsansprüche im Fall von Eingriffs- oder Wiederholungsgefahr bei Persönlichkeitsverletzungen auch dort, wo die Rechtsordnung keine ausdrücklich normierten Tatbestände vorsehe. Zusammenfassend gelte demnach, dass das Zugangsrecht eines erwachsenen Kindes zu einem Elternteil zwar auch von Dritten zu respektieren ist, aber nur in Ausnahmefällen Dritten gegenüber gerichtlich erzwungen werden könne.²⁰⁷

²⁰⁵ Huber/Täubel-Weinreich, *Obsorge kompakt*², 81.

²⁰⁶ OGH 5 Ob 257/09v iFamZ 2010/111 = EFSlg 129.444.

²⁰⁷ OGH 5 Ob 21/13v Zak 2013/356 = JBI 2013,432 = EF-Z 2013/133 = EvBl 2013/138 = iFamZ 2013/214 (Thoma-Twaroch) = EFSlg 137.741 = EFSlg 137.758.

Gem § 110 Abs 1 AußStrG hat „die zwangsweise Durchsetzung einer Regelung der Obsorge oder des Rechts auf persönliche Kontakte nur dann zu erfolgen, wenn eine gerichtliche Entscheidung vorliegt, eine Vereinbarung vor Gericht geschlossen wurde oder die Obsorge vor dem Standesbeamten bestimmt worden ist“.

Die Verfahrensvorschrift des § 110 Abs 1 AußStrG stellt klar, dass nur eine – gem § 107 Abs 2 AußStrG vorläufige oder definitive und nach den §§ 43, 44 AußStrG vollstreckbare – gerichtliche Regelung der Obsorge oder der persönlichen Kontakte, eine vor Gericht geschlossene Vereinbarung über diese Bereiche oder die gem § 177 Abs 2 ABGB erfolgte Obsorgebestimmung vor dem Standesamt zwangsweise durchgesetzt werden kann.²⁰⁸

Zur Durchsetzung von Obsorge- oder Kontaktregelungen hat das Gericht gem § 110 Abs 2 auf Antrag oder amtswegig angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs 2 anzuordnen.

Ein **verfahrensleitender Antrag** muss zwar iSd § 9 Abs 1 AußStrG hinreichend deutlich erkennen lassen, welche Entscheidung nach dem Willen des Antragstellers durchgesetzt werden soll. Das Begehren muss aber keine konkreten Zwangsmittel umfassen, weil das Gericht von Amts wegen das nach der zu vollstreckenden Entscheidung und der konkreten Bestimmung des Kindeswohls **jeweils angemessene Zwangsmittel** anzuordnen hat.²⁰⁹

Voraussetzung der zwangsweisen Durchsetzung von Kontaktregelungen nach § 110 Abs 1 ist ihre **hinreichende Bestimmtheit**. Dies gilt sowohl für gerichtliche Entscheidungen über das Ausmaß des Kontaktrechts als auch für Vereinbarungen über dessen Umsetzung. Eine Kontaktregelung muss daher stets klar und verständlich formuliert sein, damit sie erforderlichenfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann. Um die Vollstreckbarkeit der Regelung zu gewährleisten, hat der Spruch des Gerichtsbeschlusses bzw die Vereinbarung eine **exekutionsfähige Doppelverpflichtung** zu umfassen. Diese Doppelverpflichtung enthält einerseits die Pflicht des betreuenden Elternteils zur **Übergabe des Kindes zu Beginn der Kontaktzeit** und andererseits die Pflicht des anderen Elternteils **zur Rückgabe des Kindes an deren Ende**. Ein Kontaktrecht kann überdies nur dann zwangsweise durchgesetzt werden, wenn sowohl die genauen Kontaktzeiten als auch der Ort der Abholung bzw des Zurückbringens und die sonstigen Modalitäten der persönlichen Kontakte genau festgelegt sind.²¹⁰

Zwangsmittel dürfen des Weiteren nur dann angewendet werden, wenn Parteien die an sie ergangene **Verfügungen des Gerichts nicht einhalten**. Es genügt daher nicht, dass aus Äußerungen einer Partei und ihrem Verhalten zu schließen ist, dass sie gerichtliche Anordnungen vermutlich nicht befolgen werden. Voraussetzung für die beschlussmäßige

²⁰⁸ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 110 Rz 6.

²⁰⁹ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 110 Rz 31.

²¹⁰ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 110 Rz 9.

Festlegung eines Zwangsmittels ist das **tatsächliche Zuwiderhandeln gegen einen gerichtlichen Auftrag**. Wenn ein Elternteil die Ausübung der persönlichen Kontakte mit festgesetzten Zeiten einige Stunden vor deren Beginn nicht gestattet, handelt er noch nicht gegen eine gerichtliche Verfügung. Daher darf in einem solchen Fall auch keine Zwangsmaßnahme, die zu diesem Zeitpunkt nur präventiven Charakter hätte, angeordnet werden.²¹¹

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage, auf die ich im Folgenden noch eingehen werde, ist die **Verbindung einer Androhung von Zwangsmaßnahmen bereits mit der gerichtlichen Festsetzung persönlicher Kontakte unzulässig**. Dabei könnte eine solche Vorgangsweise die Einhaltung der Kontaktregelung zumindest in Einzelfällen bestärken. Dies gilt insb für hochstrittige gerichtliche Auseinandersetzungen, in denen bereits aufgrund des Verhaltens der Eltern vor Beginn des Verfahrens oder während des Rechtsstreits bei realistischer Einschätzung der Entwicklung mit großer Wahrscheinlichkeit mit Verstößen gegen die Regelung des Gerichts gerechnet werden muss.

Sinnvoller Gegenstand der Androhung von Zwangsmaßnahmen könnte etwa die **Pflicht** des betreuenden Elternteils sein, **die Kontakte des Kindes mit dem anderen zu fördern** und die dafür vorgesehenen **Zeiten verlässlich einzuhalten**. Die gleichzeitige Ankündigung bestimmter Zwangsmittel für den Fall eines Kindeswohlwidrigen Verstoßes gegen die gerichtliche Kontaktregelung würde die Entschlossenheit des Gerichts, die getroffene Verfügung erforderlichenfalls rasch und wirksam durchzusetzen, für die Parteien in einem frühen Verfahrensstadium unmissverständlich klarstellen.²¹²

Der Antrag des nicht mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteils, sein Kontaktrecht mit Zwangsmitteln gegen den Obsorgeberechtigten durchzusetzen, ist die Grundlage für fast alle derartigen Verfahren. Wird das Kindeswohl durch Kontaktaufnahmen des Elternteils, die von der Regelung dessen Umgangsrechts nicht umfasst sind, beeinträchtigt, werden rechtliche Konsequenzen allerdings eher den Bereich der **Regelung der persönlichen Kontakte selbst betreffen** müssen und weniger über Geldstrafen abzuwickeln sein.²¹³

Der OGH sprach dazu aus: „Zwangsmittel können auch bei **unverschuldeter Nichtbefolgung** eines gerichtlichen Auftrags angewendet werden“.²¹⁴ Selbst wenn ein Elternteil in einem entschuldbaren Rechtsirrtum gewesen sein sollte, als er etwa die Ausübung der Kontakte verhinderte, ist die **Anwendung von Zwangsmitteln nicht grundsätzlich ausgeschlossen**, weil es darauf ankommt, durch die Durchsetzung einer Regelung den Entwicklungsbedürfnissen

²¹¹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 10.

²¹² Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 13.

²¹³ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 14.

²¹⁴ RIS-Justiz RS0007310.

des Kindes zu entsprechen. Aus der Beurteilung, ob dem Elternteil – über den tatsächlichen Verstoß gegen die rechtskräftig festgelegte Handlungspflicht hinaus – ein Verschulden an seinem Fehlverhalten oder ein Unrechtsbewusstsein anzulasten ist, kann für die gebotene Wahrung der Interessen des Minderjährigen nichts gewonnen werden.²¹⁵

Die Durchsetzung des Kontaktrechts nach § 187 ABGB stellt die Praxis vor größere Probleme. Einerseits muss Gericht inhaltlich nach umfassender Stoffsammlung entscheiden, etwa Einwänden der Kindeswohlgefährdung nachzugehen. Andererseits soll eine möglichst rasche Entscheidung Kontinuität sichern und eine **Entfremdung vermieden** bzw Klarheit geschaffen werden. Das Verfahren kann schwierig (weil aufreibend für alle Beteiligten) und **zeit- bzw kostenaufwendig** sein, etwa weil ein Sachverständigengutachten einzuholen ist.²¹⁶

Die gerichtliche Kontaktrechtsregelung erfolgt in Österreich sowie in Deutschland unter der **Umstandsklausel**, dh sie kann bei **wesentlicher Änderung der Verhältnisse** (auf Seiten des Kindes oder der Eltern) dem Kindeswohl entsprechend gerichtlich abgeändert werden.²¹⁷

1. Rechtsvergleich mit deutscher Umgangspflegschaft § 1684 Abs 2 BGB

Gem § 1684 Abs 1 BGB ist jeder Elternteil zum Umgang mit dem Kind „verpflichtet und berechtigt“. Nach Ansicht des deutschen Bundesverfassungsgerichtes in seinem Urteil vom 1.4.2008 dient ein Umgang mit dem Kind, der nur mit Zwangsmittel gegen seinen unwilligen Elternteil durchgesetzt werden kann, idR nicht dem Kindeswohl. Die zwangsweise Durchsetzung ist aber gerechtfertigt, wenn im Einzelfall **ausreichende Anhaltspunkte** darauf schließen lassen, dass auch ein **erzwungener Umgang dem Kindeswohl dienen wird**.²¹⁸

Nach deutschem Recht kann die Umgangspflicht des nichtbetreuenden Elternteils im Ausnahmefall mit Zwangsmitteln vollstreckt werden, wobei diese, in Anbetracht des Kindeswohls, sehr **fragwürdige Option regelmäßig zweckwidrig erscheint** und daher vermieden werden sollte. Davon abgesehen, bleibt aber auch nach deutschem Recht die Verletzung des Umgangsrechts bzw der Umgangspflicht durch den umgangsunwilligen Elternteil nicht ohne Rechtsfolgen.²¹⁹ Gem § 89 Abs 1 FamFG kann das Gericht „bei Zuwiderhandlung gegen einen Vollstreckungstitel zur Herausgabe von Personen und zur Regelung des Umgangs gegenüber dem Verpflichteten **Ordnungsgeld** und für den Fall, dass dieses nicht betrieben werden kann, **Ordnungshaft anordnen**.“ Verspricht die Anordnung eines Ordnungsgeldes

²¹⁵ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 16.

²¹⁶ Pesendorfer, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 64 (64).

²¹⁷ Jausovec, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern, 115.

²¹⁸ Beck, Kinder brauchen beide Eltern – Neue Wege im Kindschaftsrecht – Anmerkungen zur aktuellen Diskussion über Obsorge und Umgangsrecht, EF-Z 2010/151 (225).

²¹⁹ Jausovec, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009) 62f.

keinen Erfolg, kann das Gericht Ordnungshaft anordnen. Die Anordnungen ergehen durch Beschluss. Die Androhung kann schon mit der Umgangsregelung verbunden werden.²²⁰

In Deutschland normiert § 155 Abs 1 FamFG ein **ausdrückliches Vorrang- und Beschleunigungsgebot** ua bei Kindeswohlgefährdung oder Herausnahme des Kindes aus der Familie. Gem § 155 Abs 2 FamFG soll das Familiengericht die Sache „spätestens innerhalb eines Monats nach Beginn des Verfahrens mündlich in einem Termin mit den Beteiligten erörtern. Eine Verlegung des Termins ist nur aus zwingenden Gründen zulässig“. Diese Vorgehensweise scheint auch in Österreich in Anbetracht des massiven Eingriffs in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens durchaus geboten. Schon jetzt sind Verfahren gem § 13 Abs 1 AußStrG so zu gestalten, dass eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet wird.

Mit der Gesetzesdiktion „**unverzüglich**“ wird dem deutschen Beschleunigungsgebot insofern entsprochen, als das Gericht seine Entscheidung schnellstmöglich zu fällen hat. Über den Antrag ist gem § 107a Abs 1 AußStrG „**tunlichst binnen vier Wochen**“ zu entscheiden, wobei der vorgegebene Zeitrahmen jedenfalls nicht überschritten werden sollte. Der Vorrang von Kindesabnahmeverfahren ist nach Ansicht *Mayrhofer/Salicites* iSd Kindeswohls „dringend geboten und eine zwingende Entscheidungsfrist von maximal vier Wochen durchaus gerechtfertigt“.²²¹

2. Haft- und Geldstrafen als Zwangsmittel des AußStrG

§ 79 Abs 1 AußStrG zufolge hat das Gericht „für den Fortgang des Verfahrens notwendige Verfügungen gegenüber Personen, die sie unbefolgt lassen, von Amts wegen durch angemessene Zwangsmittel durchzusetzen“. Eine solche durchsetzbare Verpflichtung ergibt sich hier aus § 35 AußStrG iVm § 359 ZPO für die **Mitwirkung am Sachverständigenbeweis** und aus **allgemeinen Mitwirkungspflichten** der §§ 13 Abs 1 und 16 Abs 2 AußStrG.

Die Zwangsmittel iSd § 110 Abs 2 AußStrG iVm § 79 Abs 2 AußStrG sind nicht als (Vergeltungs)- Strafen für die Missachtung einer gerichtlichen Verfügung bzw einer wirksamen Vereinbarung oder Sanktionierung eines Fehlverhaltens in der Vergangenheit, sondern als Beugemittel zur **Erzwingung eines künftigen rechtmäßigen Verhaltens** im Bereich der Obsorge und der Ausübung der persönlichen Kontakte konzipiert. Ihr Zweck besteht daher darin, der bestehenden Regelung zukunftsbezogen Achtung und faktische Geltung zu verschaffen, soweit dies dem Kindeswohl entspricht. In der Praxis werden Zwangsmaßnahmen im Kindschaftsrecht in der weit überwiegenden Zahl der Anwendungsfälle eingesetzt, um dem vom Gesetzgeber gewünschten und in Ausnahmekonstellationen aus besonders

²²⁰ OLG Karlsruhe 11.8.1988, FamRZ 1988, 1196 (1197).

