

# **Betreuungsmodelle bei gemeinsamer Obsorge getrennter Eltern**

**Rechtlicher Rahmen und gelebte Wirklichkeit**

Diplomarbeit

Zur Erlangung des Grades eines Magisters der Rechtswissenschaften an der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz

Eingereicht bei:

Ao.Univ.-Prof. Mag. Dr. *Helga Jesser-Huß*

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Von:

Thomas Helige

GRAZ, März 2017

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

---

Graz, März 2017

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>III</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>VIII</b>
<b>1 EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>2 OBSORGE</b> .....	<b>4</b>
<b>2.1 ALLGEMEINES</b> .....	<b>4</b>
<b>2.2 HISTORISCHE ENTWICKLUNG DER GEMEINSAMEN OBSORGE UND         ERKENNTNISSE AUS DER PRAXIS</b> .....	<b>5</b>
2.2.1 Historische Entwicklung .....	5
2.2.2 Studienerkenntnisse .....	7
2.2.2.1 Gründe für die Wahl der gemeinsamen Obsorge .....	7
<b>2.3 OBSORGE NACH TRENNUNG BZW SCHEIDUNG</b> .....	<b>8</b>
2.3.1 Allgemeines .....	8
2.3.2 Betreuung bei gemeinsamer Obsorge .....	9
<b>2.4 PHASE DER VORLÄUFIGEN ELTERLICHEN VERANTWORTUNG</b> .....	<b>10</b>
<b>3 BETREUUNGSMODELLE</b> .....	<b>12</b>
<b>3.1 HEIM ERSTER ORDNUNG</b> .....	<b>13</b>
3.1.1 Begründung der (veralteten?) Haltung des Gesetzgebers.....	14
3.1.2 Einbindung des Nicht-Domizilelternteils in das Leben des Kindes .....	15
3.1.3 „Regelmodell“ .....	16
3.1.4 Verteilung der elterlichen Aufgaben durch das Gericht im Rahmen des Residenzmodells .....	17

3.1.5	Informations- und Äußerungsrechte im Rahmen des Residenzmodells .....	18
<b>3.2</b>	<b>DOPPELRESIDENZ .....</b>	<b>21</b>
3.2.1	Grenze des Residenzmodells zum Doppelresidenzmodell .....	22
3.2.1.1	Zeitlicher Aspekt .....	22
3.2.1.2	Aspekt der Betreuungsleistung .....	24
3.2.2	Voraussetzungen für eine Doppelresidenz .....	24
3.2.3	Vorteile und Nachteile der Doppelresidenz .....	26
3.2.4	Konkrete Ausgestaltung der Doppelresidenz auf gesetzlicher Ebene? .....	29
3.2.5	Fazit zum Doppelresidenzmodell .....	29
<b>3.3</b>	<b>FREIE BETREUUNG.....</b>	<b>31</b>
<b>3.4</b>	<b>NESTMODELL.....</b>	<b>31</b>
<b>4</b>	<b>BETREUUNGSMODELLE IN DER PRAXIS.....</b>	<b>33</b>
<b>4.1</b>	<b>NESTMODELL.....</b>	<b>33</b>
<b>4.2</b>	<b>DOPPELRESIDENZ .....</b>	<b>33</b>
4.2.1	Zusammensetzung des Kreises der Befürworter einer Doppelresidenz.....	34
4.2.2	Eindrücke aus dem realen Leben .....	36
4.2.2.1	Regelung der Betreuungsmodalitäten .....	36
4.2.2.2	Anpassung der Eltern aneinander .....	37
4.2.2.3	Dauer der Praktizierung und Frequenzen der Wechsel .....	38
<b>5</b>	<b>RICHTERRECHT – OBJEKTIVES RECHT?! .....</b>	<b>38</b>
<b>5.1</b>	<b>GESELLSCHAFTLICHER RAHMEN .....</b>	<b>38</b>
<b>5.2</b>	<b>DER ANLASSFALL ZU VFGH G 152/2015 .....</b>	<b>40</b>

5.2.1	Legislative vs. Judikative .....	43
5.2.1.1	Normenkontrollverfahren .....	44
5.2.1.2	Ergebnis.....	46
5.2.2	Analyse zur Entscheidung G 152/2015.....	47
5.2.2.1	Anordnung eines Wechselmodells durch das Gericht?.....	50
5.2.2.2	Der formale Haushalt der hauptsächlichen Betreuung als „Anknüpfungshaushalt“ .....	52
5.2.2.3	Wahl eines konkreten Domizilelternteils .....	54
<b>6</b>	<b>ANPASSUNG DES GESETZES AN DIE MÖGLICHKEIT „NEUER“ BETREUUNGSFORMEN .....</b>	<b>55</b>
<b>6.1</b>	<b>VORSCHLAG FÜR EINEN DIE DOPPELRESIDENZ ANERKENNENDEN GESETZESTEXT.....</b>	<b>57</b>
<b>6.2</b>	<b>TANGIERTE GESETZESBESTIMMUNGEN .....</b>	<b>57</b>
6.2.1	Recht auf Bestimmung des Aufenthalts- und Wohnortes.....	58
6.2.1.1	Definition.....	58
6.2.1.2	Gesetzliche Vorgaben des ABGB .....	58
6.2.1.2.1	Aufenthaltsort.....	58
6.2.1.2.2	Wohnort.....	59
6.2.1.3	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	60
6.2.1.4	Exkurs: Rechtslage nach dem BGB.....	61
6.2.1.4.1	Antrag auf Herausgabe des Kindes.....	61
6.2.1.4.2	Haager Kindesentführungsübereinkommen .....	63
6.2.2	Bestimmung des Hauptwohnsitzes.....	64
6.2.2.1	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	64
6.2.2.2	Exkurs: Rechtslage in Deutschland .....	65

6.2.3	Kindesunterhalt.....	65
6.2.3.1	Bemessung.....	67
6.2.3.2	Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell .....	68
6.2.3.3	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	70
6.2.4	Recht auf persönliche Kontakte .....	71
6.2.4.1	Aktuelle Rechtslage .....	71
6.2.4.2	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	73
6.2.5	Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte.....	73
6.2.5.1	Aktuelle Rechtslage .....	73
6.2.5.2	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	74
6.2.6	Familienbeihilfe.....	75
6.2.6.1	Aktuelle Rechtslage .....	75
6.2.6.2	Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung .....	76
<b>7</b>	<b>RECHTSVERGLEICHUNG .....</b>	<b>77</b>
<b>7.1</b>	<b>DEUTSCHLAND .....</b>	<b>77</b>
7.1.1	Sorgerecht nach Trennung bzw Scheidung der Eltern.....	77
7.1.1.1	Allgemeines .....	77
7.1.1.2	Entscheidungsbefugnisse der Elternteile .....	78
7.1.2	Betreuungsmodelle im deutschen Recht .....	80
7.1.2.1	Residenzmodell .....	80
7.1.2.2	Zulässigkeit des Wechselmodells .....	81
7.1.2.2.1	Exkurs: Unterhaltsrecht .....	82
7.1.2.2.2	Anordnung des Doppelresidenzmodells durch deutsche Gerichte gegen den Willen der Eltern? .....	84

7.1.2.2.3	Anordnung des Wechselmodells im Rahmen einer Abänderungsentscheidung? .....	86
<b>7.2</b>	<b>SCHWEIZ</b> .....	<b>87</b>
7.2.1	Ausgestaltung der Obsorge .....	87
7.2.2	Betreuungsmodell(e) im schweizerischen Rechtssystem .....	88
<b>7.3</b>	<b>BELGIEN</b> .....	<b>88</b>
<b>7.4</b>	<b>FRANKREICH</b> .....	<b>89</b>
<b>7.5</b>	<b>ENGLAND</b> .....	<b>90</b>
<b>7.6</b>	<b>ITALIEN</b> .....	<b>92</b>
<b>7.7</b>	<b>NORWEGEN</b> .....	<b>92</b>
<b>7.8</b>	<b>TSCHECHISCHE REPUBLIK</b> .....	<b>94</b>
<b>7.9</b>	<b>SCHWEDEN</b> .....	<b>95</b>
<b>7.10</b>	<b>USA</b> .....	<b>96</b>
<b>7.11</b>	<b>AUSTRALIEN</b> .....	<b>96</b>
<b>8</b>	<b>RESUMEE</b> .....	<b>97</b>
	<b>JUDIKATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>98</b>
	<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>105</b>

# Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
BBl	Bundesblatt (Schweiz)
BG	Bezirksgericht
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1986, 195
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BW	Burgerlijk Wetboek (belgisches Zivilgesetzbuch)
bzw	beziehungsweise
ca	circa
Ccf	Code civile (Frankreich)
Cci	Codice civile (Italien)
DAVorm	Der Amtsvormund (deutsche Zeitschrift)
Dr	Doktor
EFSlg	Ehe- und Familienrechtliche Sammlung



EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBl-LS	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen - Leitsatz
f	und der/die/das folgende
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht (deutsche Zeitschrift)
FamLAG	Familienlastenausgleichsgesetz BGBl 1967/376
FamRB	Familien-Rechtsberater (deutsche Zeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (deutsche Zeitschrift)
FF	Forum Familienrecht (deutsche Zeitschrift)
ff	und der/die folgenden
FHZivR	Fundheft für Zivilrecht (deutsche Zeitschrift)
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (deutsche Zeitschrift)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht (deutsche Zeitschrift)
geg	gegen
gem	gemäß
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland dBGB 1949, 1
GOG-NR	Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrats BGBl 1975/410
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds	grundsätzlich

HKÜ	Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung BGBI 1988/512
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iR	im Rahmen
iRd	im Rahmen des/der/dessen
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JAmt	Das Jugendamt (deutsche Zeitschrift)
JBl	Juristische Blätter
KG	Kammergericht
KindRÄG 2001	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBI I 2000/135
KindNamRÄG 2013	Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 BGBI I 2013/15
krit	kritisch
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	Buchstabe/littera
LSK	Leitsatzkartei
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (deutsche Zeitschrift)
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
N.N.	Nomen nominandum (Name ist noch zu nennen)
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (deutsche Zeitschrift)

NJW-RR	Neue Juristische Wochenzeitschrift - Rechtsprechungs- Report (deutsche Zeitschrift)
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht (deutsche Zeitschrift)
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rn	Randnummer
RpflG	Rechtspflegergesetz BGBl 1985/560
RS	Rechtssatz
Rz	Randzahl/-ziffer
S	Satz
sog	sogenannt/e/er/es
U	Urteil
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
usw	und so weiter
uvm	und viel/e/es mehr
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Z	Ziffer, Zahl
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)

Ziff

ZKJ

zust

Ziffer

Zeitschrift für Kindschafts- und Jugendrecht

zustimmend

# 1 EINLEITUNG

Für Kinder ist das Aufwachsen mit Mutter und Vater besonders wichtig. Beide Elternteile ergänzen einander hinsichtlich der erzieherischen Tätigkeiten und auch des psychischen Wohlbefindens des Kindes. Sollte es zu Situationen kommen, in welchen das traditionelle Familienbild zerrissen wird, wie durch eine Scheidung oder Trennung der Eltern, so sind die daraus resultierenden Folgen für die Kinder die am schwerwiegendsten Effekte eines „Rosenkrieges“ – und genau das ist in heutiger Zeit leider immer häufiger der Fall.

Ist das Zusammenleben mit Mutter und Vater nicht mehr möglich, so stellt sich die Frage nach der Sorge um das Kind. In den meisten Fällen bleibt der Nachwuchs bei der Mutter (sei es im Rahmen einer alleinigen Obsorge oder auch einer gemeinsamen Obsorge), während der Vater auch Kontakt zum Kind halten darf. Nun möchte man annehmen, dass das Kind ja auch von seiner Mutter bestens umsorgt wird und alles bekommt, was es braucht – mit finanzieller Unterstützung durch den Vater. Das mag aus rein ökonomischer Sicht auch stimmen, jedoch dürfen psychologische Aspekte, insbesondere das Kindeswohl, nicht außer Acht gelassen werden.

Studien belegen, dass die Abwesenheit eines Elternteils – meistens des Vaters – im Leben des Kindes bleibende Schäden hinterlassen kann.<sup>1</sup>

Um die Situation für betroffene Kinder einheitlich zu gestalten, gibt es gesetzliche Bestimmungen bezüglich der Obsorgeausgestaltungen – geregelt in den §§ 158 - 185 ABGB.<sup>2</sup> Zwei Obsorgevarianten sieht das Gesetz fallbezogen vor: die „alleinige Obsorge“ oder die „gemeinsame Obsorge“ – die Eltern können aber hierüber grundsätzlich frei entscheiden. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es seit 1.2.2013 durch das Kindschafts- und

---

<sup>1</sup> Stöcker, Wenn dem Kind der Vater fehlt, <http://www.sueddeutsche.de/wissen/alleinerziehende-wenn-dem-kind-der-vater-fehlt-1.912029> (abgefragt am 27.12.2016).

<sup>2</sup> Zum Thema „Obsorge“ siehe Punkt 2.

Namensrechtsänderungsgesetz 2013<sup>3</sup> sogar die Möglichkeit gibt, dass Gerichte die „gemeinsame Obsorge“ auch gegen den Willen eines Elternteils „verordnen“ können. Die Ausgestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Betreuung des Kindes sind für die Eltern aber nicht durchwegs disponibel – grundsätzlich wird dem Gesetzgeber gerade hinsichtlich Obsorgerechtsregelungen ein durchaus breiter Ermessensspielraum zugebilligt<sup>4</sup> – so stellt sich die Frage, ob durch gesetzgeberische Vorgaben nicht das Kindeswohl beeinträchtigt und ebenso in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zB der Eltern eingegriffen wird, wenn jener Spielraum nicht immer dem Interesse der Bevölkerung zu entsprechen scheint. Anlassfall für diese Diskussion ist eine Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes bezüglich der Betreuungsvariante „Doppelresidenzmodell“, welche von getrennt lebenden Eltern vermehrt gewünscht und auch von wissenschaftlicher Seite durchaus gutgeheißen wird, während der Gesetzestext ein derartiges Modell nicht vorsieht.

Grundsätzlich steht es den Eltern frei, wie sie die Obsorge nach der Scheidung oder Trennung der häuslichen Gemeinschaft (während die Ehe formell noch fortbesteht) regeln möchten. Gem § 179 (1) ABGB besteht die „gemeinsame Obsorge“ zunächst fort, jedoch können die Eltern auch vereinbaren, dass nur ein Elternteil die Obsorge über das gemeinsame Kind bekommen soll. Ein essentieller Punkt ist laut aktueller Gesetzeslage (gem Abs 2) in Zusammenhang mit der gemeinsamen Obsorge vor Gericht jedoch mitzubestimmen: der „hauptsächliche Aufenthalt“ des Kindes – nach aktueller Terminologie der „Haushalt der hauptsächlichen Betreuung“.<sup>5</sup> Das sog „Heim erster Ordnung“ wird durch neuartige Obsorgemodelle jedoch immer mehr ins Wanken gebracht und in Frage gestellt – ist dies aber auch rechtlich möglich?! Der VfGH sah sich mit dem Wunsch nach einer Alternative zum sog „Residenzmodell“ konfrontiert, griff diese Thematik auf und war offenbar bemüht, eine gangbare „Lösung“ zu finden, um den doch starren gesetzlichen

---

<sup>3</sup> BGBl I 2013/15.

<sup>4</sup> EGMR U 8.7.2003, *Sahin geg Deutschland*, Nr 30943/96, = EuGRZ 2004/707 = FamRZ 2004/337 = FPR 2004/350.

<sup>5</sup> Vgl *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 1.

Rahmen für Eltern etwas aufzuweichen, ohne die gesetzgeberische Tätigkeit in Zweifel zu ziehen oder eine umfangreiche Änderung der Rechtslage zu bewirken. Denn der „Haushalt der hauptsächlichen Betreuung“ stellt auch für zahlreiche andere Normen den hauptsächlichen Anknüpfungspunkt dar – eine größere Gesetzesreform wäre somit nötig geworden.

Im Folgenden soll auf die Problematik des (Nicht-)Vorhandenseins eines „Betreuungsmodelle-Kataloges“ im Gesetz und in der Praxis, unter Beachtung der damit zusammenhängenden Rechtsbereiche eingegangen werden und schließlich auch ein Blick über den nationalen Tellerrand hinaus gewagt werden.

## 2 OBSORGE

### 2.1 Allgemeines

Zu Beginn soll kurz auf ein paar wichtige, mit dem Thema „Betreuungsmodelle“ verbundene Punkte über die Obsorge im Allgemeinen eingegangen werden.

Unter dem Begriff „Obsorge“ versteht man im österreichischen Recht einen Teilbereich des Kindschaftsrechts, welcher die Beziehung der Eltern bzw auch anderer Personen zu ihrem/ihren Kind/-ern zum Inhalt hat. § 158 ABGB sucht den Inhalt jener Pflichten aufzuzählen, jedoch ohne eine nähere Konkretisierung bzw beispielhafte Aufzählung vorzunehmen – insbesondere erfasst sind Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und Vertretung des Kindes.<sup>6</sup> Anzumerken gilt, dass – anders als zB im Unterhaltsrecht<sup>7</sup>, wo die (finanziell orientierte) Beziehung der Eltern zu dem Kind bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit desselben gegeben ist – das Obsorgerecht bzw die Pflicht zur Obsorge nur bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Kindes, somit bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres<sup>8</sup>, besteht. Mit Eintritt der Volljährigkeit ist dem nun erwachsenen Kind gem § 183 (2) ABGB das bis dahin verwahrte und sorgfältig im Sinne des Kindes angelegte Vermögen zu übergeben und sind ihm jegliche rechtlich relevanten Dokumente auszuhändigen.<sup>9</sup>

Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Eltern – sofern beide mit der Obsorge betraut sind – umfassend für das Wohl des Nachwuchses verantwortlich. Zu nennen sei das Bereitstellen einer Behausung, von Nahrungsmitteln, von Kleidung, Sorge für die Gesundheit – insbesondere die Zustimmung bzw Inanspruchnahme medizinischer Heilbehandlung – und die Hygiene, weiters Erziehung und gesetzliche Vertretung. Ebenfalls hervorzuheben ist das Recht

---

<sup>6</sup> Vgl *Hinteregger/Ferrari, Familienrecht*<sup>7</sup> (2015) 226 mwN.

<sup>7</sup> Vgl § 231 (3) ABGB.

<sup>8</sup> Die Senkung 19 auf 18 Jahre erfolgte erst am 1.7.2001; siehe § 21 (2) ABGB.

<sup>9</sup> *Hinteregger/Ferrari, Familienrecht*<sup>7</sup> (2015) 227 mwN.



des/der Obsorgebetrauten, den Aufenthaltsort<sup>10</sup> des Kindes zu bestimmen. Dieses Recht bzw diese Möglichkeit kommt bei Fehlen eines gemeinsamen Haushaltes (insb nach Trennung oder Scheidung) dem sog „Domizilelternteil“ zu (hierzu später noch ausführlich unter Punkt 6.2.1). Es handelt sich hierbei um jenen Elternteil, in dessen Haushalt das Kind im Falle einer „gemeinsamen Obsorge“ hauptsächlich betreut wird.<sup>11</sup>

## **2.2 Historische Entwicklung der gemeinsamen Obsorge und Erkenntnisse aus der Praxis**

### 2.2.1 Historische Entwicklung

Österreich darf sich in vieler Hinsicht als modern und, im internationalen Gefüge, fortschrittlich bezeichnen. Viele technologische Errungenschaften finden weltweit Anwendung, Österreich ist Sitz zahlreicher internationaler Organisationen wie zB der UNO und die österreichischen Gesetze dürfen wohl im Großen und Ganzen als der modernen Zeit angemessen gelten – zumindest wird regelmäßig nachgebessert.

Hinsichtlich der Thematik „Obsorge“ und „Betreuungsmodelle“ jedoch liegt nicht Österreich an der Spitze bezüglich gesetzlicher Neuerungen. Wie bereits erwähnt, wurde das Instrument „gemeinsame Obsorge“ nach Trennung bzw Scheidung erst durch das KindRÄG-2001 eingeführt – konkret mit dem 1.7.2001. In Deutschland erkannte man einen Handlungs- und Änderungsbedarf, um das Wohlergehen der Kinder besser schützen zu können, schon früher – mit 1.7.1998 wurde das Fortbestehen der gemeinsamen Obsorge nach Trennung der Eltern gesetzlich festgelegt.<sup>12</sup> Dieser Umstand ändert freilich nichts an der Bedeutung der Verbesserung der Wahrung bzw Förderung des Kindeswohls in Österreich.<sup>13</sup> Hohe Scheidungsraten in der heutigen Zeit verdeutlichen die immense Relevanz

---

<sup>10</sup> § 162 (1) ABGB.

<sup>11</sup> Vgl *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht<sup>7</sup> (2015) 240 mwN.

<sup>12</sup> Siehe *N.N.*, Die Ausübung der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung und Trennung. Ein Rechtsvergleich mit Deutschland, iFamZ 2010, 129 (130).

<sup>13</sup> Siehe [www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=10](http://www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=10) (abgefragt am 16.7.2016).

von Regelungswerken zum Schutz der Kinder, welche unter Trennungen am meisten zu leiden haben. Die alte Rechtslage<sup>14</sup> führte dazu, dass die Obsorge nur einem Elternteil zukommen konnte – entweder im Rahmen einer Vereinbarung oder im Falle von Divergenz, aber auch bei Gefährdung des Kindeswohls, durch gerichtliche Entscheidung. Wenn die Eltern jedoch ihre Konflikte vor Gericht austrugen, konnten Kinder leicht in einen Loyalitätskonflikt geraten. Zusätzlich verursachte das alte System eine Entfremdung zu jenem Elternteil, dessen „Rechte“ gem § 178 (1) ABGB (aF)<sup>15</sup> nur auf Kontaktrechte, Informations- und Äußerungsrechte (beispielsweise hinsichtlich schulischer Angelegenheiten, Eintritt in eine Kirche oder Religionsgemeinschaft usw)<sup>16</sup> beschränkt waren.<sup>17</sup> Diese Situation hat sich zum Positiven geändert. Mittlerweile besteht durch § 179 (1) ABGB (nF)<sup>18</sup> die Möglichkeit der Wahl einer der beiden Obsorgeformen.

Auch für Eltern, welche in einer Lebensgemeinschaft leben und uneheliche Kinder haben, bestand nach § 167 (1) ABGB (aF)<sup>19</sup> die Möglichkeit, die gemeinsame Obsorge zu vereinbaren – diese war somit an Einvernehmlichkeit gebunden – gem § 166 ABGB (aF)<sup>20</sup> erhielt ursprünglich die Mutter die alleinige Obsorge. Der Mutter, welche mit einer einvernehmlichen Regelung nicht einverstanden war, stand somit ein „Vetorecht“ zu. Es bestand keine Möglichkeit einer gerichtlichen Feststellung, ob eine gemeinsame Obsorge dem Kindeswohl dienlich sei und ob – falls nicht – die Obsorge besser alleine der Mutter oder dem Vater zuzuweisen wäre, falls ein Elternteil seine Zustimmung nicht erteilt.<sup>21</sup> Ein Entzug der alleinigen Obsorge der Mutter nach § 176 ABGB (aF)<sup>22</sup> und somit eine

---

<sup>14</sup> Vgl §§ 177 (1), 177 (2) ABGB, idF BGBl I 1989/162.

<sup>15</sup> IdF BGBl I 1989/162.

<sup>16</sup> Siehe Aufzählung in §§ 154 (2), (3) ABGB, idF BGBl I 1977/403.

<sup>17</sup> Vgl *N.N.*, Kinder brauchen Vater und Mutter, besonders nach einer Trennung, [www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=2](http://www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=2) (abgefragt am 16.7.2016).

<sup>18</sup> IdF BGBl I 2013/15.

<sup>19</sup> IdF BGBl I 2000/135.

<sup>20</sup> IdF BGBl I 2000/135.

<sup>21</sup> Vgl *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §177 Rz 7 mwN.

<sup>22</sup> IdF BGBl I 2000/135.

gerichtliche Entscheidung über die Obsorgeform wäre nur bei Gefährdung des Kindeswohls möglich gewesen. Demgegenüber bestand aufgrund § 177 (2) ABGB (aF)<sup>23</sup> nur in Fällen, in welchen der Vater schon einmal mit der Obsorge betraut gewesen war, die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung über die Obsorge zu erwirken. Dies war zB bei schon bestehender gemeinsamer Obsorge durch Ehe oder durch Vereinbarung (gem § 167 (1) ABGB (aF)) möglich. Der EGMR<sup>24</sup> erkannte in dieser Rechtslage eine Verletzung der Art 14 iVm Art 8 EMRK.

Dieser Meinung schloss sich der VfGH<sup>25</sup> – notwendigerweise (da gem Art 46 (1) EMRK alle am Verfahren beteiligten Parteien das Urteil des EGMR zu befolgen haben) – an und hob § 166 S 1 ABGB (aF) wegen Verfassungswidrigkeit auf. Nunmehr besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung und Entscheidung hinsichtlich der Zuweisung der gemeinsamen Obsorge auf Antrag eines Elternteils nach § 180 ABGB.<sup>26</sup> Das Vetorecht wurde somit beseitigt.

## 2.2.2 Studienerkenntnisse

### 2.2.2.1 Gründe für die Wahl der gemeinsamen Obsorge

Die Gründe, weshalb sich Eltern für oder gegen eine Obsorge beider Eltern entscheiden, sind vielfältiger Natur. Hinsichtlich der gemeinsamen Obsorge wird als primärer Grund in den meisten Fällen angegeben, dass Mutter und Vater nach der Scheidung gemeinsam für ihr Kind bzw ihre Kinder verantwortlich bleiben wollen. Das Kindeswohl als entscheidendes Kriterium liegt laut Erhebung erst an zweiter Stelle; finanzielle Gründe bilden das Schlusslicht bei der Begründung für die Wahl der Obsorge beider Eltern.<sup>27</sup> Für

---

<sup>23</sup> IdF BGBl I 2000/135.

<sup>24</sup> EGMR U 3.2.2011, *Sporer geg Österreich*, Nr 35637/03, EF-Z 2011, 56 (*Nademleinsky*) = Zak 2011, 48 = ÖJZ 2011/525; bezüglich der deutschen Rechtslage (§ 1626a BGB aF) siehe EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger geg Deutschland*, Nr 22028/04, EuGRZ 2010, 25 = FamRZ 2010, 103 = FuR 2010, 214 = JAmt 2010, 155 = NJW 2010, 501 = ÖJZ 2010, 138 = ZKJ 2010, 112.

<sup>25</sup> VfGH 28.6.2012, G 114/11.

<sup>26</sup> Vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 8.

<sup>27</sup> Für eine tabellarische Übersicht siehe *Barth-Richtarz/Figdor*, Was bringt die gemeinsame

die Wahl der alleinigen Obsorge sprach in den meisten Fällen der Aspekt, dass sich „immer schon“ der eine Elternteil um das Kind gekümmert habe; dicht gefolgt von traurigen Umständen wie Streit und mangelnder Kommunikationsbereitschaft zwischen den Eltern oder, sogar häufiger, fehlendes Interesse des anderen Elternteils an der Obsorge.<sup>28</sup> Diese Faktoren sind in Folge auch bei der „Wahl“ eines konkreten Betreuungsmodells zu beachten (dazu später noch ausführlicher).

## 2.3 Obsorge nach Trennung bzw Scheidung

### 2.3.1 Allgemeines

Sollte eine Ehe aufgelöst – bei der einvernehmlichen Scheidung haben die Eltern bei der Regelung der Scheidungsfolgen zwingend auch eine Vereinbarung über die Modalitäten hinsichtlich der Obsorge des Kindes, insbesondere den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung, schriftlich abzuschließen – oder die häusliche Gemeinschaft beendet werden, bleibt gem § 179 (1) ABGB grundsätzlich die vorhandene Ausgestaltung der Obsorge bestehen – gem § 177 (1) ABGB ist die gemeinsame Obsorge während aufrechter Ehe als Regelfall vorgesehen (auf die Obsorgeregelungen während aufrechten Familienbandes soll hier nicht näher eingegangen werden).<sup>29</sup> Dies ist insbesondere für nicht-einvernehmliche Scheidungen relevant, da im Urteil nicht über die Obsorge entschieden wird. Diese Modalitäten sind von den Eltern nun unabhängig vom Scheidungsvorgang zu vereinbaren.<sup>30</sup> Bei einer Scheidung bleibt die gemeinsame Obsorge somit ex lege bestehen; die Aufhebung derselben müsste beantragt werden.<sup>31</sup> In Fällen unverheirateter Eltern besteht nach der Trennung (auch in häuslicher Hinsicht natürlich) die alleinige Obsorge grundsätzlich fort – außer die gemeinsame

---

Obsorge? Studie zu den Auswirkungen des KindRÄG 2001 (2008) 100.

<sup>28</sup> *Barth-Richtarz/Figdor*, Gemeinsame Obsorge 102.

<sup>29</sup> Siehe *Barth/Jelinek*, Das neue Obsorgerecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 109 (122); *Seeber-Grimm*, Die Obsorge nach Trennung oder Scheidung der Eltern, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 39 (40).

<sup>30</sup> Vgl *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt<sup>2</sup> (2013) 36.

<sup>31</sup> *Barth-Richtarz/Figdor*, Gemeinsame Obsorge III (Vorwort).

Obsorge wurde gem § 177 (2) ABGB schriftlich vor dem Standesbeamten vereinbart.<sup>32</sup> Eine weitere Möglichkeit für nicht verheiratete Eltern, die gemeinsame Obsorge festzulegen, ist der Abschluss einer Vereinbarung vor Gericht (gem § 177 (3) ABGB).<sup>33</sup> Sollte sich die Mutter weigern, die Obsorge mit dem Vater zu teilen, so kann dieser über § 180 (1) Z 2 ABGB noch versuchen, eine gerichtliche Entscheidung über die Obsorgeausgestaltung zu erwirken.<sup>34</sup>

Vereinbarungen der Eltern über die Obsorge standen nach alter Rechtslage unter der Wirksamkeitsvoraussetzung einer gerichtlichen Kontrolle und Genehmigung. Nunmehr darf das Gericht gem § 190 (2) ABGB nur mehr dann einschreiten und eine getroffene Vereinbarung für unwirksam erklären und im Anschluss eine alternative Regelung nach § 181 ABGB vorsehen, wenn das Kindeswohl gefährdet scheint.<sup>35</sup>

### 2.3.2 Betreuung bei gemeinsamer Obsorge

Hervorzuheben gilt auf dem Gebiet der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung bzw Trennung nun die Tatsache, dass vom Gesetzgeber ein „Heim erster Ordnung“ (siehe im Folgenden unter Punkt 3.1) gewünscht wird, da nach Abs 2 der Haushalt bestimmt werden muss, in welchem das Kind hauptsächlich betreut werden soll.<sup>36</sup> Wird eine derartige Vereinbarung nicht selbst getroffen, so ist von Amts wegen ein Obsorgeverfahren einzuleiten.<sup>37</sup> Der Elternteil, der den Haushalt der hauptsächlichlichen Betreuung führt, ist gem § 177 (4) ABGB mit der „gesamten Obsorge“ zu betrauen.<sup>38</sup> Eine

---

<sup>32</sup> Vgl *Huber in Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013) 63 (76); ihm folgend *Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 40.

<sup>33</sup> *Ferrari*, Die Obsorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihre Kinder, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 19 (25 f) mwN.

<sup>34</sup> *Ferrari in Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 27 f.

<sup>35</sup> Ausführlich dazu *Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 40 f; vgl *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 4.

<sup>36</sup> Vgl *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 6.

<sup>37</sup> Vgl *Barth/Jelinek in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch, 122; ebenso *Beck*, Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? iFamZ 2015, 264 (264).

<sup>38</sup> Vgl *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §177 Rz 19; *Huber in Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 76.

Einschränkung des Umfangs ist nur dann möglich, wenn der Domizilelternteil nicht voll geschäftsfähig ist; dies betrifft die Verwaltung des Vermögens des Kindes. Somit sei festgehalten, dass alle anderen Belange – die Erziehung und Pflege des Kindes – auch von einem nicht gänzlich geschäftsfähigen Elternteil ausgeübt werden kann, sofern nicht gewichtige Gründe dagegen sprechen.<sup>39</sup>

Der Wortlaut „gemeinsame Obsorge“ darf also nicht zu eng verstanden werden, beinhaltet er doch die Tatsache, dass immer noch ein Elternteil in etwas größerem Umfang mit der Betreuung „belastet“ ist.<sup>40</sup>

## 2.4 Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung

Auch der sogenannten „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ soll hier kurz Beachtung geschenkt werden. Dieses Regelungswerk stellt einerseits einen wichtigen Bereich im Themengebiet der gemeinsamen Obsorge dar, da sie gewissermaßen die Vorstufe zur gerichtlichen Anordnung selbiger darstellt<sup>41</sup>, und andererseits das Gesetz auch das Gericht zu jenem in Folge zu hinterfragenden Vorgehen – der Festlegung des Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung – „zwingt“.

§ 180 (1) ABGB sieht vor, sollte es nach Auflösung der Ehe bzw häuslichen Gemeinschaft nicht zu einer Vereinbarung iSd § 179 ABGB kommen (Ziffer 1) oder ein Elternteil nachträglich die alleinige Obsorge oder eine gemeinsame Obsorge wünschen (Ziffer 2), dass das Gericht einen mit sechs Monaten bemessenen Zeitraum festzusetzen hat, währenddessen ein Elternteil – unter Aufrechterhaltung der aktuellen Obsorgelage – die hauptsächliche Betreuung in seinem Haushalt erhält;<sup>42</sup> es kommt also im Falle der Untätigkeit der Eltern – Uneinigkeit ist somit keine „Voraussetzung“ – im

---

<sup>39</sup> Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein, Reform, 45; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 25.

<sup>40</sup> Vgl Barth/Jelinek in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek, Handbuch, 123.

<sup>41</sup> Vgl Beclin, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht nach dem KindNamRÄG 2013, in Gitschthaler (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 (2013) 195 (202).

<sup>42</sup> Vgl auch OGH 28.9.2016, 7 Ob 149/16m, Zak 2016/731, 394 = iFamZ 2016/217, 354.