²²¹ *Mayrhofer/Salicites*, Worst Case Kindesabnahme, iFamZ 2015, 60 (62).

schwerwiegenden Gründen zu unterbindenden Kontaktrecht in Zukunft zum Durchbruch zu verhelfen. Die Zwangsmaßnahmen sollen daher die der wirksamen Obsorgeregelung entsprechenden Betreuungsverhältnisse herstellen bzw die Möglichkeit, künftig persönliche Kontakte ausschließlich nach dem Maßstab des Kindeswohl auszuüben, gewährleisten. Wenn es dabei im Einzelfall zu einem Konflikt zwischen dem Interesse am raschen Vollzug einerseits und der **Vermeidung materiell unangemessener Vollzugsakte** kommt, hat das Gericht einen solchen Widerstreit der Bedürfnislagen nach seinem Ermessen zu lösen.²²²

Die Gerichte zeigen sich bei der **Verhängung von Zwangsmaßnahmen** zur Durchsetzung des Kontaktrechts grundsätzlich eher **zurückhaltend**, vorwiegend werden Geldstrafen von EUR 100 bis 500, ganz selten eine Beugehaft, verhängt.²²³

§ 110 AußStrG lässt ausdrücklich nur die Anwendung angemessener Zwangsmittel zu. Daher hat das Gericht stets zu prüfen, ob bzw welche Vollzugsmaßnahmen unter **Berücksichtigung des Kindeswohls** – das nicht nur im Titelverfahren, sondern auch bei der Durchsetzung von Obsorge- und Kontaktregelungen oberster Grundsatz und wichtigstes Kriterium ist – getroffen werden sollen und müssen. Dies gilt auch für die Frage, ob von der Fortführung der Durchsetzung einer Regelung der persönlichen Kontakte abzusehen ist, wobei diese Beurteilung regelmäßig von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Eine Erzwingung von Kontakten gegen den Willen des Minderjährigen ab 14 Jahren widerspricht dabei nach der generellen Wertung des Gesetzgebers im Einklang mit der schon vor dem AußStrG 2003 einhelligen Rsp jedenfalls dem Kindeswohl, weshalb gem § 108 AußStrG von der Durchsetzung solcher Kontakte im Fall einer Weigerung des Kindes in dieser Altersgruppe abzusehen ist.²²⁴

Nach dem österreichischen Verfahrensrecht werden Sorgerechtsverfahren betreffend eines konkreten Kindes einheitlich geführt und sind **auch einheitlich zu entscheiden**. Eine gesonderte Anwendung der Exekutionsordnung zur zwangsweisen Durchsetzung einer Obsorgeregelung ist nach § 110 Abs 2 AußStrG ausgeschlossen. Vielmehr erfolgt die **Vollstreckung** nach den **besonderen Regelungen des AußStrG**. Dabei ist unter anderem vorgesehen, dass das Gericht von der Fortsetzung zur Durchsetzung auch von Amts wegen absehen kann, solange eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, sodass naturgemäß auch das Kindeswohl gefährdende Änderungen seit der Sorgerechtsentscheidung von Relevanz sind. Bloße Neuanträge als solches reichen dabei zwar noch nicht aus, von einer Durchsetzung Abstand zu nehmen, ebenso wenig der bloße Widerwille des Kindes. Liegen jedoch konkrete das Kindeswohl gefährdende Umstände vor, ist mit der Fortsetzung der Durchsetzung auch von **Amts wegen innezuhalten** und vorweg über die Obsorgeänderung zu entscheiden.²²⁵

²²² Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 15.

²²³ Hubert/Täubel-Weinreich, Obsorge kompakt², 82

²²⁴ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 18.

²²⁵ OGH 6 Ob 112/15m iFamZ 2015/243 = RZ 2016,66 = EF-Z 2017/44 (Nademleinsky).

Seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 ist das Kontaktrecht auch als Recht des Kindes verankert. Die Durchsetzung sollte sich daher am Kindeswohl orientieren. Dies entspricht auch der Grundhaltung des Entwurfs des KindNamRÄG 2013 wonach, „**das Kindeswohl wichtigster Beurteilungsmaßstab** ist, und der Judikatur zum Recht auf persönlichen Verkehr, wonach sich die Regelung und Durchsetzung allein am Kindeswohl zu orientieren hat“. Der Entwurf hält auch fest, dass die Möglichkeiten zur Durchsetzung der persönlichen Kontakte des Kindes zu dem Elternteil, mit dem es nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, in der Praxis als unzureichend erlebt werden. „Zwangsmittel nach § 79 Abs 2 AußStrG würden häufig ihr Ziel verfehlen, weil sie zwar vielleicht das Bedürfnis nach Sanktionierung eines Fehlverhaltens eines der beiden Elternteile erfüllen, aber sonst – zu Lasten des Kindes – eher zur Eskalation des Konflikts der Eltern beitragen würden“.²²⁶

Die Höhe der **Geldstrafe** richtet sich nach § 359 EO (§ 79 Abs 2 Z 1 AußStrG). Beim ersten Verstoß gegen die gerichtliche Anordnung eines Kontaktrechts kann als Richtwert **ein Drittel des Monatseinkommens** herangezogen werden. Eine Geldstrafe von 100 Euro ist nach der Rsp des OGH jedenfalls „kein Thema“. Das Argument, dass die Verhängung von Geldstrafen gegen den Obsorgeträger den zu leistenden Naturalunterhalt und das Kindeswohl gefährde, wird von der Rsp nicht anerkannt. Geldstrafen können nach § 359 Abs 2 EO erlassen werden. Die Strafbeträge fließen dem Bund zu.²²⁷

Die Anordnung von **Beugehaft** kommt – wohl eher ausnahmsweise – dann in Betracht, wenn die **Verhängung von Geldstrafen erfolglos** war bzw sinnlos oder unzulässig ist, weil mangels Einkommens bzw Vermögens diese **nicht einbringlich** sind oder – nach strenger Betrachtung – doch den Unterhalt des Kindes gefährden würden. Die höchste zulässige Gesamtdauer beträgt ein Jahr. Zunächst wird sich die Anordnung der Beugehaft von wenigen Stunden anbieten. Nach welchen Bestimmungen die Beugehaft praktisch durchzusetzen ist, bleibt unklar. Gem § 110 Abs 2 AußStrG ist eine Vollstreckung nach der EO, wo es detaillierte Regeln zur Beugehaft gibt, ausgeschlossen. Damit soll aber in erster Linie sichergestellt werden, dass das Wohl des Kindes, welches Rechtssubjekt als Verfahrenspartei und nicht Verfahrensobjekt ist, auch bei Anordnung von Zwangsmaßnahmen Beachtung findet. Die **Bestimmungen zur Haft in der EO** werden daher **analog heranzuziehen** sein.²²⁸

Eine Beugestrafe ist unangemessen, wenn sie – ungeachtet des formell aufrechten Bestehens des Rechtstitels – iSd § 110 Abs 3 AußStrG dem **Kindeswohl zuwiderliefe** oder die Beziehung

²²⁶ ErläutRV 2004 BlgNr 24. GP 39f.

²²⁷ Pesendorfer, iFamZ 2011, 64 (65).

²²⁸ Pesendorfer, iFamZ 2011, 64 (65).

des Minderjährigen zum obsorgeberechtigten Elternteil **unerträglich stören** würde. Die Bedachtnahme auf das Wohl des Kindes ist das Grundprinzip des Pflegschaftsverfahrens und gilt selbstverständlich auch für die zwangsweise Durchsetzung von Entscheidungen über die Obsorge und das Kontaktrecht. Von einem bestimmten Zwangsmittel ist überdies dann abzugehen, wenn diese Maßnahme nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Erreichung des angestrebten Zwecks untauglich oder auch nur unverhältnismäßig und in diesem Sinn untauglich wäre. Diese Bewertung trifft etwa auf Geldstrafen zu, die bei einem Elternteil keine Wirkung zeigen, weil er weder Erwerbseinkommen noch Vermögen hat und die Einbringung einer dennoch angeordneten Beugestrafe voraussichtlich scheitern würde. In einem solchen Fall kommen wohl nur die Anordnung der Beugehaft oder obsorgerechtliche Konsequenzen gem § 181 Abs 1 ABGB in Betracht.²²⁹

Ein Kontaktrechtsaussetzungsantrag kann die Verhängung einer Geldstrafe als Zwangsmittel zur Durchsetzung einer Kontaktrechtsregelung nicht ausschließen. Die einzelnen Zwangsmittel sind in § 79 Abs 2 AußStrG nur demonstrativ aufgezählt und sind von Amts wegen anzuordnen. Der bisherigen Rsp ist zu folgen, wonach der Verhängung einer Geldstrafe nicht deren Androhung voranzugehen hat. Dabei handelt es sich nicht um Strafen zur Sanktionierung eines Fehlverhaltens, sondern um Beugemittel, um der Entscheidung zum Durchbruch zu verhelfen. Das Gericht hat bei der Verhängung von Zwangsmaßnahmen stets **unter Beachtung der nach der Sachlage erfolgversprechendsten Methode** unter Wahrung der Interessen aller Beteiligten vorzugehen. Die zwangsweise Durchsetzung des Kontaktrechts gem § 110 iVm § 79 Abs 2 ist **ultima ratio** und darf nur nach dem Prinzip des gelindesten Mittels eingesetzt werden. Wie aus § 110 Abs 2 Satz 4 AußStrG hervorgeht, kommt die **Anwendung unmittelbaren körperlichen Zwangs** nur bei der **Durchsetzung von Obsorgeentscheidungen** in Betracht. Eine zwangsweise Durchsetzung von Kontaktrechtsregelungen kann daher nicht stattfinden. Dies trägt dem Gedanken Rechnung, dass eine durch unmittelbaren Zwang erfolgte Kindesabnahme zur Durchführung von Besuchskontakten dem Wohl des Kindes jedenfalls abträglich ist.²³⁰

3. Sonstige Folgen der Kontaktverhinderung

Die in § 187 ABGB angesprochene Pflicht beider Elternteile zur einvernehmlichen Regelung des Kontaktrechts enthält die Pflicht, sich um eine Einigung zu bemühen. Vorsätzliche und fahrlässige Vereitelung einer Einigung ist im Hinblick auf § 187 ABGB rechtswidriges Verhalten.²³¹

²²⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 110 Rz 52.

²³⁰ Deixler-Hübner in Rechberger (Hrsg), Außerstreitgesetz² (2013) § 110 Rz 2.

²³¹ Reischauer, Culpa in contrahendo bei Kontaktbehinderung, EF-Z 2017/75 (161).

Der OGH hat in einer Entscheidung ausgesprochen, dass ein Antrag des Vaters, über die Mutter wegen wiederholter Vereitelung der (gerichtlich festgelegten) Kontakte eine Geldstrafe zu verhängen, zulässig ist. Ein solches Antragsrecht des Vaters ergibt sich als **notwendige Konsequenz** bereits aus § 187 Abs 1 Satz 3 ABGB. Wenn damit einem Elternteil das Recht eingeräumt wird, eine gerichtliche Regelung des Kontakts zum Kind zu beantragen, wäre es inkonsequent, dem Vater ein Antragsrecht auf Anordnung von Maßnahmen, die der Realisierung dieses Kontaktrechts dienen sollen, zu verwehren.²³²

Das in § 186 ABGB festgeschriebene **Recht auf persönliche Beziehungen** einschließlich der Kontaktpflege wird durch diese **Pflichtverletzung in Form einer Kontaktbehinderung** beeinträchtigt. Der Sache nach dreht es sich um einen Fall der culpa in contrahendo.²³³

Culpa in contrahendo bedeutet, dass derjenige, der die dem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehende anfängliche Unmöglichkeit iSv § 878 S 1 ABGB kannte oder kennen musste, den anderen darüber aufzuklären hat und bei Verletzung dieser vorvertraglichen Pflichten dem anderen Teil nach § 878 S 3 ABGB wegen Verschuldens bei Vertragsschluss auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens (culpa in contrahendo) haftet.²³⁴

Da die Eltern eine einschlägige Pflicht trifft, lässt sich für eine Ersatzfreiheitsstrafe nichts aus der nach allgemeinen Recht gegebenen Abschlussfreiheit ableiten. Bei der Annahme von Fahrlässigkeit ist aber Zurückhaltung geboten, solange plausible, sachlich nachvollziehbare Gründe für das Nichtzustandekommen einer Einigung ins Treffen geführt werden. Beschuldigungen des anderen Teils, deren Zutreffen dem Kindeswohl abträglich sein können, entbehren grds nur dann der fahrlässigen Vereitelung des Kontaktrechts, wenn sie zumindest mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zutreffen.

Wer das einvernehmliche Zustandekommen vorwerfbar verletzt, wird schadenersatzpflichtig. Das ist vor allem für **frustrierte Kosten im Zusammenhang mit dem Kontaktrecht** (Fahrt- und Treibstoffkosten) von Bedeutung, aber nach Meinung *Reischauers* auch für die Kosten eines unnötigen Obsorge- und Kontaktrechtsstreits.²³⁵

Die **schuldhafte Verletzung des Wohlverhaltensgebots**, welches in § 159 ABGB normiert ist und das Kind sowie den anderen Elternteil schützen soll, soll nach bereits vorliegender Rsp zur Schadenersatzpflicht führen können.²³⁶ Die Leitentscheidung²³⁷ des OGH führt dazu aus, dass es „keinen ausreichenden Grund gibt, Schadenersatzansprüche von vornherein auszuschließen. Vielmehr sind sie eine im Verhältnis zwischen den Eltern schon aus Gerechtigkeitsgründen

²³² OGH 1 Ob 64/17v iFamZ 2017/117.

²³³ *Reischauer*, EF-Z 2017/75 (161).

²³⁴ *Riedler* (Hrsg), Zivilrecht I – Allgemeiner Teil⁶ (2015) Rz 18/13.

²³⁵ *Reischauer*, EF-Z 2017/75 (161).

²³⁶ *Höllwerth*, EF-Z 2016/139 (296).

²³⁷ OGH 4 Ob 8/11x Zak 2011,170 = *Reischauer*, EF-Z 2011134 = EF-Z 2011,138 = EvBI 2011,670 = iFamZ 2011,196 (*Thoma-Twaroch*) = AnwBl 2011,357 = RZ 2011,148 = RZ 2011 EÜ170 = EFSlg 130.465 = EFSlg 130.446 = EFSlg 130.490 = EFSlg 130.550 = EFSlg 130.627 = EFSlg 131.038 = EFSlg 131.039 = EFSlg 131.040 = EFSlg 131.187 = ZVR 2012,75 (*Danzl*) = SZ 2011/48.

gebotene Ergänzung zu der ausschließlich das Kindeswohl berücksichtigenden Entscheidung im Pflegschaftsverfahren“.

Voraussetzung für **Schadenersatzansprüche** ist jedenfalls die **schuldhafte, dem wohl verstandenen Eltern-Kind-Verhältnis widersprechende Beeinflussung** des Kindes in Richtung der Weigerung, mit dem kontaktberechtigten Elternteil zusammenzutreffen.²³⁸

B. Obsorgeentzug als ultima ratio

Nach § 215 Abs 1 ABGB aF hatte der Jugendwohlfahrtsträger die zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen. Bei **Gefahr in Verzug** konnte er die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig und bis zur gerichtlichen Entscheidung wirksam selbst treffen. Er hatte dann diese gerichtliche Entscheidung unverzüglich, jedenfalls innerhalb von acht Tagen, zu beantragen. Im Umfang der getroffenen Maßnahmen war der Jugendwohlfahrtsträger vorläufig obsorgeberechtigt.

Diese Rechtslage bleibt auch nach dem KindNamRÄG unverändert aufrecht, findet sich allerdings nunmehr in **§ 211 Abs 1 ABGB nF**.²³⁹ Diese vorgenommene Änderung diene der **verfahrensrechtlichen Bereinigung** und der Verdeutlichung des bis dahin im Satz 3 des Abs 1 ausgedrückten Anliegens: Der Begriff „Sachwalter“ wurde eliminiert und der JWT vorläufiger Obsorgebetrauter bzw Vertreter.²⁴⁰

Die Maßnahme der Übertragung der Obsorge an den Kinder- und Jugendhilfeträger darf wegen des damit regelmäßig verbundenen Eingriffs in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art EMRK) nur angeordnet werden, wenn sie im Interesse des Kindes dringend geboten und soweit sie **zur Abwendung einer drohenden Gefährdung des Kindeswohls notwendig** ist, wobei grundsätzlich ein strenger Maßstab angelegt werden muss. Der Obsorgeentzug muss das letzte Mittel sein. Unter der Gefährdung des Kindeswohls versteht man nicht nur den Missbrauch der elterlichen Befugnisse, sondern auch das Nichtbewältigen von Erziehungsaufgaben, ohne dass ein subjektives Schulselement hinzutreten müsste.²⁴¹

Der KJHT hat den **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren**, die Kindeswohlgefährdung muss sich schon so weit konkretisiert haben, dass der Zustand sofort geändert werden muss und auch eine vorläufige Maßnahme des Gerichts nach § 107 Abs 2 AußStrG zu spät käme. Es

²³⁸ Höllwerth, EF-Z 2016/139 (296).

²³⁹ Höllwerth, Gerichtliche Kontrolle der Interimskompetenz des Jugendwohlfahrtsträgers in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz, 227.

²⁴⁰ Cohen/Tschuggel in *Kletečka/Schauer*, ABGB § 211 Rz 1.

²⁴¹ OGH 1 Ob 99/16i ZfG 2016,135 = iFamZ 2016/215 = EF-Z 2017/49.

ist nicht Sinn einer vorläufigen Maßnahme, den Beteiligten einen „heilsamen Schock“ zu versetzen. Wurde aber eine Maßnahme gesetzt, bleibt für ein Weiterbestehen der Obsorge (neben der des KJHT) bei den von der Maßnahme betroffenen Trägern der Obsorge (anders als etwa bei freiwilliger voller Erziehung nach § 27 B-KJHG) kein Raum, würde dadurch doch in vielen Fällen der Zweck der Maßnahme vereitelt.

Auch **Sofortmaßnahmen des KJHT** gem § 211 Abs 1 S 2 und 3 ABGB sind nach hL und der Rsp des VfGH und des VwGH **keine Hoheitsakte**, der KJHT bleibt der gerichtlichen Kontrolle unterstellt und kann weder Bescheide noch sonstige hoheitliche Anordnungen erlassen.²⁴²

Das Gericht hat nicht etwa die Maßnahmen des KJHT zu genehmigen oder seinerseits deckungsgleiche vorläufige Anordnungen nach § 107 Abs 2 AußStrG zu treffen. Diese „endgültige Entscheidung“ wird – sofern die vom KJHT gesetzten Maßnahmen richtig, notwendig und verhältnismäßig waren – im Regelfall darin bestehen, dass die Obsorge entzogen und nach Maßgabe der §§ 178, 204, 209 ABGB anderen Personen, allenfalls dem KJHT selbst übertragen wird. Es sind aber auch „andere Verfügungen“ nach § 181 ABGB denkbar. **Hält das Gericht** die Maßnahme dagegen für **nicht rechtmäßig**, hat es sie **sofort aufzuheben oder abzuändern**. Auch der KJHT kann die Maßnahme aufheben, was bereits dann anzunehmen ist, wenn sie „faktisch dadurch beendet“ wurde, dass das Kind tatsächlich wieder bei den bisher obsorgeberechtigten Eltern lebt, nicht aber wenn der KJHT das Kind bei Dritten unterbringt.²⁴³ Solche Interimsmaßnahmen müssen den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des gelindesten Mittels entsprechen.²⁴⁴

Die Kindesabnahme unterliegt aber der **gerichtlichen Kontrolle**. Die Eltern (oder die sonstigen obsorgeberechtigten Personen) und das betroffene Kind haben die Möglichkeit, binnen vier Wochen ab Beginn der Maßnahme (Kindesabnahme) einen Antrag bei Gericht über die Zulässigkeit dieser Maßnahme zu stellen. Die Gerichte müssen dann **binnen vier Wochen** über die **Zulässigkeit der Maßnahme entscheiden**. Im Falle der **vorläufigen Zulässigkeit** gibt es für die Betroffenen **kein weiteres Rechtsmittel**, da das Gericht im anhängigen Entziehungsverfahren noch eine Entscheidung zu treffen hat.²⁴⁵ Der KJHT kann zwar gem § 107a Abs 1 S 4 AußStrG binnen drei Tagen Rekurs gegen die erstinstanzliche Entscheidung über die Unzulässigkeit erheben, das Rechtsmittel entfaltet jedoch nur dann aufschiebende Wirkung, wenn das Gericht ihm diese ausnahmsweise zuerkennt. Das Gericht hatte es zwar auch schon bisher (vor dem KindNamRÄG 2013) in der Hand, die Maßnahmen des KJHT abzuändern oder zu beenden. Jetzt wird die Justiz aber in die Pflicht genommen, um rasch über die vorläufige Zulässigkeit einer Kindesabnahme zu entscheiden.

²⁴² Weitzenböck, in *Schwimann*, ABGB § 211 Rz 2f.

²⁴³ Weitzenböck, in *Schwimann*, ABGB § 211 Rz 4.

²⁴⁴ OGH 1 Ob 45/16y iFamZ 2016,213 = EF-Z 2016,254.

²⁴⁵ *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt², 54.

Mehr Rechtsschutz bedeutet mehr Arbeit für die Gerichte. Die Belastung der Familienrichter wird einerseits durch das Erfordernis rascher Entscheidungen, aber auch durch die Zunahme der Anträge steigen.²⁴⁶

Zur **Durchsetzung der Rückgabeentscheidung** ist als ultima ratio auch die Anwendung von unmittelbarem Zwang, also letztlich die **physische Abnahme des Kindes**, möglich. Dabei soll bei der Entfernung des Minderjährigen aus seinem bisherigen Lebensbereich durch Kindesabnahme, da dies einen sehr massiven Eingriff in dessen persönliche Sphäre bedeutet, äußerst behutsam vorgegangen werden.²⁴⁷

C. Rechtsmittel im Verfahren

Ob es einer gesonderten Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der vom KJHT gesetzten Maßnahme (nach deren Aufhebung und rückwirkend) bedarf, war vor dem KindNamRÄG strittig. Im **Hinblick auf Art 8 EMRK** steht den betroffenen Trägern der Obsorge (und dem Kind) nach Ansicht *Weitzenböck* jedoch jedenfalls das Recht zu, die **sofortige Beendigung der noch aufrechten Maßnahme bei Gericht zu beantragen**. Darüber hat das Gericht – auch wenn eine endgültige Entscheidung über die Obsorge noch nicht möglich ist – möglichst rasch zu entscheiden. Dies sieht das Gesetz nunmehr in dem durch das KindNamRÄG 2013 eingefügten § 107a Abs 1 AußStrG vor. Zudem hat das Gericht über Antrag der Person, in deren Obsorge eingegriffen wurde, und des Kindes auch hinsichtlich durch den KJHT bereits beendeter Maßnahmen, über die Zulässigkeit der Maßnahme auszusprechen. In beiden Fällen gelten besondere Verfahrensbestimmungen und Antragsfristen. Ein Antrag nach § 107a Abs 1 AußStrG ist nur einmalig innerhalb der vierwöchigen Frist zulässig, Anträge außerhalb dieser Frist sind zurückzuweisen. Der KJHT ist jedenfalls **nicht selbst zur Antragstellung legitimiert** und zwar auch dann nicht, wenn er (formell) unter Berufung auf seine Stellung als gesetzlicher Vertreter im Rahmen der Obsorge den Antrag namens der Kinder stellt. Die ebenfalls als Verpflichtung zu verstehende Antragsbefugnis des KJHT nach Abs 2 leg cit soll jenen Kindern helfen, deren Vertreter aus Angst vor nahen Angehörigen (insb dem anderen Elternteil) oder aus – mit dem Wohl des Kindes unvereinbarer – Rücksichtnahme die Antragstellung unterlässt.²⁴⁸

Der Grund warum in § 211 Abs 1 ABGB eine – gemessen an Art 6 Abs 1 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit ohnehin zweifelhaft lange – Frist gesetzt wird, ist lt Rsp des OGH daran zu erkennen, „dass eine vom KJHT ohne gerichtliche Anordnung vorgenommene

²⁴⁶ *Huber*, Besserer Schutz bei Kindesabnahme, Die Presse 2012/42/04.

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0125726.

²⁴⁸ *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB § 211 Rz 5.

grundrechtsrelevante Maßnahme einer **möglichst raschen gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit** zugeführt werden soll“. Er führt dazu in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 Folgendes aus: „Unterbleibt eine fristgerechte Antragstellung durch den KJHT, dann verliert die von ihm gesetzte Maßnahme mit Fristablauf ihre gesetzliche Legitimität und ist rückgängig zu machen. Erfolgt die Antragstellung fristgerecht, ist die Maßnahme vorläufig weiter wirksam, aber die **Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der Interimsmaßnahme eröffnet** und auch den Parteien steht etwa die Möglichkeit einer Antragstellung nach § 107a Abs 1 AußStrG offen“. Daraus folgt aus dieser Rsp:

„Hat dagegen der KJHT, sei es innerhalb der Frist des § 211 Abs 1 ABGB, sei es nach Fristablauf oder überhaupt ohne Wahrnehmung seiner Interimskompetenz einen Antrag auf Obsorgeübertragung gestellt, dann bleibt es diesem unbenommen, einen solchen Antrag zurückzuziehen, wenn dafür nach seiner Einschätzung keine (ausreichenden) Gründe mehr vorliegen. Ein aufrechter Obsorgeantrag des KJHT ist aber vom Pflegschaftsgericht – unabhängig von der Einhaltung der allein die Interimskompetenz begrenzenden Frist des § 211 Abs 1 ABGB – einer materiellen Prüfung zu unterziehen. Einen Obsorgeübertragungsantrag, den der KJHT in einer von ihm (zumindest anfänglich) als Krisenfall erkannten Situation gestellt hat, allein deshalb, weil die Antragstellung nicht innerhalb der Frist des § 211 Abs 1 ABGB erfolgte, **ohne inhaltliche Prüfung zurückzuweisen**, würde der – im Übrigen sogar amtswegig wahrzunehmenden – **Pflicht des Pflegschaftsgerichts zur Wahrung des Kindeswohls völlig widersprechen**“.²⁴⁹

Beschlüsse erstinstanzlichen Gerichts können gem § 45 Satz 1 AußStrG mit **Rekurs an das Gericht zweiter Instanz** angefochten werden. Gemäß § 45 Satz 2 AußStrG sind aber **verfahrensleitende Beschlüsse**, „soweit nicht ihre selbständige Anfechtung angeordnet ist“, nur mit dem Rekurs **gegen die Entscheidung über die Hauptsache anfechtbar**.²⁵⁰

Nur dann, wenn eine **Abänderung** oder **Aufhebung** der angefochtenen Entscheidung **ohne Eingriff in Rechte Dritter** möglich ist, ist über den verspäteten Rekurs **meritorisch zu entscheiden**, ansonsten ist er vom Rekursgericht zurückzuweisen. Es kommt also darauf an, ob die materiell-rechtliche oder die verfahrensrechtliche Stellung einer anderen Person nachteilig berührt wird. Der OGH hat in diesem Zusammenhang mehrfach klargestellt, dass somit die **Berücksichtigung eines verspäteten Rekurses** nur bei Beschlüssen in Betracht kommt, die weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig sind. Nach den §§ 42, 43 AußStrG werden Beschlüsse des Außerstreitverfahrens grundsätzlich, soweit sie nicht bloß

²⁴⁹ OGH 7 Ob 179/16y Zak 2017/11 = ZfG 2017,24 = iFamZ 2017/47 = EvBl 2017/102.

²⁵⁰ OGH 9 Ob 11/15f Zak 2015/341 = Zak 2015/344 = iFamZ 2015/95 = NZ 2015/91.

verfahrensleitend sind, formell und materiell rechtskräftig. Das gilt somit auch für Obsorgeentscheidungen (arg § 110 Abs 1 AußStrG).²⁵¹

Grundsätzlich kann ein vom Rekursgericht verneinter Mangel des Verfahrens erster Instanz im Revisionsrekurs nicht mehr geltend gemacht werden. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes lässt die Rsp in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren nur aus Gründen des Kindeswohls zu, während im Unterhaltsverfahren konkrete Gründe ersichtlich sein bzw behauptet werden müssen. Gründe, die nicht in der Person des Kindes, sondern des Unterhaltspflichtigen wurzeln, scheiden hier jedenfalls aus. Auch im **Revisionsrekursverfahren** betreffend ein Obsorgeverfahren können **nur aktenkundige Neuerungen berücksichtigt** werden.²⁵²

Das Abänderungsverfahren könnte nur für jene Fälle Abhilfe schaffen, in denen die Kenntnis der nova reperta zum damaligen Entscheidungszeitpunkt zu einer anderen Obsorgebetrauung geführt hätte. Dies trägt aber nicht der Tatsache Rechnung, dass in der Zwischenzeit andere faktische Obsorgeverhältnisse vorliegen. Weil gerade der **Kontinuitätsgrundsatz** der Erziehung für das Kindeswohl **primär ausschlaggebend** ist, käme es dann mitunter zu einem mehrfachen Obsorgewechsel, der sicher nicht im Interesse des Kindes liegt. Hier muss daher im Sinne des Kindeswohls der verfahrensrechtliche Rechtsschutz in den Hintergrund treten.²⁵³

²⁵¹ OGH 3 Ob 216/07x.

²⁵² *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG § 107 Rz 4.

²⁵³ *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG § 107 Rz 5.

V. Doppelresidenz

A. Definition §§ 177/4, 179/2, 180/2 ABGB

Gem **§ 177 Abs 4** ABGB haben die Eltern, wenn sie beide mit der Obsorge betraut sind und nicht in häuslicher Gemeinschaft leben, „festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll“. Die Eltern müssen gem **§ 179 Abs 2** ABGB auch im Falle beidseitiger Obsorge nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft eine Vereinbarung darüber schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

Unter „Doppelresidenz“ (als Gegenstück zu dieser gesetzlichen Verpflichtung zur Festsetzung eines Haushalts der hauptsächlichlichen Betreuung) kann jene Obsorgeform verstanden werden, bei der die Kinder nach der Trennung bzw Scheidung der Eltern mit der Mutter und mit dem Vater **möglichst gleich viel Zeit** verbringen. Das bedeutet, dass sie sowohl bei der Mutter als auch beim Vater leben. Der Wohnortwechsel des Kindes findet dabei je nach Vereinbarung der Eltern in unterschiedlichen Intervallen statt.²⁵⁴ Doppelresidenzmodell bedeutet also, dass **bei gemeinsamer Obsorge die gleichteilige Betreuung durch beide getrenntlebenden Elternteile** vorgesehen werden kann, wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht.²⁵⁵

Der Gesetzgeber des KindNamRÄG ging weiterhin vom „Eingliederungsmodell“ bzw „Heim erster Ordnung“ aus, da weiterhin die Verpflichtung zur Festlegung eines Ortes der hauptsächlichlichen Betreuung besteht.²⁵⁶

Die erläuternden Bemerkungen zu § 179 Abs 2 ABGB halten fest, dass die terminologische Anpassung von hauptsächlichlichen Aufenthalt zur hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes deshalb vorgenommen wurde, „um den **Aufgaben und Leistungen des Elternteils**, bei dem das Kind in erster Linie lebt, **besser gerecht zu werden** als der bisherige Wortlaut des Gesetzes. An die Vereinbarung sind aber dieselben Rechtsfolgen geknüpft wie bisher bei der Vereinbarung des hauptsächlichlichen Aufenthalts. Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, erfüllt also bspw seine Unterhaltsverpflichtung gem § 231 Abs 2 erster Satz des Entwurfs durch die Betreuungsleistungen an das Kind, während der andere Elternteil geldunterhaltspflichtig wird“.²⁵⁷

Kommt es binnen angemessener Frist zu keiner Vereinbarung einer (zeitlich) überwiegenden Betreuung des Kindes durch einen Elternteil, hat das Gericht nach **§ 180 Abs 2 letzter Satz** ABGB von Amts wegen und auch ohne Kindeswohlgefährdung über eine allfällige

²⁵⁴ *Barth-Richtarz*, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178 (178).

²⁵⁵ OGH 3 Ob 121/16i Zak 2016/622 = EvBI-LS 2016/150 = JBI 2016,780.