Rahmen der Amtswegigkeit zur Einleitung eines Obsorgeverfahrens.<sup>43</sup> Dies scheint natürlich nur dann möglich, sobald das Gericht irgendwie zu Hinweisen bezüglich einer, zumindest nicht nur vorübergehenden faktischen, Trennung der Eltern gelangt; denkbar wäre dies zB im Rahmen eines Scheidungsverfahrens. Regelmäßige Nachforschungen über das Zusammenleben der Eltern sind jedenfalls nicht gefordert.<sup>44</sup>

Dem anderen Elternteil ist ein umfangreiches Kontaktrecht einzuräumen, damit auch dieser seine Aufgaben bezüglich der Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann. Vor einer solchen Anordnung sollte jedoch auf eine einvernehmliche Lösung hingewirkt werden; erst wenn dies keine Früchte trägt, soll die sechsmonatige Phase angestrengt werden. Dem Gericht soll sich in Folge eine Grundlage für die zu treffende Entscheidung offenbaren;<sup>45</sup> eventuelle Kommunikationsprobleme oder gar Konfliktpotenziale zwischen den Eltern, welche sich auf das Kindeswohl auswirken können, aber auch die Fähigkeit der Eltern, mit der Obsorgeregelung umzugehen, sollten sich während dieser sechs Monate herauskristallisieren. Die abschließende Entscheidung des Gerichts kann in der Zuweisung der alleinigen Obsorge an einen Elternteil oder der gemeinsamen Obsorge bestehen. Gem § 180 (2) ABGB steht dem Richter auch die Möglichkeit offen, den Zeitraum zu verlängern, wenn die innerhalb der sechs Monate gesammelten Ergebnisse und Erfahrungen noch nicht ausreichen sollten, um eine dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung zu erlassen.<sup>46</sup>

Auch für die Zeit der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung ist ein Haushalt zu bestimmen, in welchem das Kind hauptsächlich betreut werden soll. Dies wird grundsätzlich der Ort bzw der Haushalt sein, in welchem sich das Kind bisher aufgehalten hat oder wo das Kind in letzter Zeit gelebt hat, falls es keinen einheitlichen Haushalt gab. Im Falle einer bis zur Entscheidung bestandenen alleinigen Obsorge wird der Haushalt des (noch)

---

<sup>43</sup> Vgl Seeber-Grimm in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 46.

<sup>44</sup> Vgl *Barth/Jelinek* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch, 124 f mwN.

<sup>45</sup> Siehe *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 202.

<sup>46</sup> *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge 46.

allein obsorgeberechtigten Elternteils zu definieren sein; sollte dagegen bereits die gemeinsame Obsorge vorliegen, so kann auch nun der andere Elternteil als Domizilelternteil geführt werden. Da die Phase zum Abklären einer gewünschten Obsorgeregelung dient, ist besonderes Augenmerk auf eine perfekt abgestimmte Regelung des Kontaktrechts des Nicht-Domizilelternteils – insbesondere durch die Eltern selbst – und dessen Ausübung, sowie die Möglichkeit, effektiv an der Pflege und Erziehung des Kindes teilzuhaben, zu richten.<sup>47</sup>

Ebenfalls zu regeln ist die Verpflichtung zur Leistung von Geldunterhalt desjenigen Elternteils, der nicht (vorläufig) mit der hauptsächlichen Betreuung bedacht wird. Die Entscheidung über die Höhe der Unterhaltsbeträge wird jedoch grundsätzlich nicht vom Richter getroffen, sondern gem § 19 (1) Z 1 RpfLG<sup>48</sup> vom Rechtspfleger.<sup>49</sup>

Für die „finale“ Entscheidung – welche im Anschluss an eine mündlichen Verhandlung zu ergehen hat, wenn nach wie vor kein Einvernehmen erzielbar war<sup>50</sup> – ist somit das Kontaktrecht ein entscheidender Punkt, aber auch die Möglichkeit, die den Eltern obliegenden Aufgaben gerecht auf diese verteilen zu können, was natürlich eine dementsprechende Bereitschaft von Seiten des Nicht-Domizilelternteils voraussetzt.<sup>51</sup>

### **3 BETREUUNGSMODELLE**

Sollten sich Eltern für die Wahl der gemeinsamen Obsorge entscheiden, oder sie die Anordnung durch das Gericht iSd § 180 (2) ABGB erhalten haben, stellt sich zugleich die Frage der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung derselben. Wer betreut das Kind wie und wo? Der österreichische Gesetzgeber hat diesbezüglich eine eindeutige Vorgabe

---

<sup>47</sup> Ausführlich dazu *Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 50; ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26 f.

<sup>48</sup> „Rechtspflegergesetz“, BGBl 1985/560.

<sup>49</sup> *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge 45.

<sup>50</sup> Ausführlicher *Barth/Jelinek in Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch, 138.

<sup>51</sup> Siehe hierzu *Beclin in Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 203.



getroffen, welche jedoch nicht unbedingt auf breite Zustimmung seitens der Wissenschaft oder der Eltern stößt. In der Praxis bildeten sich deshalb auch, losgelöst vom gesetzlichen „Idealbild“, abweichende Betreuungsformen, welche nun im Folgenden beleuchtet werden sollen.

### 3.1 Heim erster Ordnung

Leben die Eltern zusammen und besteht die gemeinsame Obsorge entweder ex-lege nach § 177 (1) ABGB, oder wurde sie iSd § 177 (2) ABGB vereinbart, so muss man sich natürlich nicht die Frage stellen, wo bzw von wem das Kind betreut werden soll.

In Fällen, in denen jedoch keine häusliche Gemeinschaft besteht, ordnet das Gesetz durch § 177 (4) Satz 1 ABGB an, dass die Eltern einen Haushalt bestimmen müssen, in welchem das Kind „hauptsächlich betreut“ werden soll; in der alten Fassung des Gesetzes fand man die Terminologie des „hauptsächlichen Aufenthaltes“,<sup>52</sup> welche jedoch in „hauptsächliche Betreuung“ umgeändert wurde, da man die Tätigkeiten des Elternteils, bei welchem sich das Kind hauptsächlich aufhält, stärker hervorheben wollte. Diese sprachliche Änderung führt nicht zu veränderten Rechten oder Pflichten.<sup>53</sup> Für den Fall einer Scheidung oder Trennung, welche mit einem Verlust der häuslichen Gemeinschaft einhergeht, gebietet § 179 (2) ABGB selbiges Vorgehen.<sup>54</sup> Die Vereinbarung, in welchem Haushalt das Kind nun hauptsächlich betreut werden soll, ist gem § 180 (1) Z 1 ABGB binnen „angemessener“ Frist zu treffen. Grundsätzlich werden hierfür ein paar Wochen zu veranschlagen sein.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Vgl §§ 167 (2), 177 (2), 177a (1) ABGB, idF BGBl I 2000/135.

<sup>53</sup> ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26; *Huber in Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht, 76; siehe ebenso *Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 41 f mwN; siehe auch OGH 24.7.2014, 1 Ob 94/14a, iFamZ 2014/75, 246 = Zak 2014/665, 352 = EF-Z 2015/9, 24 (*Beck*); vgl ebenso *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 6 mwN.

<sup>54</sup> Vgl *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 179 Rz 6; siehe ebenso OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBl-LS 2017/18 = JBI 2017, 101; *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive. Obsorge- und Kontaktrecht sowie verfahrensrechtliche Aspekte, iFamZ 2014, 96 (97 f).

<sup>55</sup> *N.N.*, iFamZ 2010, 129 mwN.

Ebenso ist das Gericht im Rahmen der Anordnung einer „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ – sollte es beide Eltern mit der Obsorge betrauen – aufgrund § 180 (2) letzter Satz ABGB dazu angehalten, einen Haushalt der „hauptsächlichen Betreuung“ bzw einen „Domizilelternteil“ zu bestimmen. Jenem Elternteil, welcher das Kind nicht hauptsächlich betreut, stehen „nur“ Besuchs- bzw Kontaktrechte iSd § 187 ABGB zu. Hervorzuheben gilt die Tatsache, dass aber auch bei diesem Modell, ähnlich dem Doppelresidenzmodell, das Kind zwischen den Eltern ebenfalls von Zeit zu Zeit hin- und her wechselt;<sup>56</sup> ein Wechsel im Rahmen eines anderen Modells (konkret iRd Doppelresidenz) dürfe also nicht primär als belastender angesehen werden.<sup>57</sup> Die Kinder leben bei einem Elternteil und besuchen den jeweils anderen. Trotz dieses „Wechsels“ wird durch den Wortlaut „hauptsächliche Betreuung“ deutlich, dass ein Elternteil überwiegend mit der Betreuung des Kindes bedacht wird;<sup>58</sup> der elementare Unterschied also zum oftmals in der Praxis gelebten Doppelresidenzmodell, bei dem die Betreuungszeiten ja fast oder ganz gleichwertig sind.

### 3.1.1 Begründung der (veralteten?) Haltung des Gesetzgebers

Warum wurde vom Gesetzgeber ein Heim erster Ordnung – auch die Begriffe „Eingliederungsmodell“ oder „Residenzmodell“ werden für dieses Modell gewählt –<sup>59</sup> gewünscht? Antworten bekommt man iR einer Studie der Erläuterungen zur Regierungsvorlage für das KindRÄG 2001.<sup>60</sup> Richtig ist, dass Kindern nach einer Scheidung bzw Trennung eine durchaus schwierige Zeit bevorsteht. Da solche Situationen das Kind in eine instabile Welt gleiten lassen können, empfand man es als notwendig, einst vorherrschende Geborgenheit, Sicherheit und ein von einigermaßen kontinuierlichen Abläufen geprägtes Leben auch nach Trennung bzw Scheidung der Eltern, bei

---

<sup>56</sup> AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31.

<sup>57</sup> Vgl *Barth-Richtarz*, Zwei „Zuhause“ für unsere Kinder. Erfahrungen von Müttern und Vätern mit der Doppelresidenz nach Trennung/Scheidung, iFamZ 2009, 174 (175).

<sup>58</sup> Vgl OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101.

<sup>59</sup> Vgl *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge 34; *N.N.*, iFamZ 2010, 129.

<sup>60</sup> Siehe ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65 f mwN.

Fortbestand oder Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge, zu gewährleisten.<sup>61</sup> Zu beachten ist der Umstand, dass in vergangener Zeit noch ein anderes Bild von einer Familie und der typischen Aufgabenverteilung bei der Erziehung vorherrschend war. Dass aber auch noch im Rahmen des KindNamRÄG 2013 nicht von diesen Ansichten abgerückt wurde, scheint einfach nicht vernünftig begründet werden zu können.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber übersieht beim Festhalten an der (veralteten) Regelung, dass gerade beim Thema Kindeswohl nicht alle Bestimmungen einheitlich jede Situation in angemessener Weise zu regeln vermögen. Insbesondere bei der Ausgestaltung der konkreten Betreuung eines Kindes muss auf dessen individuelle Bedürfnisse und Wünsche Rücksicht genommen werden können.<sup>63</sup> Zudem missachtet der Gesetzgeber auch die Tatsache, dass das Doppelresidenzmodell auch geeignet wäre, den Eltern ein ebenbürtiges Gegenüberstehen zu ermöglichen und so ein „Machtgefälle“ verhindern kann.<sup>64</sup> Obwohl beide Eltern bei der gemeinsamen Obsorge eine entscheidende Rolle im Leben des Kindes spielen sollen, wird es als notwendig empfunden, einen Elternteil als Hauptbezugsperson zu definieren;<sup>65</sup> dies von vornherein so zu regeln, ist mE nicht (mehr) gerechtfertigt.

### 3.1.2 Einbindung des Nicht-Domizilelternteils in das Leben des Kindes

Jenem Elternteil, welcher das Kind nicht hauptsächlich betreut, wird durch § 187 (1) ABGB ein umfangreiches Kontaktrecht eingeräumt. Der nicht-betreuende Elternteil soll intensiv am Leben und an der Entwicklung des Kindes teilhaben können, indem er nicht nur Freizeitaktivitäten mit dem Kind durchleben, sondern es auch in Angelegenheiten des Alltags begleiten und

---

<sup>61</sup> Vgl. *Seeber-Grimm* in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 42 mwN; *Salzgeber*, Das Wechselmodell, NZFam 2014, 921 (924) mwN, wonach gerade für Kinder unter 3 Jahren das Fehlen einer Zuweisung zu einem Heim eine Gefahr bedeuten kann.

<sup>62</sup> Siehe *Beck*, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17 (20).

<sup>63</sup> *Beck*, iFamZ 2015, 20.

<sup>64</sup> Siehe *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009 177.

<sup>65</sup> Vgl. *Barth*, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht. Entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage? iFamZ 2009, 181 (181 f) mwN.

unterstützen soll.<sup>66</sup> Dies kann vom Gericht sogar verbindlich angeordnet werden, sollte es das Kind wünschen oder kein Einvernehmen zwischen den Eltern bestehen. Dem Nicht-Domizilelternteil wird hierbei somit die Teilhabe am Leben bzw. Aufwachsen des Kindes nur über das Kontaktrecht ermöglicht, wenngleich die Befugnisse im Rahmen der gemeinsamen Obsorge natürlich viel weitreichender sind, als bei einem Kontaktrecht und alleiniger Obsorge eines Elternteils.<sup>67</sup> Empfehlenswert wäre, dass sich der Nicht-Domizilelternteil an den Erziehungsstil des hauptsächlich betreuenden Elternteils anpasst.<sup>68</sup>

Bedacht werden muss beim Heim erster Ordnung in diesem Zusammenhang ebenfalls, dass durch die nicht gleichwertige bzw. gleichzeitige Betreuung des Kindes die Praktizierung einer auf Autorität beruhenden Erziehung nicht gewährleistet, also dem Kind kein ordentlicher Rahmen vorgegeben werden kann. Jener Elternteil, welcher das Kind nicht hauptsächlich bei sich betreut, wird eher auf freundschaftliche Art und Weise mit dem Kind zusammenleben und sich womöglich scheuen, fixe Grenzen vorzugeben.<sup>69</sup>

### 3.1.3 „Regelmodell“

Der Gesetzgeber sieht zwar als Betreuungsmodell das Heim erster Ordnung vor, gibt jedoch keine eindeutige bzw. einheitliche Vorgabe, in welchem Ausmaß der andere Elternteil (der „Nicht-Domizilelternteil“) an der Betreuung des Kindes mitwirken kann bzw. soll. Im Namen des Kindeswohls scheint es geboten, ein gewisses Regelmodell zu erarbeiten und vorzuschlagen, da die momentane Gesetzeslage die Frage unbeantwortet lässt, wie der zweite Elternteil sein „besonderes“ Kontaktrecht ausüben

---

<sup>66</sup> Vgl. *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 198.

<sup>67</sup> Siehe *Finke*, Rechtliche Grundlagen und Ausgestaltung der Kindesbetreuung durch Eltern und Dritte, NZFam 2014, 865 (866).

<sup>68</sup> Siehe hierzu *Raunigg/Willmann*, Doppelresidenz: Wechselmodell – Paritätsmodell – Pendelmodell – Wandelmodell, EF-Z 2010/167, 245 (246), wonach auch für das Funktionieren der Doppelresidenz ein nicht zu stark divergierender Erziehungsstil wünschenswert ist, da das Kind andernfalls zu stark belastet werden kann; dies ebenso hervorhebend *Spies*, Das Doppelresidenzmodell nach elterlicher Scheidung – Akzeptanz in Österreich (2010) 31 mwN.

<sup>69</sup> Vgl. *Salzgeber*, NZFam 2014, 925 mwN.

kann/soll, um intensiv an der Erziehung mitzuwirken und eine angemessene und gefestigte Eltern-Kind-Beziehung aufzubauen, ohne dass am Status des Domizilernteils gerüttelt wird, falls ein zu hohes Ausmaß an Betreuung vorliegt. Geht man von einem zeitlichen Umfang von ca einem Drittel – also ca zehn Tage im Monat – aus, so sollten in der Praxis grundsätzlich gute Ergebnisse erzielbar sein, da hierdurch eine gute Vater-(oder Mutter-)Kind-Beziehung aufgebaut bzw erhalten werden kann und den Wünschen des Gesetzgebers nach einer Intensivierung der Kontakte zum Kind, aber auch nach Fortbestehen des Modells eines Heimes erster Ordnung Rechnung getragen werden würde.

Als konkretes Beispiel könnte eine Ausgestaltung dienen, in welcher der andere Elternteil das Kind jedes zweite Wochenende bei sich hat und dann gleich zwei bis drei Wochentage, welche am besten an das Wochenende anschließen sollten, da hierdurch eine Kombination von Freizeitaktivitäten und Betreuung in Alltagsangelegenheiten (zB Schule) gewährleistet werden kann; eine Überschreitung des „üblichen Ausmaßes“ des Kontaktrechts – jedes zweite Wochenende und vier Wochen in den Ferien – kann sich wiederum in der Höhe der Unterhaltsverpflichtung bemerkbar machen (hierzu ausführlicher unter Punkt 6.2.3).<sup>70</sup>

### 3.1.4 Verteilung der elterlichen Aufgaben durch das Gericht im Rahmen des Residenzmodells

§ 180 ABGB sieht lediglich die Möglichkeit für das bzw die Pflicht des Gericht(s) vor, eine gemeinsame Obsorge vorzuschreiben und auch die Kontaktmodalitäten zu regeln, jedoch ist nicht explizit erkennbar, wie eine Verteilung der Aufgaben im Sinne der Wahrung des Kindes-, aber auch, in Zusammenhang damit, des Elternwohls zu erfolgen hat. Sind beide Eltern nicht ausgewogen mit den sie treffenden Aufgaben betraut, so ist es durchaus möglich, dass einerseits eine zu starke Betreuung durch den Domizilernteil

---

<sup>70</sup> *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 200 mwN; siehe zudem *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 187 Rz 6 mwN; vgl auch OGH 30.8.2006, 7 Ob 178/06m; OGH 31.3.2004, 7 Ob 277/03s, ÖA 2005,109, U443; OGH 28.4.2016, 1 Ob 46/16w, Zak 2016/347, 191 = iFamZ 2016/140, 215 = AnwBI 2016,444 = EF-Z 2016/144, 313.

erfolgt, sodass das Kind vom anderen Elternteil entfremdet werden könnte, andererseits aber auch durch die Überlastung meist des hauptsächlich betreuenden Elternteils – welcher ja bei gewissen Angelegenheiten Einvernehmen mit dem anderen Elternteil erzielen muss (dazu später noch ausführlich) – eine Erhöhung der Konfliktbereitschaft zwischen den Eltern entstehen kann, welche sich wiederum möglicherweise negativ auf das Wohl des Kindes auswirkt. So ist aus gesetzlichen Bestimmungen – nicht aber aus § 180 ABGB explizit – die Pflicht ableitbar, eine gerechte Aufgabenverteilung zu gewährleisten; konkret zu nennen ist hier die Pflicht der Wahrung des Kindeswohls nach § 138 ABGB, aber auch der Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 B-VG. Insbesondere sollte der Domizilelternteil in Erziehungstätigkeiten im alltäglichen Leben entlastet werden; aber auch hinsichtlich der Thematik der Pflegefreistellung und Arztbesuche müsste ein ausgewogenes Verhältnis geschaffen werden, um beiden Elternteilen eventuell auftretende berufliche Nachteile zu ersparen.<sup>71</sup>

### 3.1.5 Informations- und Äußerungsrechte im Rahmen des Residenzmodells

Eltern, welche sich einvernehmlich für die gemeinsame Obsorge entschieden haben, werden aufgrund ihrer Haltung bzw persönlichen Einstellung dem Anderen gegenüber und im Namen des Kindeswohls höchstwahrscheinlich keine Probleme bezüglich der Information über das gemeinsame Kind betreffende Neuigkeiten und Anliegen entstehen lassen. Problematischer dürfte sich die Situation jedoch dann gestalten, wenn die gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils vom Gericht vorgegeben wurde und die Eltern, wenn überhaupt, nur den nötigsten Kontakt zueinander suchen (wollen).

Sofern Eltern, welche mit der gemeinsamen Obsorge bedacht wurden, nun der Meinung sind, die andere Person – meist der Domizilelternteil hinsichtlich des anderen Elternteils – nicht über alle wichtigen Angelegenheiten in Kenntnis setzen zu müssen, wird dem durch § 189 ABGB ein Riegel vorgeschoben. Verbrieft ist in dessen Abs 1 Z 1 das Recht des

---

<sup>71</sup> Ausführlich dazu *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 201 f mwN.

Nicht-Obsorgeberechtigten, über sämtliche wichtige Angelegenheiten iSd § 167 (2-3) ABGB (bloß!)<sup>72</sup> informiert zu werden. Damit korrespondiert die Pflicht des mit der Obsorge betrauten Elternteils, sämtliche Informationen mit dem anderen Elternteil zu teilen und auch dessen Äußerungen diesbezüglich ernst zu nehmen, sofern dem Kindeswohl dadurch mehr gedient ist. Diese Ausführungen gelten *expressis verbis* nur für Fälle der alleinigen Obsorge. Für die Konstellation der gemeinsamen Obsorge gibt es keine gesonderte gesetzliche Bestimmung; vielmehr sind gem § 189 (5) ABGB dieselben Bestimmungen auch für einen ebenfalls mit der Obsorge betrauten Elternteil – den Nicht-Domizilelternteil – sinngemäß anzuwenden.<sup>73</sup>

Nun könnte man grundsätzlich der Meinung sein, dass in erster Linie also auch bei der gemeinsamen Obsorge dem anderen Elternteil die gleichen, inhaltlich gering ausgestatteten Informationsrechte zustehen und er oder sie somit in verschiedenen Angelegenheiten im Leben des Kindes „übergangen“ werden könnte, wenn eine Informationspflicht nur in gewissen Fällen besteht.<sup>74</sup> Nicht übersehen werden darf jedoch der Hinweis auf die Wortfolge „sinngemäße Anwendung des § 189 ABGB“. Damit soll klargestellt werden, dass der andere Elternteil bei gemeinsamer Obsorge nicht schlechter gestellt werden darf, als der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil bei einer alleinigen Obsorge.<sup>75</sup>

Problematisch an den Worten der Erläuterungen zum Gesetzestext ist jedoch der Hinweis, dass ein Informationsaustausch eben nur in „wichtigen Angelegenheiten“ erfolgen soll bzw muss. Eine taxative Aufzählung von zustimmungsbedürftigen Vertretungshandlungen findet sich in § 167 (2) ABGB; sollte die Zustimmung hierfür noch ausständig sein, so ist die getätigte Handlung „schwebend unwirksam“ – sie ist also nicht (schon) vorläufig wirksam, mit nachträglicher Beseitigungsmöglichkeit.<sup>76</sup> Nun steht dem

---

<sup>72</sup> Vgl *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 167 Rz 1 mwN.

<sup>73</sup> Siehe *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 189 Rz 16.

<sup>74</sup> Vgl hierzu ausführlich *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 206 mwN.

<sup>75</sup> Siehe ErläutRV 628 BlgNR 24. GP 30.

<sup>76</sup> *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 167 Rz 6 mwN.

anderen Elternteil grundsätzlich auch hinsichtlich anderer nicht „wichtiger“ Gebiete ebenfalls die Obsorge zu, was dazu führen muss, dass er auch hierbei ausreichend informiert wird, um seine Obsorgeaufgaben korrekt bzw zielführend umsetzen zu können. Da schon diesbezüglich nichts in § 189 ABGB angeführt ist, bleibt noch immer der Weg über das Gebot des einvernehmlichen Vorgehens bei Ausübung der gemeinsamen Obsorge (iSd § 137 (2) ABGB).<sup>77</sup> Dies ist explizit nirgends festgeschrieben, jedoch unter anderem ableitbar aus dem Prinzip der Förderung des Kindeswohls – besonders hervorzuheben ist die Wahrung der Rechte, Ansprüche und Interessen des Kindes nach § 138 Z 11 ABGB – und auch aus § 181 (1) ABGB, welcher festhält, dass bei Gefährdung des Kindeswohls die Obsorge durch das Gericht eingeschränkt oder gar entzogen werden kann. Nun wäre durchaus denkbar, dass das Kindeswohl auch bei fehlender einvernehmlicher Vorgehensweise gefährdet sein könnte. Auch in weniger wichtigen Angelegenheiten kann es durchaus sinnvoll sein, dass der Domizilelternteil nicht nur seine eigene Meinung bzw Handlungsvorstellung verfolgt, sondern dass auch der andere Elternteil eventuell besser geeignete Vorschläge einbringt – passend ist hier eine Umformulierung bzw Umdeutung des Sprichwortes „Vier Augen sehen mehr als zwei“ hin zu „Zwei Köpfe denken besser als einer“.

Zur bildhaften Darstellung könnte folgendes Beispiel dienen: Schulische Aktivitäten stellen wohl kaum eine „wichtige Angelegenheit“ iSd § 167 (2) ABGB dar. Jener Elternteil, bei welchem sich das Kind zurzeit aufhält, hat nun aber auch auf das schulische Fortkommen zu achten und erforderliche Handlungen zu setzen. Nun könnte es vorkommen, dass für den folgenden oder übernächsten Tag (das Kind befindet sich momentan beim Domizilelternteil) ein Schulausflug zu einer Ausstellung wie zB der „Körperwelten“ geplant ist. Muss jener Elternteil den anderen informieren und eine Äußerung erhoffen bzw abwarten? Nach gesetzlicher Lage eigentlich nicht, da es sich schließlich dem Grunde nach nicht um eine „wichtige Angelegenheit“ handelt. Nimmt man jedoch auf den Aspekt des Kindeswohls

---

<sup>77</sup> Siehe *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 206 mwN.



Rücksicht, so wäre ein einvernehmliches Vorgehen geboten, um abzuklären, ob ein Besuch einer Ausstellung, in welcher reale Körper toter Menschen dargestellt werden, für das Kind schon angemessen ist. Ein Mensch alleine kann hier bestimmt keine so gute Abwägung treffen, wie zwei zusammen, weshalb nach einer Ausweitung der Informations- und Äußerungsrechte im Falle der gemeinsamen Obsorge für den Nicht-Domizilelternteil auf gesetzlicher Ebene zu verlangen wäre.

### 3.2 Doppelresidenz

Das Betreuungsmodell der Doppelresidenz – auch „Wechselmodell“ oder „Pendelmodell“ genannt – geht vom Wunsch der Eltern aus, das Kind nach der Trennung/Scheidung abwechselnd zu betreuen.<sup>78</sup> Das Kind hat hier keinen hauptsächlichen Aufenthaltsort, an dem es betreut wird. Vielmehr wird es für einen bestimmten Zeitraum alternierend jeweils von einem Elternteil hauptsächlich und in dessen Eigenverantwortung betreut.<sup>79</sup>

Die Aufteilung der Betreuungsleistungen der Eltern im Verständnis eines vollwertigen „paritätischen“ Doppelresidenzmodells würde im Verhältnis 50:50 erfolgen, während von einer „asymmetrischen“ Doppelresidenz zu sprechen wäre, wenn die Verhältnisse zB 60:40 betragen.<sup>80</sup>

Die Häufigkeit eines Wechsels variiert stark und ist meist vom Alter des Kindes abhängig: insbesondere bei Säuglingen erfolgt meist (wenn das Modell praktiziert wird) ein täglicher, bei Kleinkindern ein Wechsel von drei bis vier Tagen oder auch wöchentlich,<sup>81</sup> wogegen bei mündigen Minderjährigen

---

<sup>78</sup> Vgl. *Balloff*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, FPR 2013, 566 (567).

<sup>79</sup> AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563.

<sup>80</sup> Siehe hierzu *Walper*, Das Wechselmodell im Spiegel der Zeit, [http://www.vamv-bw.de/wp/wp-content/files/DasWechselmodellimSpiegelderForschungVAMV\\_12102015.pdf](http://www.vamv-bw.de/wp/wp-content/files/DasWechselmodellimSpiegelderForschungVAMV_12102015.pdf) (abgefragt am 19.12.2016), 22.

<sup>81</sup> Krit hierzu *Salzgeber*, NZFam 2014, 926, da Kinder in diesen Altersgruppen selbst bei kurzen Abwesenheitsphasen hinsichtlich der (Haupt-)Bezugsperson belastet werden können. Jedoch sollte doch mE gerade beim Wechselmodell nicht die eine Bezugsperson vorliegen – vielmehr sollten beide Eltern einen gleichwertigen Bezug zu ihrem Kind herstellen bzw. aufrechterhalten. Natürlich ist es einsichtig, dass in derart jungen Jahren ein immenser Stress für das Kind vorliegen muss, wenn es immer hin- und hergereicht wird und nicht ein festes

die Intervalle immer größer werden können – sogar bis zu einem quartalsweisen Wechsel.<sup>82</sup>

Diese Konstellation der Betreuungsleistungen widersprach (bis zum später noch zu erörternden VfGH-Urteil) grundsätzlich dem ABGB und den Intentionen des Gesetzgebers. Eine gleichmäßige, abwechselnde Betreuung durch Vater und Mutter ist – selbst wenn sie von beiden Eltern einvernehmlich gewünscht wird – nach gesetzlichem Wortlaut nicht erlaubt,<sup>83</sup> wenngleich das Bild in der Realität oft gerade diese Variante bezüglich des Kinderwohls vielleicht eher gebieten würde und auch nicht zu selten tatsächlich anders gelebt wird,<sup>84</sup> dies mittlerweile auch zulässigerweise.

### 3.2.1 Grenze des Residenzmodells zum Doppelresidenzmodell

#### 3.2.1.1 Zeitlicher Aspekt

Wie lange bewegt man sich eigentlich noch im rechtlich „zulässigen“ Rahmen bzw bis wann wird bei einer ausgedehnten Ausübung des Kontaktrechts noch von einem Heim erster Ordnung zu sprechen sein? Sollte sich das Kind – im Falle einer gemeinsamen Obsorge – zB zu 40% bei seinem Vater aufhalten, so liegt eigentlich eine Betreuung zu fast gleichen Teilen vor (iS einer asymmetrischen Doppelresidenz), jedoch ist laut OGH<sup>85</sup> hierbei noch nicht die Grenze zum Vorliegen einer Doppelresidenz zu sehen.

---

Nest hat. Dies wiederum würde – bei jenen Altersklassen – aus der Sicht des Kindeswohls eher für ein Nestmodell sprechen. Zumindest sollten die Eltern beim Doppelresidenzmodell bei Kindern in diesen jungen Jahren abrupte Wechsel vermeiden und zB nach der Übergabe noch eine Weile gemeinsam Zeit mit dem Kind verbringen. Denn würde man sich erst später ein Wechselmodell wünschen, so bildet sich durch das zuvor bereits gelebte Heim erster Ordnung ja schon die Bindung eher zu einem Elternteil, als zu beiden.

<sup>82</sup> Siehe *Sünderhauf*, Wechselmodell (2013) 57; vgl auch *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 175, wo insbesondere Erfahrungen der Eltern diesbezüglich geschildert werden; *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>83</sup> Vgl *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 197, für die Alternative, den Eltern zumindest die Möglichkeit zu bieten, eine ausnahmsweise gerichtliche Genehmigung zu erwirken; siehe ebenso *Beck*, iFamZ 2015, 17; *Seeber-Grimm* in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 42; *N.N.*, iFamZ 2010, 130 mwN; krit *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 7 mwN; vgl auch *Barth*, iFamZ 2009, 182 mwN.

<sup>84</sup> *Beck* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 179 f; vgl ebenso LGZ Wien 12.3.2013, 48 R 2/13v, EFSlg 137.698.

<sup>85</sup> OGH 24.7.2014, 1 Ob 94/14a, iFamZ 2014/175, 246 (*Thoma-Twaroch*) = EF-Z 2015/9, 24 (zust *Beck*) = Zak 2014/665, 352.

Sollte ein Kind also an vier Tagen bei seiner Mutter (im Haushalt der hauptsächlichen Betreuung) wohnen, und an den übrigen drei Tagen der Woche bei seinem Vater betreut werden, so liegt trotz umfangreicherer Betreuungszeiten ein Heim erster Ordnung vor, was aber vor Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013 noch anders gesehen wurde.<sup>86</sup> Die Rechtsprechung orientiert sich hierbei also stark an der quantitativen Komponente der Betreuung.<sup>87</sup>

Derartige Ausgestaltungen der Betreuungszeiten durch die Eltern sind also gesetzlich (noch) zulässig. Eine Vorschreibung eines dem Gesetzeswortlaut „eindeutiger“ entsprechenden Betreuungsverhältnisses – zB Betreuung im Verhältnis 6:4 – ist nicht geboten und auch gar nicht zulässig, zumal eine gerichtliche Intervention nur bei Gefährdung des Kindeswohls vorgesehen ist (siehe § 190 (2) S 2 ABGB).<sup>88</sup> Für die Prüfung, welches Modell nun vorliegt bzw gelebt wird, sind aber nicht nur die Zeiten an sich (Anzahl an Stunden bzw Tagen), zu welchen sich das Kind beim anderen Elternteil befindet, maßgeblich, sondern auch die Tageszeiten. So zählen auch Betreuungsleistungen am Abend oder am Morgen – also um die Nächtigungszeiten – zu relevanten Betreuungseinheiten und können hierdurch zu einem Überwiegen der Betreuungsleistungen auf Seiten eines Elternteils (insbesondere des Domizilelternteil) führen, wodurch nicht (mehr) von einem Wechselmodell gesprochen werden kann.<sup>89</sup> Sollte sich ein Kind beispielsweise (nur) während des Tages beinahe gleich oft beim hauptsächlich betreuenden Elternteil wie beim Nicht-Domizilelternteil befinden, so zählen diese „Tage“ nicht vollwertig und führen zu einer „Minderbewertung“ der Betreuungseinheiten, sodass eventuell dadurch bloß von einem „Residenzmodell“ mit umfangreicheren Kontaktzeiten gesprochen werden kann. Problematisch ist diese Sichtweise jedoch, da die Wertigkeit der

---

<sup>86</sup> Vgl *Beck*, Das zeitgemäße „Heim erster Ordnung“, EF-Z 2015/9, 24 (25) mwN.

<sup>87</sup> Zust *Finke*, NZFam 2014, 868, wonach gerade auf dieser Basis eine klare Abgrenzbarkeit möglich scheint.

<sup>88</sup> *Beck*, EF-Z 2015, 25.

<sup>89</sup> Siehe hierzu BGH 12.3.2014, 12 ZB 234/13, NJW 2014, 1958 = MDR 2014, 662 = FamRZ 2014, 917. Diese Sichtweise ist wohl durchaus auch auf die österreichische Lehre übertragbar.

Betreuung eigentlich unbeachtet bleibt – in der Nacht schläft das Kind immerhin und wird nicht tatsächlich betreut; es konsumiert nur die Schlafräume samt Inventar.<sup>90</sup>

### 3.2.1.2 Aspekt der Betreuungsleistung

Nicht übersehen werden dürfte aber auch der qualitative Aspekt; Psychologen stellen für die Beurteilung, ob aus deren Sicht ein Wechselmodell praktiziert wird, hauptsächlich auf das Bewusstsein des Kindes ab, dass bzw. ob es nach Trennung der Eltern weiterhin bei beiden ein Zuhause finden kann.<sup>91</sup> Die zeitliche Komponente tritt hierbei also eher in den Hintergrund, vielmehr wird unter Psychologen auf die persönliche bzw. psychische Bindung zu einem oder zwei Haushalten abgestellt. Sollte ein Elternteil beispielsweise das Kind nur aus der Ferne über Videotelefonate „betreuen“ bzw. überwiegend nur hierüber Kontakt zum Kind haben, so kann nicht von einer ausreichenden „Beteiligungsmaßnahme“ am Leben des Kindes ausgegangen werden – eine Betreuung im Rahmen einer gemeinsamen Obsorge überhaupt muss somit in entsprechendem Ausmaß persönlich erfolgen.<sup>92</sup>

### 3.2.2 Voraussetzungen für eine Doppelresidenz

Grundsätzlich sollte jedes Betreuungsmodell an den Wunsch der Eltern und nicht nur primär an die Vorgabe eines Gesetzes anknüpfen. Besonders in der Zeit direkt nach der Trennung wünschen sich aber oftmals auch die Kinder eine gleichzeitige Betreuung durch die Eltern, da dies am ehesten der bisherigen Lebenssituation entspricht und somit kein Elternteil an Bedeutung

---

<sup>90</sup> Siehe hierzu insbesondere *Sünderhauf*, Rolle rückwärts im Kindesunterhalt, NZFam 2014, 585 (587) mwN.

<sup>91</sup> *Balloff*, FPR 2013, 567.

<sup>92</sup> OGH 9.9.2013, 6 Ob 155/13g, EF-Z 2014/41, 69 (*Beck*) = EFSIlg 137.696; vgl. ebenso OGH 8.5.2013, 6 Ob 41/13t, EF-Z 2013/106, 164 (*Beck*) = Zak 2013/394, 217 = JBI 2013,501 = Jus-Extra OGH-Z 5390 = iFamZ 2013,212 (*Fucik*) = EvBI 2013/137, 963 (*Gottschamel*) = iFamZ 2013/218, 288 (*Thoma-Twaroch*) = RZ 2013/242, 248 = EFSIlg 137.657 = EFSIlg 137.658 = EFSIlg 137.679 = EFSIlg 137.681 = EFSIlg 137.682 = EFSIlg 137.685 = EFSIlg 137.687 = EFSIlg 137.695 = EFSIlg 137.704 = EFSIlg 138.843; OGH 27.5.2015, 8 Ob 40/15p, Zak 2015/524, 293 = EvBI-LS 2015/141 = Jus-Extra OGH-Z 5865 = Jus-Extra OGH-Z 5866 = iFamZ 2015/167, 202 (*Thoma-Twaroch*).

verliert und Loyalitätskonflikte vermieden werden.<sup>93</sup> Die Wünsche und Bedürfnisse der Kinder sollten somit auch ausschlaggebend sein. Insbesondere der Wille von „urteilsfähigen“ Kindern – die Rechtsprechung nimmt dies ab einem Alter von zwölf Jahren an – wiegt stark, wenngleich Gerichte daran aber natürlich nicht gebunden sind.<sup>94</sup>

Nun stellt sich aber auch die Frage, welche Wünsche wie zu gewichten sind, falls sich diese unterscheiden? Sollten Eltern zB das Wechselmodell wünschen, das Kind aber eine gegenteilige Haltung einnehmen, so könnte man vorschlagen, einen Beobachtungszeitraum festzusetzen – nach dem Modell der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung iSd § 180 (2) ABGB.<sup>95</sup> Der Kindeswille müsste ein zentraler Anknüpfungspunkt für die Entscheidung sein – was mE grundsätzlich für alle Betreuungsmodelle zu gelten hätte.<sup>96</sup> In diesem Zusammenhang sollte erwähnt werden, dass mit steigendem Alter das Interesse von „Kindern“ an intensiven Beziehungen zu den Eltern im Verhältnis zu Kontaktbedürfnissen zu Gleichaltrigen eher abnimmt – so tendieren diese dann eher doch wieder zum Residenzmodell.<sup>97</sup> Der Wunsch der Eltern nach einem Doppelresidenzmodell müsste dann mE dem des Kindes „weichen“.

Weitere Voraussetzungen – neben dem persönlichen Wunsch hierzu – für ein erfolgreiches Praktizieren des Wechselmodells wären zudem, dass kein Elternteil den anderen vor dem Kind in ein schlechtes Licht rückt<sup>98</sup>, beide

---

<sup>93</sup> Hierzu *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 174, wonach es Kindern – laut Meinung befragter Eltern – angeblich eher weniger auf einen fixen Ort ankommt, um sich geborgen zu fühlen, sondern insbesondere auf die Beziehungen zu den Eltern an sich.

<sup>94</sup> Vgl hierzu RIS-Justiz RS0048820; zuletzt OGH 19.7.2016, 10 Ob 53/16s, iFamZ 2016/180, 290 = EF-Z 2016/146, 313; siehe ebenso OGH 27.5.2015, 8 Ob 40/15p, Zak 2015/524, 293 = EvBI-LS 2015/141 = Jus-Extra OGH-Z 5865 = Jus-Extra OGH-Z 5866 = iFamZ 2015/167, 202 (*Thoma-Twaroch*); OGH 26.2.2015, 8 Ob 7/15k, iFamZ 2015/165, 201 = EF-Z 2015/123, 213 (*Beck*).

<sup>95</sup> *Salzgeber*, NZFam 2014, 926 mwN.

<sup>96</sup> Vgl *Salzgeber*, NZFam 2014, 929; aA *Altrogge*, Voraussetzung für die Anordnung eines Wechselmodells, FamFR 2012, 287 (287); siehe ebenso *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>97</sup> *Kollmitzer*, Doppelresidenz in Österreich. Die Perspektive der Väter (2010) 35 mwN.

<sup>98</sup> Vgl OGH 18.12.2014, 3 Ob 212/14v, EvBI-LS 2015/52 = Jus-Extra OGH-Z 5745 = iFamZ 2015/93, 117 = EF-Z 2015/155, 268 (*Beck*), wonach Eltern ua auch den Kontakt zum jeweils anderen Elternteil befürworten und fördern sollten, um als „betreuungsfähig“ zu gelten; ableitbar ist dies zudem aus dem „Wohlverhaltensgebot“ nach § 159 ABGB

Eltern dazu befähigt sind, das Kind angemessen zu erziehen und zu betreuen (hier geht es also wesentlich um die Befähigung der Eltern), die Berücksichtigung des Alters des Kindes (so wird die Doppelresidenz mE für Kleinkinder eher nicht zu empfehlen sein), eine angemessene Entfernung zwischen den Wohnstätten der Eltern, um das kontinuierliche Aufwachsen des Kindes in ein und demselben sozialen Umfeld zulassen – wohnt ein Elternteil beispielsweise am Land, der andere hingegen in der Stadt, so wird das Doppelresidenzmodell nicht empfehlenswert sein<sup>99</sup> – und schließlich die Bereitschaft der Eltern, ein eventuelles Scheitern des Doppelresidenzmodells zu erkennen und zu akzeptieren und eine andere Regelung anzustreben.<sup>100</sup>

Bedeutsam für das Funktionieren ist schließlich auch noch der Hinweis, dass ein Doppelresidenzmodell so knapp wie möglich an den Trennungszeitpunkt anknüpfen sollte, um dem Kind eine gute Möglichkeit bieten zu können, sich mit der neuen Lebenssituation der Eltern auseinandersetzen zu können bzw diese einmal testweise zu erleben.<sup>101</sup>

### 3.2.3 Vorteile und Nachteile der Doppelresidenz

Ein durchaus beachtlicher Vorteil für das Wohl eines Kindes besteht darin, dass Kinder im Rahmen eines Wechselmodells höchstwahrscheinlich weniger am Zeitmanagement der Eltern leiden müssen; sollten diese gerade unpässlich sein – sei es aufgrund eines Berufes oder anderer Angelegenheiten – so müsste das Kind von dritten Personen betreut werden. Bei der Doppelresidenz obliegt nun aber nicht einem Elternteil alleine bzw hauptsächlich die Betreuung, welche es auszugleichen gälte, sondern beiden, was so zu mehr Entfaltungsmöglichkeiten auf Seiten der Eltern, aber auch zu mehr Wohlbefinden auf Seiten des Kindes führen kann, da es überwiegend einfach vom jeweils anderen Elternteil betreut werden kann.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Vgl *Salzgeber*, NZFam 2014, 923.

<sup>100</sup> Hierzu *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>101</sup> *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>102</sup> Siehe *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 175 f.

Zudem müsste nicht mehr über die Regelung von Kontaktzeiten – auf welche der Nicht-Domizilelternteil ja grundsätzlich beschränkt ist – gestritten werden. Beachtet werden muss in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass auch Richter und Sachverständige nur Menschen sind und somit Fehler machen können – also Entscheidungen bezüglich der individuellen Betreuungszeiten dem Kindeswohl eher nicht förderlich sein und womöglich auch zu Streitigkeiten über das Sorgerecht führen können; das Residenzmodell mit den damit verbundenen Kontaktrechten ist somit nicht das Maß der Dinge. Das Wechselmodell hingegen könnte eine wesentliche Erleichterung bzw Vereinfachung herbeiführen, wenn nicht über Zeiten des Kontaktrechts zu streiten ist;<sup>103</sup> weiters muss betont werden, dass auch individuelle Betreuungsregelungen nicht weniger „verwundbar“ bzw fehleranfällig sind als die Situation beim Wechselmodell. Dieses wäre als (notwendiges) Alternativmodell zu einer heilen Familie als beste Möglichkeit zu sehen, dem Kind ein einigermaßen intaktes Leben zu bieten, da ausschließlich über jenes Betreuungsmodell eine Einbindung in das Leben des Kindes erfolgt – das „bloße“ Nutzen von Kontaktzeiten<sup>104</sup> ist nicht als gleichwertig anzusehen –;<sup>105</sup> wengleich gesagt werden muss, dass das Doppelresidenzmodell auch nicht als Standardmodell vorgesehen werden darf!<sup>106</sup> Studien können (noch) nicht eindeutig nachweisen, welches Betreuungsmodell zu bevorzugen wäre. Auch in der Literatur herrscht noch keine eindeutige Sichtweise diesbezüglich.<sup>107</sup> Dies ist mE aber auch nicht erforderlich, ist doch immer die Rede davon, dass Entscheidungen gerade in Obsorgeangelegenheiten grundsätzlich Einzelfallentscheidungen sind.<sup>108</sup> Somit kann grundsätzlich nie – weder in Studien, noch in der Literatur – verallgemeinert werden, welches Betreuungsmodell am geeignetsten zur

---

<sup>103</sup> Vgl *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 175, wonach für Väter oft das Risiko bestehen könnte, von Müttern erst den Zugang zu den Kindern erhalten zu müssen und so erniedrigt werden können – dies kann zu einem Rückzugsverhalten der Väter und so zu weniger Kontakten mit dem Kind führen.

<sup>104</sup> Siehe *Barth*, iFamz 2009, 182, wonach „der andere Elternteil formal besuchsberechtigt ist“.

<sup>105</sup> *Sünderhauf*, NZFam 2014, 585 mwN.

<sup>106</sup> Vgl *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>107</sup> Vgl *Salzgeber*, NZFam 2014, 924 mwN.

<sup>108</sup> Vgl zB RIS-Justiz RS0115719.

Förderung des Kindeswohls erscheint.<sup>109</sup> Dies ist von Fall zu Fall unterschiedlich, führt doch nicht jede Trennung zu denselben familiären (Konflikt-)Situationen.

Zudem solle man nach *Figdor*<sup>110</sup> Kindern nicht ein oder zwei „Zuhause“ vorgeben. Die Definition eines Zuhauses dürfe nicht aufgrund rechtlicher Zuweisungen erfolgen, sondern ausschließlich nach dem Grad der Beziehungen zwischen Kind und Eltern. Wenn jenes ein tolles Verhältnis zu beiden oder auch nur zu einem Elternteil/-en hat, so ist jeweils dort sein Zuhause. Auch diese Ansicht würde für die Zulassung der Doppelresidenz auf gesetzlicher Ebene sprechen.

Dr. *Friedrich*<sup>111</sup> – Vorstand der Universitätsklinik für Neuropsychiatrie des Kindes- und Jugendalters in Wien – spricht sich gegen das Doppelresidenzmodell aus, da bei fehlender „Heim- und Wohnidentität“ eine Persönlichkeitsstörung erwartet werden könne. Dieser Ansicht ist mE nicht zuzustimmen, da einerseits eine Persönlichkeitsstörung viel mehr aufgrund der Trennungssituation und dem damit einhergehenden Loyalitätskonflikt entstehen kann. Das Vorliegen von zwei Orten, an denen sich das Kind zuhause fühlen kann, verhindert doch viel mehr eine Störung in der Entwicklung, als die zwangsweise Festlegung eines Heimes;<sup>112</sup> natürlich alles unter der Voraussetzung der Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit der Eltern. Sollte dies nicht vorliegen, so käme eine Doppelresidenz eigentlich von vornherein nicht in Betracht.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Zust *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>110</sup> Im Interview bei *Barth-Richtarz*, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178 (178).

<sup>111</sup> Im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 179.

<sup>112</sup> Zust AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015, 151 = FF 2015, 31; krit aber *Salzgeber*, NZFam 2014, 924; dies ebenso kritischer einstuftend *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246; siehe hierzu auch *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 174.

<sup>113</sup> Vgl hiefür OGH 28.4.2015, 8 Ob 20/15x, iFamZ 2015/166, 201.



### 3.2.4 Konkrete Ausgestaltung der Doppelresidenz auf gesetzlicher Ebene?

Zur Frage der konkreten Ausformung einer Doppelresidenz ist laut *Figdor*<sup>114</sup> festzuhalten, dass eine eindeutige Vorgabe vom Gesetz nicht gefordert werden kann. Vielmehr müsste die Häufigkeit des regelmäßigen Wechsels des Wohnortes im Einzelfall von den Eltern und dem Kind im tatsächlichen Leben getestet werden. Wenn die konkrete Regelung nicht für alle gut passt, so ist sie einfach zu ändern.

Was muss bzw. müsste aber alles vereinbart werden, damit von einem „richtigen“ und von den Gerichten mittlerweile genehmigungsfähigen Wechselmodell gesprochen werden kann? Reicht bereits die Vereinbarung über die gleichzeitige Betreuung des Kindes oder müssen auch die finanziellen Aspekte dieser Art der Betreuung von den Eltern mitgeregelt werden?<sup>115</sup> Nach einer Mindermeinung läge bei fehlender Vereinbarung über das Finanzielle lediglich ein „erweiterter Umgang“ (nach deutschem Verständnis – in Österreich also „Kontakt“) vor und nicht eine gleichzeitige Betreuung iR eines Wechselmodells. Das bloße Abstellen auf gleichzeitige Betreuungszeiten würde (nach einem Teil der deutschen Rsp) also nicht genügen.<sup>116</sup> Diese Ansicht kann durchaus auf das österreichische „System“ angewandt werden.

### 3.2.5 Fazit zum Doppelresidenzmodell

Festgehalten werden kann somit, dass ein starker Wunsch zur rechtlichen Anerkennung des Doppelresidenzmodells erkennbar ist. Eine Einzelfallentscheidung scheint jedoch stets geboten, da nicht in jedem Fall einer gemeinsamen Obsorge auch das Doppelresidenzmodell gewählt werden sollte. Das Kind müsste zu beiden Eltern bereits eine feste Bindung aufgebaut haben, die räumliche Distanz zwischen den Elternteilen darf nicht

---

<sup>114</sup> Im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 180.

<sup>115</sup> Vgl. *Veith* in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Beck'scher Onlinekommentar BGB<sup>41</sup> § 1687 Rz 11 mwN.

<sup>116</sup> Vgl. OLG Frankfurt 3.4.2013, 2 UF 394/12, FamRZ 2014, 46 f.

allzu groß sein<sup>117</sup> und das Alter des Kindes – keine Empfehlung einer Doppelresidenz bei Kindern im Säuglingsalter (Kinder im ersten Lebensjahr), da das Kind in der ersten Zeit nach der Geburt zu stillen ist (dies ist vorwiegend eine Aufgabe der Mutter) und wahrscheinlich der regelmäßige Wechsel des Wohnortes einen großen Stress für das Kind bedeutet – muss beachtet werden. Zudem ist im Alter eines Säuglings auch noch keine Notwendigkeit zu sehen, diesem einen regelmäßig wechselnden Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen, um eine richtige Beziehung ermöglichen zu können, da Kinder erst ab ca neun Monaten nach der Geburt beginnen, vertraute Personen zu erkennen.<sup>118</sup> Selbstverständlich muss weiters die Bereitschaft der Eltern zur Kooperation und eine dem Kindeswohl entsprechenden Gesprächsbasis vorhanden sein.<sup>119</sup> Sollten die Eltern nicht befähigt sein, zumindest kleinere Uneinigkeiten untereinander einvernehmlich zu regeln und immer das Gericht um eine Klärung des Streites bemühen, so wird man in diesen Fällen zB ein Doppelresidenzmodell – selbst bei gesetzlicher Zulässigkeit – nicht empfehlen können.<sup>120</sup> Eine Förderung des Kindeswohls ist somit nicht nur über die Wahl eines entsprechenden Betreuungsmodells erreichbar, sondern – als grundlegende Voraussetzung insbesondere für das Wechselmodell (natürlich aber auch bereits für die gemeinsame Obsorge an sich) – erst mit Bestehen einer entsprechenden Kooperationsbasis zwischen den Eltern.<sup>121</sup> Festgehalten werden muss aber

---

<sup>117</sup> *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 176.

<sup>118</sup> <http://www.sicherebindung.at/bindungsentwicklung.htm> (abgefragt am 14.1.2017).

<sup>119</sup> *Eich* und *Figdor* im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 179; *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 175; vgl zudem RIS-Justiz RS0128812; zuletzt OGH 19.7.2016, 10 Ob 53/16s, iFamZ 2016/180, 290 = EF-Z 2016/146, 313; siehe weiters OGH 28.4.2016, 1 Ob 46/16w, Zak 2016/347, 191 = iFamZ 2016/140, 215 = AnwBl 2016,444 = EF-Z 2016/144, 313; OGH 17.11.2015, 4 Ob 181/15v, iFamZ 2016/14, 17 (*Thoma-Twaroch*).

<sup>120</sup> Vgl hierzu OGH 28.4.2015, 8 Ob 20/15x, iFamZ 2015/166, 201; aA *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 175, wonach es selbst Eltern, welche häufig miteinander in Konflikt geraten, schaffen, ein Doppelresidenzmodell zu leben, indem zB die Übergabe des Kindes nicht persönlich, sondern beispielsweise über den Kindergarten oder die Schule erfolgt.

<sup>121</sup> OGH 17.11.2015, 4 Ob 181/15v, iFamZ 2016/14, 17 (*Thoma-Twaroch*); aA AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151, FF 2015, 31, wonach die Voraussetzungen für ein Wechselmodell (allgemein benutzte Bezeichnung des Doppelresidenzmodells in Deutschland) grundsätzlich folgendermaßen aufgeschlüsselt werden: „[...] zwei Eltern, die in der Lage sind, sich jeweils gut um die Kinder zu kümmern. Und Eltern, die ihre Kinder lieben.“ Hier erfolgt somit eine klare Trennung der Sphären Eltern-Eltern und jeweils Eltern-Kind; ebenso weniger auf die Kooperationsbasis und -fähigkeit abstellend AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 =

auch, dass grundsätzlich bei allen Betreuungsmodellen ein für das Kind möglichst aggressionsfreies und verständnisvolles Verhältnis zwischen den Eltern herrschen sollte.<sup>122</sup>

### 3.3 Freie Betreuung

Hinter dem Begriff „Freie Betreuung“, auch „free access“ genannt, verbirgt sich ein kaum noch bekanntes Betreuungsmodell, nach dessen Grundgedanken die Kinder ohne jegliche Beschränkung (zB durch Betreuungsregelungen, etc), wann auch immer sie es wünschen, eigenverantwortlich den Kontakt zu jedem der Eltern aufnehmen können. Vorausgesetzt ist selbstverständlich eine gewisse räumliche Nähe der Elternteile. Diese Untergattung des Doppelresidenzmodells dient am besten der Befriedigung der Bedürfnisse von mündigen Minderjährigen, da diese mit zunehmendem Alter ihr Leben selbst in die Hand nehmen möchten.<sup>123</sup>

### 3.4 Nestmodell

Beim „Nestmodell“ – in englischer Version auch „bird nesting“ genannt, da auch bei gewissen Vogelarten immer nur abwechselnd ein Elternteil beim Küken verbleibt, während der andere unterwegs ist, um Futter zu beschaffen und sich das Küken immer im selben Nest befindet<sup>124</sup> – handelt es sich um eine weitere Alternative zum Heim erster Ordnung. Hierbei lebt das Kind nach wie vor in der ehemaligen gemeinsamen elterlichen Wohnung oder in deren Haus, während sich die Eltern dort hinsichtlich ihrer Betreuung des Kindes abwechseln.<sup>125</sup> Grundsätzlich hätte das Kind also (auch) bei diesem Modell einen hauptsächlichen Aufenthalt bzw Haushalt der hauptsächlichen

---

FamRZ 2002/563, wonach es besonders darauf ankommen kann, dass es beim Abgehen von einem bereits praktizierten Wechselmodell zu einem Verlust einer Hauptbezugsperson (bei diesem Modell gibt es ja zwei) kommt und dies für das Kind abträglicher sein kann, als eine schlechte Kommunikationsbasis zwischen den Eltern, da hierdurch die Beziehung zB zum Vater (nachhaltig) gestört wird.

<sup>122</sup> Vgl AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31.

<sup>123</sup> Siehe *Sünderhauf*, Wechselmodell (2013) 58 mwN.

<sup>124</sup> *Sünderhauf*, Wechselmodell (2013) 57.

<sup>125</sup> *Salzgeber*, NZFam 2014, 923.

Betreuung,<sup>126</sup> wenngleich diesem kein einzelner Elternteil vorsteht. Jener Elternteil, welchem das Kontaktrecht zurzeit gerade nicht „zusteht“, verlässt das Objekt, bis er oder sie wieder an der Reihe ist.<sup>127</sup> Der Vorteil liegt eindeutig darin, dass der Lebensmittelpunkt des Kindes unverändert fortbesteht. Man denke an die Tatsache, dass Kinder im Umfeld des „Nests“ ja nach einer gewissen Zeit schon ein soziales Umfeld haben, welches hier nicht gestört werden würde. Der Weg zum Kindergarten oder zur Schule würde sich nicht verändern, die Kontakte zu Freunden könnten ungehindert gepflegt werden.<sup>128</sup> Auch in dieser Hinsicht würde dem Kind eine Kontinuität geboten werden können, welche vom Gesetzgeber<sup>129</sup> – in anderer Ausprägung – ja eigentlich auch gewünscht wird. Ein Negativaspekt für die Eltern ist die Tatsache, dass sich die Lebensbereiche des nun getrennten Paares nach wie vor immer wieder kreuzen und Eingriffe in die jeweils andere Privatsphäre nicht ganz ausgeschlossen sind. Zudem darf man die Kosten dieses Modells ebenfalls nicht unterschätzen, weshalb eine entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit bei den Eltern vorliegen sollte.<sup>130</sup>

Jedoch ist auch dieses Modell, welches sich insbesondere für Übergangszeiten anbietet, „nur“ eine Erscheinung in der Praxis und keine vorgesehene Alternative des Gesetzes.<sup>131</sup> Schließlich wünscht der Gesetzgeber durch den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung nicht eine Zuordnung zu einem gewissen Haushalt (also einer räumlichen Umgebung), sondern zu einem bestimmten Elternteil – einer Person. Eltern können auch nicht argumentieren, es würde dem Kindeswohl iSd § 138 ABGB eher entsprechen, den Ort für die Betreuung beizubehalten, in welchem es bis dato aufwuchs – in seinen eigenen „vier Wänden“. Dem Kind sind „nur“

---

<sup>126</sup> Beck, EF-Z 2015, 25.

<sup>127</sup> Vgl. Braun, Wenig Klarheit im Streit um Kinder. Können Paare, die sich trennen, die Betreuung ihrer Kinder je zur Hälfte übernehmen? <http://www.rechtsanwaeltin-braun.at/news/2016-salzbuerger-nachrichten-doppelresidenz/> (Stand 13.7.2016).

<sup>128</sup> Kager, Das Nestmodell zur Betreuung der Kinder bei Trennung und Scheidung, <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/das-nestmodell-zur-betreuung-der-kinder-bei-trennung-und-scheidung> (abgefragt am 26.7.2016).

<sup>129</sup> Siehe erneut ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65 f.

<sup>130</sup> Vgl. Salzgeber, NZFam 2014, 923.

<sup>131</sup> Vgl. Salzgeber, NZFam 2014, 923.

angemessene Wohnverhältnisse zu bieten und eine Bindung zu beiden Eltern zu ermöglichen; dies ist somit nicht an das bisherige „Nest“ geknüpft.<sup>132</sup>

## 4 BETREUUNGSMODELLE IN DER PRAXIS

### 4.1 Nestmodell

Das Nestmodell ist eine heutzutage nicht (mehr) besonders häufig gewählte Variante, da sie auch höhere Kosten verursacht.<sup>133</sup> In Österreich ist sie absolut unüblich und sehr selten in der Praxis. Um jenes Modell am Laufen zu halten, werden drei Wohnungen benötigt: eine, in welcher das Kind dauerhaft bleibt, eine für die Mutter und eine für den Vater (wenn sie sich gerade nicht beim Kind befinden, also der jeweils andere Elternteil das Nest bewohnt). Insbesondere in Fällen, in welchen Säuglinge oder Kleinkinder betroffen sind, wird das Nestmodell häufig gelebt. Daneben eignet es sich auch als Alternative, um die Zeit bis zur „endgültigen“ Obsorgeregelung bzw. -vereinbarung zu überbrücken.<sup>134</sup>

### 4.2 Doppelresidenz

Obwohl das Gesetz vom Modell des Heimes erster Ordnung ausgeht, versuchen manche Eltern abweichend zu handeln und gleichwertige Obsorge- bzw. Betreuungszeiten vorzusehen, was mittlerweile auch nicht mehr ausgeschlossen ist (dazu ausführlich unter Punkt 5). Teils wird diese Betreuungsform schon vor der Trennung/Scheidung praktiziert und für die Zeit danach einfach übernommen bzw. weitergelebt. Elementare Voraussetzung ist ua einvernehmliches Vorgehen seitens der Eltern.<sup>135</sup> Wichtig für den Erfolg des Doppelresidenzmodells ist aber auch eine grundsätzlich gleichwertige Einstellung der Eltern selbst. So müssen jene bei der gemeinsamen Obsorge nicht in jeder Angelegenheit einvernehmlich vorgehen; jedoch sollten sie gerade beim Wechselmodell ähnliche (individuelle) Werte vertreten, da sich

---

<sup>132</sup> Beck, EF-Z 2015/9, 25.

<sup>133</sup> Vgl. Balloff, FPR 2013, 567.

<sup>134</sup> Sünderhauf, Wechselmodell (2013) 57 mwN.

<sup>135</sup> Vgl. Huber/Täubel-Weinreich, Obsorge 34.

das Kind sonst bei einer gänzlich unterschiedlichen Ausprägung der Lebenshaltung regelmäßig neu anpassen muss und somit in innere Konfliktsituationen geraten kann.<sup>136</sup>

Aufgrund der Abhängigkeit auch vom Alter der Kinder werden andere Betreuungsmodelle – insbesondere das Wechsel- bzw Doppelresidenzmodell – aber auch nicht eindeutig bzw pauschal anzuraten sein. Erkennbar ist, dass das Doppelresidenzmodell gerade in der Altersklasse von sechs bis zehn Jahren gewünscht wird, während in jüngerem Alter (bei Kleinkindern) aufgrund der durch die Wechsel „gestörten“ Möglichkeit, Bindungs- und Betreuungsbedürfnisse befriedigen zu können – die Kinder müssten aber auch hinsichtlich des Wechselvorgangs an sich stressresistent sein, was in jungen Jahren wohl noch nicht wirklich der Fall sein wird –, diese Alternative zum Heim erster Ordnung nicht so häufig gelebt werden kann.<sup>137</sup>

#### 4.2.1 Zusammensetzung des Kreises der Befürworter einer Doppelresidenz

Nicht nur hinsichtlich der Kinder selbst spielt das Alter eine Rolle; so wurde festgestellt, dass die Bereitschaft bzw der Wunsch der Eltern nach einem Wechselmodell mit zunehmendem Alter steigt – insbesondere in der Altersgruppe der 50- bis 59-jährigen Eltern ist der Kreis der Befürworter am größten.<sup>138</sup> Aber auch bezüglich des Geschlechts gilt es hervorzuheben, dass Unterschiede bestehen: so wird das Doppelresidenzmodell überwiegend von Männern gewünscht.<sup>139</sup>

Da Österreich nicht nur (überwiegend) aus städtischem Raum besteht, muss bzw kann man sich auch die Frage stellen, wie das Akzeptanzverhältnis

---

<sup>136</sup> Siehe hierzu *Salzgeber*, NZFam 2014, 925; vgl ebenso *Altrogge*, FamFR 2012, 287. Jedoch muss mE darauf hingewiesen werden, dass sich das Kind doch auch, wenn es sich beim anderen Elternteil (iRd Betreuungsmodells „Heim erster Ordnung“) bloß aufgrund des Kontaktrechts für ein paar Tage aufhält, an dieses (eventuell anders ausgeprägte) Leben (beim Nicht-Domizilelternteil) anpassen muss; diese Ansicht stützend siehe auch AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31.

<sup>137</sup> *Salzgeber*, NZFam 2014, 923 mwN, 926 f mwN; vgl AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563.

<sup>138</sup> Siehe *Spies*, Doppelresidenzmodell 71 f.

<sup>139</sup> *Spies*, Doppelresidenzmodell 74.

zwischen der Stadt und dem ländlichen Bereich aussieht. Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass auch auf dem Land eine positive Haltung dem Wechselmodell gegenüber vorliegt; das Abwärtsgefälle (Stadt–Land) hinsichtlich der Akzeptanz ist aber eher als unbedeutend einzustufen.<sup>140</sup>

Ebenso interessant ist die Frage nach der Relevanz des Bildungsgrades – Personen mit und ohne Maturaabschluss. So könnte man womöglich davon ausgehen, dass eher Menschen mit Matura das Doppelresidenzmodell befürworten würden. Dem ist aber nicht so – ein Unterschied zwischen diesen beiden „Gruppen“ ist kaum wahrnehmbar.<sup>141</sup> Die Annahme dieser Hypothese ist nicht ungerechtfertigt, wenngleich mE doch auch davon ausgegangen werden darf, dass das Bildungsniveau auf das Gefühlsleben bzw die Emotionen und das Verantwortungsbewusstsein der Eltern ihren Kindern gegenüber wohl keine massiven Auswirkungen haben sollte – was schließlich auch in der Studie bestätigt wurde.

Eine weitere Unterscheidungsmöglichkeit böte das jeweilige Familienleben der Eltern – ledig, neue Beziehung, verheiratet, geschieden. Hier wurde festgestellt, dass bei geschiedenen Elternteilen die höchste Bereitschaft für ein Doppelresidenzmodell vorliegt, während die anderen Gruppen eher geringere Bedürfnisse danach hegen.<sup>142</sup>

Weiters darf man aber auch nicht auf die Frage vergessen, wie die eigene Kindheit der Eltern diese bei dem Wunsch nach einem gewissen Betreuungsmodell beeinflusst. Tendieren Personen, die nur bei einem Elternteil aufgewachsen sind, vielleicht eher dazu, ihrem Kind beide Eltern „ermöglichen“ zu wollen? Diese Annahme darf verworfen werden – Erfahrungen mit dem eigenen Aufwachsen haben grundsätzlich keinen nennenswerten Einfluss auf die Akzeptanz des Doppelresidenzmodells.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Spies, Doppelresidenzmodell 74 f.

<sup>141</sup> Spies, Doppelresidenzmodell 76 f.

<sup>142</sup> Spies, Doppelresidenzmodell 77 ff.

<sup>143</sup> Spies, Doppelresidenzmodell 80 f.

Daneben wurde auch das Verständnis über die Wichtigkeit einer Elternrolle in die Untersuchung einbezogen – beeinflusst die Vorstellung der elementaren Wichtigkeit einer Mutter oder das Hervorheben der Gleichberechtigung bzw Wichtigkeit des Vaters die Akzeptanz. Die Antwort darauf lautet „Nein“.<sup>144</sup>

#### 4.2.2 Eindrücke aus dem realen Leben

Gerade in bzw nach einer Trennungssituation ist das Kind häufig massiven Spannungen ausgesetzt. Wie steht es nun um die Meinung der Eltern, welches Betreuungsmodell als qualitativ bessere Regelung für die Nach-Trennungszeit dienen kann? Gerade Väter äußerten die Befürchtung, dass bei Unterbleiben der Praktizierung eines Doppelresidenzmodells der Kontakt zu den Kinder nur im Rahmen der „Wochenendregelung“ erfolgt wäre und die Eltern wahrscheinlich häufig um die Kinder gestritten hätten – unter anderem sei erst durch eine gelebte Doppelresidenz und nicht durch das Residenzmodell das „Funktionieren einer Trennung bzw Scheidung“ möglich geworden.<sup>145</sup> Besonders ein Zitat, welches in der Studie aufscheint, vermag einen deutlichen Standpunkt hinsichtlich der Betreuung gemeinsamer Kinder nicht aller, aber wahrscheinlich doch sehr vieler Elternteile wunderbar auf den Punkt zu bringen: „Wir sind kein Paar mehr, aber wir bleiben Familie.“<sup>146</sup>

##### 4.2.2.1 Regelung der Betreuungsmodalitäten

Der Haushalt der hauptsächlichen Betreuung wird überwiegend bei der Mutter definiert; daneben kann es aber auch Fälle (mit zB zwei Kindern) geben, in welchen sowohl der Vater als auch die Mutter für jeweils ein gemeinsames Kind Domizilelternteil ist. Hinsichtlich der zur Zeit der Studie vorhandenen Rechtslage – vor der VfGH Entscheidung, welche die Doppelresidenz faktisch für zulässig erklärte – gab es Interessantes festzustellen: Obwohl der Lebensmittelpunkt immer bei einem Elternteil liegen musste – und es formell ja immer noch muss – schafften es Eltern irgendwie

---

<sup>144</sup> *Spies*, Doppelresidenzmodell 81 f.