²⁵⁶ *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt² 34.

²⁵⁷ ErläutRV 2004 BlgNr 24. GP 25.

Obsorgeänderung zu entscheiden oder bei aufrecht bleibender Betrauung beider Eltern mit der Obsorge jenen Elternteil zu bestimmen, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll. Sowohl für die Obsorgeregelung als auch für die Bestimmung des überwiegenden Aufenthalts des Kindes ist ausschließlich das Kindeswohl maßgebend. Eine sog Doppelresidenz des Kindes mit abwechselnden und (annähernd) gleichbemessenen Betreuungsphasen beider Eltern – in welchen Intervallen auch immer – steht daher im **Widerspruch zur gesetzlichen Voraussetzung der Festlegung eines das Kind hauptsächlich betreuenden Elternteils** nach §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 ABGB.²⁵⁸

„Bei gemeinsamer Obsorge und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen iSe Doppelresidenz soll die Festsetzung des Hauptaufenthaltes lediglich als nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dienen, deren Grundlage ein bestimmter Aufenthaltsort ist, wie eben für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes des Kindes iSd Melderechts oder die Geltendmachung von Familien- und Wohnbeihilfe“. Dies ist nach der Rsp des OGH spruchgemäß zum Ausdruck zu bringen.²⁵⁹

Den medial vielbeachteten **Anlassfall zum Thema Doppelresidenz** stellte ein Beschluss des LGZ Wien dar. In diesem Beschluss wurde die Entscheidung des Erstgerichts, mit der die Obsorge beider Eltern (gem § 107 Abs 2 AußStrG vorläufig) angeordnet, ein Ausspruch über einen hauptsächlichlichen Aufenthalt der zwei Jahre alten Minderjährigen bei einem Elternteil unterlassen und ihre **gleichteilige Betreuung in zwei Haushalten bestimmt** wurde, bestätigt und setzte sich damit über § 180 Abs 2 ABGB weg. Das Rekursgericht griff die Argumentation *Kathreins* auf und begründete seine Vorgangsweise mit dem Kindeswohl.²⁶⁰

Nach der Meinung *Kathreins* ist eine „annähernd gleichteilige Ausübung der Obsorge nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft **nicht kategorisch ausgeschlossen**. Hier ist an Fälle zu denken, in denen das Kind durch die gleichteilige Betreuung nicht in seinem Lebensmittelpunkt zerrissen wird, beide Eltern **schon vor der Auflösung der Ehe** oder Trennung der Gemeinschaft die Aufgaben und Lasten der Betreuung gemeinsam getragen haben ihre Lebens- und Vermögensverhältnisse so beschaffen sind, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten sind, und sie trotz der Trennung noch immer **ausreichend miteinander kommunizieren** können. In derartigen, sicher nicht alltäglichen, aber auch nicht ausgerissenen Fällen, kann die strikte Verpflichtung zur Klärung der Verhältnisse das Gegenteil von dem bewirken, was das Gesetz mit der Festlegung der primären Bezugsperson erreichen will, nämlich eine Gefährdung des Kindeswohls“. Hier wird es nach der

²⁵⁸ Beck, Doppelresidenz – Der Vorhang zu und alle Fragen offen, iFamZ 2015, 264 (264).

²⁵⁹ RIS-Justiz RS0130981.

²⁶⁰ Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein, iFamZ 2015, 17.

Meinung von *Kathrein* zulässig sein, dass die hauptsächliche Betreuung des Kindes in einem Haushalt von den Eltern als bloß nominelle Verpflichtung gehandhabt wird.²⁶¹

In einzelnen Fällen könne die Doppelresidenz also am ehesten den Bedürfnissen und Wünschen des Kindes entsprechen und der gänzliche Ausschluss dieser Möglichkeit sogar das Kindeswohl gefährden, zumindest aber die Interessen des Kindes beeinträchtigen. Das Wohl des von den Maßnahmen der Eltern und Gerichte konkret betroffenen Kindes ist zweifellos das wichtigste Kriterium im Kindschaftsrecht, die Berufung darauf darf aber die Grenzziehung des Gesetzgebers nicht aufheben.²⁶²

Nach *Khalili-Langer* müssen **gewisse Mindestvoraussetzungen** iSv kommunikativen Fähigkeiten und Fertigkeiten gefordert werden, um eine etwaige Doppelresidenz zu ermöglichen. Dabei nennt die Gerichtssachverständige und Psychologin, dass die Übermittlung wichtiger das Kind betreffender Informationen eine wesentliche Voraussetzung für eine funktionierende Doppelresidenz ist. Des Weiteren zählt sie die grundsätzliche Bereitschaft, **Alltagsentscheidungen** des jeweils anderen zu **akzeptieren und mitzutragen**, die Bereitschaft, Entscheidungen von erheblicher Bedeutung für das Kind anlassbezogen mit einem professionellen Dritten zu klären sowie die Bereitschaft, das Kind möglichst nicht in eigene Auseinandersetzungen mit dem Ex-Partner zu involvieren.²⁶³

Selbst wenn die Eltern nicht den Idealfall eines hohen Maßes an Kooperations- und Kommunikationskultur leben, so kann die vereinbarte bzw auch gerichtlich angeordnete Doppelresidenz uU sogar zu einer **Deeskalation und einer Verbesserung des Miteinanders** beitragen. In jedem Fall ist eine bereits geschehene Aufarbeitung der Konflikte auf der Paarebene ein wichtiger Faktor, um ein Neuaufflammen der Paarkonflikte auf dem Rücken der Kinder zu verhindern. Insb neue Beziehungen der nunmehrigen Ex-Partner stellen in der Praxis oftmals einen Anlass zu einer erneuten Eskalation dar, sollte die Paarbeziehung bzw deren Beendigung nicht wirklich abgeschlossen worden sein. Können sich die Eltern im Rahmen einer Beratung oder Mediation auf Obsorge beider Eltern einigen, so bedeutet dies im Rahmen der weiteren Organisation der Kindesbetreuung einen wesentlichen **Vertrauensvorschuss**, der den Fortgang der Vereinbarung erleichtert.²⁶⁴

Der VfGH spricht in seinem Erkenntnis G 152/2015 aus, dass die angefochtenen Bestimmungen der §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 ABGB sich als „**verhältnismäßige Beschränkung**

²⁶¹ *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23 (203 f).

²⁶² *Beck*, iFamZ 2015, 17 (18).

²⁶³ *Khalili-Langer*, Doppelresidenz und psychologische Begutachtung – Kriterien für die gutachterliche Empfehlung, iFamZ 2017, 356 (356f).

²⁶⁴ *Wanderer*, Regelung von Unterhaltsfragen bei Doppelresidenz – Praxiserprobte Ansätze aus Sicht der Mediation, iFamZ 2017, 297 (298).

des Rechts auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK“ erweisen. Der VfGH führt dazu aus: „Allerdings würde die zwingende Festlegung einer hauptsächlichen Betreuung des Kindes unter Ausschuss einer zeitlich gleichteiligen Betreuung in jenen Fällen nicht mehr vom legitimen Ziel der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, in denen das Kind bis zur Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft tatsächlich zu annähernd gleichen Teilen von beiden Elternteilen betreut wurde und eine fortgesetzte zeitlich gleichteilige Betreuung dem Kindeswohl am besten entsprechen würde.“²⁶⁵ Der VfGH sah sich veranlasst, „§ 180 Abs 2 letzter Satz ABGB ebenso wie die mitangefochtenen Bestimmungen im Einklang mit Art 8 EMRK so auszulegen, dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen.“²⁶⁶

Das **Wechselmodell**, bei dem das Kind sich wechselseitig in etwa gleichteilig bei Mutter und Vater aufhält, lehnt der Gesetzgeber ab, um dem Kind einen **stabilen örtlichen sowie persönlichen Bezugspunkt** zu bieten und Belastungen durch den häufigen Wohnortwechsel zu ersparen. Allerdings ist nicht wirklich verständlich, warum das Wechselmodell auch bei der vereinbarten gemeinsamen Obsorge ausgeschlossen wird.²⁶⁷ Nach *Beclin* ist es denkbar, dass in Einzelfällen auch eine regelmäßige wechselnde Betreuung angemessen sein kann; „den Bedenken gegen das Wechselmodell hätte anstelle eines generellen Verbots auch eine (ausnahmsweise) gerichtliche Genehmigungspflicht – die Vereinbarung gemeinsamer Obsorge bedarf ja nunmehr keiner gerichtlichen Genehmigung – bei Obsorgevereinbarungen mit Wechselmodell Rechnung tragen können.“²⁶⁸

Um das Vorkommen der Doppelresidenz in der Realität etwas näher zu veranschaulichen, nenne ich an dieser Stelle einige Zahlen aus dem **internationalen Vergleich**. Für Österreich liegen derartige Zahlen zum Zeitpunkt dieser Arbeit noch nicht vor.

In den Niederlanden wuchsen bereits 2008 etwa 16% aller Trennungskinder in einer Doppelresidenz auf. In Belgien lag diese Zahl 2011 schon bei ca 36%. In Großbritannien lebten 2008 rund 17% in diesem Betreuungsmodell. In Norwegen gaben 2012 insgesamt 25% (wobei im Teenager-Alter sogar 31% angegeben wurden) und für Schweden ca 33% an, in einer Doppelresidenz zu leben.²⁶⁹

²⁶⁵ VfGH 9.10.2015, G 152/2015-20, Rz 36.

²⁶⁶ VfGH 9.10.2015, G 152/2015-20, Rz 40.

²⁶⁷ LGZ Wien 3.9.2014, 42 R 321/14p.

²⁶⁸ *Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht in *Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013, 195 (197).

²⁶⁹ *Werneck*, Doppelresidenz – zwei Lebensmittelpunkte des Kindes – Aktueller Forschungsstand aus entwicklungspsychologischer Sicht, iFamZ 2017, 354 (354).

B. Merkmale des Doppelresidenzmodells

1. Begriff „Heim erster Ordnung“

Für viele Kinder ist ein Hauptwohnsitz wichtig. Kinder können aber (bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen) auch bei beiden Eltern ein Gefühl des Zuhause-seins haben, weil das „Zuhause“ sehr viel mehr durch Beziehungen als durch Orte bestimmt wird. Die Annahmen, dass ein **Modell mit gleichbemessenen Betreuungszeiten beider Eltern** – als eine von mehreren Formen der Ausübung der elterlichen Verantwortung – ein Kind jedenfalls gefährdet, ist nicht schlüssig und nicht wissenschaftlich belegt. Beobachtungen aus der Gerichtspraxis können zur Beurteilung der Erfolgsaussicht (annähernd) gleichzeitiger Betreuungskonzepte nur wenig beitragen. Familien, die solche Modelle wie eine Doppelresidenz ohne rechtliche Komplikationen umsetzen, haben üblicherweise keinen Bezug zu Pflschaftsgerichten und deren Akten.²⁷⁰

Bei der Festlegung des **nominellen Hauptbetreuungsorts** ist grundsätzlich nach dem Kontinuitätsprinzip vorzugehen. Entscheidend ist dabei, in welchem Haushalt die betroffenen Bereiche bisher beheimatet waren, sofern dieser Elternteil zur Wahrnehmung geeignet erscheint. Sofern keine besonderen Gründe dagegensprechen, ist daher der frühere gemeinsame Haushalt, aus dem ein Elternteil ausgezogen ist, als nomineller Hauptbetreuungsort festzulegen. Betreuungsfragen spielen für die Festlegung des nominellen Hauptbetreuungsorts keine Rolle. Begrifflich kann es beim Doppelresidenzmodell nicht um die Festlegung von Kontaktrechten der Eltern, sondern **nur um die Regelung der konkreten Betreuungsmodalitäten** gehen.²⁷¹ Der Grundsatz der Kontinuität ist auch dann beachtlich, wenn sich das Kind unrechtmäßig bei einem Elternteil aufhält. Die Entscheidung über den Verbleib des Kindes darf allerdings nicht von dem zufälligen Umstand abhängig sein, welcher Elternteil zum Zeitpunkt der faktischen Trennung das Kind gerade bei sich hat. Dem Kind soll wenn möglich ein Milieuwechsel erspart werden, dh das Kind bleibt grundsätzlich bei **demjenigen Elternteil, der die Ehwohnung erhält**. Der Grundsatz der Erziehungskontinuität kann daher nur ein zusätzliches Argument für die Zuteilung der Obsorge sein.²⁷²

Trotz der Festlegung einer primären Bezugsperson bleibt in der Praxis aber Spielraum für eine annähernd gleichzeitige Ausübung der Obsorge, die aber nur in Einzelfällen zur Anwendung kommt. Voraussetzung ist neben einem guten Einvernehmen der Eltern auch eine **örtliche**

²⁷⁰ Beck, iFamZ 2015, 17 (20).

²⁷¹ OGH 6 Ob 149/16d Zak 2016/700 = iFamZ 2016/213 (Thoma-Twaroch) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = EF-Z 2017/32 (Thunhart).

²⁷² Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB § 180 Rz 21.

Nähe der Wohnsitze der Eltern, um keine zu große Belastung für das Kind entstehen zu lassen.²⁷³

Die Materialien zu § 177 Abs 4 geben keinen Hinweis, wie dieses „Festlegen“ des Haushalts der hauptsächlichen Betreuung zu erfolgen hat. Aus dem Gesetzestext geht nicht hervor, dass diese Festlegung die **Qualität einer ausdrücklichen Vereinbarung** aufweisen muss, die dem Standesbeamten oder dem Gericht vorzulegen wäre. Entsprechend kann der mitobsorgeberechtigte Elternteil eines unehelichen Kindes durch Erklärung vor dem Standesbeamten voll bzw durch gerichtliche Vereinbarung voll oder teilweise (dh nur in bestimmten Angelegenheiten) an der Obsorge beteiligt werden, wenn die Eltern zusätzlich festgelegt haben, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Nach *Haberl* soll die Pflicht der Eltern nach § 177 Abs 2, in ihrer Erklärung an das Standesamt festzulegen, welcher von ihnen das Kind in seinem Haushalt betreuen wird, auch für Obsorgevereinbarungen gelten, die die Eltern vor Gericht schließen. Nach dieser Meinung soll die Festlegung des hauptsächlichen Aufenthaltes nur bei einem Elternteil möglich sein, der mit der vollen Obsorge betraut ist. Dadurch soll **verhindert werden, dass ein Elternteil bspw mit der gesamten Pflege und Erziehung belastet wird**, während der andere Elternteil sich nur um die Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung des Kindes kümmert. So soll auch die Stellung des hauptsächlich betreuenden Elternteils gefestigt werden, indem er sämtliche für das Kind nötigen Verfügungen vornehmen kann.²⁷⁴

2. Betreuungsverhältnis

Ab wann man von gleichwertigen Betreuungsleistungen der Eltern iSe Doppelresidenz spricht, ist angesichts der **Vielfalt familiärer Lebens- und Betreuungsmodelle** gleichfalls nicht mit einem starren Prozentsatz festzulegen. Der OGH entschied im Jahr 2013, dass eine etwa gleichteilige Betreuung schon dann vorliege, wenn „**kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuung durchführt**“.²⁷⁵

Während das Modell der sog Doppelresidenz auch nach geltender Rechtslage im Widerspruch zur gesetzlichen Voraussetzung der Festlegung einer hauptsächlichen Betreuung des Kindes steht, entspricht die **rechtliche Gestaltungsform der 60:40-Lösung** eindeutig den gesetzlichen Anforderungen für die Fortführung der gemeinsamen Obsorge. Die überwiegende Lehre vertrat zur Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 die Auffassung, dass eine 4:3-Regelung nicht dem Erfordernis der Festlegung eines hauptsächlichen Aufenthalts iSd §§ 177 Abs 4, 170 Abs 2 ABGB aF genüge. Dabei stand schon seit dem KindRÄG 2001 das zeitliche Überwiegen der

²⁷³ *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt², 34.