<sup>145</sup> *Kollmitzer*, Doppelresidenz 60 f.

<sup>146</sup> Bei *Kollmitzer*, Doppelresidenz 65.



auch offiziell eine Vereinbarung über eine Betreuung im Verhältnis 50:50 zu erwirken, wobei auch Regelungen mit leichten Abweichungen auffindbar sind. Daneben wurde teils auch das Unterbleiben von allfälligen Unterhaltszahlungen vereinbart oder auch die gegenseitige Leistungen von Unterhalt an den anderen Elternteil, was durchaus auch erfolgreich ablief; in einem bekannten Fall wurde sogar ein eigenes „Familienkonto“ eingerichtet.<sup>147</sup> Jene Familien, die sich nicht über die „Anerkennung“ ihres Wechselmodells freuen durften – also zB das Residenzmodell offiziell leben mussten – vereinbarten die Doppelresidenz zum Teil einfach „schwarz“, was natürlich auch dazu führt, dass offiziell eine Unterhaltsverpflichtung besteht. Nicht alle Richter ließen sich somit von den häufigen Versuchen mancher Eltern, den Betreuungswunsch doch „abgesegnet“ zu bekommen, in ihrer gesetzestreuen Haltung „stören“. Die Grundposition der meisten Eltern wird vermutlich sein, dass der Rechtsweg ohnehin erst dann beschritten wird, wenn eine familieninterne Regelung nicht möglich scheint.<sup>148</sup>

#### 4.2.2.2 Anpassung der Eltern aneinander

Auch hinsichtlich des gewünschten ähnlichen Erziehungsstils bzw ähnlicher Wertvorstellungen gibt es Erkenntnisse aus der Praxis. So sind Unterschiede für die Kinder laut Angaben mancher Vätern gar nicht so problematisch bzw können sich die Kinder durchaus gut an veränderte Situationen anpassen – die Kindern finden heraus, was sie bei welchem Elternteil tun können oder ihnen ist bewusst, dass sich die Eltern auch untereinander noch koordinieren. Auch wenn es zwei etwas unterschiedliche Richtungen geben kann, so bedeute dies noch lange keine Beeinträchtigung der Kinder.<sup>149</sup>

---

<sup>147</sup> Zur Beachtung des Zusammenhangs zwischen Umfang der Betreuungsleistungen und Unterhalt auch in der Judikatur siehe ausführlich unter Punkt 6.2.3.

<sup>148</sup> *Kollmitzer*, Doppelresidenz 61 ff.

<sup>149</sup> *Kollmitzer*, Doppelresidenz 78.

#### 4.2.2.3 Dauer der Praktizierung und Frequenzen der Wechsel

Der Zeitraum, in welchem ein Betreuungsmodell (hier die Doppelresidenz) gelebt wurde bzw wird, variiert von 3 bis 18 Jahren, mit einem Durchschnitt von ca 7,5 Jahren, wobei der Beginn meist gleich an die Trennung der Eltern zeitlich anknüpfte.<sup>150</sup>

Interessant ist, dass die Wechsel auch häufig in sehr kurzen Intervallen erfolgten – ca alle zwei bis drei oder zwei bis fünf Tage. Dass dies für Kinder mitunter auch anstrengend sein kann, liegt auf der Hand. Daneben sind aber auch wochenweise Wechsel (eine Woche oder auch zwei) vorzufinden, wobei immer betont werden muss, dass diese Regelungen nicht ausschließlich starr gehandhabt, sondern familienintern auch flexibel an bestimmte Situationen angepasst werden.<sup>151</sup> Die regelmäßigen Wechsel bzw das Praktizieren des Doppelresidenzmodells werden/wird von den Eltern – konkret von den Vätern, da die Studie insbesondere diesen Elternteil betrifft – als eher nicht gefährdend für das Kindeswohl eingeschätzt. Wohl bemerken sie, dass die Situation manchmal „lästig“ sein kann, aber richtig belastend anscheinend nicht – nur der Ablauf an sich (das regelmäßige neue Packen für den jeweils anderen Haushalt) wirkt(e) sich teils negativ aus, jedoch scheinen die Eltern auch hierfür Lösungen parat zu haben; so verlängern sie entweder die Intervalle oder sie übernehmen diese Aufgabe (zB das Einpacken) für das Kind selbst.<sup>152</sup>

## 5 RICHTERRECHT – OBJEKTIVES RECHT?!

### 5.1 Gesellschaftlicher Rahmen

Stein des Anstoßes zu einer (neuerlichen) umfangreichen Diskussion über das Betreuungsmodell „Heim erster Ordnung“ und den Umgang des Rechtswesens mit vom Gesetz abweichenden, wie zuvor erörtert in der

---

<sup>150</sup> Kollmitzer, Doppelresidenz 67.

<sup>151</sup> Kollmitzer, Doppelresidenz 68 f.

<sup>152</sup> Kollmitzer, Doppelresidenz 80.

Realität aber gelebt, Modellen bildete eine Entscheidung des VfGH<sup>153</sup>, welche im Folgenden nun erörtert werden soll.

Oftmals gibt es keine Grundlage für eine eindeutige Entscheidung, von welchem Elternteil das Kind hauptsächlich betreut werden soll, da zB das Doppelresidenzmodell schon einige Zeit einfach gelebt wurde, nun aber aufgrund der aktuellen Gesetzeslage eine eindeutige Entscheidung – im Namen des Kindeswohls – gefordert wird. Mittlerweile wird das Festhalten am „Eingliederungsmodell“ nicht durchwegs für wünschenswert empfunden und nach einer Änderung der Gesetzeslage verlangt. Insbesondere die Argumentation des österreichischen Gesetzgebers wird in Fachkreisen als nicht zeitgemäß angesehen – laut *Eich*<sup>154</sup> stellt sie vielmehr einen „Restposten bürgerlicher Familienromantik“ dar. Leider scheint in der heutigen Zeit das stabile Heim für ein Kind mehr und mehr im Verschwinden begriffen zu sein. Die Gesellschaft wird schnelllebiger, Umzüge in andere Gebiete und somit die Trennung vom einstigen sozialen Umfeld werden häufiger. Kinder wachsen somit vermehrt in einer unsicheren, fragilen Welt auf – ein Schutz dieses einen sicheren Heimes wäre also nicht mehr generell geboten. Ein weiterer Aspekt für eine Änderung dieser nicht mehr zeitgemäßen Gesetzeslage ist zudem die Tatsache, dass Kinder durch zwei Haushalte, in welchen sie sich einnisten können, auch mehr Chance auf ein ruhiges Aufwachsen erhalten können. Sollte es im Haushalt der hauptsächlichen Betreuung zu Störungen des „Regelkreises“ kommen, so hat das Kind – im Falle des Modells „Heim erster Ordnung“ – keine andere richtige Zufluchtsstelle, welche ihm auch über einen längeren Zeitraum Sicherheit und Geborgenheit bieten kann. Zu denken sei insbesondere an Änderungen in der familiären Struktur im Haushalt des Domizilelternteils, wie das Einziehen eines neuen Partners, dessen Kinder oder gar der Geburt eines neuen Kindes, welches von jenem abstammt. Natürlich muss für ein funktionierendes Doppelresidenzmodell ein Klima zwischen den getrennten Eltern herrschen, welches diese Betreuungsart ermöglicht.

---

<sup>153</sup> VfGH 9.10.2015, G 152/2015, iFamZ 2015/200, 270 = ÖJZ 2015/127, 961 (*Pilnacek/Hopf/Fucik*) = JBI 2015, 768.

<sup>154</sup> Hierzu und im Folgenden *Eich* im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 178.

## 5.2 Der Anlassfall zu VfGH G 152/2015

Wie vom Gesetz vorgesehen, trafen die Eltern eines minderjährigen Sohnes im Zuge ihrer Scheidung vor dem BG eine Vereinbarung iSd § 179 ABGB und wählten den Fortbestand der gemeinsamen Obsorge. Zugleich sollte sich der Ort der hauptsächlichen Betreuung bei der Mutter befinden. Die Eltern wünschten eine Ausgestaltung der Betreuung zu je gleichen Teilen – ein wöchentlicher Wechsel des Aufenthaltsortes zwischen Mutter und Vater wurde zunächst per Beschluss genehmigt. Kurze Zeit später entschied sich die Mutter, die alleinige Obsorge zu beantragen, woraufhin das Erstgericht tatsächlich wunschgemäß – trotz anders lautenden Begehrens seitens des Vaters – entschied, da nach alter Rechtslage für eine gemeinsame Obsorge Einvernehmen vorliegen musste. Mit Inkrafttreten der geänderten Gesetzesbestimmungen stellte der Vater nun erneut einen Antrag, ihm die alleinige Obsorge, in eventu die gemeinsame Obsorge – dann auch den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung – zuzuweisen; diese Begehren wurden zunächst abgewiesen. In der Folge kam es zu einer mündlichen Verhandlung, in welcher der Vater einen jährlichen Wechsel des Ortes des hauptsächlichen Aufenthaltes beantragte, aber auch für den zuvor praktizierten wöchentlichen Wechsel des Aufenthaltsortes plädierte. Das Gericht entschied in seinem, in der Folge angefochtenen Beschluss, dass nun wieder die gemeinsame Obsorge auszuüben sei, dass aber die hauptsächliche Betreuung im Haushalt der Mutter – ohne jährlichen Wechsel – erfolgen solle. Gegen die wöchentlich wechselnde Betreuung hatte es nichts einzuwenden.

Das einst gelebte Doppelresidenzmodell wurde vom Erstgericht somit wahrgenommen und floss auch maßgeblich in die Entscheidung ein, da es für die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge sprach. Auch gegen die Kontaktregelung im Sinne dieses Modells hegte das Erstgericht keine Bedenken, wenngleich das Gericht aufgrund § 180 (2) letzter Satz ABGB dazu verpflichtet wird, einen Haushalt der hauptsächlichen Betreuung festzulegen.<sup>155</sup> So musste sich das Gericht zwangsweise zu einer

---

<sup>155</sup> Vgl. *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*<sup>1.04</sup> § 180 Rz 28.

Entscheidung durchringen, und wählte den Haushalt der Mutter. Für die Anordnung eines regelmäßigen Wechsels der (hauptsächlichen) Betreuung – was der bisher gelebten Situation entsprach – vermochte das Gericht zwar keine potenzielle Gefährdung des Kindeswohls zu erkennen, jedoch war und ist eine Anordnung einer solchen Ausgestaltung aufgrund der aktuellen Rechtslage schlicht nicht möglich, da das Gesetz eine derartige Betreuungsform nicht vorsieht. Da dem Kindesvater diese Entscheidung Unbehagen bereitete, beantragte er im Rekurs, ihm die hauptsächliche Betreuung zu übertragen; sollte diesem Begehren nicht stattgegeben werden, wurde erneut das Doppelresidenzmodell beantragt. Ein „Hinnehmen“ der Rechtslage kam für ihn nicht in Frage, da sich sogar der Richter im ersten Prozess nicht abwertend über einen Wechsel der hauptsächlichen Betreuung geäußert haben soll. Die Mutter des Kindes sprach sich gegen ein Doppelresidenzmodell aus.

Das Gericht nahm zum Rekurs ebenfalls Stellung und sprach sich für eine grundsätzliche Möglichkeit der Abstimmung auf Einzelfälle aus – somit für eine mögliche Abänderung der Gesetzeslage, um dem Kindeswohl entsprechende und förderliche Entscheidungen treffen zu können. Selbst wenn aus erhobenen Fakten bereits eindeutig „erfolgreich“ gelebter Modelle, aber auch aus Gutachten herangezogener Sachverständiger ein klarer und vor allem für das Kind passender Weg erkennbar würde, verhinderte eine zu starre und veraltete Gesetzeslage eine Entscheidung im Sinne aller Beteiligten. Vielmehr käme es zu Eingriffen in die Familienautonomie – hervorzuheben sei hier insbesondere das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>156</sup> – in Situationen, wo es keinesfalls erforderlich scheint. Dadurch, dass nicht eine „bloße“ Präferenz hinsichtlich des Heimes erster Ordnung vorliege – mit zumindest möglicher, ausnahmsweiser gerichtlicher Genehmigungspflicht, sollte das Doppelresidenzmodell angemessener erscheinen<sup>157</sup> – liegt laut *Beck*<sup>158</sup> auch

---

<sup>156</sup> Ausdrücklich verankert in Art 8 EMRK und Art 7 GRC. Beide Bestimmungen stehen jedoch unter „Eingriffsvorbehalt“; das bedeutet, dass unter gewissen engen Voraussetzungen eine Einschränkung vorgenommen werden darf.

<sup>157</sup> *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 197.

eine Verletzung des BVG-Kinderrechte<sup>159</sup> vor; ein Verstoß gegen dessen Art 1 scheint vorhanden zu sein. In der Tat wirkt dieses Argument mE gerechtfertigt, ist doch hier ausdrücklich davon die Rede, dass „bestmögliche Entwicklung, Wahrung der Interessen des Kindes“ und explizit das „Wohl des Kindes“ zu beachten sind. Ein Zuwiderhandeln durch den Gesetzgeber, welcher meint, ein Kind benötige Stabilität, Sicherheit, Geborgenheit und ein festes Umfeld, dabei jedoch übersieht, wie dies auch im Einzelfall gefördert werden kann, scheint hier durchaus vorzuliegen.<sup>160</sup> Die „Anweisung“ dieses Gesetzes im Verfassungsrang richtet sich grundsätzlich an öffentliche und private Einrichtungen, jedoch sei auch der Gesetzgeber selbst daran gebunden.<sup>161</sup>

Eltern, welche zum Wohl ihres Kindes einvernehmliche Regelungen schaffen können, würden sich sowieso nicht an diese Regelungen halten – es käme laut Erstgericht häufig zum Abschluss von Scheinverträgen; die Wirklichkeit sieht also meist anders aus.

Eingriffe des Gesetzgebers in Grundrechte müssen einem der in Art 7 BVG-Kinderrechte genannten Zwecke dienen und sich auch am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientieren. Da die aktuelle Rechtslage aber wie bereits erwähnt keine Einzelfallentscheidungen zulässt, scheint in gewissen Fällen eine Gefährdung des Kindeswohls nicht auszubleiben, wodurch ein Verstoß gegen Art 1 BVG-Kinderrechte angenommen werden kann.<sup>162</sup>

Aus zuvor genannten Erwägungen – hinzu kommt noch ein möglicher Verstoß gegen Art 14 EMRK (Verbot der Diskriminierung) und gegen Art 7 B-VG (Gleichbehandlungsgebot), da mit der „Wahl“ eines Ortes der

---

<sup>158</sup> Beck, iFamZ 2015, 19 f.

<sup>159</sup> „Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern“, BGBl I 2011/4.

<sup>160</sup> Laut AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563 führt schon die Trennung alleine zu einem großen Verlust des Stabilitätsgefühls und könnte durch einen häufigen Aufenthaltsortwechsel auch verstärkt werden. Nicht übersehen werden dürfe aber die Tatsache, dass es insbesondere an den Eltern liegt, dem Kind ein Gefühl von Sicherheit und Stabilität zu geben, indem sie an ihrem post-Trennungsverhältnis arbeiten – ein Betreuungsmodell alleine stellt nicht die primäre Ursache dar.

<sup>161</sup> Vgl VfGH 11.12.2014, G 18/2014, iFamZ 2015/1, 4 (Pesendorfer); Beck, iFamZ 2015, 19 mwN.

<sup>162</sup> Siehe Beck, iFamZ 2015, 19 f.

hauptsächlichen Betreuung ja auch eine Schlechterstellung eines Elternteils bewirkt wird – wurden Bedenken ob der Verfassungskonformität der gesetzlichen Bestimmungen, welche das Heim erster Ordnung vorsehen, laut; konkret gegen: §§ 177 (4), 179 (2) und 180 (2) ABGB. Es kam in der Folge zu einem Antrag auf „konkrete Normenkontrolle“ beim VfGH nach Art 89 (2) iVm Art 140 (1) Z 1 lit a B-VG. Nichts desto trotz war die Entscheidung nach geltender Rechtslage und somit auch zwangsweise potenziell zum Nachteil des Kindeswohls zu treffen.

### 5.2.1 Legislative vs. Judikative

Trotz ausführlich dargelegter Bedenken kam der VfGH nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung zum Ergebnis, dass die angefochtenen Bestimmungen nicht verfassungswidrig seien. Zugleich erlebt das Wort „Interpretation“ gesetzlicher Bestimmungen eine neue Bedeutung, da der VfGH bemüht war, eine für die Betroffenen doch noch annehmbare Lösung zu finden, wenngleich der Weg natürlich auch viel einfacher und aus meiner Sicht rechtspolitisch auch logischer bzw wünschenswerter gewesen wäre, hätte das Höchstgericht dem Begehren des Landesgerichts (als Rekursgericht in der konkreten Streitsache) Folge geleistet.

Ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK) wurde vom VfGH zwar festgestellt<sup>163</sup> – auch die Bindung eines Kindes zu seinen Eltern, sowohl während aufrechter Beziehung zwischen den Eltern, als auch nach deren Trennung<sup>164</sup>, wird von diesem Grundrecht

---

<sup>163</sup> AA hierzu *Khakzadeh-Leiler*, iFamZ 2014, 97 mwN.

<sup>164</sup> Durch das Urteil EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger geg Deutschland*, Nr 22028/04, EuGRZ 2010, 25 = FamRZ 2010, 103 = FuR 2010, 214 = JAmt 2010, 155 = NJW 2010, 501 = ÖJZ 2010, 138 = ZKJ 2010, 112 wurde ausdrücklich festgehalten, dass eine zu schützende Familie nicht erst durch Eheschließung entsteht, sondern ebenso bei „bloßen“ Lebensgemeinschaft. Auch das Verhältnis von Eltern zum unehelichen Kind wird als Familienverhältnis angesehen und unter den Schutzmantel des Art 8 EMRK gestellt. In EGMR U 21.12.2010, *Anayo geg Deutschland*, Nr 20578/07, EuGRZ 2011, 124 = FamRZ 2011, 269 = FPR 2013, 275 = JAmt 2011, 215 = NJW 2011, 3565, als auch in EGMR U 3.2.2011, *Sporer geg Österreich*, Nr 35637/03, EF-Z 2011, 56 (*Nademleinsky*) = Zak 2011, 48 = ÖJZ 2011/525 wird klargestellt, dass als Anknüpfungspunkt hierfür die Qualität der Beziehung der Eltern zum Kind ausschlaggebend sei; sogar beim bloßen Kontaktwunsch und bei redlichen Bemühungen, einen Kontakt zum Kind aufbauen zu können, wird vom EGMR ein gerechtfertigtes Schutzbedürfnis iSd Art 8 EMRK erkannt – auch „beabsichtigtes Familienleben“ kann unter Schutz stehen.

erfasst –, da offensichtlich ein staatlicher Eingriff in die freie Gestaltung des Familienlebens vorliegt<sup>165</sup>, indem zwingend ein Haushalt der hauptsächlichen Betreuung vorliegen muss und somit eine freie Gestaltung des Familienlebens in diesem Bereich nicht möglich scheint.

Eingriffe in Art 8 EMRK werden nun aber nicht a priori ausgeschlossen. Art 8 (2) EMRK beinhaltet einen „materiellen Gesetzesvorbehalt“; Einschränkungen sind nicht unbegrenzt möglich, sondern nur unter engen Voraussetzungen. Eine staatliche, eingreifende Maßnahme muss gesetzlich vorgesehen sein, ein im Vorbehalt erwähntes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft nötig, also „verhältnismäßig“ sein.<sup>166</sup>

#### 5.2.1.1 Normenkontrollverfahren

Der VfGH prüft Eingriffe in Grundrechte nach folgendem Schema im Rahmen der „Verhältnismäßigkeitsprüfung“:<sup>167</sup>

1. Soll das öffentliche Interesse gewahrt werden?
2. Kann bezwecktes Ziel mit in Frage gestellter Regelung erreicht werden – ist es also ein „geeignetes“ Mittel?
3. Handelt es sich beim konkreten Eingriff um das mildeste Mittel – ist es also „erforderlich“?
4. Liegt Adäquanz zwischen dem legitimen Ziel und der durch die Maßnahme beeinträchtigten Rechtssphäre vor?

Aufgrund zweier Intentionen des Gesetzgebers vermochte der VfGH ein legitimes Ziel – im konkreten Fall insbesondere der Schutz der Gesundheit, der Moral, der Rechte und Freiheiten des Kindes –

---

<sup>165</sup> Siehe hierzu EGMR U 26.5.1994, *Keegan geg Irland*, Nr 16969/90, EuGRZ 1995, 113 = FamRZ 1995, 110 = NJW 1995, 2153 = ÖJZ 1995, 70; EGMR U 13.7.2000, *Elsholz geg Deutschland*, Nr 25735/94, DAVorm 2000, 679 = EuGRZ 2001, 595 = FamRZ 2001, 341 = NJW 2001, 2315 = ÖJZ 2002, 71 = ZfJ 2001, 106; EGMR U 11.10.2001, *Hoffmann geg Deutschland*, Nr 34045/96.

<sup>166</sup> Siehe hierzu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) 714; bezüglich Art 8 EMRK siehe konkret EGMR U 13.7.2000, *Elsholz geg Deutschland*, Nr 25735/94, DAVorm 2000, 679 = EuGRZ 2001, 595 = FamRZ 2001, 341 = NJW 2001, 2315 = ÖJZ 2002, 71 = ZfJ 2001, 106; vgl ebenso *Beck*, iFamZ 2015, 18 f mwN.

<sup>167</sup> Hierzu und im Folgenden *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016) 716.



auszumachen: Den Schutz des Kindeswohls<sup>168</sup> und eindeutige Anknüpfungspunkte für andere auf das Kind bezogene Rechtsfolgen<sup>169</sup> (wie zB Kinderbeihilfe, Unterhalt, uvm). Zudem scheinen die gesetzlichen Regelungen zum Schutz des Kindeswohls durchaus geeignet. Bezüglich der Frage der Erforderlichkeit und Adäquanz hielt der VfGH fest, dass den Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich der Ausgestaltung des Obsorgerechts ein größerer Entscheidungsspielraum<sup>170</sup> zukommt. Somit erschienen ihm die zur Prüfung in Frage gestellten Normen dem Grunde nach in Einklang mit Art 8 EMRK zu stehen.<sup>171</sup>

Der gänzliche Ausschluss einer Einzelfallprüfung jedoch wäre nicht mehr gedeckt und somit unverhältnismäßig. Hier stellte der VfGH nun besonders auf den Wortlaut des Gesetzes ab – verhindern die genannten Bestimmungen auch Vereinbarungen der Eltern bezüglich einer gleichmäßigen Betreuung, wenn das Kindeswohl hier nicht nur nicht gefährdet, sondern vielmehr gefördert werden kann? Zur Beurteilung dieser für die Entscheidung über die Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen elementaren Frage orientiert sich der VfGH an Entscheidungen des OGH<sup>172</sup>, welche das Modell der Doppelresidenz – als solches in der Praxis gelebt – berücksichtigten und die Höhe einer Unterhaltsverpflichtung zum Gegenstand hatten. Zudem fanden und finden sich auch in der Literatur Argumente, welche für eine Verpflichtung der Festsetzung eines Haushalts der hauptsächlichen Betreuung bloß der Form halber sprechen und somit in der Praxis auch anders ausgestaltete Modelle neben dem Heim erster Ordnung

---

<sup>168</sup> EGMR U 11.10.2001, *Hoffmann geg Deutschland*, Nr 34045/96; EGMR U 26.2.2002, *Kutzner geg Deutschland*, Nr 46544/99, EuGRZ 2002, 244 = FamRZ 2002, 1393 = ZfJ 2002, 288.

<sup>169</sup> So der VfGH in gegenständlicher Entscheidung.

<sup>170</sup> Siehe EGMR U 8.7.2003, *Sahin geg Deutschland*, Nr 30943/96, EuGRZ 2004, 707 = FamRZ 2004, 337 = FPR 2004, 350.

<sup>171</sup> Vgl *Beck*, iFamZ 2015, 19 mwN.

<sup>172</sup> OGH 28.4.2015, 10 Ob 17/15w, Zak 2015/460, 255 = iFamZ 2015/125, 169 = JBI 2015, 512 = AnwBI 2015, 514 = EF-Z 2015/131, 221; OGH 25.5.2005, 7 Ob 145/04f, ÖA 2005, 146 = EFSlg 110.168; OGH 19.3.2013, 4 Ob 16/13a, iFamZ 2013/88, 131 = EF-Z 2013/115, 173 = Zak 2013/395, 217 = EFSlg 137.921 = EFSlg 137.923 = EFSlg 137.925 = EFSlg 137.926 = EFSlg 137.930; siehe auch OGH 17.9.2015, 1 Ob 158/15i, Zak 2015/683, 394 = JBI 2015, 780 = iFamZ 2015/201, 277 = EF-Z 2016/3, 15 = EF-Z 2016/16, 45, in welcher auf verschiedene Reaktionsmöglichkeiten auf gleichzeitige Betreuung iZm Unterhalt eingegangen wird.

zulassen.

#### 5.2.1.2 Ergebnis

Der VfGH gestattet in seinem Erkenntnis, in einer Einzelfallbeurteilung auch abweichende Vereinbarungen von Eltern zuzulassen, wenngleich die Festlegung einer hauptsächlichen Betreuung lediglich auf dem Papier zu erfolgen habe, um den Anforderungen gewisser anderer gesetzlicher Bestimmungen gerecht zu werden. Ein konkretes bzw generelles Verbot der Doppelresidenz besteht laut VfGH in Österreich somit nicht, obwohl das Gesetz anderes vorsieht, denn ein Ausnahmetatbestand ist im aktuellen Rechtsbestand schließlich nicht vorgesehen, selbst wenn das Kindeswohl besser gefördert werden könnte.<sup>173</sup>

Die „Zulässigkeit“ des Wechsel- bzw Doppelresidenzmodells habe sich nicht (primär) an den Vorgaben des Gesetzestextes, sondern an Voraussetzungen bzw Umständen im realen Leben zu richten; zu beachten seien: gleichzeitige Betreuung des Kindes durch beide Elternteile bereits über eine geraume Zeit, für dieses Betreuungsmodell entsprechende und nötige Vermögens- und Lebensverhältnisse und natürlich auch die Fähigkeit der Eltern untereinander eine dementsprechende Kommunikationsbasis zu schaffen bzw aufrechtzuerhalten und zwischen ihnen auftretende Konflikte nicht über die Kinder zu lösen bzw diese miteinzubeziehen.<sup>174</sup> Ebenso ist von den Eltern eine gewisse Zuverlässigkeit bzw Kooperationsfähigkeit zu fordern. So kann kein Doppelresidenzmodell gelebt werden, wenn ein Elternteil grundsätzlich auch während der (vorgesehenen) Betreuungszeiten durch den anderen Elternteil „Bereitschaftsdienst“ hat, weil bekannt ist, dass dieser oftmals ausfällt und somit das Kind nicht betreuen kann; oder weil ein Elternteil dem anderen keine Unterlagen vorlegen möchte, aus welchen ein einigermaßen verlässlicher Betreuungsplan ausgearbeitet werden könnte.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Vgl Beck, iFamZ 2015,264 (264 f) mwN.

<sup>174</sup> Beck, iFamZ 2015, 265; OGH 28.4.2015, 8 Ob 20/15x, iFamZ 2015/166, 201.

<sup>175</sup> Vgl hierzu OLG Frankfurt 3.4.2013, 2 UF 394/12, FamRZ 2014, 46 f; BGH 12.3.2014, 12 ZB 234/13, NJW 2014, 1958 = MDR 2014, 662 = FamRZ 2014, 917.

Die Möglichkeit, Einzelfälle beachten zu können (besser gesagt, „zu müssen“, um dem Kindeswohl entsprechende Lösungen zu finden), gilt ja eigentlich grundsätzlich bei Entscheidungen in Obsorgeangelegenheiten, so zB bei der Zuweisung der Obsorge an einen bestimmten Elternteil<sup>176</sup> oder auch bei der Einräumung und Ausgestaltung des Kontaktrechts<sup>177</sup> – warum also nicht auch bei Betreuungsmodellen?<sup>178</sup>

Grundsätzlich wäre der VfGH nicht für die Auslegung von Bestimmungen des Zivilrechts berufen, sondern der OGH – selbst wenn der VfGH zu einzelnen Bestimmungen nur Stellung nahm. Daraus ergibt sich, dass untergeordnete Familiengerichte nicht an jene Auslegung des VfGH gebunden sind.<sup>179</sup>

Jedenfalls aber bietet diese heftig diskutierte Entscheidung eine bestimmte Richtung bei der Interpretation der konkreten Normen, indem der VfGH dazu auffordert, den Wortlaut in seiner Weise aufzufassen.<sup>180</sup>

### 5.2.2 Analyse zur Entscheidung G 152/2015<sup>181</sup>

Wie zuvor festgestellt, fand eine Aufhebung der in Frage gestellten gesetzlichen Bestimmungen nicht statt. Eine Verletzung des Art 8 EMRK und des Art 1 BVG-Kinderrechte sei nicht ersichtlich, da die Gerichte die Bestimmungen grundrechtskonform auslegen können bzw sollen.<sup>182</sup> Dies muss natürlich auch für den Abschluss einer Vereinbarung vor dem Standesbeamten bei nicht verheirateten Paaren gelten, welche nach der Trennung die gemeinsame Obsorge vereinbaren möchten.

---

<sup>176</sup> RIS-Justiz RS0115719; RIS-Justiz RS0007101.

<sup>177</sup> RIS-Justiz RS0097114.

<sup>178</sup> Vgl OGH 28.4.2015, 8 Ob 20/15x, iFamZ 2015/166, 201.

<sup>179</sup> *Beck*, iFamZ 2015, 265 f mwN.

<sup>180</sup> *Beck*, iFamZ 2015, 267.

<sup>181</sup> Ausführlich hierzu *Beck*, iFamZ 2015, 264 ff mwN.

<sup>182</sup> AA *Beck*, iFamZ 2015, 265 mwN, welche von einem „erheblichen Spannungsverhältnis“ zu oben genannten Bestimmungen spricht.

Ist das Absehen vom (starren) gesetzlichen Wortlaut durch den VfGH als „innovativ“ zu bezeichnen? Diese Frage ist zu verneinen. Das LGZ Wien wurde ebenfalls – bereits im Jahr 2014 – mit einer Rechtssache befasst, welche das Unterbleiben einer Festlegung eines Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung zum Gegenstand hatte, ohne, dass diese umstrittene Angelegenheit bereits im Anschluss vor den VfGH gelangte. Es handelte sich um einen Fall der (vorläufig) gerichtlich angeordneten gemeinsamen Obsorge<sup>183</sup> für ein außerehelich geborenes Kind, nachdem die Mutter nicht geneigt war, einem Antrag des Vaters auf gemeinsame Obsorge zuzustimmen. Hervorzuheben ist der Umstand, dass das Erstgericht in seiner Entscheidung das Kind nicht einem Haushalt (der hauptsächlichen Betreuung) unterstellte bzw zuwies. Begründet wurde dies mit dem Faktum, dass das Kind nach der Trennung über mehrere Jahre im Sinne des Doppelresidenzmodells betreut wurde – also annähernd im Verhältnis 50:50. Jene Entscheidung des Erstgerichts wurde von der Mutter daraufhin angefochten – mit der Begründung der „unrichtigen rechtlichen Beurteilung“. Das angerufene LGZ Wien hob in seiner Entscheidung hervor, dass in der Praxis immer mehr Fälle einer gelebten Doppelresidenz bekannt werden. Das Gericht schloss sich dem doch großen Teil der Literatur an, welche sich für die Möglichkeit der gleichteiligen Betreuung ausspricht und warf ebenso die Frage auf, warum denn unbedingt von vornherein nur das Heim erster Ordnung zugelassen wird. So gab der Hinweis von *Kathrein*<sup>184</sup>, in gewissen Ausnahmesituationen das Heim erster Ordnung nur als „nominelle Größe“ anzusehen und eine gleichteilige Betreuung zur Wahrung des Kindeswohls zuzulassen, den Ausschlag für die Entscheidung, die gemeinsame Obsorge (vorläufig) aufrecht zu belassen und auch von der Festlegung eines Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung abzusehen, da dies einer Verbesserung der ohnehin schon angespannten Kommunikationslage zwischen den Eltern nur abträglich wäre. Ein gänzlicher Ausschluss des Doppelresidenzmodells würde also – über einen zu erwartenden Anstieg des Konfliktpotenzials zwischen den Eltern – zu einer Gefährdung des

---

<sup>183</sup> ISd § 180 (1) ABGB iVm § 107 (2) AußStrG.

<sup>184</sup> *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23, 197 (203).

Kindeswohls führen.<sup>185</sup>

Auch hier war das Kindeswohl das ausschlaggebende Entscheidungskriterium – Gerichte und Gesetzgeber suchen scheinbar beiderseits das Kindeswohl zu schützen und zu fördern, jeweils aber mit gegenteiligen Auffassungen. Zu guter Letzt habe aber der Gesetzgeber das „letzte Wort“ – seinen Vorgaben ist Folge zu leisten. Kritik an der Entscheidung sei insofern zu üben, als die eigentlich nötigen Voraussetzungen für eine gemeinsame Obsorge – und somit auch (obwohl eigentlich nicht zulässig) für ein Doppelresidenzmodell – vom Gericht nicht sehr streng interpretiert wurden; die geforderte Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Eltern wurde im gegenständlichen Fall unter durchaus fragwürdigen Umständen als ausreichend befunden. Jedoch war nicht über eine „endgültige“ Obsorgeregelung zu befinden, sondern nur über eine vorläufige Regelung.<sup>186</sup>

Schließlich ist noch hervorzuheben, dass durch das Erkenntnis des VfGH auch § 190 (2) ABGB in seiner Bedeutung berührt wird, da der Prüfungsmaßstab des Familiengerichts für eine nachträgliche Kontrolle einer von den Eltern getroffenen Vereinbarung indirekt erweitert wurde. Danach darf bzw hat das Gericht getroffene Regelungen über die Obsorge und auch die Betreuung bei Gefährdung des Kindeswohls aufzuheben und zu ändern.<sup>187</sup> Nun kann das Gericht aber auch – da durch die verfassungskonforme Interpretation auch das Betreuungsmodell der Doppelresidenz vorgesehen werden darf – prüfen, ob nicht ein anderes Betreuungsmodell bloß besser geeignet wäre – dem Kindeswohl also nur dienlicher und nicht ausschließlich abträglich bzw gefährdend wirkt. Der VfGH schien die Meinung *Kathreins*<sup>188</sup>, wonach das Wechselmodell insbesondere dann zulässig sein solle, wenn das

---

<sup>185</sup> LGZ Wien 3.9.2014, 42 R 321/14p, iFamZ 2014/217, 301 (*Thoma-Twaroch*) = iFamZ 2015, 18 (*Beck*) = Zak 2015/11, 14; siehe bereits aber auch LGZ Wien 12.3.2013, 48 R 2/13v, EFSlg 137.698, wonach durch das KindNamRÄG 2013 keine Möglichkeit im Gesetz vorgesehen wird, das Doppelresidenzmodell wählen zu können, dennoch aber eine einvernehmliche „andere“ Regelung möglich sei.