²⁷⁴ *Haberl* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2013), § 177 ABGB Rz 16.

²⁷⁵ OGH 4 Ob 16/13a iFamZ 2013/88 = EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*) = Zak 2013/395 = EFSlg 137.921= EFSlg 137.923 = EFSlg 137.925 = EFSlg 137.926 = EFSlg 137.930.

Betreuung des Kindes durch einen Elternteil, der zur Hauptbezugsperson des Mj werden sollte, im Mittelpunkt des Begriffsverständnisses. Eine **Aufteilung der Betreuungszeiten im Verhältnis 4:3** wurde und wird daher der gesetzlichen Verpflichtung, den überwiegenden Aufenthalt des Kindes bei einem Elternteil bzw dessen hauptsächliche Betreuung ihn zu bestimmen, durchaus gerecht.

Den rechtlichen Weiterbestand einer einvernehmlichen 4:3-Regelung garantiert die Neuregelung ihrer Verbindlichkeit mit dem KindNamRÄG 2013. Mit dieser Reform wollte der Gesetzgeber die Befugnis der Pflegschaftsgerichte, in Vereinbarungen der Eltern über Obsorge, Betreuung und Kontakte einzugreifen, erheblich einschränken. Vereinbarungen wie etwa die 4:3- Regelungen sind **sofort verbindlich und vollstreckbar**. Das Gericht darf sie nur dann für unwirksam erklären und eine davon abweichende Anordnung treffen, wenn sonst das Kindeswohl gefährdet wäre. Das Ansinnen, Eltern die - vielleicht bereits seit Jahren - ein 4:3-Modell praktizieren oder künftig nach übereinstimmenden Vorstellungen umsetzen wollen, in ein (für eine „hauptsächliche“ Betreuung iSd Gesetzes zweifelsfrei ausreichendes) 6:4-Verhältnis zu zwingen, wäre ein völlig überschießender Eingriff in deren Recht auf eigenständige Gestaltung ihrer familiären Verhältnisse ohne unmittelbaren Nutzen für das Kind.²⁷⁶

a) **Abhängigkeit der Unterhaltspflicht von den Betreuungszeiten**

Betreut und versorgt der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind im Rahmen des üblichen Kontaktrechts in seinem Haushalt, hat dies keine Auswirkungen auf seine Unterhaltspflicht. Als üblich gilt nach stRsp „ein Kontaktrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen sowie von vier Wochen in den Ferien, **insgesamt etwa 80 Tage pro Jahr**. Starre Grenzen sind dabei allerdings nicht zu ziehen“. Der OGH hielt dazu fest: „Teilen die Eltern die Betreuung jedoch in einem Ausmaß, das ganz klar über den Rahmen der üblichen Besuchskontakte des geldunterhaltspflichtigen Teils hinausgeht und leistet dieser **während der verlängerten Kontakte Naturalunterhalt**, ist nach der jüngeren stRsp der Geldunterhalt zu reduzieren. Pro wöchentlichem Betreuungstag, an dem sich das Kind über den üblichen Durchschnitt von (ein Tag pro Woche) hinaus beim zahlenden Elternteil aufhält, wird ein **Abschlag von etwa 10% vom Geldunterhalt** vorgenommen. Dieser Ansatz bildet freilich nur eine Richtschnur und eher die Untergrenze für die Bedachtnahme auf die zusätzlichen Belastungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils. Sind die Betreuungs- und Naturalleistungen der Eltern völlig gleichwertig, dann besteht kein Geldunterhaltsanspruch des Kindes mehr, sofern auch das maßgebliche Einkommen der Eltern etwa gleich hoch ist“.²⁷⁷

²⁷⁶ OGH 1 Ob 94/14a EF-Z 2015, 24 (krit Beck).

²⁷⁷ OGH 8 Ob 69/15b EF-Z 2016/39 = iFamZ 2016/4.

Es ist also eine Durchschnittsbetrachtung über einen längeren Zeitraum anzustellen, etwa bei variablen Berufszeiten der Eltern und damit verbundenen unregelmäßigen Kontakten.²⁷⁸

Die jüngere Rsp tendiert in den Fällen, in denen beide Elternteile gleichwertige bedarfsdeckende Naturalleistungen und Betreuungsleistungen erbringen und über vergleichbare Einkommen verfügen, zum „**betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell**“, bei dem die Unterhaltsbefreiung, die § 231 Abs 2 ABGB an die Betreuung knüpft, nicht mehr allein dem hauptbetreuenden Elternteil zugutekommt, sondern die Unterhaltsbelastung im Verhältnis von Leistungsfähigkeit und Betreuungslast auf beide Elternteile aufgeteilt wird.²⁷⁹

Es erscheint zutreffend und im Interesse des Kindes wichtig, die **Grenzen zum Eintritt in das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell nicht rechnerisch scharf**, also mit einem ganz konkreten Prozentsatz, festzulegen, sondern auch hier den **erst- und zweitinstanzlichen Gerichten einen gewissen Freiraum zu überlassen**. Maßgeblich sind dabei die Umstände des Einzelfalls. Je eher die Eltern eine regelmäßige, gemeinsame Betreuung des Kindes praktizieren, desto eher wird das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell anzuwenden sein. Ergibt sich die überdurchschnittliche Betreuung hingegen dadurch, dass der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind eher an den Wochenenden und während der Ferien betreut, kann weniger von gemeinsamer Betreuung gesprochen werden. In einem solchen Falle ergibt sich ja regelmäßig auch keine zeitliche Entlastung des anderen Elternteils, die dieser zur Erzielung eigenen Einkommens nützen kann.²⁸⁰

In zeitlicher Hinsicht sollte man auch **keinesfalls unter jenes Drittel an Betreuung gehen**, welches **die Rsp als Mindestmaß für das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell vorsieht**. Ein Drittel zu zwei Drittel bedeutet immerhin, dass ein Elternteil doppelt so viel betreut wie der andere.²⁸¹

Während der OGH in einer Entscheidung von „mindestens zwei Dritteln“ der Gesamtbetreuungszeit spricht, schlägt *Gitschthaler* in einem Aufsatz die „Anwendung der **Prozentabzugsmethode** bis zu einem Betreuungsanteil des zahlenden Elternteils von 35%“ vor. Was die Höhe der Abschläge betrifft, ist festzuhalten, dass allgemein verbindliche Prozentsätze für überdurchschnittliche Betreuungsleistungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils nicht bestehen können, weil Unterhaltsentscheidungen immer Ermessenentscheidungen sind. Prozentsätze können nur eine Orientierungshilfe bieten und zur Gleichbehandlung ähnlich gelagerter Fälle beitragen.²⁸²

²⁷⁸ *Gitschthaler*, Aktuelle Kindesunterhalts-Rechtsprechung, ÖRPfI Dezember 2016 H 2, 8 (8).

²⁷⁹ OGH 4 Ob 206/15w Zak 2016/214 = iFamZ 2016/47 (*Neuhauser*) = EF-Z 2016/72 (*Gitschthaler*) = Jus-Extra OGH-Z 6009.

²⁸⁰ *Gitschthaler*, ÖRPfI Dezember 2016 H 2, 8 (9f).

²⁸¹ *Gitschthaler*, Fließende Grenzen gemeinsamer Betreuung, EF-Z 2016/39.

²⁸² *Gitschthaler*, Fließende Grenzen gemeinsamer Betreuung, EF-Z 2016/39.

Betreut der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind im Schnitt bis zu 2,5 Tage/Woche (also etwa 1/3 der Zeit), ist seine Geldunterhaltspflichtung um **bis zu 30%** (= 20% für jeden weiteren Tag) zu reduzieren. Betreuen beide Elternteile das Kind im Schnitt jeweils mehr als 2,5 Tage/Woche, kommt es grundsätzlich zur Anwendung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells; dessen Grundvoraussetzung „gleichwertige Betreuungsleistungen“ ist erfüllt. Im weiteren Schritt ist zu prüfen, in welchem Verhältnis die Einkommen der Eltern zueinanderstehen:

Verdienen die Eltern gleich gut, kommt es zu **keinem Geldausgleich** sofern die Eltern auch die längerlebigen Anschaffungen für das Kind zu gleichen Teilen tragen. Ansonsten müsste es diesbezüglich zu einem Ausgleich kommen.

Verdienen die Eltern **annähernd gleich gut** oder würden ihre Einkommen jeweils zu Geldunterhaltsansprüchen jenseits der „Luxusgrenze“ führen, kommt es ebenfalls zu keinem Geldausgleich, sofern die **Eltern die längerlebigen Anschaffungen etwa im Verhältnis ihrer Einkommen tragen**; ansonsten müsste es diesbezüglich zu einem Ausgleich kommen. „Annähernd gleich gut“ nimmt Unterschiede bis zu einem Drittel hin. Verdienen die Eltern nicht annähernd gleich gut, ist nach einer Entscheidung des OGH vorzugehen, wobei die Halbierung des ermittelten Saldos damit zu rechtfertigen ist, dass beide Elternteile (ja) zur Hälfte Geld- und zur anderen Hälfte Betreuungsleistungen erbringen.²⁸³

Es trifft also keinen Elternteil eine Geldunterhaltspflicht, wenn beide gleich viel verdienen und das Kind im Durchschnitt von beiden im gleichen Ausmaß Betreuung und bedarfsdeckende Naturalunterhaltsleistungen erhält. Dem Kind steht darüberhinaus weiterhin ein **Restgeldunterhaltsanspruch gegen den leistungsfähigeren und/oder weniger betreuenden Elternteil** zu, der das unterschiedliche Betreuungsverhältnis bzw den geringeren Lebensstandard, an dem das Kind beim anderen Elternteil partizipieren kann, ausgleicht.²⁸⁴

Als **problematisch wahrgenommen** werden könnte lediglich die nicht näher begründete Aussage der Erläuterungen zum KindNamRÄG 2013, dass der **Domizilernteil seine Unterhaltspflichtung durch die Betreuungsleistungen an das Kind erfüllt**, würde dies doch allenfalls dem betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell die theoretische Grundlage entziehen. Es bedürfte allerdings nach *Gitschthaler* schon einer klareren Ansage des Gesetzgebers um das genannte Modell zu Fall zu bringen: Ein vager Hinweis in den Mat, die noch dazu die bestehende Lit und Rsp nicht einmal ignorieren, reicht – bei praktisch unveränderter Gesetzeslage – dazu nicht aus. Die von den ErläutRV erwähnte *Pfurtscheller* spricht selbst von einer Unterhaltsreduktion. Dem Gesetzgeber wäre es ja ein Leichtes

²⁸³ *Gitschthaler*, Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell bei Einkommensdifferenzen – Einige Ergänzungen zur E 1 Ob 158/15i, EF-Z 2016/3 (15 f).

²⁸⁴ OGH 4 Ob 16/13a iFamZ 2013/88 = EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*) = Zak 2013/395 = EFSIlg 137.921 = EFSIlg 137.923 = EFSIlg 137.925 = EFSIlg 137.926 = EFSIlg 137.930.

gewesen, etwa § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB um den Halbsatz „**dies gilt auch im Fall der Betrauung beider Eltern mit der Obsorge oder bei gemeinsamer Betreuung**“ zu ergänzen.²⁸⁵

Teilen die Eltern die Betreuung in einem Ausmaß, das über den Rahmen der üblichen Besuchskontakte hinausgeht, war nach der bisherigen Rsp die Geldunterhaltspflicht des Elternteils, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, nur „**insoweit zu reduzieren**, als sich der Elternteil **durch die Betreuungsleitungen des anderen etwas erspart** hat“. Welcher Elternteil Hauptbezugsperson und welcher Mitbetreuender ist, ergab sich bei gemeinsamer Obsorge bereits aus der Vereinbarung über den hauptsächlichlichen Aufenthalt bzw die hauptsächlichliche Betreuung des Kindes. Nach der jüngeren Rsp ist „der zu leistende Geldunterhalt aber dann zu reduzieren, wenn der Unterhaltspflichtige – über ein übliches Kontaktrecht hinaus – Naturalunterhalt leistet“. Der OGH hat jedoch auch schon ausgesprochen, dass eine „**bloße Gegenüberstellung von Besuchs- und Betreuungstagen** nicht allein und abschließend maßgeblich sein kann“.²⁸⁶

Da der nicht hauptsächlich betreuende Elternteil während der Ausübung des überdurchschnittlichen Kontaktrechts zum unterhaltsberechtigten Kind Versorgungsleistungen erbringt, die ihm als Naturalunterhalt anzurechnen sind, ist im Rahmen der Unterhaltsbemessung Sonderbedarf nur dann zu ersetzen, wenn die Aufwendungen des Kindes höher sind als die Differenz zwischen dem Regelbedarf und der laufenden monatlichen Unterhaltsverpflichtung ohne deren Kürzung wegen des überdurchschnittlich umfangreichen Kontaktrechts.²⁸⁷ **Sonderbedarf** ist jener Bedarf, der sich aus der **Berücksichtigung der beim Regelbedarf bewusst außer Acht gelassenen Umstände des Einzelfalls** ergibt.²⁸⁸

Beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell wird immer wieder bemängelt, es komme beim zu leistenden Geldunterhalt zu einer eklatanten Differenz, wenn das System von der Prozentabzugsmethode zum betreuungsrechtlichen Unterhaltmodell „umspringt“. Dabei wird allerdings übersehen, dass in ersterem Fall der minderbetreuende Elternteil zwar höheren Geldunterhalt leisten, der mehrbetreuende Elternteil daraus aber sämtliche Anschaffungen für das Kind tätigen muss. Beim **betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell fließt zwar geringerer Regelunterhalt**, der minderbetreuende Elternteil hat sich aber **an den längerlebigen Anschaffungen zu beteiligen**.²⁸⁹

²⁸⁵ *Gitschthaler*, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 261.

²⁸⁶ OGH 10 Ob 17/15w Zak 2015/460 = iFamZ 2015/125 = JBI 2015,512 = AnwBl 2015,514 = EF-Z 2015/131.

²⁸⁷ *Gitschthaler*, ÖRPfI Dezember 2016 H 2, 8 (9).

²⁸⁸ RIS-Justiz RS0117791.

²⁸⁹ OGH 4 Ob 206/15w EF-Z 2016/72 (zust *Gitschthaler*).

Bei der Bedarfsdeckung im Wege der Naturalleistungen durch beide Elternteile ist im Fall von Einkommensdifferenzen zu beachten, dass das Kind ausschließlich in der Zeit, in der es sich in Betreuung des besser verdienenden Elternteils befindet, an dessen höheren Lebensstandard teilhaben kann. Dieser Lebensstandard ist ihm in der Zeit, in der es sich beim schlechter verdienenden Elternteil befindet, nicht möglich. In diesem Fall hat das Kind gegenüber dem besser verdienenden Elternteil „einen dessen Betreuungsleistungen ergänzenden angemessenen **Geldunterhaltsanspruch**, der es ermöglichen soll, dass das Kind während der Zeit der Betreuung im Haushalt des schlechter verdienenden Elternteils **am Lebensstandard des anderen weiterhin teilnehmen** kann“.²⁹⁰

In der Praxis sowohl der Mediation als auch der Familienberatung hat sich in den letzten Jahren das Modell des „**Kinderkontos**“ als brauchbar erwiesen. Dieses Bankkonto ermöglicht es den Eltern, einerseits allen finanziellen Verpflichtungen aus dem Titel des (Geld- wie auch Natural-) Unterhalts nachzukommen. Andererseits bietet es durch die beiderseitige Zeichnungsberechtigung einen **finanziellen Ausgleich zwischen den Eltern**, da nicht nur die Einzahlung auf das betreffende Konto, sondern auch die Auszahlungen in einer detaillierten Vereinbarung zwischen den Eltern festgehalten werden. So bedarf es einer Aufstellung aller durch das jeweilige Betreuungsmodell entstehenden Kosten wie zB die **Ausstattungskosten des Kinderzimmers** sowohl in der **väterlichen als auch in der mütterlichen Wohnung**. Daher muss großes Augenmerk auf die Ausformulierung der Vereinbarung gelegt werden, in der die Einzahlungen und die Abhebungen vom betreffenden Konto fixiert werden. So sollten neben den Überweisungen aus dem Titel des Kindesunterhalts von Seiten des restgeldunterhaltspflichtigen Elternteils auch die Familienbeihilfe sowie andere Transferleistungen, die der formell hauptbetreuende Elternteil erhält, dem Konto zufließen. Darüber hinaus können die Eltern noch weitere **zweckgebundene Beträge**, die der Entwicklung des Kindes bzw der Kinder förderlich sind, auf das Konto überweisen. Dem formellen Nicht-Hauptbetreuer, der einen Restgeldunterhaltsanspruch zu erbringen hat, soll damit das **Gefühl eines finanziellen Ausgleichs** geboten werden, weil er tatsächlich ein gleichteiliges Betreuungsausmaß zu organisieren, aber auch finanzielle Leistungen zu erbringen hat. Die Einzahlungen der beiden Elternteile müssen nicht zwingend in der gleichen Höhe erfolgen. Wichtig ist, dass ein **nachvollziehbarer Berechnungsschlüssel** angewendet wird.²⁹¹

Die Erfahrung zeigt, dass jene Eltern, die bereits vor der endgültigen Trennung im Rahmen einer Scheidung das Modell der Doppelresidenz mit ihren Kindern gelebt haben, dann gute Chancen auf eine möglichst **friktionsfreie Weiterführung dieser Betreuungsvariante** haben, wenn eine Reihe von Soll- oder Kann-Bruchstellen durch wohlüberlegte Vereinbarungen im Vorfeld

²⁹⁰ OGH 1 Ob 158/15i Zak 2015/683 (*Kolmasch*) = JBI 2015,780 = iFamZ 2015/201 (*Neuhauser*) = Gitschthaler, EF-Z 2016/3 = EF-Z 2016/6 = Tews, EF-Z 2016/110.

²⁹¹ *Wanderer*, iFamZ 2017, 297 (299).

bedacht wurde. Es gilt daher, die finanzielle Situation aller betroffenen Personen in die Vereinbarung einfließen zu lassen, wobei hier großes Augenmerk auf die Praxisnähe und den tatsächlichen Alltag des Kindes gelegt werden muss.²⁹²

3. Wohnortbestimmungsrecht – Aufenthaltsbestimmungsrecht

Die Rsp des OGH führt zum Aufenthaltsbestimmungsrecht Folgendes aus: „Derjenige Elternteil, dem Pflege und Erziehung zustehen, hat auch gegen den anderen, nicht berechtigten Elternteil, ein Zurückholungsrecht, wenn sich das Kind entgegen seiner Aufenthaltsbestimmung woanders befindet. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht darf aber nicht gegen das Kindeswohl ausgeübt werden. Im Fall der Verweigerung der Herausgabe des Kindes benötigt der Berechtigte einen Gerichtsbeschluss, um das Kind rechtmäßig zu sich zurückführen zu können“.²⁹³ Das **Aufenthaltsbestimmungsrecht** des obsorgeberechtigten Elternteils schließt die Berechtigung mit ein, den **Reisepass bzw die Reisedokumente des Kindes innezuhaben**. Das Kontaktrecht geht also nicht so weit, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil ohne Zustimmung des Anderen auch nur kurzfristige Reisen in das Ausland mit dem Kind unternehmen dürfe.²⁹⁴

Nach **§ 162 Abs 2 ABGB** des Entwurfs des Justizausschusses hat „derjenige Elternteil das alleinige Recht, den Wohnort des Kindes zu bestimmen, der aufgrund einer Vereinbarung der Eltern oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuen soll. Dies soll nach den erläuternden Bemerkungen auch für einen Auslandsumzug gelten“.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der Domizilelternteil den anderen Elternteil, von dem bevorstehenden Umzug **rechtzeitig zu informieren** und sich **um dessen Zustimmung zu bemühen hat**. Dies ergibt sich aus dem **Einvernehmensgebot gem § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB**. Lehnt der andere Elternteil den Umzug ab, so hat der Domizilelternteil diese Äußerung nach § 189 Abs 1 letzter Satz und Abs 5 ABGB zu berücksichtigen, wenn dies dem Kindeswohl besser entspricht. Darüber hinaus hat der andere Elternteil auch die Möglichkeit, bei Gericht einen Antrag auf Einschränkung oder Entziehung der Obsorge nach §§ 180 bzw 181 ABGB in der Fassung des Entwurfs zu stellen.²⁹⁵

Kritisch dazu äußert sich *Beck*. Soweit der Justizausschuss eine Verpflichtung des Domizilelternteils, sich im Hinblick auf das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 Abs 2 ABGB um eine Zustimmung des anderen Elternteils zu bemühen, annimmt, muss diese Argumentation

²⁹² *Wanderer*, iFamZ 2017, 297 (300).

²⁹³ OGH 10 Ob 31/04p.

²⁹⁴ OGH 8 Ob 146/15a iFamZ 2016/91 = EvBl-LS 2016/105 = Zak 2016/282 = EF-Z 2016/115.

²⁹⁵ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3 zu § 162 ABGB.

schon daran scheitern, dass das Einvernehmlichkeitsgebot nicht jene Rechte beschränken kann, die das Gesetz einem Elternteil allein einräumt. Richtig ist der Hinweis des JA auf § 189 ABGB, der das Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrecht festhält. Da eine Übersiedlung des Kindes ins Ausland jedenfalls eine wichtige Angelegenheit iS dieser Bestimmung ist, muss der Domizilelternteil den anderen Elternteil über seine Absicht rechtzeitig informieren und seine Äußerung berücksichtigen. Eine **Verletzung dieser Informations- und Äußerungsrechte** macht die Verlegung des Wohnorts des Kindes ins Ausland **widerrechtlich gem Art 3 des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ)**. Hätte der Gesetzgeber für alle Formen der gemeinsamen Obsorge dieselbe Rechtslage geschaffen und eine zulässige Verlegung des Wohnsitzes eines Kindes ins Ausland iSd § 162 Abs 3 ABGB jedenfalls vom Einverständnis beider Eltern oder dem Vorliegen einer Genehmigung des Gerichts abhängig gemacht, wären Zweifel über die Befugnisse des Domizilelternteils gar nicht erst entstanden.²⁹⁶

In der Literatur wird überwiegend die Auffassung des JA geteilt, dass jedenfalls die **unterlassene Verständigung** nach § 189 Abs 5 iVm § 189 Abs 1 Z 1 ABGB des ebenfalls mit der Obsorge betrauten anderen Elternteils einen „**Sorgerechtsbruch**“ iSd HKÜ darstellt.²⁹⁷ Ist der andere Elternteil nicht auch mit der Obsorge betraut, so kann es sich bei der Wohnortverlegung im Inland immerhin um eine wichtige Angelegenheit iSd § 189 Abs 1 Z 1 ABGB handeln. In diesem Fall ist zwar keine Zustimmung des anderen Elternteils (zur Wahrung des Einvernehmensgebots) vorgeschrieben, wohl aber eine Verständigung und die Einräumung einer Äußerungsmöglichkeit. Entspricht der Verbleib am bisherigen Wohnort dem Kindeswohl besser, so muss dies allein noch kein Grund sein, dass das Gericht – vom anderen Elternteil angerufen – Maßnahmen ergreift, um den Umzug ruckgängig zu machen. Neben dem Kindeswohl sind nämlich auch die übrigen in § 162 Abs 3 ABGB genannten Kriterien auch an Inlandsübersiedlungen anzulegen, weil diese nach der Absicht des Gesetzgebers keinesfalls restriktiveren Kriterien unterliegen können als ein Umzug ins Ausland. Auch insoweit sind also neben dem Kindeswohl noch die **Rechte der Eltern auf Schutz vor Gewalt, Freizügigkeit und Berufsfreiheit** zu berücksichtigen. Außerdem ist es nach der dem Obsorgerecht insgesamt zugrundeliegenden Systematik nicht Sache des Gerichts, als „Obervormund“ im Streit anstelle der Eltern den Wohnort zu bestimmen, sondern es kann allenfalls die elterlichen Verantwortungskreise umverteilen, also den anderen Elternteil zum Domizilelternteil machen – sodass ihm nunmehr die Rechte des § 162 ABGB allein zustehen.²⁹⁸

²⁹⁶ OGH 2 Ob 153/14k EF-Z 2015/11 (krit *Beck*).

²⁹⁷ OGH 6 Ob 170/16t Zak 2017/75 = iFamZ 2017/35 (*Fucik*) = EF-Z 2017/33 (*Nademleinsky*) = EF-Z 2017/44 (*Nademleinsky*) = EvBl 2017/78.

²⁹⁸ *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ – Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31 (31).

Die Praxis begegnet der herrschenden Unsicherheit über die Befugnisse des Domizilelternteils derzeit dadurch, dass sich der **Domizilelternteil** im Scheidungsvergleich **mitunter ausdrücklich verpflichtet, ohne Zustimmung des anderen Elternteils den Aufenthalt des Kindes nicht in das Ausland zu verlegen**. Der Wert einer solchen Vereinbarung bleibt aber zweifelhaft. Wünschenswert wäre deshalb eine **Klarstellung des Gesetzgebers**. Um das vom JA angestrebte Ergebnis zu erreichen, bräuchte § 162 Abs 2 ABGB bloß dahin ergänzt werden, dass der das Kind hauptsächlich betreuende Elternteil den Wohnort des Kindes nur „vorbehaltlich § 189 Abs 2 ABGB“ in das Ausland verlegen darf.²⁹⁹

Für **Auslandsumzüge**, die einer von zwei mit der Obsorge betrauten Elternteile vornehmen will, verlangt § 162 Abs 3 ABGB entweder „**die Zustimmung des anderen (ebenfalls mit der Obsorge betrauten) Elternteils oder die gerichtliche Genehmigung**“. Eine Ausnahme besteht nur, soweit die Herstellung des Einvernehmens nicht tunlich oder nicht möglich ist. Verlegt ein Elternteil den Wohnort unter Verletzung des § 137 ABGB, so handelt er jedenfalls familienrechtswidrig. Eine **unmittelbare Sanktion ist dafür nicht angeordnet**, ergibt sich also nur aus allgemeinen Überlegungen. Danach könnte ein solcher rechtswidriger Umzug ua dazu führen, dass

- dem entziehenden Elternteil die Obsorge entzogen wird,
- die Rückkehr nach Österreich (als gelinderes Mittel zum Entzug der Obsorge) aufgetragen wird,
- dem verlassenen Elternteil ein neues Kontaktrecht eingeräumt wird oder auch
- schlicht die Rechtswidrigkeit des Umzugs festgestellt wird.

Außerhalb des Pflschaftsverfahrens sind schadenersatzrechtliche Folgen zumindest argumentierbar.³⁰⁰

Wohnortwechsel durch den allein obsorgeberechtigten Elternteil sind keine „Entführungen“ iSd Art 3 HKÜ, solange nicht zumindest eine wirksame Anordnung gem § 107 Abs 3 Z 4 AußStrG bereits im Zeitpunkt des Wohnortwechsels vorliegt.

Eine solche Anordnung gibt nämlich dem anderen Elternteil funktionell das Recht, den Aufenthalt mitzubestimmen. Diese seine Position zu verletzen wird daher zu Recht als „Sorgerechtsbruch“ iSd HKÜ interpretiert, auch wenn sie nach dem anzuwendenden Sachrecht keine mit dem Gesetzesbegriff „Obsorge“ oder „Sorgerecht“ etikettierte Stellung einräumt.³⁰¹

Der VfGH sieht die Festlegung des Haushalts der hauptsächlichlichen Betreuung als **Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen**, wie etwa den Hauptwohnsitz. Als Rechtsfolgen

²⁹⁹ OGH 9 Ob 8/14b EF-Z 2014/104 (169) (abl *Nademleinsky*).

³⁰⁰ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31 (31f).

³⁰¹ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31 (33).

ist hier neben der oben thematisierten Abhängigkeit der Unterhaltspflicht von der hauptsächlichen Betreuung an das Wohnsitzbestimmungsrecht zu denken. Der Domizilelternteil kann auch allein den Wohnsitz des Kindes bestimmen. Der andere Elternteil hat bei beabsichtigten Umzügen nur ein Informations- und Äußerungsrecht. Der **Hauptwohnsitz** wirkt sich unter anderem auch auf **den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld** sowie auf den **Besuch von Kindergarten und Schule** aus. Eine Gesetzesaufhebung hätte viel Regelungsbedarf verursacht. Es ist darüber hinaus fraglich, wie der Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern mit der Definition des Hauptwohnsitzes in der Bundesverfassung und im Meldegesetz in Einklang zu bringen ist. Ausschlaggebend für den Hauptwohnsitz sind der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen und das überwiegende Naheverhältnis zu einem Wohnsitz. Die Behörde hätte bei der Beurteilung des Hauptwohnsitzes eines Kindes, das in einer Doppelresidenz lebt, wohl von den **tatsächlichen Verhältnissen** und nicht von der bloß „formalen“ Festlegung eines Haushalts der hauptsächlichen Betreuung auszugehen.³⁰²

Die nunmehrige Rsp versucht, die Diskrepanz zwischen den ursprünglichen Absichten des Gesetzgebers und den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu lösen, in dem die „hauptsächliche Betreuung“ auf einen bloß nominellen Anknüpfungspunkt für verwaltungsrechtliche Angelegenheiten, wie die oben genannte Bestimmung des Hauptwohnsitzes sowie die Familien- und Wohnbeihilfe, reduziert wird. Die Befürchtung, dass die Vorschriften, wonach eine hauptsächliche Betreuung festgelegt werden muss, damit keine nennenswerten Konsequenzen mehr haben, ist durchaus berechtigt. Nach der Legaldefinition in Art 6 Abs 2 B-VG und § 1 Abs 7 MeldeG ist der **Hauptwohnsitz** nämlich an jenem Ort begründet, wo sich eine Person in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, diesen zum **Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen** zu machen. Trifft dies auf mehrere Wohnsitze zu, so ist jener als Hauptwohnsitz zu bezeichnen, zu dem sie das **überwiegende Naheverhältnis** hat. Die polizeiliche Meldung kann hingegen weder einen Hauptwohnsitz begründen noch die Begründung des Hauptwohnsitzes an einem anderen Ort verhindern. Auch die Bezugsberechtigung der Familienbeihilfe richtet sich gem § 2 Abs 2 FLAG danach, zu wessen Haushalt das Kind gehört. Wird das Kind in mehreren Haushalten betreut, so kommt es nach dem „**Überwiegensprinzip**“ darauf an, wer den überwiegenden Teil der laufenden Ausgaben trägt bzw wer das Kind die längere Zeit versorgt. Damit hängt die Bezugsberechtigung der Familienbeihilfe aber nicht von der Obsorge des einen oder des anderen Elternteils ab. Auch die landesrechtlichen Bestimmungen über die Wohnbeihilfe stellen typischerweise auf die im Haushalt lebenden Personen ab. **Alle verwaltungsrechtlichen Vorschriften knüpfen somit an den tatsächlichen Aufenthalt des Kindes an**, wodurch – wenn das Kind faktisch die überwiegende Zeit doch im Haushalt des anderen Elternteils verbringt – eine Vereinbarung der Eltern oder eine pflegschaftsgerichtliche Entscheidung nicht verhindern kann, dass der

³⁰² Huber, Wieso der Verfassungsgerichtshof irrt, Die Presse 2015/48/05.