<sup>186</sup> *Beck*, iFamZ 2015, 18 mwN.

<sup>187</sup> Siehe *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 190 Rz 6.

<sup>188</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2013, 204.

Kindeswohl im Einzelfall durch eine andere Regelung, der Festlegung des Residenzmodells, erheblich beeinträchtigt oder überhaupt gefährdet werden würde, dahin gehend falsch gedeutet zu haben, dass es auch bei nur besserer Eignung schon wählbar sein sollte. Der Anknüpfungspunkt des § 190 (2) ABGB war und ist grundsätzlich die Kindeswohlgefährdung und nicht – wie durch G 152/2015 bewirkt – die Kindeswohlförderung. So hätten die Gerichte jeweils zu prüfen (anhand der bereits zuvor genannten qualitativen Voraussetzungen für die gleichzeitige Betreuung), ob die Vereinbarung des Wechselmodells gerechtfertigt – da hierdurch dem Kindeswohl eher entsprochen wird, als beim Heim erster Ordnung – oder aufzuheben ist.<sup>189</sup>

#### 5.2.2.1 Anordnung eines Wechselmodells durch das Gericht?

Bisher ging es hauptsächlich um die rechtlich nicht abgesicherte Möglichkeit, einem Wunsch der Eltern nach gleichwertiger Betreuung, der Doppelresidenz, Folge leisten zu können.

Wie ist die Situation unter Beachtung des relevanten VfGH-Erkenntnisses nun zu beurteilen, wenn ein Gericht von sich aus zum Schluss gelangt, das Wechselmodell wäre dem Kindeswohl förderlicher? Das Gericht kann ja mittlerweile sowohl gegen den Willen eines als auch beider Elternteils/-e die gemeinsame Obsorge als solche anordnen. Das Kindeswohl wäre über den Willen der Eltern zu stellen, sofern nicht gewichtige Gründe in der Sphäre der Eltern einer solchen von vornherein entgegenstehen würden.<sup>190</sup>

Ob nun aber auch das Wechselmodell angeordnet werden kann, wird vom VfGH in seiner heftig diskutierten Entscheidung nicht näher erläutert – eigentlich befasste er sich nur mit Vereinbarungen der Eltern, wobei die ergangene Entscheidung aber nicht nur darauf Bezug nimmt. Daraus folgt, dass ein Gericht auch bei einer diesbezüglich abneigenden Haltung der Eltern die Doppelresidenz anordnen könnte, sofern es meint, das Kindeswohl könne

---

<sup>189</sup> Ausführlich hierzu *Beck*, iFamZ 2015, 267 f.

<sup>190</sup> Vgl hierzu OGH 27.5.2015, 8 Ob 40/15p, Zak 2015/524, 293 = EvBl-LS 2015/141 = Jus-Extra OGH-Z 5865 = Jus-Extra OGH-Z 5866 = iFamZ 2015/167, 202 (*Thoma-Twaroch*).

hierdurch gefördert werden. Übersehen wird dabei aber die elementare Voraussetzung, dass Eltern (aber natürlich auch das Kind selbst) für diese Art des „Familienlebens“ auch bereit sein müssen, andernfalls das Modell nicht dauerhaft und zufriedenstellend gelebt werden kann.<sup>191</sup> Wenn sich Kinder nicht auch selbst wünschen, von beiden Eltern gleichwertig betreut zu werden und ihnen dieses Modell aufgezwängt wird, so wirkt sich dies eher schädlich auf die Beziehung zwischen Eltern(-teil) und Kind aus. Insbesondere die Kinder sind jene das Wechselmodell ausübenden Personen, welche mit einem häufigen Ortswechsel bzw der aus einer (mangelhaften) Planung resultierenden Belastung umgehen können müssen.<sup>192</sup> Nur bei Einvernehmen scheint auch eine Förderung des Kindeswohls durch das Doppelresidenzmodell möglich zu sein, da hier angespannte Verhältnisse im täglichen Leben weniger zu erwarten sind, als bei einer gerichtlichen Anordnung einer derartigen Betreuung. Da diesem doch tiefgreifenden Eingriff in das „Familienleben“ gewiss auch des Öfteren mit einer abweisenden Haltung (mindestens) eines Elternteils begegnet werden wird, bleibt auch noch die Frage, ob die dann grundsätzlich mögliche gerichtliche Durchsetzung (mit „Zwangsmitteln“) noch in irgendeiner Art und Weise dem Kindeswohl förderlich sein kann. Somit darf durchaus festgehalten werden, dass das Modell der Doppelresidenz grundsätzlich gerichtlich nicht angeordnet werden können sollte, sondern eben nur im Einzelfall durch die Eltern vereinbart werden darf.<sup>193</sup> Ausnahmsweise scheint die Möglichkeit einer Anordnung insbesondere dann angemessen zu sein, wenn zB zwischen der Trennung der Eltern und deren Scheidung viel Zeit vergeht und bis zur endgültigen Regelung (auch über die Obsorgemodalitäten) das Doppelresidenzmodell praktiziert wurde. Hier wäre im Interesse des Kindes, sofern das Modell „zufriedenstellend“ und erfolgreich gelebt wurde – aufgrund der Tatsache, dass durch eine Kontinuität auf diesem Gebiet das Kindeswohl eher gefördert werden könnte –, die Möglichkeit einer gerichtlichen

---

<sup>191</sup> Siehe *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010, 246.

<sup>192</sup> *Salzgeber*, NZFam 2014, 924.

<sup>193</sup> Zust *Salzgeber*, NZFam 2014, 929.

Anordnung denkbar.<sup>194</sup>

Somit muss bei gerichtlicher Anordnung einer gemeinsamen Obsorge nach § 180 (2) ABGB nach wie vor ein Haushalt der hauptsächlichen Betreuung definiert werden.<sup>195</sup> Aber auch im Bereich von Ausnahmen – wie gerade erörtert – und einer angeordneten Doppelresidenz ist nach wie vor ein Haushalt der hauptsächlichen Betreuung festzulegen, jedoch nur auf formaler Ebene (siehe sogleich).

#### 5.2.2.2 Der formale Haushalt der hauptsächlichen Betreuung als „Anknüpfungshaushalt“

Durch die Entscheidung des VfGH könnte man – da die Verpflichtung zur Festlegung des Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung ohnehin nur aus formalen Gründen besteht – dazu neigen, anzunehmen, dass es sich hierbei um eine Anordnung von untergeordneter Bedeutung handle, wonach jene nicht „wörtlich zu nehmen sei“. Würde man diese nämlich wörtlich verstehen, so könnte ein Wechselmodell niemals anerkannt werden, da immer ein Elternteil – der Domizilelternteil – überwiegend das Kind betreut („hauptsächliche Betreuung“). Geht man aber eben davon aus, dass es sich nur um einen „Anknüpfungshaushalt“ handelt, so muss hierdurch nicht über die konkrete Betreuungsvariante (in der Praxis) gesprochen werden.<sup>196</sup> Eine gelebte Doppelresidenz ist also durchaus – wie bereits ausgeführt – möglich, wenngleich eine Anpassung der Ausführung „am Papier“ an dieses Modell nicht zulässig ist.

Eventuell könnte die Idee aufkeimen, auch den (formal geforderten) Haushalt der hauptsächlichen Betreuung abwechselnd – etwa wöchentlich, monatlich oder jährlich – festzulegen. Dies wäre aber der gewünschten „Kontinuität und Stabilität“ des Rechtssystems abträglich, da hierdurch zweifelsfrei ein Mehraufwand und Komplikationen zB bei der Abwicklung von Zahlungen bezüglich des Kindes bzw an die Mutter des Kindes

---

<sup>194</sup> Vergleichsweise zur Situation in Deutschland; siehe Punkt 7.1.2.2.3.

<sup>195</sup> Siehe *Beck*, iFamZ 2015, 269.

<sup>196</sup> Siehe *Khakzadeh-Leiler*, Doppelresidenz eines Kindes kann zulässig sein, EF-Z 2016/8, 35 (37 f); vgl ebenso *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 179 Rz 7 mwN.



(Kinderbeihilfe) entstehen könnte/-n. Abgestellt wird hier auf das Funktionieren anderer Bestimmungen, ohne diese ändern zu müssen. Eine zwangsweise vorzunehmende (formelle) Festlegung des Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung führt nun zu einer (zulässigen) Bevorzugung bzw. Besserstellung eines Elternteils, was aber hinzunehmen ist.<sup>197</sup> Zusätzlich steht aber auch der Wunsch nach Kontinuität hinsichtlich der Erziehung des Kindes einem solchen Vorschlag entgegen.<sup>198</sup> Dieser Aspekt hätte hier mE aber nicht viel Gewicht, da bei einem Doppelresidenzmodell ohnehin keine dem Residenzmodell gleichwertige Kontinuität gegeben ist – das Kind ist nach jedem Wechsel mit einer neuen Lage konfrontiert. Inwiefern das Kindeswohl bzw. die Erziehungskontinuität durch den Wechsel des formalen Anknüpfungspunktes noch gefährdet scheinen kann, ist doch fragwürdig.<sup>199</sup> Nichtsdestotrotz kommt also aufgrund der gerade erörterten Meinung der Judikatur ein Wechsel des bloß formellen Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung nicht in Frage.

Die Auswahl eines „Domizilelternteils“ habe sich laut OGH insbesondere danach zu richten, wer bis jetzt überwiegend Aufgaben wie die Geltendmachung der Familien- oder Wohnbeihilfe erledigt hat und ob jener Elternteil nach wie vor für diese „Position“ geeignet sei (ausführlicher hierzu in Kürze).<sup>200</sup>

Festzuhalten ist somit, dass ein Wechselmodell faktisch zulässig ist, wenngleich ein Elternteil primär heranzuziehen sei, um in gewissen Bereichen das Kind rechtlich vertreten zu können – hier gehe es insbesondere um Aspekte wie Familien- oder Wohnbeihilfe oder die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs; aber auch die Vertretung des Kindes vor Behörden soll durch den „nominellen“ Domizilelternteil erfolgen.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i, Zak 2016/622, 332 = EvBI-LS 2016/150 = JBI 2016,780.

<sup>198</sup> Vgl. RIS-Justiz RS0047928; RIS-Justiz RS0047903; zuletzt OGH 17.8.2016, 8 Ob 25/16h, FamZ 2016/179, 290 (*Thoma-Twaroch*); OGH 18.12.2014, 3 Ob 212/14v, EvBI-LS 2015/52 = Jus-Extra OGH-Z 5745 = iFamZ 2015/93, 117 = EF-Z 2015/155, 268 (*Beck*).

<sup>199</sup> Zu dieser Thematik vgl. bereits Punkt 4.2.2.2.

<sup>200</sup> Vgl. OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101.

<sup>201</sup> LG Salzburg 18.12.2015, 21 R 285/15f, EF-Z 2016/91 (*Gitschthaler*); vgl. auch OGH

Die Festlegung eines Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung in sich damit befassenden gerichtlichen Entscheidungen könnte mit eigens auf dessen Zweck abgestimmten Wortfolgen geschehen, beispielsweise durch: „Soweit gesetzliche Bestimmungen an eine hauptsächliche Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils anknüpfen, kommt dieser der Mutter/dem Vater zu.“<sup>202</sup>

### 5.2.2.3 Wahl eines konkreten Domizilelternteils

Die Entscheidung, welchem Elternteil nun dieser Status eingeräumt werden soll, hat sich nun aber eigentlich nicht (mehr) am Kindeswohl zu orientieren – durch die Festlegung welchen Haushaltes (als Ort der hauptsächlichen „Betreuung“) könnte das Kind am wenigsten beeinträchtigt werden? – sondern an der Befähigung der Eltern an sich. Das Kindeswohl ist vielmehr bei der konkreten Betreuung des Kindes bzw deren Regelung zu beachten – legt man hierzu die Auslegung des VfGH zugrunde, der Domizilelternteil müsse ja nur für bürokratische Zwecke festgelegt werden, nicht aber um das Kindeswohl besser zu fördern oder zu schützen. Ausschlaggebend für eine bestimmte Auswahl können insbesondere der Ort, an dem das Kind bisher seinen gemeldeten Hauptwohnsitz hatte, die Beantwortung der Frage, welcher Elternteil bis dato die relevanten Vertretungshandlungen getätigt hat und natürlich auch die Fähigkeit hierzu sein.<sup>203</sup>

So wurde einem einst allein mit der Obsorge betrauten Elternteil, bei nunmehr vorhandener gemeinsamer Obsorge und Doppelresidenzmodell, der Status des (nominellen) Domizilelternteils eingeräumt. Argumentiert wurde, dass dieser schließlich bis dahin die überwiegende Anzahl der Aufgaben übernommen hatte bzw übernehmen musste. Sollte der Nicht-Domizilelternteil nun keine bessere Eignung für diese nominelle Aufgabenzuteilung behaupten,

---

27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101.

<sup>202</sup> Vgl OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i, Zak 2016/622, 332 = EvBI-LS 2016/150 = JBI 2016,780.

<sup>203</sup> Vgl OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101.

so wird jener ehemals gar nicht mit der Obsorge betraute Elternteil auch nicht als Domizilelternteil in Frage kommen.<sup>204</sup>

## **6 ANPASSUNG DES GESETZES AN DIE MÖGLICHKEIT „NEUER“ BETREUUNGSFORMEN**

Aufgrund der Tatsache, dass ein Doppelresidenzmodell nur unter gewissen Voraussetzungen praktikabel erscheint, ist eine pauschale Bevorzugung bzw Verankerung desselben im Gesetzestext nicht empfehlenswert. Da das Kindeswohl beim Thema Obsorge das entscheidende Kriterium für Entscheidungen ist (bzw sein sollte), muss laut *Eich*<sup>205</sup> auf die Wichtigkeit einer verpflichtenden „Anhörung“ des Kindes hingewiesen werden – dies an einem Ort, an welchem das Kind unbeeinflussbar seine Sorgen und Wünsche kundtun kann. Auch die Eltern sollen an einen gemeinsamen Tisch zu einer Beratung gebeten werden können.<sup>206</sup>

Das Gesetz entspricht diesen Wünschen bereits in gewisser Hinsicht. § 105 AußStrG beinhaltet eine jenem Gebot entsprechende Bestimmung, wonach das Gericht, sofern nicht besondere Ausschlussstatbestände iSd Abs 2 vorliegen, das Kind in Verfahren über dessen Pflege und Erziehung oder auch persönliche Kontakte anzuhören hat; grundsätzlich wird dem Gericht also kein Ermessen diesbezüglich zugebilligt. Der Gesetzgeber geht hier jedoch leider nicht näher auf das Umfeld der Befragung ein bzw den Ort, an welchem sie abgehalten werden sollte – anzumerken wäre, dass für das Kind möglicherweise befremdlich wirkende Situationen, wie eine förmliche Verhandlung, vermieden werden, sofern eine Beeinträchtigung des Kindeswohls zu befürchten ist. Zudem sollten die Eltern während des Gesprächs mit dem Richter nicht anwesend sein, um ein möglichst

---

<sup>204</sup> Siehe OGH 19.12.2016, 9 Ob 82/16y.

<sup>205</sup> Hierzu und im Folgenden im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 180.

<sup>206</sup> Einem Beratungsgespräch mehr Bedeutung als dem Abstellen auf die möglichen Schäden durch die Auswirkungen eines Wechselmodells schenkend AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31.

unbelastetes Gesprächsklima zu schaffen.<sup>207</sup> Die Möglichkeit, Eltern zu einem Gespräch zu „bitten“, ist in § 107 (3) Z 1 AußStrG verbrieft. Hervorzuheben ist die Notwendigkeit, dass die Gespräche von einer fachlich qualifizierten Person geführt werden. Diese Person oder Stelle sollten die Eltern frei wählen dürfen, wenngleich deren Eignung vom Gericht zu beurteilen ist.<sup>208</sup>

Zusätzlich sollte das praktizierte Modell nach *Werneck*<sup>209</sup> zu Beginn unter regelmäßiger „Begutachtung“ stehen und im ersten Schritt eine Frist vorgesehen werden, nach deren Ablauf eine längerfristige Regelung getroffen werden kann, die natürlich auch wieder abänderbar ist – eine sich mit dieser Thematik beschäftigende Bestimmung muss somit ausreichend Flexibilität bieten. Um den Eltern bei der Umsetzung Hilfe bieten zu können, wäre eventuell eine Beratungsmöglichkeit auf freiwilliger Basis vorzusehen. So wie es in diversen anderen gesetzlichen Bestimmungen der Fall ist, wären zudem bezüglich der Betreuungsmodelle Ausschlussstatbestände vorzusehen, welche ein gewisses Modell a priori nicht zulassen. Eine vorläufige Regelung ist aktuell insbesondere für den Fall der Änderung der Obsorgemodalitäten im Rahmen einer Entscheidung der Gerichte (siehe § 180 (1) ABGB, § 107 (2) AußStrG)<sup>210</sup> vorgesehen, nicht aber generell – zB wenn die diesbezüglichen Regelungen auf dem Willen beider Eltern beruhen. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht entscheidet, ob es überhaupt eine „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ anordnet oder sofort eine dauerhafte Lösung findet; eine Pflicht hierzu besteht also nicht.<sup>211</sup>

Grundsätzlich ist das Beharren auf die Festlegung eines Ortes der hauptsächlichen Betreuung rein auf dem Papier meist ohnehin unerheblich, sofern die Eltern einen dem Kindeswohl entsprechenden Umgang miteinander pflegen und einvernehmlich handeln. Den wichtigsten Punkt, welcher für das

---

<sup>207</sup> Ausführlich hierzu *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>1</sup> § 105 Rz 21 mwN.

<sup>208</sup> *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>1</sup> § 107 Rz 19 mwN.

<sup>209</sup> Einst im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 181.

<sup>210</sup> Zur Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung siehe Punkt 2.4.

<sup>211</sup> Vgl *Simotta*, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KindNamRÄG 2013, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 113 (116) mwN.

Festhalten am Haushalt der hauptsächlichen Betreuung spricht bzw dies fordert, stellt nach *Figdor*<sup>212</sup> insbesondere das Thema „Unterhalt“ dar. Die gesetzlichen Regelungen diesbezüglich sollten seiner Meinung nach von denen der Obsorge getrennt werden; dann könnte auch die „Barriere“ für die Doppelresidenz und womöglich ebenso für andere Betreuungsmodelle wegfallen.

## **6.1 Vorschlag für einen die Doppelresidenz anerkennenden Gesetzestext**

Folgender Wortlaut könnte – sollte es wieder einmal zu einer Gesetzesreform kommen – als selbständiger Absatz bzw in einen Absatz eingefügt, in die umstrittenen §§ 177, 179 und 180 ABGB aufgenommen werden und die Pflicht zur Festlegung eines (nominellen) Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung entfallen lassen:

„Bei Vorliegen der gemeinsamen Obsorge hat das Gericht unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Befragung des Kindes (§ 105 (1) AußStrG) und der Elternberatung (§ 107 (3) Z 1 AußStrG) eine vorläufige Regelung der Betreuungszeiten unter regelmäßigen Kontrollen bzw Rückmeldungen durch das Kind und die Eltern zu bestätigen bzw anzuordnen.“

## **6.2 Tangierte Gesetzesbestimmungen**

Das Festhalten am Betreuungsmodell des Heimes erster Ordnung, zumindest auf formeller Ebene, ist nicht nur vor dem Hintergrund des Kindeswohls – so die Intentionen des Gesetzgebers in den Erläuterungen<sup>213</sup> – zu sehen. Vielmehr verlangen auch einige andere gesetzliche Bestimmungen nach einem Ort, an welchem sich das Kind grundsätzlich aufhält. Zu nennen seien insbesondere: das Recht der Bestimmung des Wohnortes, Regelungen über den Kindesunterhalt, über die Familien- bzw Kinderbeihilfe, ua. Im Folgenden soll auf diese Gebiete nun kurz eingegangen werden.

---

<sup>212</sup> Im Interview bei *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 181.

<sup>213</sup> ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65 mwN.

## 6.2.1 Recht auf Bestimmung des Aufenthalts- und Wohnortes

### 6.2.1.1 Definition

Unter dem Begriff „Aufenthaltsort“ versteht man den Ort, an welchem sich eine Person nur für eine zeitlich begrenzte Phase aufhält. Dagegen definiert der „Wohnort“ jenen Ort, wo eine Person ihren Wohnsitz genommen hat bzw nimmt. Hierbei handelt es sich um jene Lokalität, welche der Person als Mittelpunkt der Lebensbeziehungen dient – dies zB aufgrund der Nähe zum Arbeitsplatz, der sozialen Beziehungen oder auch des familiären Umfeldes.<sup>214</sup>

### 6.2.1.2 Gesetzliche Vorgaben des ABGB

#### 6.2.1.2.1 Aufenthaltsort

Gem § 162 (1) ABGB steht jenem Elternteil, welcher für die Pflege und Erziehung zuständig ist – diese Bestimmung soll die Erziehungstätigkeit absichern bzw gewährleisten – auch das Recht zu, den Aufenthaltsort des Kindes in erforderlichen Fällen selbst bestimmen zu können. Umfasst ist insbesondere die Festlegung des „schlichten Aufenthaltes“, also zB die Regelung, wann sich das Kind spätestens wieder zuhause befinden muss oder die Mitnahme auf Urlaubsreisen; diese Befugnis besteht für Inland und Ausland gleichermaßen.<sup>215</sup>

Dieser berechnigte Elternteil ist bei der alleinigen Obsorge entweder die Mutter oder der Vater, während im Falle der gemeinsamen Obsorge grundsätzlich beide Elternteile dazu befugt sind; dies betrifft insbesondere den Nicht-Domizilelternteil, wenn sich das Kind berechtigterweise gerade bei ihm aufhält. Sollte der alleine mit der Obsorge betraute Elternteil oder der Domizilelternteil andere Vorstellungen bezüglich des Aufenthaltes des Kindes haben, als der gerade den Aufenthalt bestimmende Elternteil, so sind dessen

---

<sup>214</sup> <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/99/Seite.990076.html> (abgefragt am 5.8.2016).

<sup>215</sup> Fischer-Czermak in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 162 Rz 1 mwN; AB 587 BlgNR 14. GP 8 f; *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortswechsel und HKÜ. Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31 (31).

Wünsche ausschlaggebend. Bedeutend ist diese Regelung insbesondere für Fälle, in welchen der andere Elternteil zB die Kontaktzeiten missachtet und das Kind nicht wieder dem Domizilelternteil übergibt. Hierbei überschreitet er sein Aufenthaltsbestimmungsrecht, was den hauptsächlich betreuenden Elternteil gem § 162 (1) S 2 ABGB dazu berechtigt, das Kind notfalls auch mit behördlicher Unterstützung zurückzuholen.<sup>216</sup>

#### 6.2.1.2.2 Wohnort

Bezüglich des Wohnortes – der „qualifizierten Aufenthaltsbestimmung“<sup>217</sup> – gilt jedoch eine andere Regelung. Im Falle einer gemeinsamen Obsorge – sei es aufgrund einer Vereinbarung oder durch gerichtliche Anordnung – steht gem § 162 (2) ABGB dem hauptsächlich betreuenden Elternteil das Wohnortbestimmungsrecht (sowohl das Inland, als auch das Ausland betreffend) ausschließlich zu; einvernehmliches Vorgehen ist nicht obligatorisch.<sup>218</sup> Die Rechtsprechung folgt dem Gesetzeswortlaut hingegen nicht ohne Weiteres und betont, dass das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 (2) ABGB und die Pflicht zur Berücksichtigung der Äußerung des anderen Elternteils (nach § 189 (1) letzter Satz iVm Abs 5 ABGB) – sofern das Kindeswohl dadurch besser gefördert werden kann – auch hier zu gelten habe.<sup>219</sup>

Wurde bei gemeinsamer Obsorge nach der Trennung bzw Scheidung noch kein Haushalt der hauptsächlichlichen Betreuung ausgewählt – also zB ein Doppelresidenzmodell gelebt – so steht beiden Elternteilen das Wohnortbestimmungsrecht nach § 162 (1) ABGB zu. Für derartige Vorgänge im Inland sind lediglich gem § 189 (1) Z 1 iVm (5) ABGB die Pflicht, den anderen Elternteil zu informieren – es handelt sich ja hierbei um eine

---

<sup>216</sup> *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 204 mwN.

<sup>217</sup> So *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31.

<sup>218</sup> Vgl *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 162 Rz 6 mwN; *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 32 f mwN.

<sup>219</sup> OGH 26.2.2014, 9 Ob 8/14p, EF-Z 2014/104, 167 (*Nademleinsky*) = iFamZ 2014/94, 113 = Zak 2014/425, 235 = EF-Z 2015/5, 14 (*Nademleinsky*); dieser Entscheidung folgend OGH 11.9.2014, 2 Ob 153/14k, iFamZ 2014/209, 298 = EF-Z 2015/11, 27 (krit *Beck*) = EF-Z 2016/30, 76 (*Nademleinsky*).

„wichtige Angelegenheit“ – und das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 (2) ABGB zu wahren, da § 162 (3) ABGB hinsichtlich der obligatorischen Zustimmung nur vom Ausland spricht – ein „Vetorecht“ besteht somit nicht, was laut *Khakzadeh-Leiler*<sup>220</sup> durchaus Zweifel an der Verfassungskonformität dieser Gesetzeslage keimen lässt, da durch einen Wohnortwechsel ja auch das Kontaktrecht des Nicht-Domizilelternteils tangiert bzw dessen Ausübung erschwert (aber eben nicht verboten) wird. Somit ist nur bei einem Umzug ins Ausland die Zustimmung des anderen Elternteils oder des Gerichts einzuholen.<sup>221</sup>

#### 6.2.1.3 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

Hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthalts- bzw auch des Wohnorts nach § 162 ABGB könnte folgendes angemerkt werden, um das Gesetz an ein Doppelresidenzmodell anzupassen: Die Bestimmung zur Regelung des Aufenthaltsorts nach § 162 (1) ABGB und der Befugnis zur Rückholung nach S 2 müsste nur „doppelresidenzmodellfreundlich“ gelesen werden. Zuvor wurde bereits erwähnt, dass bei divergierenden Vorstellungen über die Festlegung des Aufenthaltsorts grds der Domizilelternteil das „letzte Wort“ hat. Dieser kann bei Verletzung der Kontaktregelung durch den Nicht-Domizilelternteil die Rückholung veranlassen. Üben nun beide Eltern gleichwertig die Obsorge aus, so besteht ja nach wie vor das Risiko, dass ein Elternteil das Kind zB zeitlich zu „umfangreich“ betreut und dabei den anderen hierdurch einschränkt, weil das Kind eigentlich wieder bei diesem sein sollte. Der Wortlaut des S 2 hält fest, dass „ein berechtigter Elternteil“ die Hilfe der Behörden in Anspruch nehmen kann (in solchen gerechtfertigten Fällen). Hier ist nicht die Rede vom Elternteil, welcher das Kind hauptsächlich betreut. Vielmehr kann die Bestimmung iRd Wechselmodells mE auf beide Elternteile angewandt werden, ohne dass eine Änderung der Bestimmung (§ 162 (1) ABGB) nötig wäre. Um den Gesetzgeber auch hinsichtlich des Wohnortbestimmungsrechts nicht (umfangreich) bemühen zu müssen,

---

<sup>220</sup> *Khakzadeh-Leiler*, iFamZ 2014, 98 mwN.

<sup>221</sup> Siehe hierzu *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 162 Rz 7; vgl auch *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31 f.



bräuchte auch § 162 (2) ABGB – welcher grundsätzlich an einen Haushalt der hauptsächlichen Betreuung anknüpft – nur immer in Zusammenhang mit Abs 3 gelesen oder dieser in Abs 2 integriert werden. Da beim Doppelresidenzmodell kein solcher Haushalt festgelegt wird – die Gründe des Nichtvorliegens, sei es aufgrund einer „Unbedachtheit“ der Eltern oder eben einer eigenen Vereinbarung, sind für diese Bestimmung unerheblich –, ist die Zustimmung des jeweils anderen Elternteils (an dieser Stelle sei nochmals angemerkt, dass generell im Rahmen der Ausübung der gemeinsamen Obsorge das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 (2) ABGB zu beachten wäre) oder die des Gerichts nötig, sofern der Wohnort ins Ausland verlegt werden soll; dies hat auch für das Inland zu gelten.<sup>222</sup> Diese Norm würde mE also durchaus ein Doppelresidenzmodell „verkräften“ – der Haushalt der hauptsächlichen Betreuung wäre somit auch bloß formal nicht nötig. Allenfalls könnte man Abs 3 geringfügig erweitern:

§ 162 (3) ABGB (fiktiv): „Ist nicht festgelegt, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll oder wurde eine Betreuung zu gleichen Teilen festgelegt, so darf der Wohnort des Kindes nur im Einvernehmen beider Elternteile oder mit Genehmigung des Gerichts in das Ausland verlegt werden. [...]“ Diese Formulierung würde sogar einer Festlegung des Doppelresidenzmodells durch das Gericht nicht im Wege stehen, da nicht gesagt wird, von wem die gleichwertige Betreuung veranlasst wurde.

#### 6.2.1.4 Exkurs: Rechtslage nach dem BGB

##### 6.2.1.4.1 Antrag auf Herausgabe des Kindes

Nach deutschem Recht<sup>223</sup> ist im Repertoire an Befugnissen, welche die elterliche Sorge mit sich bringt, auch die Möglichkeit umfasst, sollte das Kind den Eltern bzw einem Elternteil rechtswidrig vorenthalten werden, gem § 1632

---

<sup>222</sup> Zu diesem Thema siehe *Gitschthaler*, Hauptbetreuungshaushalt bei Doppelresidenz: Sein oder Nichtsein? EF-Z 2016/91, 194 (195).

<sup>223</sup> Zur Rechtslage in Deutschland im Überblick bezüglich der Betreuungsmodelle – insbesondere der Doppelresidenz – bei gemeinsamer elterlicher Sorge siehe Punkt 7.1.2.

(1) BGB dessen Rückgabe zu verlangen. Das Familiengericht kann in solchen Fällen aber nicht von Amts wegen tätig werden; vielmehr bedarf es dazu des Antrags eines Elternteils nach Abs 3. Somit steht bei alleiniger Obsorge natürlich dem alleine obsorgeberechtigten Elternteil dieses Recht zu. Bei gemeinsamer Obsorge müssten grundsätzlich beide Eltern den Antrag stellen, jedoch kann auch ein Elternteil alleine dies tun, wenn der andere seine Mitwirkung verweigert, zB weil/wenn er der Herausgabeverpflichtete ist. Beiden Elternteilen steht das Antragsrecht zu, da es sich um eine Angelegenheit von „erheblicher Bedeutung“ iSd § 1687 (1) S 1 BGB handelt und somit einvernehmliches Vorgehen gefordert wird. Dies ist somit ein großer Unterschied zum österreichischen Recht, da § 162 (2) ABGB dem Domizilelternteil alleine dieses Recht zuspricht.<sup>224</sup> Der Erfolg des Durchdringens mit einem derartigen Antrag ist damit aber noch nicht garantiert. Vielmehr wird im Einzelfall sorgfältig geprüft, ob nicht das Kindeswohl eine Entscheidung gegenläufig zum Antrag des berechtigten Elternteils gebietet – ein Kind dürfe nicht zum bloßen „Objekt von Elternrechten“ degradiert werden.<sup>225</sup> Das Sorgerecht des einen Elternteils ist also nicht alleine entscheidend. Ist eine seelische oder gesundheitliche Gefährdung aufgrund der Trennung und des Umgebungswechsels zu befürchten, so ist nicht mehr von einem rechtswidrigen Vorenthalten zu sprechen, da in solchen Fällen der Antrag auf Herausgabe des Kindes einen „Rechtsmissbrauch“ darstellen würde. Es erfolgt hiermit eine klare Ansage, dass das Personensorgerecht, welches durch einen Herausgabeantrag ja geschützt werden soll, hinsichtlich seiner Bedeutung bei gerichtlichen Entscheidungen klar unter dem Kindeswohl steht.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> Vgl Götz, Das neue Kindschaftsrecht im Vergleich: Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in *BMJ* (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (2014) 107 (117).

<sup>225</sup> OLG Düsseldorf 6.9.1973, 8 W 99/73, FamRZ 1974, 99.

<sup>226</sup> Götz in *BMJ*, KindNamRÄG 2013, 125 f mwN; OLG Brandenburg 5.3.2007, 9 UF 214/06, FamRZ 2007, 1350 = NJW 2007, VIII Heft 41 = NJW 2008, 240 = NJW-RR 2007, 1589 = OLGReport Brandenbrug 2007, 820 = ZKJ 2007, 368.

#### 6.2.1.4.2 Haager Kindesentführungsübereinkommen<sup>227</sup>

Sollte es nun zu einem Umzug ins Ausland kommen, so besteht für den das Kind verbringende Elternteil das Risiko, unrechtmäßig gehandelt und den Tatbestand des Art 3 HKÜ („Kindesentführung“) verwirklicht zu haben – dies ist insbesondere in Situationen denkbar, in welchen jener Elternteil keine schriftliche Einverständniserklärung – eine mündliche Zusage des anderen Elternteils wäre somit nicht ausreichend – und/oder keinen gerichtlichen Beschluss vorweisen kann.<sup>228</sup>

Objektive Tatbestandsmäßigkeit liegt vor, wenn durch das Verbringen oder Zurückhalten des Kindes das Sorgerecht<sup>229</sup> der anderen Person, welche dieses Recht auch tatsächlich ausgeübt hatte bzw ausüben hätte können, beeinträchtigt wird. Irrelevant ist, ob die Obsorgeregelung einvernehmlich erfolgte oder auf gerichtlicher Anordnung basiert. Rechtmäßig wäre die Verbringung ins Ausland somit für den Nicht-Domizilelternteil nur bei Vorliegen einer entsprechenden Zustimmung bzw Genehmigung. Umgekehrt kann der Domizilelternteil nie rechtswidrig im Sinne dieser Bestimmung handeln, da nur ihm dieser Teil der Obsorge zusteht und der andere somit bei der Ausübung der Obsorge nicht beeinträchtigt werden kann.<sup>230</sup> Geschützt werden sollen also konkret Obsorgerechte. Jedoch bedeutet dies nicht, dass der andere Elternteil nicht vom geplanten Umzug zu informieren ist. Da es sich um eine „wichtige Angelegenheit“ iSd § 189 (1) Z 1 ABGB handelt, ist ihm diese Nachricht auf jeden Fall zu übermitteln. Selbst wenn der mit der Verbringung nicht einverständene Elternteil bereits einen Antrag auf Entzug der Obsorge nach § 181 ABGB gestellt hätte, ist die vor gerichtlicher Entscheidung erfolgte Verbringung durch den Domizilelternteil dennoch rechtmäßig, da ein solcher Antrag keine „Sperrwirkung“ entfalten kann.<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, BGBl 1988/512.

<sup>228</sup> ErläutRV 628 BlgNR 24. GP 23; vgl ebenso *Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein, Reform*, 44 mwN.

<sup>229</sup> Nach Art 5 HKÜ umfasst das „Sorgerecht“ die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.

<sup>230</sup> Vgl *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33 mwN.

<sup>231</sup> Ausführlich hierzu *Beclin in Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz

Eine Rückführung (nach Art 8 iVm Art 12 HKÜ) in das Herkunftsland sollte insbesondere dann von Erfolg gekrönt sein, wenn zB bei einer alleinigen Obsorge der nicht obsorgeberechtigte Elternteil den Wohnort des Kindes verlegt, wenn bei gemeinsamer Obsorge, ohne Vereinbarung eines Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung, der Wohnort ohne Zustimmung des anderen Elternteils verlegt wird, wenn der Wohnort des Kindes durch den Domizilelternteil ohne Verständigung des anderen Elternteils oder trotz begründeter Weigerung erfolgte<sup>232</sup> oder wenn bei der alleinigen Obsorge der nicht-obsorgeberechtigte Elternteil bereits vor dem Umzug ein wirksames gerichtliches Verbot beantragt und erhalten hat.<sup>233</sup>

## 6.2.2 Bestimmung des Hauptwohnsitzes

Gem Art 6 (3) B-VG ist der „Hauptwohnsitz“ einer natürlichen Person dort begründet, wo sie ihren Lebensmittelpunkt schaffen möchte. Sollte dieser Lebensmittelpunkt jedoch auf mehrere Wohnsitze zutreffen – zB bei der gemeinsamen Betreuung im Rahmen eines Doppelresidenzmodells – so gilt jener Ort bzw Haushalt als Hauptwohnsitz, zu welchem das „überwiegende Naheverhältnis“ besteht.<sup>234</sup>

Diese verfassungsgesetzliche Bestimmung wäre einer der Fälle, wo eine Doppelresidenz dem Inhalt nach sogar explizit (Lebensmittelpunkt an zwei Wohnsitzen) möglich ist, jedoch „der Form halber“ ein hauptsächlich betreuender Elternteil vorzusehen ist. Eine Umdeutung bzw Interpretation dahingehend, dass ein Domizilelternteil keinesfalls festgelegt werden muss, ist nach aktueller Rechtslage nicht möglich.

### 6.2.2.1 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

Eine Änderung des Wortlautes bzw eine Anfügung eines zusätzlichen Satzes – welche, da es sich um ein Verfassungsgesetz handelt, gem § 82 (2)

---

2013, 209 f mwN.

<sup>232</sup> Vgl *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 33.

<sup>233</sup> Hierzu *Seeber-Grimm* in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 45 mwN.

<sup>234</sup> Für den Zusammenhang zur Doppelresidenz siehe auch OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i, Zak 2016/622, 332 = EvBl-LS 2016/150 = JBI 2016,780.

Z 1 GOG-NR einer Anwesenheit (Präsenzquorum) von mindestens der Hälfte der Abgeordneten und einer Stimmenmehrheit von zwei Dritteln (Konsensquorum) bedürfte<sup>235</sup> – wäre hierbei aber wohl eher nicht anzuraten, da ein regelmäßiger Wechsel des Hauptwohnsitzes – dies müsste ein neuer Wortlaut ja eigentlich festlegen – in der Praxis wohl nur zu administrativen Komplikationen bzw Unannehmlichkeiten führen würde, insbesondere, wenn der Wechsel in Intervallen kürzer als halbjährlich erfolgt. Ein Haushalt der hauptsächlichen Betreuung wäre somit auch in Zukunft, trotz eventueller Gesetzesänderungen auf anderen Gebieten, (der Form halber) hierfür nötig!

#### 6.2.2.2 Exkurs: Rechtslage in Deutschland

Ausdrücklich geht auch das OLG München von der (vorübergehenden) Zulässigkeit zweier Wohnsitze des Kindes aus, wenn und solange zwischen den Eltern nach der Trennung keine Einigkeit darüber besteht, wo das Kind nun seinen Lebensmittelpunkt haben soll und auch keine gerichtliche Entscheidung vorliegt.<sup>236</sup> Wenn dies schon für eine bestimmte Zeit überhaupt möglich ist, könnte man nicht auch gleich eine längerfristige Möglichkeit vorsehen?

#### 6.2.3 Kindesunterhalt

Gem § 231 (1) ABGB sind die Eltern grundsätzlich zu gleichen Teilen verpflichtet, die Bedürfnisse des Kindes – unter Beachtung des Lebensstandards der Eltern – zu stillen. Abs 2 regelt nun den Fall getrennt lebender Eltern: Jener Elternteil, welcher das Kind in seinem Haushalt betreut, leistet hierdurch seinen Beitrag und ist somit von der Leistung von Geldunterhalt „befreit“.<sup>237</sup> Der andere Elternteil hat Unterhalt in Geld zu

---

<sup>235</sup> Laurer, Qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Bezeichnungsgebot in der Bundesgesetzgebung, in FS Heinz Mayer (2011) 295 (304).

<sup>236</sup> OLG München 25.1.2008, 12 UF 1776/07, FamRB 2008, 204 = FamRZ 2008, 1103 = NJW-RR 2008, 1534 = NJW-Spezial 2008, 518 = OLGReport München 2008, 260; ihm folgend *N.N.*, iFamZ 2010, 131.

<sup>237</sup> Dies wird vom OGH in ständiger Rechtsprechung mittlerweile ausdrücklich festgehalten – vgl hierzu RIS-Justiz RS0116443; zuletzt OGH 25.11.2015, 8 Ob 69/15b, EF-Z 2016/39, 91 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2016/4, 12; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 8 mwN.

zahlen, je nach Zumutbarkeit. Sollte der das Kind nicht hauptsächlich betreuende Elternteil jedoch seine Kontaktrechte in umfangreicherem Ausmaß ausüben, so sollte für ihn die Möglichkeit der Minderung der Geldunterhaltsverpflichtung bestehen.<sup>238</sup>

Besteht eine Betreuung beim Domizilelternteil zB im Ausmaß von zwei Drittel der Zeit und der Rest beim anderen Elternteil, so liegt durchaus eine über das normale zeitliche Maß – zB Kontakt am Wochenende (zwei Tage) alle 14 Tage und vier Wochen in den Ferien<sup>239</sup> – hinausgehende Ausübung des Kontaktrechts vor, was zu einer entsprechenden Ersparnis (worauf es mittlerweile aber nicht mehr ankommt) beim hauptsächlich betreuenden Elternteil führt.<sup>240</sup> Der hervorzuhebende Anknüpfungspunkt bezüglich einer eventuellen Minderung der Unterhaltsverpflichtung ist somit das Kontaktrecht (§187 ABGB) – ehemals „Besuchsrecht“.<sup>241</sup>

Maßgeblich ist aber vor allem die Perspektive aus Sicht des unterhaltsberechtigten Kindes. Erst wenn es durch die Betreuungsleistungen des Nicht-Domizilelternteils zu „Doppelleistungen“ – Leistungen sowohl im Rahmen der Betreuung, während sich das Kind bei ihm befindet, als auch noch zusätzlich in Form von Geld – kommen würde, soll eine Reduzierung der Unterhaltsverpflichtung erwogen werden. Zudem ist anzumerken, dass eine Betreuung weit über die Norm nur dann als wahrhaft „gemeinsam“ anzusehen ist, wenn das Kind vom anderen Elternteil auch an normalen Werktagen betreut wird und nicht nur an (mehr) Wochenenden oder in den

---

<sup>238</sup> Vgl *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 179 Rz 8 mwN; siehe ebenso BGH 12.3.2014, 12 ZB 234/13, NJW 2014, 1958 = MDR 2014, 662 = FamRZ 2014, 917, wonach (unter Bezugnahme auf § 1612 (2) BGB) durch Leistungen an das Kind eine Minderung der Barunterhaltungspflicht eintreten kann, sofern der Unterhalt des Kindes auf diese Weise – also nicht durch Geld – gedeckt werden kann; sich ebenso mit diesem Thema befassend *Gitschthaler*, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht, in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 257 (260 f) mwN.

<sup>239</sup> *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge 34; OGH 17.2.2006, 10 Ob 11/04x, Zak 2006/264, 154 = EF-Z 2006/11, 22 = FamZ 2006/1, 11 = EFSIlg 113.222 = EFSIlg 113.225 = EFSIlg 113.226 = EFSIlg 113.585 = EFSIlg 113.586 = EFSIlg 113.589 = EFSIlg 113.681; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 231 Rz 48 mwN.

<sup>240</sup> Vgl RIS-Justiz RS0047452; *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 199 mwN.

<sup>241</sup> Vgl OGH 31.3.2004, 7 Ob 277/03s, ÖA 2005,109/U443; siehe ebenso *Sünderhauf*, NZFam 2014, 585.

Ferien.<sup>242</sup>

### 6.2.3.1 Bemessung

Zu fragen ist in solchen Fällen nun auch nach einer konkreten Bemessungsart. Der Gesetzgeber sieht keine eigene Formel oder konkrete Angaben hierfür vor – die Entscheidung liegt somit einzig bei den Gerichten, da es sich um Ermessensentscheidungen handelt.<sup>243</sup> Als mögliche Größe wird von der Rechtsprechung<sup>244</sup> für jeden Tag einer Überschreitung des durchschnittlichen Ausmaßes (wie zuvor schon kurz angesprochen, gilt ein Kontakt insbesondere an den Wochenenden alle 14 Tage und vier Wochen in den Ferien als normal, wobei ein Besuchstag pro Woche als „unterhaltsneutral“ angesehen wird)<sup>245</sup> eine Minderung von 10% zuerkannt, wobei es sich jedoch nur um eine Untergrenze<sup>246</sup> handeln soll.<sup>247</sup> Im Schrifttum wird teils zusätzlich die Meinung vertreten – um die „Zulässigkeit“ eines Wechselmodells klar auszuschließen – niemals eine Minderung von mehr als 20% zuzulassen, da dies eine Betreuung des Kindes zu vier Tagen pro Woche bedeuten würde – somit jener Elternteil als ebenfalls „betreuender“ gilt und die Geldunterhaltspflicht entfallen müsste.<sup>248</sup>

---

<sup>242</sup> *Gitschthaler*, Fließende Grenzen gemeinsamer Betreuung, EF-Z 2016/39, 91 (92).

<sup>243</sup> Siehe OGH 12.12.2002, 6 Ob 182/02m; OGH 28.4.2015, 10 Ob 17/15w, Zak 2015/460, 255 = iFamZ 2015/125, 169 = JBI 2015, 512 = AnwBl 2015, 514 = EF-Z 2015/131, 221.

<sup>244</sup> Vgl OGH 24.11.2015, 1 Ob 207/15w, EF-Z 2016/40, 92 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2016/6, 13 = EF-Z 2016/63, 144 (*Gitschthaler*); OGH 17.9.2015, 1 Ob 158/15i, Zak 2015/683, 394 = JBI 2015, 780 = iFamZ 2015/201, 277 = EF-Z 2016/3, 15 = EF-Z 2016/16, 45; OGH 24.9.2004, 8 Ob 62/04g, ÖA 2005, 151, U448; OGH 31.3.2004, 7 Ob 277/03s, ÖA 2005/109, 443; OGH 17.2.2006, 10 Ob 11/04x, Zak 2006/264, 154 = EF-Z 2006/11, 22 = FamZ 2006/1, 11 = EFSIlg 113.222 = EFSIlg 113.225 = EFSIlg 113.226 = EFSIlg 113.585 = EFSIlg 113.586 = EFSIlg 113.589 = EFSIlg 113.681.

<sup>245</sup> Vgl OGH 28.4.2015, 10 Ob 17/15w, Zak 2015/460, 255 = iFamZ 2015/125, 169 = JBI 2015, 512 = AnwBl 2015, 514 = EF-Z 2015/131, 221.

<sup>246</sup> Vgl RIS-Justiz RS0128043.

<sup>247</sup> Vgl *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 231 Rz 69 mwN, wonach eine Minderung erst dann möglich ist, wenn mit der Erbringung von Naturalunterhalt höchstwahrscheinlich auch in Hinkunft gerechnet werden kann – dies sollte beim Doppelresidenzmodell jedenfalls zutreffen; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 231 Rz 48 mwN.

<sup>248</sup> So *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 231 Rz 24 mwN, 48 mwN.

Bisher war eine – zustimmungsbedürftige – Ersparnis auf Seiten des mit der alleinigen Obsorge betrauten bzw, bei der gemeinsamen Obsorge, des (Domizil-)Elternteils nötig, um eine Reduktion der Unterhaltsverpflichtung zu erreichen. Mittlerweile wird aber nicht mehr nach einer solchen gesucht; vielmehr wird nur mehr auf eine Ausübung des Kontaktrechts in einem die Norm übersteigenden Ausmaß abgestellt.<sup>249</sup>

#### 6.2.3.2 Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell

Vom OGH<sup>250</sup> – oder aber auch vom LGZ Wien<sup>251</sup> – wird der Fall der Betreuung des Kindes zu beinahe gleichen Teilen bei gleichem Einkommen der Eltern oder, sofern schon Unterschiede bei der Einkommenshöhe bestehen, bei forderbaren Unterhaltsbeträgen, welche über der Luxusgrenze liegen, berücksichtigt, indem kein Elternteil zur Leistung von Geldunterhalt verpflichtet wird, falls zusätzlich von beiden Seiten „bedarfsdeckende Naturalleistungen“ kommen.<sup>252</sup>

Für die Anwendung des sog „betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells“ – dem Verhältnis, ab dem von einer gleichteiligen Betreuung gesprochen werden kann – wird keine ganz genaue Angleichung der Betreuungszeiten (50:50) gefordert, geringe Abweichungen von einer absoluten Gleichwertigkeit werden also akzeptiert;<sup>253</sup> die mögliche Grenze wird ungefähr bei einem Betreuungszeitenverhältnis von ca 60:40 anzusetzen sein.<sup>254</sup>

---

<sup>249</sup> Siehe hierzu RIS-Justiz RS0047452.

<sup>250</sup> OGH 17.9.2015, 1 Ob 158/15i, Zak 2015/683, 394 = JBI 2015, 780 = iFamZ 2015/201, 277 = EF-Z 2016/3, 15 = EF-Z 2016/16, 45; OGH 28.4.2015, 10 Ob 17/15w, Zak 2015/460, 255 = iFamZ 2015/125, 169 = JBI 2015, 512 = AnwBI 2015, 514 = EF-Z 2015/131, 221; OGH 4.7.2013, 6 Ob 11/13f, iFamZ 2013/159, 227 = EFSlg 137.877 = EFSlg 137.886 = EFSlg 137.921 = EFSlg 137.922 = EFSlg 137.930 = EFSlg 140.363; OGH 19.3.2013, 4 Ob 16/13a, iFamZ 2013/88, 131 = EF-Z 2013/115, 173 (*Gitschthaler*) = Zak 2013/395, 217 = EFSlg 137.921 = EFSlg 137.923 = EFSlg 137.925 = EFSlg 137.926 = EFSlg 137.930; vgl zudem RIS-Justiz RS0130655.

<sup>251</sup> LGZ Wien 26.9.2011, 42 R 138/11x, EF-Z 2012/17, 36 (*Gitschthaler*).

<sup>252</sup> *Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge 34; vgl ebenso *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179 Rz 8; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 231 Rz 48/1.

<sup>253</sup> *Gitschthaler*, EF-Z 2016, 92 mwN.

<sup>254</sup> *Gitschthaler*, Gleichteilige Betreuung jedenfalls bei 4:3, EF-Z 2016/72, 151 (152) mwN.



In dieser Fallkonstellation wurde vom Gericht meiner Meinung nach bereits indirekt die Möglichkeit der Betreuung im Rahmen eines Wechselmodells anerkannt. Denn wenn ein Kind gleichermaßen von Mutter und Vater mit Naturalunterhaltsleistungen derart ausreichend versorgt wird, dass es grundsätzlich keinen Geldunterhalt benötigt, muss das Kind zwangsläufig auch zwischen den Eltern hin und her wechseln und wird somit nicht mehr hauptsächlich von einem bestimmten Elternteil betreut. Sollte der Wille des Gesetzgebers also durch die Gerichte gefördert bzw. durchgesetzt werden, scheint derartiges Vorgehen doch fraglich. Schließlich wurde hiermit ja grundsätzlich die Möglichkeit einer Doppelresidenz in diesem kleinen Rechtsbereich anerkannt und noch „gefördert“, da sich nun auch der „nicht hauptsächlich betreuende“ Elternteil von der Geldleistungspflicht befreien kann.

Auch wenn das Kind abwechselnd von beiden Eltern betreut wird, stellt sich dennoch die Frage, ob man nicht argumentieren sollte, dass (je nach Ausgestaltung der Vereinbarung) auch beide Eltern immer (trotz des Wechsels) das Kind betreuen, denn erst dadurch – und unter Beachtung der Einkommenshöhe (siehe bereits zuvor) – könnte man zu einer Befreiung von der Unterhaltsverpflichtung gelangen, spricht doch das Gesetz davon, dass nur der Elternteil, welcher das Kind betreut, bereits seinen Unterhalt leistet. Reicht nun bereits die Vereinbarung, dass das Kind von beiden Eltern betreut wird, so wäre keiner der Eltern zur Zahlung von Unterhalt in Geldform verpflichtet, obwohl das Kind sich aber abwechselnd bei den Eltern aufhält und somit nicht immer von beiden zugleich betreut wird. Der aktuelle Gesetzeswortlaut hingegen ließe ein derartiges (gerichtliches) Vorgehen also nicht zu, da ein Kind bei getrennten Eltern nicht gleichzeitig von beiden Eltern betreut wird. Wenn es auch nicht gerade sinnvoll erscheint, so mag das Gesetz aber dennoch nicht direkt ein Wechselmodell ausschließen – möchte man den Haushalt der hauptsächlichlichen Betreuung auch nicht bloß formal vorsehen. Wenn es zu häufigen (wöchentlichen oder auch monatlichen) Wechseln des Betreuungshaushaltes kommt, so wäre auch ein häufiger

Wechsel der Verpflichtung zur Leistung von Geldunterhalt erforderlich:<sup>255</sup> In der einen Woche betreut die Mutter das Kind, der Vater zahlt Unterhalt, in der anderen Woche betreut der Vater das Kind, die Mutter zahlt Unterhalt, usw.<sup>256</sup> Dies ist natürlich mehr als kompliziert und würde von den Eltern auch Disziplin bei der Beachtung von Verpflichtungen erfordern. Aus diesem Grund wäre auch die Bestimmung über den Kindesunterhalt an die sich ständig wandelnde Gesellschaft anzupassen, sollte das Doppelresidenzmodell immer mehr Befürworter finden und man den Domizilelternteil auch nicht bloß als nominelle Größe haben wollen.<sup>257</sup> So erscheint es doch viel effizienter, bei der gemeinsamen Obsorge und einem vereinbarten Wechselmodell, beide Eltern von der Geldunterhaltspflicht zu entbinden und ihnen eine einvernehmliche Vorgehensweise hinsichtlich der nötigen Ausgaben, welche nicht konkret den Haushalt, in welchem sich das Kind gerade befindet, betreffen (man denke hierbei insbesondere an den Kauf von Schuhen oder Kleidung, etc), sondern „haushaltsübergreifend“ – anders also als Nahrungsmittel, ein Schlafplatz, Hygieneartikel usw – nötig sind, vorzuschreiben.<sup>258</sup> In diesen Fällen sollten sich die Eltern einfach die Kosten teilen<sup>259</sup> oder bereits zuvor absprechen, wer wann etwas für das Kind kauft – gemeinsame Obsorge setzt ja ohnehin eine gute Kommunikationsbasis und -fähigkeit voraus.

### 6.2.3.3 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

Der zentrale Anknüpfungspunkt für die Frage, wer welche Art von Unterhalt schuldet, Natural- oder Geldunterhalt, ist der „Haushalt“, welchen

---

<sup>255</sup> Man könnte das Argument von *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 231 Rz 40 mwN, wonach ein Kind, für dessen Wohl kein Elternteil mehr zuständig ist – welches also bereits ausreichend selbständig ist –, von beiden Elternteilen Unterhalt in Geldform erhalten soll, auch so umdeuten bzw verstehen, dass auch bei einem Wechselmodell eben kein bestimmter Elternteil mehr hauptsächlich zuständig ist und dieser regelmäßige Wechsel auch zu einem Wechsel der Unterhaltsberechtigung gegenüber dem jeweils anderen Elternteil führt.

<sup>256</sup> Für eine „anteilige Barunterhaltspflicht“ siehe insbesondere BGH 21.12.2005, 12 ZR 126/03, NJW 2006/2258 = MDR 2006/1173 = FamRZ 2006/1015.

<sup>257</sup> Für einen Gesetzesvorschlag siehe Punkt 6.2.3.3.

<sup>258</sup> Vgl *Sünderhauf*, NZFam 2014, 585 mwN, wonach eine Unterscheidung zwischen Natural- und Barunterhalt nicht mehr zeitgemäß erscheint; *Barth*, iFamZ 2009, 182 mwN.

<sup>259</sup> Auf eine beiderseitige Barunterhaltsverpflichtung in bestimmten Fällen eingehend zB *Sünderhauf*, NZFam 2014, 586; zum Verhalten in der Praxis siehe *Kollmitzer*, Doppelresidenz 63 f.

ein Elternteil führt und in dem er das Kind betreut. Es ist nicht die Rede vom Haushalt der hauptsächlichen Betreuung, somit würde eine gänzliche Umformulierung jener Bestimmung eigentlich gar nicht nötig sein, um auch das Doppelresidenzmodell zulassen zu können. Vielmehr wird einfach nur gefordert, dass beide Eltern zur Deckung der Kindesbedürfnisse anteilig beizutragen haben; tun sie dies, indem sie das Kind bei sich betreuen und ihm selbst alles Nötige bieten können, so erfüllen beide dadurch ihre Pflicht iSd Abs 2 Satz 1 und können sich von der Geldunterhaltungspflicht befreien. Allenfalls könnte man folgenden Wortlaut vorschlagen:

§ 231 (2) ABGB (fiktiv): „Führen beide Elternteile jeweils einen Haushalt, in welchem sich das Kind in gleichwertiger Weise aufhalten kann und somit von beiden Eltern betreut wird, leisten beide hierdurch ihren Beitrag zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes. Im Übrigen haben die Eltern bei gemeinsamer Obsorge Kosten, welche nicht auf einen Haushalt konkret bezogen sind, gemeinsam zu tragen.<sup>260</sup> Liegt hingegen nur ein Haushalt vor, in welchem das Kind betreut wird, so leistet dieser Elternteil alleine bereits hierdurch seinen Beitrag iSd Abs 1. Sollte ein Elternteil nicht zur völligen Deckung der Bedürfnisse des Kindes durch Betreuung in seinem Haushalt oder zur Leistung seines Anteils an zuvor genannten Kosten in der Lage sein, so hat der jeweils andere Elternteil den hierfür notwendigen Unterhalt zusätzlich zu leisten.“

## 6.2.4 Recht auf persönliche Kontakte

### 6.2.4.1 Aktuelle Rechtslage

Durch § 187 ABGB soll dem Kind der Aufbau bzw die Instandhaltung einer guten Beziehung zu beiden Elternteilen – insbesondere aber zu jenem Elternteil, in dessen Haushalt es nicht „hauptsächlich betreut“ wird – ermöglicht werden. Primär angestrebt wird eine einvernehmliche Regelung zwischen Eltern und Kind; erst in Fällen, in welchen dies nicht möglich scheint, soll das Gericht einschreiten können. Näher umschrieben werden die einzelnen Punkte, welche bei derartigen Regelungen zu beachten sind –

---

<sup>260</sup> Ähnlich auch ein Gedanke von *Barth*, iFamz 2009, 182 mwN.

insbesondere ist auch die Zeit der Betreuung einzubeziehen.<sup>261</sup>

Dem Nicht-Domizilelternteil soll die Möglichkeit geboten werden, auch tatsächlich und effektiv seine Obsorge auszuüben.<sup>262</sup> Somit bildet auch für die Kontaktrechtsregelung der Haushalt der hauptsächlichen Betreuung den maßgeblichen Anknüpfungspunkt.<sup>263</sup>

Grundsätzlich würde der Wortlaut dieser Bestimmung mE nicht ausschließlich auf das Modell des Heims erster Ordnung abstellen bzw ein anderes Modell ausschließen. So geht es doch nur um den Schutz der Bindung zwischen Eltern und Kind – dieses Verhältnis soll ja immerhin einvernehmlich geregelt werden und auch Betreuungszeiten einbeziehen. Warum sollte da nicht eine einvernehmliche Regelung einer gleichzeitigen Betreuung möglich sein, wenn diese – wie es auch von § 187 (1) letzter Satz ABGB vorgesehen ist – den Bedürfnissen des Kindes entspricht und auch die Intensität der bisherigen Beziehung zu berücksichtigen ist (so nahm auch der VfGH darauf Bezug, dass im Einzelfall die Doppelresidenz durchaus besser sein könnte, gerade wenn sie schon länger gelebt wurde). Es scheint nicht nachvollziehbar, warum die Intensität der Betreuung durch das Kontaktrecht nur bis zu einem Grad gefördert werden soll, solange noch von einer überwiegenden Betreuung des anderen (Domizil-)Elternteils die Rede sein kann, und alles darüber Hinausgehende – eine „Mehr-Betreuung“ – nicht vorgesehen ist bzw war. Die Betonung des Gesetzgebers<sup>264</sup>, der Nicht-Domizilelternteil solle nicht nur ein „Unterhalter in der Freizeit“ sein, geht doch bereits stark in die Richtung des Doppelresidenzmodells.

Eine Festlegung eines „Kontaktrechts“ wäre aber im Falle einer Doppelresidenz „unsinnig“ – vielmehr ist über die Ausgestaltung der „Betreuung“ zu befinden.<sup>265</sup>

---

<sup>261</sup> Ausführlich hierzu *Kathrein*, ÖJZ 2013, 208 mwN; ihm folgend *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 187 Rz 6.

<sup>262</sup> Siehe *Beclin* in *Gitschthaler*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, 198.

<sup>263</sup> Vgl *Seeber-Grimm* in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform, 43 mwN.

<sup>264</sup> Siehe ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 28.

<sup>265</sup> OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-*

#### 6.2.4.2 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

§ 187 ABGB bedürfte mE keiner Änderung oder Ergänzung. Im Falle der Doppelresidenz würde sich eine Festlegung des Kontaktrechts erübrigen.

#### 6.2.5 Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte

##### 6.2.5.1 Aktuelle Rechtslage

Geregelt wird in § 189 (1) ABGB insbesondere das Recht des nicht-obsorgeberechtigten Elternteils, von besonders wichtigen Angelegenheiten die das Kind betreffen – ua der Wahl einer Schule, einem Religionswechsel oder wohl auch Auslandsaufenthalten (zB Sprachreisen von der Schule aus) –, informiert zu werden, um sich dazu äußern und gegebenenfalls eine Vernachlässigung des Kindes seitens des mit der Obsorge betrauten Elternteils abwenden zu können. Zudem soll jener Elternteil, in dies erfordernden Fällen, den obsorgeberechtigten Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens vertreten, das Kind pflegen und erziehen. Gem Abs 5 gilt dies auch „sinngemäß“ für einen ebenso obsorgeberechtigten Elternteil – also auch für den Fall der gemeinsamen Obsorge.<sup>266</sup>

Abgestellt wird somit indirekt auf den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung: der Domizilelternteil hat den Nicht-Domizilelternteil nur über wichtige Angelegenheiten iSd § 167 (2-3) ABGB und zB über geplante Wohnortwechsel nach § 162 ABGB zu verständigen. Alle anderen weniger bedeutsamen Maßnahmen soll jener Elternteil alleine treffen können. Diese vom Gesetzgeber gewählte Vorgangsweise steht aber doch eigentlich im Widerspruch zu einer echten „gemeinsamen“ Obsorge. Wenn – und das ist ja beim Heim erster Ordnung der Fall – sich das Kind überwiegend zB bei seiner Mutter im Haushalt der hauptsächlichen Betreuung aufhält und das Informations- und Mitspracherecht auf ein Minimum beschränkt wird, wozu wurde das Institut der gemeinsamen Obsorge dann überhaupt geschaffen. Immerhin sollen ja beide Eltern in einer gleichwertigen Weise an der

---

*Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101.

<sup>266</sup> Vgl *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 189 Rz 2 mwN, 16.

Erziehung teilhaben bzw gemeinsam Entscheidungen – so fordert immerhin auch § 137 (2) ABGB einvernehmliches Vorgehen der Eltern bei der Ausübung der Obsorge – treffen können; somit auch in Belangen des Alltäglichen.<sup>267</sup> Allenfalls kann man argumentieren, dass bei weniger wichtigen Angelegenheiten einfach jeder der gemeinsam mit der Obsorge betrauten Eltern grundsätzlich ungehindert handeln darf (grundsätzliches Alleinvertretungsrecht), um die gemeinsame Obsorge nicht unnötig kompliziert zu gestalten.

#### 6.2.5.2 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

§ 189 ABGB müsste ein wenig angepasst werden, aber nicht nur um ein Doppelresidenzmodell in der Praxis zulassen zu können – dies ist ja, wie bereits ausgeführt, rechtlich laut VfGH ohnehin zulässig –, sondern ganz allgemein um beide Eltern bei einer gemeinsamen Obsorge gleichwertig zu behandeln. Die Forderung nach einem Haushalt der hauptsächlichlichen Betreuung ist nur indirekt aus der Bestimmung zu entnehmen. Wie bereits zuvor erörtert, gelten die (beschränkten) Informations- und Äußerungsrechte des § 189 (1) Z 1 ABGB gem Abs 5 auch sinngemäß für den anderen mit der Obsorge betrauten Elternteil – den Nicht-Domizilelternteil. Eine Informationspflicht und das damit verbundene Äußerungsrecht liegen nur bei Maßnahmen nach § 167 (2-3) ABGB und nach § 162 ABGB vor. In allen anderen Belangen darf – nach primärem Verständnis des § 189 (1) iVm (5) ABGB – der Domizilelternteil Handlungen auch ohne diese Rahmenbedingungen setzen; der andere Elternteil muss dies hinnehmen.

Nun würde der aktuelle Wortlaut dieser Bestimmung aber auch eine Interpretation zulassen, welche nicht (einmal indirekt) auf einen hauptsächlich betreuenden Elternteil abstellt: Der mit der Obsorge (ebenfalls) betraute Elternteil (iSd Abs 5) ist durch die mit der Obsorge betraute Person von wichtigen Angelegenheiten [...] zu verständigen und kann sich hierzu äußern. Dieses Verständnis führt zu einer Verpflichtung des einvernehmlichen Vorgehens, wie es für die gemeinsame Obsorge ohnehin vorgesehen ist; aber

---

<sup>267</sup> Vgl Seeber-Grimm in Ferrari/Hinteregger/Kathrein, Reform, 43.

ohne eine Doppelresidenz auszuschließen. Da aber in der Qualität der Betreuung im Rahmen der Doppelresidenz ein Unterschied zu einer Betreuung nach dem Heim erster Ordnung doch vorliegt, wäre mE durchaus ein zusätzlicher Absatz einzufügen, welcher wie folgt lauten könnte:

§ 189 (6) ABGB (fiktiv): „Zuvor genannte Rechte und Pflichten gelten für gemeinsam obsorgeberechtigte Elternteile, welche eine Betreuung zu gleichen Teilen ausüben, ebenso, mit der Maßgabe, dass der jeweils andere Elternteil auch von im Vergleich zu § 167 (2) und (3) ABGB untergeordneten Belangen zu informieren ist und dessen Äußerung einzuholen ist, sofern nicht unverzügliches Handeln geboten scheint, um das Kindeswohl zu schützen oder die Kontaktaufnahme aus faktischen Gründen zur Zeit nicht möglich ist. Angelegenheiten von unwesentlicher Bedeutung bedürfen keines einvernehmlichen Vorgehens.“

## 6.2.6 Familienbeihilfe

### 6.2.6.1 Aktuelle Rechtslage

Gem § 2 (2) FamLAG kann jene Person die Familienbeihilfe beanspruchen, zu deren Haushalt das Kind gehört. Gefordert ist also der überwiegende Bezug zu einem bestimmten Haushalt. Der andere Elternteil ist grds – auch bei gemeinsamer Obsorge – nicht antragslegitimiert.

Die Zugehörigkeit zu einem Haushalt wird in Abs 5 extra definiert: das Kind muss, um einem Haushalt im Sinne dieser Bestimmung anzugehören, nach „einheitlicher Wirtschaftsführung“ die Wohnstätte mit der fraglichen Person teilen. Doch was versteht man unter einheitlicher Wirtschaftsführung? Der betreffende Elternteil müsste hierfür dauerhaft mit dem Kind zusammen wohnen und für dessen „leibliches Wohl“ sorgen. Ob der Elternteil oder das Kind (dies wohl erst ab einem gewissen Alter) die nötigen Mittel zur Haushaltsführung beisteuert, ist irrelevant. Maßgeblich ist hingegen, dass sämtlicher Bedarf seitens des Kindes aus dieser einheitlichen Wirtschaftsführung gedeckt werden kann. Dies gilt ebenso für Fälle, in welchen das Kind regelmäßig auch woanders wohnt, sofern es nach wie vor

die Obsorgeausübung des Elternteils genießt.<sup>268</sup> Abs 5 letzter Satz bestimmt zudem, dass im Falle der gleichzeitigen Betreuung durch beide Eltern nur dann die Haushaltszugehörigkeit bei beiden besteht, wenn diese gemeinsam einen Haushalt führen, in den das Kind eingegliedert ist.