Hauptwohnsitz des Kindes doch beim anderen Elternteil begründet wird und dieser andere Elternteil Familien- und Wohnbeihilfe beanspruchen kann. Es ist daher zu befürchten, dass die aktuelle Rsp im Bereich des Verwaltungsrechts gar nicht jene Wirkungen entfaltet, die sie eigentlich beabsichtigt.³⁰³

C. Kritik an gesetzlichen Verbot der Doppelresidenz

Der VfGH stellt in seinem Erkenntnis im Jahr 2015 das **Regel-Ausnahme-Verhältnis** zunächst klar: Im Regelfall entspricht das Heim erster Ordnung dem Kindeswohl am besten. Davon darf und muss abgewichen werden, wenn der Ausnahmefall eintritt, in dem eine Doppelresidenz dem Kindeswohl besser entspricht. Dabei kann es sich nicht nur um jene Fälle handeln, „in denen das Kind bis zur Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft tatsächlich zu annähernd gleichen Teilen von beiden Elternteilen betreut wurde und eine fortgesetzte **zeitlich gleichzeitige Betreuung dem Kindeswohl am besten entsprechen würde**“. Akzeptiert man die Grundentscheidung des Gesetzgebers, wonach ein regelmäßiger Wechsel des sozialen Umfelds mit Belastungen verbunden ist, so kann eine Doppelresidenz nur dann zulässig sein, wenn der **regelmäßige Wechsel des Umfelds dem Kindeswohl entspricht**. Somit ist zwar das Heim erster Ordnung das Grundmodell, für das in den meisten praktischen Fällen auch die besseren Gründe sprechen werden, dennoch muss – nimmt man den Maßstab des Kindeswohls ernst – wohl in jedem Fall geprüft werden, ob das Doppelresidenzmodell den Interessen des Kindes nicht besser gerecht wird.³⁰⁴

Da der VfGH in diesem Erkenntnis (G 152/2015) ua § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB nicht aufgehoben hat, hat auch bei gemeinsamer Obsorge und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen ein Ausspruch über die Festlegung, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, zu erfolgen. Es ist hier jedoch auf die Bedeutung dieser **Haushaltsfestlegung iSd Verständnisses des VfGH Bedacht zu nehmen**. Dieser Haushalt soll bloß als „nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dienen, deren Grundlage ein bestimmter Aufenthaltsort ist, wie eben für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes des Kindes iSd Melderechts (so ausdrücklich der VfGH) oder die Geltendmachung von Familien- und Wohnbeihilfe“.³⁰⁵

Hier stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber weiterhin an der Verpflichtung zur Festlegung eines Haushaltes der hauptsächlichlichen Betreuung festhält, wenn dies auch – wenn auch in seltenen Fällen – eher dem Kindeswohl entsprechen könnte. Eine Reformierung der §§

³⁰³ OGH 6 Ob 149/16d EF-Z 2017/32 (77) (zust *Thunhart*).

³⁰⁴ VfGH G 152/2015 EF-Z 2016/8 (38) (zust *Khakzadeh-Leiler*).

³⁰⁵ OGH 6 Ob 149/16d Zak 2016/700 = iFamZ 2016/213 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBl-LS 2017/18 = JBI 2017,101 = EF-Z 2017/32 (*Thunhart*).

177 Abs 4 etc wäre im Hinblick auf das – schließlich im Familienrecht entscheidende Kriterium – Kindeswohl dringend angebracht.

Art 8 EMRK normiert das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Die Bestimmung schützt einerseits das Recht, im eigenen Verantwortungsbereich **Entscheidungen über die eigene Lebensgestaltung** zu treffen und die **eigene Persönlichkeit zu entwickeln**, und andererseits alle rechtlich anerkannten Beziehungen des Familienlebens, soweit sie nach den Kriterien des EGMR in den Schutzbereich der Norm fallen. Dazu gehört etwa die Verbindung zwischen Eltern und ihrem Kind, das aus einer Gemeinschaft stammt, die als Familienleben zu qualifizieren ist, auch wenn die Eltern im Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht mehr zusammenlebten oder ihre Trennung später erfolgte.

Der durch Art 8 EMRK vermittelte Schutz gilt freilich nicht unbeschränkt. Eingriffe in die Rechte auf Respekt für Privat- und Familienleben sind zulässig, wenn diese nach Abs 2 leg cit gerechtfertigt sind. Diese Ansprüche dürfen demnach eingeschränkt werden, soweit dafür eine Rechtsgrundlage besteht und der Eingriff ein iSd Art 8 Abs 2 EMRK legitimes Ziel verfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Die meisten Eingriffsnormen des ABGB im Bereich der Regelungen über die Obsorge und die persönlichen Kontakte können **mit Kindeswohlerwägungen gerechtfertigt werden** und entsprechen dadurch einem legitimen Schutzziel nach der EGMR-Judikatur. Ein solches anerkennungsfähiges Ziel genügt aber nicht, um einen Eingriff in Grundrechte zu rechtfertigen. Eine Einschränkung der Rechte aus dem Schutzbereich der EMRK muss stets auch **zur Erreichung bestimmter Ziele geeignet und erforderlich, dh verhältnismäßig sein**. Die Unzulässigerklärung des Wechselmodells durch den Gesetzgeber stellt einen Eingriff in das Recht nach Art 8 EMRK dar. Ein Anspruch auf die Möglichkeit zur Umsetzung einer Doppelresidenz lässt sich aus dieser Bestimmung aber nicht ableiten, zumal der EGMR den nationalen Gesetzgebern bei Regelungen über die Ausübung der Obsorge einen großen rechtspolitischen Ermessensspielraum einräumt und ihnen dabei weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten zubilligt als etwa bei Kontaktregelungen. Angesichts dieser Rsp verletzt die gesetzliche Regelung, welche die Vereinbarung oder Anordnung eines Doppelresidenzmodells verhindert, wohl nicht Art 8 EMRK, wenngleich die geltende Gesetzeslage aus Sicht des Gesetzgebers ausschließlich mit seiner Auffassung, die Umsetzung eines Wechselmodells widerspreche generell dem Kindeswohl und dürfe zur Sicherung des Kindesinteresses nicht zugelassen werden, begründet werden kann, diese Ansicht nicht zwingend ist und in der Praxis bewährte Beispiele mit gleichwertigen Betreuungsleistungen beider Eltern die Vereinbarkeit einer solchen Form der Obsorgeausübung mit dem Kindeswohl belegen.³⁰⁶

³⁰⁶ Beck, iFamZ 2015, 17 (18).

Im Gesetzgebungsprozess vor dem KindNamRÄG 2013 wurde die **Möglichkeit der Einfügung einer rechtlichen Grundlage für die elterliche Vereinbarung einer Doppelresidenz** des Kindes intensiv und kontrovers diskutiert. Die Absicht des Gesetzgebers bei der Schaffung der angefochtenen Bestimmungen des ABGB – ist einer dezidierten Ablehnung einer gleichteiligen Betreuung des Kindes nach der Trennung mitobsorgeberechtigter Eltern oder Scheidung ihrer Ehe – ist in den Mat dokumentiert und steht eindeutig fest: Der Gesetzgeber verlangt eine Bestimmung jenes Elternteils, „bei dem das Kind in erster Linie lebt“. Weder der Gesetzeswortlaut noch die ErlRV noch der objektiv erkennbare Zweck der §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 letzter Satz ABGB lassen – gleichgültig, ob man diese Haltung zum Wechselmodell teilt oder nicht – erkennen, dass der Gesetzgeber Ausnahmen von der Verpflichtung mitobsorgeberechtigter Eltern, nach Auflösung ihrer häuslichen Gemeinschaft oder Scheidung ihrer Ehe die hauptsächliche Versorgung und Betreuung des Kindes in einem der beiden Haushalte festzulegen, tolerieren oder gar explizit vorsehen wollte. Die gegenteilige Interpretation der Normen durch den VfGH nicht einmal drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten ist nach *Beck* „mit dem äußersten Wortsinn des Gesetzes und der erklärten Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen“.³⁰⁷

Für die Fälle, in denen künftig eine gemeinsame Obsorge vom Gericht aufgetragen wird, hat der Gesetzgeber das Wechselmodell dagegen mit guten Gründen ausgeschlossen. **Eine gerichtliche Vorschreibung der Betreuung in Form eines Wechselmodells** wurde nämlich neben der potenziellen Überlastung des Kindes auch einen zu **großen Eingriff in die Rechte jenes Elternteils darstellen, der schon mit der gemeinsamen Obsorge an sich nicht verstanden war**. Denn ein ständiger Aufenthaltswechsel des Kindes erfordert ein Maß an Flexibilität beim Eingehen auf die jeweiligen Bedürfnisse des Kindes und des anderen Elternteils, das nicht einfach angeordnet, sondern nur durch ein besonders gutes Einverständnis beider Erziehungsberechtigter gewährleistet werden kann. Ein weiterer Gesichtspunkt, der gegen die Einführung des Wechselmodells bei verordneter beidseitiger Obsorge spricht, ist die **Problematik der Regelung des Kindesunterhalts**. Während bei (hauptsächlicher) Betreuung durch einen Elternteil die Geldunterhaltspflicht zumindest grundsätzlich dem anderen Elternteil zugewiesen wird, ist bei annähernd gleichteiliger Betreuung schon die Rechtslage nicht ganz eindeutig, da aber ist es bei fehlendem Einverständnis der Eltern hinsichtlich der Kostenteilung auch schwer vorstellbar, wie die tatsächliche Versorgung des Kindes durch Naturalunterhalt beider Eltern ausreichend sichergestellt werden soll. Es besteht nämlich dann die Gefahr, dass nicht wirklich dringende größere Aufgaben aufgeschoben werden oder überhaupt unterbleiben, weil kein Elternteil diesbezüglich in „Vorleistung treten“ will.³⁰⁸

³⁰⁷ *Beck*, iFamZ 2015, 264 (266).

³⁰⁸ *Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht in *Gitschthaler*, Kindschaft- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 197.

Nach *Thoma-Twaroch*³⁰⁹ erfordert die oben genannte Entscheidung eine neue Sichtweise bei Fällen, in denen eine Doppelresidenz (und tatsächlich gleichzeitige Betreuung) im Kindeswohl liegt. Die Festlegung des Domizilernteils ist (nur mehr) **nomineller Anknüpfungspunkt für verwaltungsrechtliche Agenden und finanzielle Belange**, wie Unterhalt. Dies muss **im Spruch der Entscheidung klargestellt** werden. Auf längere Sicht wird sich die Frage stellen, inwieweit der Gesetzesbegriff des Domizilernteiles noch mit Leben erfüllt ist oder vielmehr – vor allem im Hinblick auf die bei gemeinsamer Obsorge bestehender Einzelvertretungsbefugnis – keine nennenswerten Konsequenzen mehr hat.

Nach *Thunhart* sollte es auch bei der Festlegung der hauptsächlichen Betreuung möglich sein, eine abwechselnde Betreuung im Haushalt des einen und des anderen Elternteils vorzusehen. Dem **Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen**, dass die „**hauptsächliche Betreuung**“ **stets nur einem Elternteil zugewiesen dürfte** oder eine Festlegung der hauptsächlichen Betreuung nach Tagen, Wochen oder Monaten dem Gesetz widersprechen würde. Wenn sich die Normvorstellungen des Gesetzgebers im Nachhinein als nicht mehr vertretbar herausstellen, ist im Rahmen der verfassungskonformen Interpretation eine von der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers abweichende Auslegung geboten.

Entscheiden sich also die Eltern einvernehmlich dafür, das Kind gleichzeitig und jeweils abwechselnd in ihrem Haushalt zu betreuen, ohne dass damit eine Gefährdung des Kindeswohls verbunden wäre, so muss dieses Familienmodell vom Gericht akzeptiert werden.³¹⁰

Anders als das Doppelresidenzmodell ist das **Nestmodell** zu beurteilen. Die Vereinbarung, wonach das **Kind weiterhin in der von der Familie bisher gemeinsam benützten Wohnung** bleibe und dort abwechselnd von Mutter und Vater betreut werde, bedeutet nur bei Anwendung räumlicher Kriterien einen hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes. Wie auch immer man zum gesetzlichen Erfordernis der Festlegung der überwiegenden Betreuung eines Minderjährigen im Haushalt eines Elternteils steht: ein Kind soll dadurch nicht einer bestimmten Wohnung, sondern diesem Elternteil überwiegend zugeordnet werden. Folgerichtig gehören zu den **Kindeswohlkriterien** des § 138 ABGB **verlässliche Kontakte des Minderjährigen mit beiden Eltern und sichere Bindungen an sie sowie die angemessene Versorgung mit Wohnraum**, nicht die Aufrechterhaltung der bisherigen Wohnverhältnisse oder ein Anspruch auf gleichbleibende Zimmeranordnung. Die Vereinbarung des sog Nestmodells ist daher **nach geltender Gesetzeslage unzulässig**.³¹¹

³⁰⁹ OGH 6 Ob 149/16d, VfGH G 152/2015 iFamZ 2016/213 (349) (krit *Thoma-Twaroch*).

³¹⁰ OGH 6 Ob 149/16d EF-Z 2017/32 (74) (abl *Thunhart*).

³¹¹ OGH 1 Ob 94/14a EF-Z 2015/9 (25) (zust *Beck*).

Wenig bekannt ist die Resolution 2079/2015 des Europarates. Am 02.10.2015 fand eine Sitzung der parlamentarischen Versammlung des Europarates in Straßburg statt, in der alle Mitgliedsstaaten aufgefordert wurden, **die Doppelresidenz (das Wechselmodell) als bevorzugtes anzunehmendes Modell im Gesetz zu verankern**. Die Resolution wurde mit 46 Stimmen dafür, null Gegenstimmen und zwei Abwesenden verabschiedet und soll von den Mitgliedsstaaten ratifiziert werden. In Punkt 5.5. dieser Resolution fordert die Versammlung die Mitgliedsstaaten auf, in ihre Gesetze den Grundsatz der Doppelresidenz nach einer Trennung einzuführen, und Ausnahmen ausschließlich auf Fälle von Kindesmisshandlung, Vernachlässigung, oder häuslicher Gewalt einzuschränken, mit jener Zeitaufteilung, in der das Kind mit jedem Elternteil lebt, die entsprechend den Bedürfnissen und Interessen des Kindes angepasst sind.³¹²

Dass das KindNamRÄG 2013 das Konzept eines (im Wesentlichen) gleichmäßig verteilten Aufenthalts des Kindes kategorisch ausschließt, obwohl die Gerichte mit einer **zunehmenden Anzahl von Fällen mit annähernd gleiche bemessenen Betreuungszeiträumen** konfrontiert sind, gehört nach *Beck*³¹³ zu seinen Schwächen. „Die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, eine solche Lebensgestaltung nicht als weitere Alternative zum Lebensmittelpunkt des Kindes bei der Mutter oder beim Vater anzuerkennen“, so Beck, „wird auch künftig zum Abschluss von Scheinverträgen zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben für die gemeinsame Obsorge führen“, so Beck.³¹⁴

Nach *Khakzadeh-Leiler* hat der VfGH in der oben genannten Entscheidung G 152/2015 in einer schwierigen Frage „einen ausgewogenen und vertretbaren Standpunkt eingenommen“. Die Debatte, ob grds ein Heim erster Ordnung oder eine Doppelresidenz dem Kindeswohl besser entspricht, ist ua deswegen so komplex und vielschichtig, weil beide Seiten gute und nachvollziehbare Argumente für sich haben. Es ist daher nur folgerichtig, dass der **VfGH** in dieser Frage den **rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont**: In der Tat ist es vertretbar, wenn man den ständigen Wohnsitzwechsel eines Kindes für unvorteilhaft hält. Zugleich hat der VfGH freilich auch der Realität der Betreuungssituation ihren Raum eingeräumt und anerkannt, dass es – auch dies ist nachvollziehbar – Fälle geben kann, in denen das Kindeswohl einem regelmäßigen Wechsel des sozialen Umfelds nicht entgegensteht.³¹⁵

³¹² Europarat unterzeichnet Resolution zur Doppelresidenz als Standardmodell, <http://www.vaeter-ohne-rechte.at/europarat-fordert-doppelresidenz-als-standardmodell/> (25.07.2016).

³¹³ *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 180.

³¹⁴ *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz, 180.

³¹⁵ VfGH G 152/2015 EF-Z 2016/8 (38) (zust *Khakzadeh-Leiler*).

Ein gesetzliches Verbot der Doppelresidenz mag widersinnig erscheinen, wenn man einen Blick auf die überwiegend positiven Ergebnisse **internationaler Studien der Auswirkungen der Doppelresidenz** auf Kinder und Eltern wirft.

Nach diesen Studien wirkt sich die Doppelresidenz vor allem positiv auf die Eltern-Kind-Bindung aus und verbessert auch das Konfliktniveau zwischen den Eltern. Darüber hinaus konnte auch ein positiver Einfluss auf die **psychische Gesundheit des Kindes** sowie die Zufriedenheit mit der Schulsituation nachgewiesen werden. Es wurden auch neutrale bis positive Einflüsse der Doppelresidenz auf die **Kommunikation zwischen Eltern und Kindern** festgestellt.³¹⁶

In Österreich wurde 2010 eine nicht repräsentative Pilotstudie mit einer 2013 folgenden Follow-up-Studie durchgeführt. In den damals befragten Familien wurden **überwiegend Vorteile** aufgezählt, die das Betreuungsmodell mit sich brachte, wie zB die gute Kommunikation und Beziehung zum Ex-Partner sowie der Wille der Väter sich an der Kindererziehung zu beteiligen. Bei einer späteren quantitativ angelegten Studie zu den Auswirkungen von Betreuungsformen, insb Doppelresidenz, konnte ua gezeigt werden, dass das Verhältnis der Kinder zur neuen Partnerin des Vaters bei Doppelresidenz besser bewertet wird als in anderen Betreuungsformen.³¹⁷

Diese Ergebnisse weisen meines Erachtens eindeutig darauf hin, dass die Möglichkeit einer Doppelresidenz – sofern die Umstände es ermöglichen und die Eltern dazu bereit sind – das Kindeswohl fördern und deshalb auch dringend gesetzlich verankert werden sollte.

³¹⁶ Werneck, iFamZ 2017, 354 (354).

³¹⁷ Werneck, iFamZ 2017, 354 (355).

VI. Schlusswort

Ziel des KindNamRÄG 2013 war eine Beschleunigung der Verfahren. Der Rechnungshof hielt dazu fest:

- „Die Neuerungen des KindNamRÄG 2013 führten bundesweit zu **keiner Änderung der Verfahrensdauer im Bereich der Obsorge**. So blieb die durchschnittliche Verfahrensdauer von Obsorgeverfahren im Mittel der Jahre 2013 bis 2015 unverändert gegenüber den Vorjahren bei rund 4,5 Monaten.
- Im Bereich **des Kontaktrechts** stieg – neben der Anzahl der Verfahren (Vorgänge) – auch die **durchschnittliche Erledigungsdauer von rund 5 Monaten auf rund 5,4 Monate**“. Ein Zusammenhang mit den Neuregelungen des KindNamRÄG 2013 (zB FamGHi, Besuchsmittler, erweiterte Rechte) war für den Rechnungshof naheliegend.³¹⁸

Die Tätigkeit der FamGHi sollte zu einer deutlichen Beschleunigung und Fokussierung des Verfahrens auf die wesentlichen Aspekte beitragen. In den Jahre 2013 bis 2015 wirkte sich die Befassung des KJHT bzw der FamGHi in den von der Stichprobe erfassten Fälle wie folgt auf die Verfahrensdauer aus:

Soweit in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren weder eine Befassung des KJHT noch der FamGHi erforderlich war, betrug die **durchschnittliche Verfahrensdauer rund 3,3 Monate**. In den Fällen, in denen eine Befassung des KJHT erforderlich war, erhöhte sich die durchschnittliche Verfahrensdauer auf 6,7 Monate, bei Befassung der FamGHi auf 7,7 Monate. Aufgrund dieser Stichproben kam man zum Ergebnis, dass die Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren mit Befassung der FamGHi im Durchschnitt einen Monat länger dauerten als mit Befassung der KJHT. Sie dauerte nicht einmal halb so lange, wenn keine der beiden Einrichtungen befasst war. Damit konnte bei den drei überprüften Gerichten eines der Ziele, welches das KindNamRÄG 2013 mit der Einrichtung der FamGHi verfolgte, nämlich eine **Beschleunigung der Verfahren, nicht erreicht** werden. Der RH räumte aber ein, dass es sich bei diesen Verfahren häufig um komplexe Fälle handelte.³¹⁹

Weiters hält der Rechnungshof Folgendes fest:

„Bundesweit stieg im Zeitraum 2011 bis 2014 die Anzahl der in Außerstreitsachen angefallenen Fälle, ebenso erhöhten sich die Soll- und Ist-Stände an Richterinnen und Richtern (Außerstreitsachen). Die **Anzahl der Fälle in Außerstreitsachen stieg insgesamt um rund 22%** also auf 123.297 Fälle im Jahr 2014“.³²⁰ Der RH vermerkte zudem, dass das Bundesministerium für Justiz dem RH keine Auskunft über den spezifischen Ressourceneinsatz

³¹⁸ Bericht des Rechnungshofes, Familiengerichtbarkeit, Reihe BUND 2017/24 (S. 37), TZ 10.2.

³¹⁹ Bericht des Rechnungshofes TZ 12.1 f.

³²⁰ Bericht des Rechnungshofes TZ 33.1 (75 f).

der Richter in Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren geben konnte. Dementsprechend konnte keine Aussage über deren Entlastung durch die Tätigkeit der FamGHi getroffen werden.³²¹

Betreffend der Doppelresidenz warnt die Österreichische Plattform für Alleinerziehende (ÖPA) gemeinsam mit der Tiroler Männerberatung „Mannsbilder“ und dem Verein „Rainbows“, einer Organisation die Kinder und Jugendhilfen ua bei Scheidung und Trennung der Eltern unterstützt, vor einer überhasteten Umsetzung des Betreuungsmodells. Es sollten die **Rechte sowie das Wohl des Kindes im Vordergrund stehen**. Es wird betont, dass als Voraussetzung für die Durchführung des Doppelresidenz-Modells, die Eltern **nicht zu weit voneinander entfernt leben** sollten. Darüber hinaus sollten die Kinder ihren Freundeskreis behalten können und nicht einen zu langen Kindergarten- oder Schulweg haben. Dass **beide Eltern zustimmen** und es **keinen Druck oder Zwang vom anderen Elternteil** oder Gesetzgeber geben darf, ist eine der Voraussetzungen, die laut ÖPA gewährleistet sein müssen.

Statt starrer Betreuungssituationen und 50:50-Lösungen sollte das **Modell im Sinn des Kindeswohls flexibel gestaltet werden**. Außerdem müsse der **Unterhalt für das Kind gewährleistet sein** und die Familienbeihilfe beim schlechter verdienenden Elternteil bleiben. Eine verpflichtende Beratung und eine Probezeit sind weitere Forderungen.³²²

Meines Erachtens ist es für zukünftige Obsorgeverfahren wichtig, dass die Möglichkeit der Vereinbarung einer Doppelresidenz nicht durch die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung eines hauptsächlichen Betreuungsortes gehindert wird. Da es in einigen Fällen dem Kindeswohl besser entsprechen würde, wenn sich das Kind annähernd gleichteilig bei beiden Elternteilen aufhielte, sollte dem Gericht die Doppelresidenz als Entscheidungsmöglichkeit nicht genommen werden. Zudem hat sich auch der VfGH in seiner Entscheidung bereits über das gesetzliche Verbot der Doppelresidenz hinweggesetzt. Es wäre daher meiner Meinung nach dringend notwendig, die Möglichkeit einer zusätzlichen Betreuungsform im Sinne einer Doppelresidenz gesetzlich zu verankern. Wichtig ist aber auch hier, Familien nicht vorschnell zur gleichteiligen Betreuung zu drängen. Schlussendlich sind Obsorgeentscheidungen immer mit besonderem Blick auf das Kindeswohl zu entscheiden und dieses ist von vielen verschiedenen Faktoren, wie oben besprochen, abhängig.

³²¹ Bericht des Rechnungshofes TZ 33.2 (78).

³²² Trennung: „Doppelresidenz schürt neue Konflikte“, <http://www.tt.com/panorama/gesellschaft/12123730-91/trennung-doppelresidenz-schürt-neue-konflikte.csp>

VII. Literaturverzeichnis

Kommentare

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

Kletečka/Schauer, Online-Kommentar zum ABGB

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014)

Rechberger (Hrsg), Außerstreitgesetz² (2013)

Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2000)

Schwimann (Hrsg), ABGB-Taschenommentar³ (2015)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2013)

Lehr- und Handbücher

Beck (Hrsg), Kindschaftsrecht² (2013)

Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2016)

Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ (2015)

Huber/Täubel-Weinreich, Obsorge kompakt² (2013)

Jausovec, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009)

Mayrhofer, Verfahrensrechte Minderjähriger (2014)

Riedler (Hrsg), Zivilrecht I – Allgemeiner Teil⁶ (2015)

Staffe-Hanacek/Weitzenböck, Kinder- und Jugendhilferecht (2015)

Sammelwerke und Festschriften

Barth/Deixler-Hübner/Jelinek (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechtes (2013)

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

Deixler-Hübner/Ulrich (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (2013)

Ferz/Salicites (Hrsg), Mediation aktiv (2014)

Gitschthaler (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (EF-Spezial) (2013)

Loderbauer (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht⁵ (2016)

Wagner/Bergthaler (Hrsg), Interdisziplinäre Rechtswissenschaft – Schutzansprüche und Schutzaufgaben im Recht – Festschrift für Ferdinand Kerschner zum 60. Geburtstag (2013)

Beiträge in Zeitschriften

Barnreiter, Materiellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013 – Wesentliche Änderungen im Kindschafts- und Namensrechts, JAP 2012/2013, 241

Barth/Gröger, Das neue Kinderbeistands-Gesetz im Überblick, iFamZ 2010, 221

Barth/Jelinek, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12

Barth-Richtarz, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178

Beck, Doppelresidenz – Der Vorhang zu und alle Fragen offen, iFamZ 2015, 264

Beck, Kinder brauchen beide Eltern – Neue Wege im Kindschaftsrecht – Anmerkungen zur aktuellen Diskussion über Obsorge und Umgangsrecht, EF-Z 2010/151

Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein, iFamZ 2015, 17

Beclin, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013/7

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

Deixler-Hübner, Neue verfahrensrechtliche Instrumentarien im KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 8

Engel, Das Modellprojekt Familiengerichtshilfe – Eine Investition in die Qualität von Nachhaltigkeit von Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren, iFamZ 2012, 48

Erlebach, Neue Instrumente im Pflegschaftsverfahren – Wer Wie Wann Warum – Besuchsbegleitung versus Besuchsmittlung, iFamZ 2017, 226

Filler, Was bringt der neue § 107 Abs 3 AußStrG – Gut Ding braucht Weile, iFamZ 2016, 192

Fucik, Familienrecht im Fluss, iFamZ 2013, 212

Fucik, Kinderrechte – Elternrechte – Neustart mit dem KindNamRÄG, iFamZ 2013, 212

Fucik, Verfahren in Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 32

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

Gitschthaler, Aktuelle Kindesunterhalts-Rechtsprechung, ÖRPfI Dezember 2016 H 2, 8

Gitschthaler, Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell bei Einkommensdifferenzen – Einige Ergänzungen zur E 1 Ob 158/15i, EF-Z 2016/3

Höllwerth, Schadenersatzansprüche im Familienrecht, EF-Z 2016/139

Huber, Anwendungsbereich des § 107 Abs 3 AußStrG, EF-Z 2015, 59

Huter, Besuchsbegleitung in der gerichtlichen Praxis (Teil I), EF-Z 2012, 61

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

Khakzadeh-Leiler, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96

Khalili-Langer, Doppelresidenz und psychologische Begutachtung – Kriterien für die gutachterliche Empfehlung, iFamZ 2017, 356

Mattl, Erste Erfahrungen mit dem angeordneten Erstgespräch über Mediation – Ein Bericht aus der Mediationspraxis, iFamZ 2014, 322

Mayrhofer/Salicites, Worst Case Kindesabnahme, iFamZ 2015, 60

Pesendorfer, Die Durchsetzung des Besuchsrechts, iFamZ 2011, 64

Reischauer, Culpa in contrahendo bei Kontaktbehinderung, EF-Z 2017/5

Standards der Familiengerichtshilfe – Handbuch für die Praxis, iFamZ 2016, 50

Stvarnik/Lach, Das Clearing in der Familien- und Jugendgerichtshilfe, iFamZ 2016, 61

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

Wanderer, Regelung von Unterhaltsfragen bei Doppelresidenz – Praxiserprobte Ansätze aus Sicht der Mediation, iFamZ 2017, 297

Werneck, Doppelresidenz – zwei Lebensmittelpunkte des Kindes – Aktueller Forschungsstand aus entwicklungspsychologischer Sicht, iFamZ 2017, 354

Internetquellenverzeichnis

Huber, Besserer Schutz bei Kindesabnahme, Die Presse 2012/42/04
<http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1301096/Besserer-Schutz-bei-Kindesabnahme>

Huber, Wieso der Verfassungsgerichtshof irrt, Die Presse 2015/48/05
http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4872051/Doppelresidenz-fuer-Kinder_Wiesoder-Verfassungsgerichtshof-irrt

Europarat unterzeichnet Resolution zur Doppelresidenz als Standardmodell
<http://www.vaeter-ohne-rechte.at/europarat-fordert-doppelresidenz-als-standardmodell/>

Bericht des Rechnungshofes, Familiengerichtbarkeit, Reihe BUND 2017/24
http://www.rechnungshof.gv.at/fileadmin/downloads/_jahre/2017/berichte/teilberichte/bund/Bund_2017_24/Bund_2017_24_1.pdf

Trennung: „Doppelresidenz schürt neue Konflikte“
<http://www.tt.com/panorama/gesellschaft/12123730-91/trennung-doppelresidenz-schürt-neue-konflikte.csp>

ErläutRV und JAB

Regierungsvorlage zum KindNamRÄG 2013
ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP

Regierungsvorlage zum Kinderbeistandgesetz 2009
ErläutRV 486 BlgNR 14. GP

Justizausschussbericht über die Regierungsvorlage zum KindNamRÄG 2013
JAB 2087 BlgNR 24. GP

Konsolidierter Erlass zur Familiengerichtshilfe vom 27. November 2015, BMJ-V319.99/0065-III
4/2015