Grundsätzlich stellt auch jene Bestimmung einen Eingriff in die Familienautonomie dar, wäre da nicht die Entscheidung des VfGH, welche den Haushalt der hauptsächlichen Betreuung nur als formelle Notwendigkeit ansieht<sup>269</sup> – hinsichtlich gewisser Normen ist also nur von einem „Anknüpfungshaushalt“ auszugehen; ein Ausschluss der Möglichkeit eines anderen Betreuungsmodells für die Praxis liegt nicht vor.<sup>270</sup>

Da sich das Kind bei Praktizierung eines Wechselmodells auch außerhalb dieses einen Haushaltes aufhalten wird, hält Abs 5 lit a fest, dass grundsätzlich der Bezug zu jenem Haushalt auch dann nicht als aufgehoben gilt, wenn sich das Kind „vorübergehend“ woanders aufhält. Gerade bei der Doppelresidenz kommt es ja zu regelmäßigen Wechseln – das Kind ist also vorübergehend (dies aber regelmäßig) in den Haushalt des anderen Elternteils eingegliedert. Hierbei aber scheint das Wort „vorübergehend“ nicht mehr passend. Vielmehr befindet sich das Kind regelmäßig (nicht nur vorübergehend) auch außerhalb der Wohnstätte, welche als hauptsächlicher Bezugspunkt gelten soll – somit wäre auch hier eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen erforderlich, möchte man das Doppelresidenzmodell in der Praxis ohne einen (nominellen) Haushalt der hauptsächlichen Betreuung leben können.

#### 6.2.6.2 Vorschlag für den Fall einer weiteren Gesetzesänderung

§ 2 FamLAG müsste, will man die Voraussetzung eines Haushaltes der hauptsächlichen Betreuung auch bloß als formelle Notwendigkeit beseitigen, durchaus ein wenig abgeändert werden, da im Rahmen der Doppelresidenz

---

<sup>268</sup> Vgl UFS 15.3.2010, RV/1861-W/04.

<sup>269</sup> Vgl auch RIS-Justiz RS0130918, wonach zurzeit kein Platz für eine Diskussion um die Sinnhaftigkeit eines nominellen Domizilelternteils gegeben ist.

<sup>270</sup> Vgl *Khakzadeh-Leiler*, EF-Z 2016, 37 f; siehe ebenso OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*).



eine einheitliche Wirtschaftsführung ja grundsätzlich in zwei Haushalten vorliegt; insbesondere geht es, wie zuvor bereits ausgeführt, um Abs 5 letzter Satz, aber hinsichtlich der Anspruchslegitimation natürlich auch um Abs 2.

Abs 2 (fiktiv): „Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört; im Falle des Vorliegens von zwei Haushalten, welchen das Kind angehört, sind jeweils beide Personen anspruchsberechtigt, wobei die für das Kind zustehende Familienbeihilfe unter diesen aufzuteilen ist.“

Da bei der Teilung der Familienbeihilfe beide Elternteile anspruchsberechtigt sind bzw bleiben, hierfür aber das Kind zwei Haushalten zugehören muss, müsste auch Abs 5 noch abgeändert werden.

Abs 5 letzter Satz könnte folgenden fiktiven Wortlaut enthalten: „Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese gemeinsam einen Haushalt führen und das Kind diesem angehört oder jeweils zwei voneinander getrennte Haushalte vorliegen, in welchen das Kind bei einheitlicher Wirtschaftsführung alternierend betreut wird.“

## **7 RECHTSVERGLEICHUNG**

### **7.1 Deutschland**

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche sich mit dem Thema Obsorge – nach dem Wortlaut des deutschen Gesetzgebers „Elterliche Sorge“ – befassen, befinden sich im 4. Buch, 2. Abschnitt, Titel 5 – in den §§ 1626 ff BGB.<sup>271</sup>

#### 7.1.1 Sorgerecht nach Trennung bzw Scheidung der Eltern

##### 7.1.1.1 Allgemeines

Eine Unterscheidung zwischen verheirateten und nicht-verheirateten Eltern wird in § 1671 BGB nicht gemacht, wenn die Beziehung der Eltern

---

<sup>271</sup> Götz in *BMJ*, KindNamRÄG 2013, 107.

scheitert und eine gemeinsame Obsorge vorliegt. Grundsätzlich besteht auch in Deutschland nach einer Scheidung die gemeinsame Obsorge weiter fort. Steht ihnen die gemeinsame Obsorge vor der Trennung bereits zu, so kann jeder Elternteil für sich beantragen, dass „ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt.“ Daraus folgt, dass sich also an der Situation vor der Trennung nicht sofort etwas ändert.<sup>272</sup>

#### 7.1.1.2 Entscheidungsbefugnisse der Elternteile

Sollte nach einer Trennung bzw Scheidung (die Bestimmung gilt für beide Arten gleichermaßen) weiterhin die gemeinsame elterliche Sorge vorliegen, so haben die Eltern bei gewichtigen Entscheidungen, die das Kind betreffen, gem § 1687 BGB einvernehmlich vorzugehen – somit wird auch nach der Trennung eine gegenseitige Absprache zu verlangen sein.<sup>273</sup> Darunter werden Entscheidungen verstanden, welche nachhaltige Wirkungen auf das Leben des Kindes haben (können). Als Beispiele zu nennen sind insbesondere: die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts<sup>274</sup> (siehe bereits zuvor), Einleitung gewisser medizinischer Behandlungen, die Wahl des Vornamens des Kindes, die Staatsbürgerschaft des Kindes und die Auswahl der Schule bzw Ausbildungsform. Anzumerken ist ebenfalls, dass auch die konkrete Ausgestaltung der Betreuung des Kindes eine wichtige Angelegenheit iSd § 1687 BGB darstellt. Die Eltern haben diesbezüglich einvernehmlich eine Wahl zu treffen und können sich somit – trotz Präferenz des deutschen Gesetzgebers zum Modell „Heim erster Ordnung“ – für das Wechsel- bzw Doppelresidenzmodell entscheiden.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> Götz in *BMJ*, KindNamRÄG 2013, 108; ebenso *Lang*, § 13 Elterliche Sorge, in *Schnitzler* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht<sup>4</sup> (2014) 743 (Rn 155 f).

<sup>273</sup> Vgl *Hennemann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687 Rz 5, 15; *Lang* in *Schnitzler*, Anwaltshandbuch, Rn 157.

<sup>274</sup> Die Eltern können dies (einvernehmlich) frei bestimmen und regeln, haben dabei aber als immanenten Rahmen das Kindeswohlkriterium zu beachten – siehe hierzu AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563.

<sup>275</sup> Ausführlich hierzu *Hennemann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687 Rz 10 f mwN; im Gegensatz dazu sieht das österreichische Recht in § 167 (1) ABGB (§ 154 (1) ABGB aF) grundsätzlich die Alleinvertretungsbefugnis beider Elternteile nach außen hin vor. Wirklich gewichtige

Bezüglich alltäglicher Entscheidungen – zB Erlaubniserteilung hinsichtlich des Schulalltages, des Treffens von Kameraden/Kameradinnen, Inanspruchnahme eines Nachhilfeunterrichts oder einfacher medizinischer Behandlungen – wird festgehalten, dass der Elternteil, bei dem sich das Kind rechtmäßigerweise, mit Einverständnis des anderen Elternteils oder aufgrund gerichtlicher Entscheidung nach § 1671 BGB, „gewöhnlich“ aufhält (jener Ort bzw Haushalt, an dem/in welchem das Kind seinen Lebensmittelpunkt hat), alleine entscheidungsbefugt ist.<sup>276</sup> Sollte das Kindeswohl hierdurch gefährdet scheinen, so kann das Gericht gem § 1687 (2) BGB diesem Elternteil die alleinige Entscheidungsbefugnis nur beschränkt zusprechen oder sie gänzlich entziehen.<sup>277</sup> Hierdurch sollen Belastungen der Eltern und des Kindes – durch andauerndes Kontaktieren und Informieren – und somit auch Konflikte vermieden bzw reduziert werden. Sollte es zu Differenzen kommen, so ist dem Wunsch des (hauptsächlich) betreuenden Elternteils zu folgen, da das Kind ja überwiegend von diesem Elternteil betreut und auch das Aufwachsen von jenem maßgeblich gesteuert, also hauptsächlich beeinflusst wird.<sup>278</sup>

Von welcher Bedeutung eine Angelegenheit ist<sup>279</sup> und wessen Entscheidung nun maßgeblich sein soll, kann das Gericht bei diesbezüglichen Streitfällen klären. Hierbei hat es die Ansichten der Eltern darüber zu beachten, ist daran aber nicht gebunden – die Situation ist also objektiv zu betrachten. Eine Vereinbarung der Eltern darüber, wann eine erhebliche Angelegenheit vorliegt, hat somit keine (rechtlich) verbindliche Wirkung. Jedoch steht es den Eltern natürlich frei, zB dem anderen Elternteil erweiterte bzw alleinige Entscheidungsbefugnisse über eine widerrufliche Vollmacht zu erteilen. Unzulässig wäre eine Regelung durch die Eltern hingegen im Falle der Einschränkung der Befugnisse des hauptsächlich betreuenden Elternteils

---

Entscheidungen sind nach Abs 2 aber natürlich auch in Österreich einvernehmlich zu treffen – siehe hierzu: *N.N.*, iFamZ 2010, 131; *Finke*, NZFam 2014, 866.

<sup>276</sup> Siehe *Hennemann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687 Rz 16 f mwN; *Finke*, NZFam 2014, 866; vgl ebenso *Lang* in *Schnitzler*, *Anwaltshandbuch*, Rn 157.

<sup>277</sup> Vgl *Lang* in *Schnitzler*, *Anwaltshandbuch*, Rn 169.

<sup>278</sup> Siehe *Hennemann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687 Rz 6 mwN.

<sup>279</sup> Für eine mögliche Einordnung siehe *Lang* in *Schnitzler*, *Anwaltshandbuch*, Rn 164 mwN.

oder wenn das Kindeswohl hierdurch gefährdet wird – in diesem Fall muss das Gericht nach § 1666 BGB entscheiden.<sup>280</sup>

### 7.1.2 Betreuungsmodelle im deutschen Recht

Gleich zu Beginn muss festgehalten werden, dass ein Betreuungsmodell – bei mehreren Kindern – nicht nur für ein einzelnes Kind jeweils gelten soll, sondern für alle gleichermaßen. Hierdurch soll die Gefahr eines „Geschwistersplittings“ verhindert werden.<sup>281</sup> Dieses Gebot wäre auf jeden Fall auch auf die österreichische Ansicht bezüglich Betreuungsmodelle (da mittlerweile ja nicht mehr nur ein einziges Modell in Frage kommt) zu übertragen.

#### 7.1.2.1 Residenzmodell

Grundsätzlich wird auch vom deutschen Gesetzgeber in § 1687 (1) BGB als Betreuungsmodell das „Residenzmodell“ – also das Heim erster Ordnung – vorgesehen und bildet eigentlich die am meisten vorzufindende Betreuungsform.<sup>282</sup> Ein solches Modell liegt nach deutschem Verständnis auf jeden Fall dann vor, wenn das Kind zu weniger als 30% vom Nicht-Domizilelternteil betreut wird (oder anders dargestellt: zu einem Drittel der Zeit), wobei aber auch über diesem „Durchschnitt“ liegende Betreuungszeiten noch als dem „Domizilmodell“ entsprechend angesehen werden.<sup>283</sup> Jedoch ist auch in Deutschland bekannt, dass dieses Modell nicht die einzige Möglichkeit darstellt, wie man Kinder bei gemeinsamer (Ob-)Sorge betreuen kann.

---

<sup>280</sup> Hennemann in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687 Rz 7 f mwN.

<sup>281</sup> Vgl OLG Stuttgart 14.3.2007, 16 UF 13/07, FamRB 2007, 205 = FamRZ 2007, 1266 = FuR 2007, V Heft 4 = JAmt 2007, 496 = OLGReport Gerichtsort 2007, 509 = ZKJ 2007, 366.

<sup>282</sup> Finke, NZFam 2014, 866; vgl ebenso Lang in *Schnitzler*, Anwaltshandbuch, Rn 158; OLG Stuttgart 14.3.2007, 16 UF 13/07, FamRB 2007, 205 = FamRZ 2007, 1266 = FuR 2007, V Heft 4 = JAmt 2007, 496 = OLGReport Gerichtsort 2007, 509 = ZKJ 2007, 366.

<sup>283</sup> Vgl Huber in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017), § 1629 Rz 77; aA *Sünderhauf*, Wechselmodell (2013) 61, wonach auch der andere Elternteil, welcher das Kind zu mindestens 30% bei sich leben lässt, eine bereits dem Wechselmodell entsprechende Zeitaufteilung praktiziert.

### 7.1.2.2 Zulässigkeit des Wechselmodells

In Österreich wird das Doppelresidenzmodell, wie bereits erwähnt, gesetzlich zwar nicht gewünscht, wenngleich es in der Praxis als zulässig eingestuft wird. Die Lage in Deutschland, wo ebenso wie in Österreich ein starker Wunsch hin zu diesem Modell besteht und dieses auch schon gelebt wird, ist ähnlich, wenngleich doch auch abweichend. Auch in Deutschland wird eine strikte Haltung hin zu ausschließlich einem bestimmten Familienmodell für kritisch befunden – es dürfe weder ein Modell grundsätzlich vorgesehen werden, noch andere explizit verboten werden. Eltern, welche sich das Wechselmodell wünschen, offenbaren sich zwei möglich Wege zur Erreichung ihres Ziels: Sie können sich auf dieses Modell einigen<sup>284</sup> und diese Einigung sogar gerichtlich genehmigen lassen – also schriftlich oder mündlich einen Vergleich über die Betreuungsmodalitäten schließen – oder über einen Umweg iSd § 1682 (3) BGB eine gerichtliche Entscheidung über das Umgangsrecht erwirken. Dies würde aber ebenso eine juristische „Verrenkung“ seitens der Gerichte bedeuten (wie bereits beim VfGH), da auch das deutsche Recht (in § 1684 BGB) keine Basis für das Doppelresidenzmodell darstellt und das Heim erster Ordnung auch präferiert wird.<sup>285</sup>

Ausgeschlossen ist das Wechselmodell somit nicht, wenngleich einige Schwierigkeiten aufgrund der Gesetzeslage nicht ausgeschlossen sein dürften – so stellt auch in Deutschland der Haushalt der hauptsächlichen Betreuung (nach österreichischer Terminologie) den Anknüpfungspunkt für zB Unterhaltsbestimmungen, Kindergeld, Sozialleistungen und den Alltagsentscheid (§ 1687 (1) S 2 BGB) dar.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Vgl *Finke*, NZFam 2014, 866 mwN; *Altrogge*, FamFR 2012, 287.

<sup>285</sup> Vgl *Salzgeber*, NZFam 2014, 921 mwN; krit zu dieser Auslegung AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015, 151 = FF 2015, 31, da der deutsche Gesetzgeber zur Zeit der (Neu-)Regelung des Sorgerechts einfach nicht an das Wechselmodell gedacht habe und somit eine „sorgerechtliche Gesetzeslücke“ angenommen werden müsse.

<sup>286</sup> Vgl *Salzgeber*, NZFam 2014, 923 mwN.

#### 7.1.2.2.1 Exkurs: Unterhaltsrecht

Grundsätzlich wird § 1629 (2) S 2 BGB (Unterhalt) dann als erfüllt angesehen, wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes dergestalt geregelt wurde, dass sich das Kind überwiegend bei einem Elternteil und (in geringerem Ausmaß) zu bestimmten Zeiten beim anderen Elternteil aufhält. Auch bei einer Einteilung der Betreuungszeiten von zwei Dritteln bei zB der Mutter und einem Drittel beim Vater liegt zweifellos eine überwiegende Betreuung durch die Mutter vor.<sup>287</sup> Der zeitlichen Komponente wird bei der Beurteilung, wem denn nun die „Obhut“ zukomme, entscheidende Bedeutung zugemessen, wenngleich nicht ausschließlich dadurch auf ein bestimmtes Betreuungsmodell geschlossen werden kann. So ist insbesondere auch die Organisationstätigkeit bzw deren Umfang bezüglich der Meisterung des Alltages des Kindes zu beachten – angesprochen werden kann beispielsweise das schulische Fortkommen oder auch Freizeitaktivitäten.<sup>288</sup> Wie oft das Kind zwischen den Eltern bzw deren Haushalten hin und her wechseln „sollte“, obliegt der Entscheidung der Eltern.<sup>289</sup> Liegt nun aber eine Betreuung zu beinahe gleichen Teilen vor<sup>290</sup> – wird also das Doppelresidenzmodell praktiziert –, so hat auch keiner der beiden Elternteile die Obhut iSd § 1629 (2) S 2 BGB über das Kind,<sup>291</sup> was dazu führt, dass für jenes zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen ein („Ergänzungs“-)Pfleger zu bestellen ist, oder dem jeweiligen Elternteil auf Antrag die Entscheidungsbefugnis bezüglich der Geltendmachung von Kindesunterhalt iSd § 1628 BGB zu übertragen ist.<sup>292</sup> Für dieses „Problem“ (der

---

<sup>287</sup> AA KG 7.3.2002, 19 WF 367/01, FamRZ 2003, 53, wonach das geforderte Übergewicht einer zeitlichen Betreuung hier für eine (eindeutige) Zuordnung zu gering ist.

<sup>288</sup> *Sünderhauf*, NZFam 2014, 586 mwN, 587 mwN.

<sup>289</sup> *Veith* in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Onlinekommentar BGB<sup>41</sup> § 1687 Rn 9 mwN.

<sup>290</sup> Nach *Finke*, NZFam 2014, 867 mwN müssen hierbei die „Erziehungs-, Betreuungs- und Versorgungsaufgaben“ geteilt werden.

<sup>291</sup> AA *Sünderhauf*, NZFam 2014, 586, wonach im Gesetzeswortlaut des § 1629 (2) BGB nicht eine „alleinige“ oder „überwiegende“ Obhut verlangt wird und somit durchaus auch eine Obhut beider Eltern bestehen kann, was wiederum dazu führt, dass beide Elternteile (wechselseitig) Unterhalt für das Kind beantragen könnten.

Diese Ansicht ist mE aber zu hinterfragen, da die Wortlautinterpretation eigentlich schon nach der Obhut eines Elternteils verlangt, spricht das Gesetz doch in der Einzahl vom Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind befindet („...der Elternteil“, in dessen...).

<sup>292</sup> *Sünderhauf*, NZFam 2014, 586 mwN; *Finke*, NZFam 2014, 867 mwN; siehe ebenso *Huber*

Antragslegitimation) scheint somit eine Lösung gefunden worden zu sein.

Aber auch bei der Unterhaltsberechnung wird die Möglichkeit eines Wechselmodells berücksichtigt.<sup>293</sup> Der Elternteil, welcher das (unverheiratete) Kind bei sich betreut, leistet gem § 1606 (3) BGB bereits durch seine Pflege und Erziehung seinen Unterhaltsanteil. Der andere Elternteil wird – wie in Österreich – geldunterhaltspflichtig. Sofern nun aber das Kind von beiden Elternteilen alternierend betreut wird, soll eine „anteilige Barunterhaltspflicht“ in Frage kommen.<sup>294</sup>

Sollte bloß eine Überschreitung des üblichen Umfangs eines Umgangsrechts – nicht also eine nahezu gleichwertige Betreuung – vorliegen, so besteht auch in Deutschland die Möglichkeit, dass die Pflicht bzw das Ausmaß, Barunterhalt zu gewähren, gemindert wird, sofern die Betreuungsleistungen in ihrer (umfangreicheren, aber trotzdem geringeren) Ausgestaltung zur Deckung der Kindesbedürfnisse beitragen.<sup>295</sup>

Ein Wechselmodell wird also von deutschen Gerichten anerkannt und nicht als solches „verboten“, weil die Gesetzeslage nichts anderes zulasse. Jedenfalls ausgeschlossen ist dieses, wenn die tatsächliche Betreuung in beiden Haushalten nicht gewährleistet werden kann und die nötigen sozialen Bezüge nicht weiterhin erhalten bleiben. Zusätzlich sollte das Kind ein gewisses (Mindest-)Alter aufweisen.<sup>296</sup>

---

in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar BGB<sup>7</sup> (2017), § 1629 Rz 77 mwN; *Born* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017), § 1606 Rz 34 mwN.

<sup>293</sup> Siehe zB OLG Frankfurt 3.4.2013, 2 UF 394/12, FamRZ 2014, 46 f, wonach bei einer erhöhten Ausübung des Umgangsrechts (ab zehn Tagen pro Monat) eine Minderung der Unterhaltsverpflichtung gerechtfertigt erscheint. Die konkrete Berechnung erfolgt unter Zuhilfenahme der „Düsseldorfer Tabelle“ und einer Einstufung des Geldunterhaltsverpflichteten in eine der dort angeführten Gehaltsstufen. Der Differenzbetrag bei der Abstufung zu einer niedrigeren Gruppe „fängt“ dann gewissermaßen die durch die umfangreichere Ausübung des Kontaktrechts entstehenden Kosten „auf“ und der restliche zu leistende Unterhalt wird nun aufgrund der niedrigeren Gehaltsstufe errechnet – darauf soll hier aber nicht näher eingegangen werden.

<sup>294</sup> *Sünderhauf*, NZFam 2014, 586 mwN; vgl auch OLG Düsseldorf 12.2.1999, 3 UF 102/98, NJW-RR 2000, 74 = FamRZ 1999, 1530.

<sup>295</sup> *Finke*, NZFam 2014, 867 mwN.

<sup>296</sup> *Salzgeber*, NZFam 2014, 922 mwN.

#### 7.1.2.2.2 Anordnung des Doppelresidenzmodells durch deutsche Gerichte gegen den Willen der Eltern?

Einigkeit besteht auch dahingehend, dass für das Wechselmodell einvernehmliches Vorgehen der Eltern – bei der Wahl eines Betreuungsmodells handelt es sich um eine Entscheidung von „erheblicher Bedeutung“ iSd § 1687 (1) S1 BGB, was dazu führt, dass beide Eltern zustimmen müssen<sup>297</sup> – eine unabdingbare Voraussetzung darstellt und somit eine gerichtliche Anordnung selbigen Modells nicht in Frage kommt. Ein Wechselmodell könne nie als „Kompromisslösung“ eingestuft werden. Vielmehr muss das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, einem der beiden Eltern zugesprochen werden (also das Residenzmodell angeordnet werden), sollte bezüglich einer Betreuungsform Uneinigkeit vorliegen.<sup>298</sup>

Eine verfassungswidrige Gesetzeslage wurde in der Ermangelung einer diesbezüglich gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit nicht erkannt.<sup>299</sup> Wie schon für die gemeinsame Obsorge als solche, müssten die Eltern zudem insbesondere fähig sein, Konflikte selbst zu regeln und diese nicht auf das Kind wirken lassen – gerade beim Wechselmodell wäre eine Einbeziehung des Kindes in eventuell vorhandene Konflikte nahezu unvermeidbar<sup>300</sup> – und eine grundsätzliche Bereitschaft zu einvernehmlichem Vorgehen oder zumindest zur Kompromissfindung vorweisen. Ebenfalls müsste eine angemessene räumliche Nähe zwischen den Wohnstätten der Eltern gegeben sein.<sup>301</sup> Nur in Fällen, in welchen das Kind dahingehend ausdrücklich seinen

---

<sup>297</sup> *Finke*, NZFam 2014, 868 mwN.

<sup>298</sup> OLG Stuttgart 14.3.2007, 16 UF 13/07, FamRB 2007, 205, FamRZ 2007, 1266, FuR 2007, V Heft 4, JAmt 2007, 496, OLGReport Stuttgart 2007, 509, ZKJ 2007, 366; vgl. *Fichtner/Salzgeber*, Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht, FPR 2006, 278 (282, 284); vgl. ebenso OLG Düsseldorf 14.3.2011, 8 UF 189/10, ZKJ 2011, 256.

<sup>299</sup> *Finke*, NZFam 2014, 868 mwN.

<sup>300</sup> So OLG Dresden 3.6.2004, 21 UF 144/04, FamRZ 2005, 125 = FPR 2004, 619 = FPR 2005, 115 = FPR 2006, 315 = KindPrax 2005, 116 = KindPrax 2005, 96 = Kind-Prax 2005, 116 = NJW 2004, XII Heft 41 = NJW-RR 2005, 7 = OLGReport Düsseldorf 2004, 271 = OLGReport Düsseldorf 2005, 418.

<sup>301</sup> Vgl. *Salzgeber*, NZFam 2014, 922 mwN; siehe zudem OLG Celle 4.1.2008, 15 WF 241/07, FamRZ 2008, 2053; OLG Koblenz 12.1.2010, 11 UF 251/09, FamRZ 2010, 738; OLG Stuttgart 14.3.2007, 16 UF 13/07, FamRZ 2007, 1266.



Wunsch kundtat<sup>302</sup> oder nur vorläufig, während eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (sofern das Wechselmodell bereits gelehrt wurde),<sup>303</sup> entschieden sich Gerichte zur Anordnung des Doppelresidenzmodells gegen den Willen der Eltern.<sup>304</sup>

Nun dringen aber auch so manche Stimmen durch, welche für eine (generelle) Möglichkeit einer gerichtlichen Anordnung (gegen den Willen eines Elternteils) plädieren, da sonst ein Elternteil den anderen ohne große Schwierigkeiten (da es keine gerichtliche Kontrolle gibt) bei der Betreuung „ausschließen“ kann und dies zu einer Verletzung des Art 3 GG (Gleichheitsgrundsatz), Art 6 GG (natürliche Rechte der Eltern), Art 8 (1) und Art 14 EMRK führen würde.<sup>305</sup> Aus diesem Grund sollte – wie auch bei der gemeinsamen Obsorge an sich – diese Möglichkeit eines Vetos durch Gerichte beseitigt bzw abgeschwächt werden können. Übersehen werden hier aber die möglicherweise auftretenden Folgeschäden durch eine zwangsweise Anordnung, obwohl das Wechselmodell erfordert von den Eltern eine gleiche Vorgehensweise und die Fähigkeit, aufeinander einzugehen. Wenn dies nicht freiwillig erfolgt, kann auch nicht die Rede von einem bei der gemeinsamen Betreuung notwendigen „Miteinander“, wie *Finke* es bezeichnet, sein. Vielmehr kommt es nur zu einem nüchternen „Nebeneinander“.<sup>306</sup> Dem ist mE auf jeden Fall zuzustimmen.

---

<sup>302</sup> Siehe hierzu zB KG 28.2.2012, 18 UF 184/09, FamRZ 2012, 886 = MDR 2012, 974; krit bezüglich dieses Anknüpfungspunkts *Finke*, NZFam 2014, 869.

<sup>303</sup> Siehe *Salzgeber*, NZFam 2014, 922 mwN.

<sup>304</sup> *Götz* in *BMJ*, KindNamRÄG 2013, 117 mwN; *Finke*, NZFam 2014, 869 mwN; diese Lage kritischer hinterfragend AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015, 151 = FF 2015, 31, wonach wohl auch eher eine verfassungskonforme Interpretation der einfachen Gesetze geboten scheint, sollte man die relevanten Bestimmungen nicht als verfassungswidrig erklären – eine Sichtweise, die der Entscheidung des VfGH (G 152/2015) entspricht.

<sup>305</sup> Siehe AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015, 151 = FF 2015, 31.

<sup>306</sup> *Finke*, NZFam 2014, 869.

#### 7.1.2.2.3 Anordnung des Wechselmodells im Rahmen einer Abänderungsentscheidung?

Wie gerade erörtert, wird eine Anordnung der Doppelresidenz (erstmalig; wenn es noch nie praktiziert wurde) gegen den Willen eines Elternteils gerechtfertigterweise durchaus kritisch beurteilt und die Ermangelung einer diesbezüglichen gesetzlichen Ermächtigung für korrekt befunden. Dies betrifft aber eben nur Konstellationen, in welchen das Wechselmodell neu in Frage kommt – also noch nicht praktiziert wurde.

In Fällen, in welchen die Doppelresidenz bereits gelebt – also von den Eltern vereinbart wurde –, mittlerweile aber nicht mehr von beiden gewünscht wird, kann nun von einem Elternteil eine Neuregelung der (Ob-)Sorgemodalitäten – hinsichtlich einer alleinigen Obsorge oder nur eines Residenzmodells – beantragt werden. Dem Gericht obliegt nun die Entscheidung, ob sich an der aktuellen Situation – aus Sicht des Kindeswohls – etwas ändern kann bzw muss, weil eine Abänderung der Vereinbarung durch einen Elternteil alleine nicht möglich ist.<sup>307</sup> Hierbei besteht nämlich die Option, dass das Gericht, obwohl eben nicht mehr beide Eltern einvernehmlich das Wechselmodell praktizieren (wollen), trotzdem entscheidet, dass die bisherige Betreuungsform (also konkret das Wechselmodell) fortzusetzen sei.<sup>308</sup>

Dies bedeutet eine gerichtliche Anordnung gegen den Willen der Eltern bzw eines Elternteils. Hier wird darauf abgestellt, ob die Änderung der bisherigen Situation das Kind schädigen könnte – da es aus seinem „gewohnten“ Lebensablauf gerissen werden würde – und ob eine Beibehaltung, unter Berücksichtigung der zu erwartenden Verhaltensweisen der Eltern, dem Kindeswohl nicht eher dienlich wäre.<sup>309</sup> Es käme hier nicht einfach zu einer Abweisung des Antrages (auf Zuweisung der alleinigen

---

<sup>307</sup> Vgl AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563 = FPR 2006, 305 (307) (*Fichtner/Salzgeber*).

<sup>308</sup> Beispielhaft hierfür AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31.

<sup>309</sup> Siehe hierzu AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563.

Obsorge oder zumindest Festlegung des Residenzmodells), sondern zu einer gerichtlichen Regelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts – jeder Elternteil erhält dieses für die Zeit „seiner“ Betreuung<sup>310</sup>. Hier bietet sich dem Gericht also grundsätzlich die Möglichkeit, dieses Betreuungsmodell vorzugeben, wenngleich es aus zuvor genannten Aspekten nicht ratsam scheint. Vielmehr sollte gegebenenfalls die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil oder zumindest die Einschränkung derselben erfolgen. Dies wird in der Praxis auch meist als Eventualbegehren vom Elternteil, welcher nach wie vor das Wechselmodell wünscht, gefordert, sollte seinem Hauptbegehren, dieses weiterhin praktizieren zu können, nicht stattgegeben werden.<sup>311</sup>

## 7.2 Schweiz

### 7.2.1 Ausgestaltung der Obsorge

Das Sorgerecht über ein Kind wird in der Schweiz gem Art 296 Z 2 ZGB<sup>312</sup> grundsätzlich von beiden Eltern ausgeübt. Dies bedeutet, dass die gemeinsame Obsorge im Falle einer Scheidung auch fortbesteht. Eine Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil alleine ist insbesondere für den Fall der Gefährdung des Kindeswohls (Art 298 Z1 ZGB) oder auch bei Ableben eines Elternteils (Art 297 Z1 ZGB) vorgesehen. Unverheiratete Eltern können die gemeinsame elterliche Sorge vereinbaren – sonst steht der Mutter die alleinige Obsorge zu. Sollte hier kein Einvernehmen erzielbar sein, kann von einem Elternteil ein diesbezüglicher Antrag bei der „Kindesschutzbehörde“ gestellt werden.<sup>313</sup>

---

<sup>310</sup> Vgl *Finke*, NZFam 2014, 870.

<sup>311</sup> *Finke*, NZFam 2014, 870.

<sup>312</sup> Fassung gem Ziff. I des Bundesgesetzes vom 21.6.2013 (Elterliche Sorge), in Kraft seit 1.7.2014 (AS 2014 357; BBl 2011 9077).

<sup>313</sup> *Bürgisser*, Gemeinsame elterliche Sorge in der Schweiz, [http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift\\_beziehungsweise/detail/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6](http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift_beziehungsweise/detail/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6) (abgefragt 23.10.2016); *Aebi-Müller*, Länderbericht Schweiz, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2014) 1 (45) mwN.

## 7.2.2 Betreuungsmodell(e) im schweizerischen Rechtssystem

Art 298 Z 2 ZGB besagt, dass das Gericht im Rahmen eines Scheidungsverfahrens nicht unbedingt (nur) die alleinige Obsorge zusprechen muss. Vielmehr hat es die Möglichkeit, auch nur über die Regelung der Obhut (wo das Kind leben soll), den persönlichen Verkehr (Kontaktrecht) und/oder die Betreuungsanteile zu befinden, sofern zwischen den Eltern hierüber keine Einigkeit erzielbar scheint. Aus diesem Wortlaut kann man schließen, dass ein konkretes Betreuungsmodell nicht präferiert wird, wenngleich in der Praxis das Residenzmodell am häufigsten vorzufinden ist. Vielmehr steht es den Eltern (im ersten Schritt) einmal frei, die Betreuungsanteile frei zu regeln – also zB statt des Residenzmodells die Doppelresidenz zu vereinbaren; auch ein Nestmodell wäre somit denkbar.<sup>314</sup> Nun ermächtigt das Gesetz aber auch das Gericht, darüber zu entscheiden, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich zu betreuen ist bzw wie die Anteile an der Betreuung bei der gemeinsamen Sorge zu bemessen sind. Hieraus ist ableitbar, dass nicht nur das Wechselmodell indirekt anerkannt wird, sondern, dass es auch vom Gericht angeordnet werden könnte.

## 7.3 Belgien

Im belgischen Recht wird das Wort Obsorge mit „ouderlijk gezag“ / „autorité parentale“ – „elterliche Autorität“ – umschrieben. Gem Art 373 f des belgischen Code civile (BW) haben beide Eltern, unabhängig davon, ob sie zusammen leben oder nicht, diese Autorität – wozu auch die elterliche Sorge und Erziehung zählt – gemeinsam auszuüben. Sollten die Eltern jedoch getrennt leben, so muss der Aufenthalt des Kindes geregelt werden. Dies können die Eltern selbst vornehmen, sie können einen (Familien-)Mediator aufsuchen oder eine gerichtliche Entscheidung anstreben. In letzterem Fall ist vom Gericht gem Art 374 § 2 (2) BW primär zu untersuchen, ob eine Regelung mit einer Aufteilung des Aufenthalts zu gleichen Teilen – also die Anordnung einer Doppelresidenz – geboten scheint bzw möglich ist. Belgien

---

<sup>314</sup> Siehe *Bürgisser*, Gemeinsame elterliche Sorge in der Schweiz, [http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift\\_beziehungsweise/detail/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6](http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift_beziehungsweise/detail/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6) (abgefragt am 23.10.2016).

ist in Europa als Vorreiter hinsichtlich des Doppelresidenzmodells zu nennen, da es mit 2006 als erstes Land eine dahingehende Anpassung bzw Änderung des Gesetzes veranlasste. Eine diesbezügliche Entscheidung ist aber nur bei Vorliegen eines gemeinsamen Sorgerechts und eines Antrags mindestens eines Elternteils zulässig; der Wunsch ausschließlich des Kindes wäre unzureichend. Das Gericht hat bei Anordnung der Doppelresidenz – in Belgien „verblijfsco-ouderschap“ genannt – zugleich auch die Zeiträume für die Wechsel des Betreuungsortes festzulegen. Wie auch in Österreich – nach der Auslegung der Gesetzeslage durch den VfGH – ist aber ein fixer Haushalt (bloß formal) als Hauptwohnsitz vorzusehen.<sup>315</sup>

Festzuhalten ist somit, dass in Belgien ein Doppelresidenzmodell nicht nur gesetzlich anerkannt ist, sondern auch vom Gericht angeordnet werden kann. Ähnlichkeit zum österreichischen Recht besteht in der formellen Notwendigkeit, einen Haushalt der hauptsächlichen Betreuung vorzusehen (nach österreichischer Terminologie).

Der Kreis der Befürworter ist beachtlich: seit 2006 (bis ca 2011/12) war das Wechselmodell in 27,1% der Fälle zu finden. Am meisten wird dieses Modell bei Kindern im Alter bis zu zwölf Jahren gewählt, ist aber natürlich auch in höheren Altersgruppen nach wie vor stark vertreten.<sup>316</sup>

## 7.4 Frankreich

In Frankreich wird das Sorgerecht – die „elterliche Verantwortung“ – sowohl über eheliche als auch uneheliche Kinder (hierbei kommt es jedoch auf die Modalitäten der Klärung der Abstammung an: ein Elternteil erhält grundsätzlich die alleinige Obsorge, sofern die Anerkennung durch den anderen Elternteil nicht innerhalb eines Jahres erfolgt oder die Abstammung durch das Gericht festgestellt wird – durch eine entsprechende Erklärung

---

<sup>315</sup> Siehe hierzu *Verschraegen*, Zur Doppelresidenz – eine rechtsvergleichende Skizze. Regelungen im belgischen, französischen und englischen Recht, iFamZ 2009, 183 (183) mwN; *Sünderhauf*, Wechselmodell 879; siehe ebenso *Pintens*, Länderbericht Belgien, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2011) 1 (56 f) mwN.

<sup>316</sup> Vgl hierzu *Sünderhauf*, Wechselmodell 879 f mwN.

seitens der Eltern oder eine Anordnung durch den Richter kann aber auch hierbei eine gemeinsame Obsorge festgelegt werden) primär gemeinsam ausgeübt; eine Trennung der Eltern ändert daran auch nichts.<sup>317</sup> Das Gesetz bietet den Eltern bezüglich der Regelung des Aufenthaltsortes die Möglichkeit, entweder ein Heim erster Ordnung oder die Doppelresidenz zu wählen, wenngleich eine gesetzliche Präferenz bezüglich des Doppelresidenzmodells vorliegt. Hinsichtlich letzterem sieht Art 373-2-9 Ccf vor, dass auch das Gericht dieses „Modell“ anordnen kann; andernfalls wäre ein Antrag eines Elternteils nötig. Zu Beginn ist – der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung vergleichbar – eine Probezeit festzusetzen, um Eindrücke für eine „abschließende“ Regelung gewinnen zu können. Hervorzuheben ist, dass von einer Doppelresidenz in Frankreich nicht nur dann auszugehen ist, wenn eine annähernd gleichteilige Betreuung (ca jeweils 50%) vorliegt, sondern auch bei größeren zeitlichen Abweichungen – es solle bei der Ausgestaltung der Regelungen nur das Kindeswohl ausschlaggebend sein.<sup>318</sup> Die Zeiten der Betreuung (Wechselmodell oder Residenzmodell) müssen nämlich nicht mit denen des Aufenthaltes gleichlaufen.<sup>319</sup> Eine „vollwertige Doppelresidenz“ – nach österreichischem Verständnis – ist somit nicht ersichtlich.

Das Wechselmodell wird in Frankreich insbesondere bei einvernehmlichen Regelungen häufig gewählt (in 15,8% der Fälle), während nach (streitigen) Auseinandersetzungen und einer Entscheidung vor Gericht nur 6,1% der Kinder in „Wechselmodellfamilien“ leben (müssen).<sup>320</sup>

## 7.5 England

Auch in England ist das System des Wechselmodells bereits anerkannt; man spricht hier von „shared or joint residence“. Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist dieses (bisher) nicht – besonders den Richtern

---

<sup>317</sup> *Henrich/Schönberger*, Länderbericht Frankreich, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2014) 1 (52) mwN.

<sup>318</sup> *Verschraegen*, iFamZ 2009, 183 f mwN; *Sünderhauf*, Wechselmodell 881 f mwN.

<sup>319</sup> *Verschraegen*, iFamZ 2009, 186.

<sup>320</sup> Siehe *Sünderhauf*, Wechselmodell 882 mwN.

obliegt die „Ausgestaltung“ der Sorgerechtsregelungen unter Beachtung auch des „Children Act“, welcher eine maßgebliche Rechtsgrundlage auf diesem Gebiet darstellt. Die Möglichkeit, Wechsel der Aufenthaltsorte auszuschließen, wurde bereits vor vielen Jahren für unpassend befunden – es muss also keinen „hauptsächlichen Aufenthalt“ geben. Die Rechtsprechung ging vermehrt dazu über, besondere Voraussetzungen für einen „shared residence order“ nicht mehr zu fordern bzw zu prüfen, um dieses Modell für zulässig zu befinden. Insbesondere, wenn in der Realität bereits erfolgreich ein solches Modell gelebt wird, solle ein gerichtlicher Beschluss („residence order“) nicht in eine andere Richtung weisen. Aber nicht nur eine gleichmäßige Aufteilung der Aufenthalte bei den Eltern setzte sich vermehrt durch, sondern auch die Angleichung der Betreuungszeiten wurde schrittweise ermöglicht – dies auch, wenn ein Elternteil Bedenken gegen einen dahingehenden gerichtlichen Ausspruch hegen sollte, das Modell aber bereits so praktiziert wurde. Hierdurch werden die Eltern auf dieselbe Stufe gestellt und ein „Machtgefälle“ verhindert. So gilt es festzuhalten, dass zwischen den Aufenthaltszeiten an sich und den Betreuungszeiten bzw der gleichwertigen Ausgestaltung („equal parenting time“) unterschieden wird. Auch in England kann somit eine „shared residence“ vorliegen bzw angeordnet werden, ohne dass aber die Betreuungszeiten angeglichen werden (müssten) – es besteht keine Einheit von „shared residence“ und „equal parenting time“. Teils werden somit die Haushalte beider Eltern hinsichtlich ihres Status und der Relevanz für das Kind einander angeglichen, wenngleich die Betreuungszeiten davon nicht automatisch betroffen sind.<sup>321</sup>

Die Verbreitung des Wechselmodells ist auch in England stark im Steigen begriffen. Im Zeitraum 2006 bis 2007 war in 17% der Fälle das Wechselmodell vorzufinden. Eine ausdrückliche Verankerung im Gesetz wird auch hier bereits – insbesondere von Väterseite – gefordert.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> *Verschraegen*, iFamZ 2009, 184 ff mwN; *Sünderhauf*, Wechselmodell 877 mwN.

<sup>322</sup> *Sünderhauf*, Wechselmodell 877 f mwN.

## 7.6 Italien

Das italienische Zivilrecht sieht sowohl für eheliche als auch uneheliche (hier ist jedoch eine Anerkennung des Kindes durch die Eltern nötig) Kinder die gemeinsame elterliche Verantwortung vor (siehe Art 316 Cci) – ob die Eltern zusammenleben oder -gelebt haben, ist dabei irrelevant. Sollte es zu einer Trennung oder Scheidung kommen, haben die Gerichte in ihren Verfügungen primär zu prüfen, ob das Kind nicht (nach wie vor) beiden Eltern anvertraut werden kann – die gemeinsame Obsorge (die „elterliche Verantwortung“) als solche erlischt hierdurch nicht – und wie die Zeiten der Aufenthalte bei den Eltern, insbesondere hinsichtlich Art und Umfang, ua der Pflege und Erziehung, geregelt werden sollen (siehe Art 337-ter Cci). Eine nötige Festlegung eines bestimmten Haushaltes oder ein Ausschluss einer gleichteiligen Betreuung lässt sich nicht finden. Schließlich gilt es noch festzuhalten, dass natürlich auch die Eltern entsprechende Vereinbarungen treffen können, sofern das Kindeswohl hierdurch nicht gefährdet scheint.<sup>323</sup>

## 7.7 Norwegen

Die „Elternverantwortung“ steht in Norwegen grundsätzlich beiden Elternteilen – sowohl bei Ehe als auch bei Vorliegen einer Lebensgemeinschaft – zu. Sollten die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt nicht zusammenleben, so wäre für die gemeinsame Obsorge eine Übermittlung der darauf gerichteten Vereinbarung an die Meldebehörde nötig. Die gemeinsame Elternverantwortung wird durch Trennung oder Scheidung grundsätzlich nicht berührt.<sup>324</sup>

Kinder dürfen in Norwegen nur an einem bestimmten Wohnsitz gemeldet sein, wengleich mittlerweile dadurch auch hier ein Wechselmodell nicht ausgeschlossen wird. So kann argumentiert werden, dass auch in Norwegen ein „Haushalt der hauptsächlichen Betreuung“ (nach

---

<sup>323</sup> Henrich, Länderbericht Italien, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1 (44) mwN.

<sup>324</sup> Sperr, Länderbericht Norwegen, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2011) 1 (57) mwN.



österreichischer Terminologie) bloß formal vorgesehen werden muss. Den Gerichten ermöglicht das Gesetz sogar, dieses Modell anzuordnen, sofern sich die Eltern hierüber nicht einigen (können), eine derartige Anordnung jedoch geboten scheint, was bisweilen in Österreich eher kontrovers diskutiert wird. Norwegen möchte sich allgemein als Vorreiter bei der Gleichstellung von Mann und Frau nach einer Trennung bzw. Scheidung sehen und dieses Thema spielt hierbei natürlich eine wichtige Rolle.<sup>325</sup>

In der Praxis scheinen sich in Norwegen drei leicht unterschiedliche Wechselmodellvarianten herausgebildet zu haben: „flexibles Modell“, „unsicheres Modell“ und „starres Modell“. Bei der ersten Variante geht es insbesondere um das Selbstbestimmungsrecht des Kindes. Es entscheidet selbst, wann und wieviel Zeit es bei welchem Elternteil verbringt. Funktionsfähig ist dies wohl nur bei geringen Entfernungen zwischen den Haushalten und bei ausreichender Kooperations- bzw. Kommunikationsfähigkeit der Eltern. Besonders diese Alternative entspricht der Wichtigkeit, gerade beim Thema Sorgerecht auf die Bedürfnisse der Kinder Rücksicht zu nehmen. Die zweite Variante kennzeichnet sich ebenso durch die Möglichkeit, dass grundsätzlich das Kind entscheidet, wann es bei welchem Elternteil ist, jedoch ist die Kommunikations- bzw. eher Kooperationsbasis nicht mehr ganz so harmonisch, wie zuvor. Den Kindern wird hier teils das Gefühl vermittelt, dass die Eltern im Grunde (persönlich) gerade nicht besonders erfreut sind, wenn das Kind nun zum anderen Elternteil möchte. Sie greifen hier also nicht direkt in die Wahl des Haushaltes ein, sondern die Kinder selbst meinen (deshalb), ihre Planungen auf die Loyalität jeweils zu den Eltern ausrichten zu müssen. Sie sehen sich also mit einem durchaus starken Verantwortungsgefühl den Eltern gegenüber konfrontiert. Das dritte Modell schließlich wäre wohl jenes, welches einem Gesetz entspringen könnte und nicht „familienintern“ flexibel geregelt wird. Hierbei erfolgt ein Wechsel der Haushalte nicht nach Wünschen des Kindes,

---

<sup>325</sup> *Haugen*, Die Betreuung im 50/50-Wechselmodell und das Kindeswohl: Gesetzliche Regelungen, das Kind als sozialer Akteur und altersbedingte Schwierigkeiten, <http://www.dji.de/?id=42735> (abgefragt am 19.12.2016); vgl. ebenso *Sünderhauf*, Wechselmodell 883 mwN; *Sperr*, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht 58 mwN.

sondern nach Vorgabe der Eltern (oder vielleicht auch nach gerichtlicher Vorgabe); das Kind soll sich einfach daran halten, egal ob es gerade möchte oder nicht.<sup>326</sup>

Das Doppelresidenzmodell findet durchaus hohen Zuspruch: so fand man jenes im Jahr 2010 in 25% der Fälle vor, Tendenz (stark) steigend, wobei gerade in der Altersgruppe 12-16 Jahre die größte Verbreitung vorliegt. Der „Rest“ wird im Residenzmodell betreut, wobei üblicherweise die Mutter der Domizilelternteil ist.<sup>327</sup>

## 7.8 Tschechische Republik

Grundsätzlich obliegt beiden Eltern die „elterliche Sorge“ über das Kind – Ehelichkeit oder Unehelichkeit spielt keine Rolle.<sup>328</sup>

Sollte es zur Scheidung oder Trennung der Eltern kommen – in dieser Situation ist eine Vereinbarung der Eltern über die künftige Ausgestaltung der elterlichen Verantwortung primär anzustreben (diese muss, um wirksam zu werden aber gerichtlich genehmigt werden) und erst bei fehlender Einigkeit bzw Unmöglichkeit eine gerichtliche Entscheidung –, so gibt es, neben dem alleinigen Sorgerecht eines Elternteils, zwei Möglichkeiten, die Obsorge auszuüben. Eine „gemeinsame Ausübung des Sorgerechts“ kommt nur in Fällen in Betracht, in denen die Eltern zusammen leben und die Bedürfnisse des Kindes bedienen können. Sollten die Eltern hingegen nicht zusammenleben, so besteht nach tschechischem Recht die Möglichkeit des „abwechselnden Sorgerechts“. Hier haben die Eltern innerhalb bestimmter Zeiträume – meist monatsweise – abwechselnd das Sorgerecht auszuüben. Voraussetzung hierfür ist ein entsprechendes räumliches Naheverhältnis zwischen den Eltern.<sup>329</sup> Eine gemeinsame Obsorge nach Scheidung oder

---

<sup>326</sup> Siehe *Haugen*, <http://www.dji.de/?id=42735> (abgefragt am 19.12.2016).

<sup>327</sup> *Sünderhauf*, Wechselmodell 883 f mwN.

<sup>328</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_cze\\_de.htm#](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_cze_de.htm#) (abgefragt am 20.3.2017).

<sup>329</sup> Vgl [http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_cze\\_de.htm#](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_cze_de.htm#) (abgefragt am 19.12.2016); vgl zudem *Bohata*, Länderbericht Tschechische Republik, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1 (72 f)

Trennung mit Betreuung des Kindes im Rahmen eines Doppelresidenzmodells, wie es in Österreich mittlerweile möglich ist, sieht das tschechische System offensichtlich nicht vor. Vielmehr wechselt beim „abwechselnden Sorgerecht“ das (ausschließliche) Sorgerecht scheinbar mit dem Kind immer mit – im Endeffekt kann man also eigentlich von einem „wechselnden alleinigen Sorgerecht“ sprechen, aber nicht von einem der Doppelresidenz entsprechenden Modell.

## 7.9 Schweden

Auch in Schweden kann man erkennen, dass das Modell „Heim erster Ordnung“ nicht mehr die einzige Betreuungsform bei gemeinsamer Personensorge (in Schweden als „Obhut“/vårdnad) bezeichnet<sup>330</sup> darstellen muss – die Doppelresidenz soll eine gleichwertige Alternative zum Residenzmodell bieten. So erlaubt das Gesetz den Gerichten hier ebenso die Anordnung des Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils. Wie in Österreich führt diese gesetzliche Errungenschaft (das Wechselmodell an sich) aber auch zu Problemen bei der Anwendung anderer damit verknüpfter Rechtsgebiete – zu denken ist hier an Unterhaltsbestimmungen, Melderecht und Sozialleistungsrecht.<sup>331</sup>

In der Bevölkerung findet das Modell jedenfalls durchaus breiten Zuspruch, sowohl von Seiten der Eltern als auch von den Kindern, wenngleich die Kritik am gerichtlich angeordneten Wechselmodell nicht übersehen werden darf. Gerade hier müsse auf die Wünsche des Kindes eingegangen und auch das Verhalten der Eltern untereinander umfangreich berücksichtigt werden.<sup>332</sup>

---

mwN.

<sup>330</sup> Giesen, Länderbericht Schweden, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1 (34) mwN.

<sup>331</sup> *Sünderhauf*, Wechselmodell 885 f mwN.

<sup>332</sup> Hierzu *Sünderhauf*, Wechselmodell 886 mwN.

## 7.10 USA

Die USA können gewissermaßen als Pioniere auf dem Gebiet des Wechselmodells (auf internationaler Ebene) bezeichnet werden, da bereits ab den 1970er-Jahren dieses Thema in der Öffentlichkeit um sich zu greifen begann. Das Familienrecht ist von jedem einzelnen Bundesstaat extra zu regeln, jedoch besteht mittlerweile Einigkeit, dass das Wechselmodell – „joint physical custody“ – von Gerichten keinesfalls ausgeschlossen werden dürfe; in manchen Staaten (ua Oklahoma, Iowa oder Maine) wird jenes sogar präferiert. Ganz allgemein wird das Wechselmodell von 80-90% der Bevölkerung für positiv befunden. Die Zukunft lässt darauf schließen, dass Gesetze sogar dahin gehend geändert werden, dass bei fehlender Einigkeit über die Betreuungsmodalitäten durch die Eltern automatisch das Doppelresidenzmodell vorzusehen ist.<sup>333</sup>

## 7.11 Australien

Das (Familien-)Recht in Australien geht in der Regel bei Trennungen und Scheidungen auch von der gemeinsamen Obsorge der Eltern aus. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Betreuungszeiten ist hervorzuheben, dass seit 2006 auch hier das Wechselmodell bevorzugt wird. Auf gesetzlicher Ebene ist dieses Modell nicht an „erster Stelle“ verankert – es soll grundsätzlich, wie es in Obsorgeangelegenheiten ja die Regel ist, immer eine Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden –, wenngleich doch eine starke Tendenz hin zum Wechselmodell erkennbar ist. In den Jahren 2007 und 2008 endete jeweils ca ein Drittel der Lösungsversuche vor Gericht mit der Anordnung bzw Vereinbarung des Wechselmodells.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> Ausführlich hierzu *Sünderhauf*, Wechselmodell 869 ff mwN.

<sup>334</sup> *Sünderhauf*, Wechselmodell 873 f mwN.

## 8 RESUMEE

Der Standpunkt des Gesetzgebers, auch mit dem KindNamRÄG 2013 weiterhin am Betreuungsmodell „Heim erster Ordnung“ festzuhalten, gerät immer mehr ins Wanken. Die vom Volk gelebte Praxis – und von jenem sollte ja (zumindest indirekt) die Macht ausgehen – drängt vermehrt zu einer Erweiterung der Möglichkeiten, wie ein Kind gemeinsam nach einer Trennung bzw. Scheidung aufgezogen werden kann. Der Weg des VfGH ist ein wichtiger erster Schritt in die richtige Richtung, wenngleich er mE zu „ängstlich“ gesetzt wurde. Statt einer Aufhebung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen, wie es grundsätzlich die Aufgabe des VfGH wäre, bloß eine Auslegungsvariante des Gesetzes anzubieten, ist nicht ausreichend, um Österreich auf den „modernen Stand der Gesetze“ zu bringen. Dem Gesetzgeber sollte vielmehr das Gebot, besser gesagt die Pflicht, auferlegt werden, die betreuungsrechtliche Situation in anderen Ländern zu begutachten. Hierdurch würde sichtbar werden, dass das Kindeswohl nicht nur durch einen alt-gedienten Gesetzesbestand gefördert werden kann, sondern auch durch Alternativen. Ein Betreuungsmodell alleine – egal um welches es sich handelt – für alle Nach-Trennungsfamilien vorzusehen, ist einfach nicht zweckmäßig. Bei der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Betreuungsmodell müsste insbesondere auf die jeweiligen Familienverhältnisse und besonders auch – sofern dieser in relevanter Weise beachtet werden kann – auf den Wunsch des betroffenen Kindes eingegangen werden.

So bleibt abzuwarten, wie in Zukunft in Entscheidungen insb des OGH mit dieser neuen „Rechtsslage“ umgegangen wird und ob nicht bei der nächsten Gesetzesänderung Klarheit sowohl auf diesem Kerngebiet als auch hinsichtlich der davon betroffenen Randbereiche (zB Unterhalt, Familienbeihilfe, etc) geschaffen wird – Reformbedarf wäre jedenfalls zu erkennen, wenngleich nicht übersehen werden darf, dass eine gänzliche Neuregelung bzw der Entfall des nominellen Domizilelternteils mitunter auch zu administrativen Herausforderungen führen würde. Eine Reform will somit wohl durchdacht und gut geplant sein.

# JUDIKATURVERZEICHNIS

## VfGH:

VfGH 28.6.2012, G 114/11

VfGH 11.12.2014, G 18/2014, iFamZ 2015/1, 4 (*Pesendorfer*)

VfGH 9.10.2015, G 152/2015, iFamZ 2015/200, 270 = ÖJZ 2015/127, 961  
(*Pilnacek/Hopf/Fucik*) = JBI 2015, 768

## OGH:

OGH 12.12.2002, 6 Ob 182/02m

OGH 31.3.2004, 7 Ob 277/03s, ÖA 2005,109, U443

OGH 24.9.2004, 8 Ob 62/04g, ÖA 2005,151, U448

OGH 25.5.2005, 7 Ob 145/04f, ÖA 2005, 146 = EFSlg 110.168

OGH 17.2.2006, 10 Ob 11/04x, Zak 2006/264, 154 = EF-Z 2006/11, 22 =  
FamZ 2006/1, 11 = EFSlg 113.222 = EFSlg 113.225 = EFSlg 113.226 = EFSlg  
113.585 = EFSlg 113.586 = EFSlg 113.589 = EFSlg 113.681

OGH 30.8.2006, 7 Ob 178/06m

OGH 19.3.2013, 4 Ob 16/13a, iFamZ 2013/88, 131 = EF-Z 2013/115, 173  
(*Gitschthaler*) = Zak 2013/395, 217 = EFSlg 137.921 = EFSlg 137.923 =  
EFSlg 137.925 = EFSlg 137.926 = EFSlg 137.930

OGH 8.5.2013, 6 Ob 41/13t, EF-Z 2013/106, 164 (*Beck*) = Zak 2013/394, 217  
= JBI 2013,501 = Jus-Extra OGH-Z 5390 = iFamZ 2013,212 (*Fucik*)= EvBl  
2013/137, 963 (*Gottschamel*) = iFamZ 2013/218, 288 (*Thoma-Twaroch*) = RZ  
2013/242, 248 = EFSlg 137.657 = EFSlg 137.658 = EFSlg 137.679 = EFSlg  
137.681 = EFSlg 137.682 = EFSlg 137.685 = EFSlg 137.687 = EFSlg  
137.695 = EFSlg 137.704 = EFSlg 138.843

OGH 4.7.2013, 6 Ob 11/13f, iFamZ 2013/159, 227 = EFSlg 137.877 = EFSlg  
137.886 = EFSlg 137.921 = EFSlg 137.922 = EFSlg 137.930 = EFSlg  
140.363

OGH 9.9.2013, 6 Ob 155/13g, EF-Z 2014/41, 69 (*Beck*) = EFSlg 137.696

OGH 26.2.2014, 9 Ob 8/14p, EF-Z 2014/104, 167 (*Nademleinsky*) = iFamZ  
2014/94, 113 = Zak 2014/425, 235 = EF-Z 2015/5, 14 (*Nademleinsky*)

OGH 24.7.2014, 1 Ob 94/14a, iFamZ 2014/75, 246 (*Thoma-Twaroch*) = Zak  
2014/665, 352 = EF-Z 2015/9, 24 (*Beck*)

OGH 11.9.2014, 2 Ob 153/14k, iFamZ 2014/209, 298 = EF-Z 2015/11, 27 (krit  
*Beck*) = EF-Z 2016/30, 76 (*Nademleinsky*)

OGH 18.12.2014, 3 Ob 212/14v, EvBl-LS 2015/52 = Jus-Extra OGH-Z 5745 =  
iFamZ 2015/93, 117 = EF-Z 2015/155, 268 (*Beck*)

OGH 26.2.2015, 8 Ob 7/15k, iFamZ 2015/165, 201 = EF-Z 2015/123, 213  
(*Beck*)

OGH 28.4.2015, 8 Ob 20/15x, iFamZ 2015/166, 201

OGH 28.4.2015, 10 Ob 17/15w, Zak 2015/460, 255 = iFamZ 2015/125, 169 = JBI 2015, 512 = AnwBI 2015, 514 = EF-Z 2015/131, 221

OGH 27.5.2015, 8 Ob 40/15p, Zak 2015/524, 293 = EvBI-LS 2015/141 = Jus-Extra OGH-Z 5865 = Jus-Extra OGH-Z 5866 = iFamZ 2015/167, 202 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 17.9.2015, 1 Ob 158/15i, Zak 2015/683, 394 = JBI 2015, 780 = iFamZ 2015/201, 277 = EF-Z 2016/3, 15 = EF-Z 2016/16, 45

OGH 17.11.2015, 4 Ob 181/15v, iFamZ 2016/14, 17 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 24.11.2015, 1 Ob 207/15w, EF-Z 2016/40, 92 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2016/6, 13 = EF-Z 2016/63, 144 (*Gitschthaler*)

OGH 25.11.2015, 8 Ob 69/15b, EF-Z 2016/39, 91 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2016/4, 12

OGH 28.4.2016, 1 Ob 46/16w, Zak 2016/347, 191 = iFamZ 2016/140, 215 = AnwBI 2016,444 = EF-Z 2016/144, 313

OGH 19.7.2016, 10 Ob 53/16s, iFamZ 2016/180, 290 = EF-Z 2016/146, 313

OGH 17.8.2016, 8 Ob 25/16h, FamZ 2016/179, 290 (*Thoma-Twaroch*)

OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i, Zak 2016/622, 332 = EvBI-LS 2016/150 = JBI 2016,780

OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d, Zak 2016/700, 372 = iFamZ 2016/213, 347 (*Thoma-Twaroch*) = Jus-Extra OGH-Z 6114 = EvBI-LS 2017/18 = JBI 2017,101



OGH 28.9.2016, 7 Ob 149/16m, Zak 2016/731, 394 = iFamZ 2016/217, 354

OGH 19.12.2016, 9 Ob 82/16y

## **LG:**

LGZ Wien 26.9.2011, 42 R 138/11x, EF-Z 2012/17, 36 (*Gitschthaler*)

LGZ Wien 12.3.2013, 48 R 2/13v, EFSlg 137.698

LGZ Wien 3.9.2014, 42 R 321/14p, iFamZ 2014/217, 301 (*Thoma-Twaroch*) =  
iFamZ 2015, 18 (*Beck*) = Zak 2015/11, 14

LG Salzburg 18.12.2015, 21 R 285/15f, EF-Z 2016/91 (*Gitschthaler*)

## **UFS:**

UFS 15.3.2010, RV/1861-W/04

## EGMR:

EGMR U 26.5.1994, *Keegan geg Irland*, Nr 16969/90, EuGRZ 1995, 113 = FamRZ 1995, 110 = NJW 1995, 2153 = ÖJZ 1995, 70

EGMR U 13.7.2000, *Elsholz geg Deutschland*, Nr 25735/94, DAVorm 2000, 679 = EuGRZ 2001, 595 = FamRZ 2001, 341 = NJW 2001, 2315 = ÖJZ 2002, 71 = ZfJ 2001, 106

EGMR U 11.10.2001, *Hoffmann geg Deutschland*, Nr 34045/96

EGMR U 26.2.2002, *Kutzner geg Deutschland*, Nr 46544/99, EuGRZ 2002, 244 = FamRZ 2002, 1393 = ZfJ 2002, 288

EGMR U 8.7.2003, *Sahin geg Deutschland*, Nr 30943/96, EuGRZ 2004, 707 = FamRZ 2004, 337 = FPR 2004, 350

EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger geg Deutschland*, Nr 22028/04, EuGRZ 2010, 25 = FamRZ 2010, 103 = FuR 2010, 214 = JAmt 2010, 155 = NJW 2010, 501 = ÖJZ 2010, 138 = ZKJ 2010, 112

EGMR U 21.12.2010, *Anayo geg Deutschland*, Nr 20578/07, EuGRZ 2011, 124 = FamRZ 2011, 269 = FPR 2013, 275 = JAmt 2011, 215 = NJW 2011, 3565

EGMR U 3.2.2011, *Sporer geg Österreich*, Nr 35637/03, EF-Z 2011, 56 (*Nademleinsky*) = Zak 2011, 48 = ÖJZ 2011/525

## Deutsche Gerichte:

OLG Düsseldorf 6.9.1973, 8 W 99/73, FamRZ 1974, 99

OLG Düsseldorf 12.2.1999, 3 UF 102/98, NJW-RR 2000, 74 = FamRZ 1999, 1530

AG Hannover 13.10.2000, 608 F 2223/99 SO, FHZivR 47/3757 = LSK 2002/090424 = FamRZ 2001/846 = FamRZ 2002/563

KG 7.3.2002, 19 WF 367/01, FamRZ 2003, 53

OLG Dresden 3.6.2004, 21 UF 144/04, FamRZ 2005, 125 = FPR 2004, 619 = FPR 2005, 115 = FPR 2006, 315 = KindPrax 2005, 116 = KindPrax 2005, 96 = Kind-Prax 2005, 116 = NJW 2004, XII Heft 41 = NJW-RR 2005, 7 = OLGReport Düsseldorf 2004, 271 = OLGReport Düsseldorf 2005, 418

BGH 21.12.2005, 12 ZR 126/03, NJW 2006/2258 = MDR 2006/1173 = FamRZ 2006/1015

OLG Brandenburg 5.3.2007, 9 UF 214/06, FamRZ 2007, 1350 = NJW 2007, VIII Heft 41 = NJW 2008, 240 = NJW-RR 2007, 1589 = OLGReport Brandenbrug 2007, 820 = ZKJ 2007, 368

OLG Stuttgart 14.3.2007, 16 UF 13/07, FamRB 2007, 205 = FamRZ 2007, 1266 = FuR 2007, V Heft 4 = JAmt 2007, 496 = OLGReport Stuttgart 2007, 509 = ZKJ 2007, 366

OLG Celle 4.1.2008, 15 WF 241/07, FamRZ 2008, 2053

OLG München 25.1.2008, 12 UF 1776/07, FamRB 2008, 204 = FamRZ 2008,  
1103 = NJW-RR 2008, 1534 = NJW-Spezial 2008, 518 = OLGReport  
München 2008, 260

OLG Koblenz 12.1.2010, 11 UF 251/09, FamRZ 2010, 738

OLG Düsseldorf 14.3.2011, 8 UF 189/10, ZKJ 2011, 256

KG 28.2.2012, 18 UF 184/09, FamRZ 2012, 886 = MDR 2012, 974

OLG Frankfurt 3.4.2013, 2 UF 394/12, FamRZ 2014, 46

BGH 12.3.2014, 12 ZB 234/13, NJW 2014, 1958 = MDR 2014, 662 = FamRZ  
2014, 917

AG Heidelberg 19.8.2014, 31 F 15/14, FamRZ 2015,151 = FF 2015, 31

# LITERATURVERZEICHNIS

## I. Kommentare, Sammelbände und Festschriften

*Aebi-Müller*, Länderbericht Schweiz, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2014) 1

*Barth/Jelinek*, Das neue Obsorgerecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 109

*Beck*

- in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>1</sup> § 105

- in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG<sup>1</sup> § 107

*Beclin*, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht nach dem KindNamRÄG 2013, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 (2013) 195

*Bohata*, Länderbericht Tschechische Republik, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1

*Born* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017), § 1606

*Deixler-Hübner*

- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §177

- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> §179

- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 180
- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 189
- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 190

*Ferrari*, Die Obsorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihre Kinder, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 19

*Fischer-Czermak*

- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 162
- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 167
- in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 187

*Giesen*, Länderbericht Schweden, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1

*Gitschthaler*, Neuerungen im Kindesunterhaltsrecht, in *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, (2013) 257

*Götz*, Das neue Kindschaftsrecht im Vergleich: Die Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in *BMJ* (Hrsg), KindNamRÄG 2013 (2014) 107

*Hennemann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1687

*Henrich*, Länderbericht Italien, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2015) 1

*Henrich/Schönberger*, Länderbericht Frankreich, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2014) 1

*Huber* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar BGB<sup>7</sup> (2017), § 1629

*Lang*, § 13 Elterliche Sorge, in *Schnitzler* (Hrsg), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht<sup>4</sup> (2014) 743

*Laurer*, Qualifizierte Mehrheitserfordernisse und Bezeichnungsgebot in der Bundesgesetzgebung, in FS Heinz Mayer (2011) 295

*Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 231

*Pintens*, Länderbericht Belgien, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2011) 1

*Seeber-Grimm*, Die Obsorge nach Trennung oder Scheidung der Eltern, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 39

*Simotta*, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des KindNamRÄG 2013, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014) 113

*Sperr*, Länderbericht Norwegen, in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (2011) 1

*Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 231

*Veith* in *Bamberger/Roth*, Beck'scher Onlinekommentar BGB<sup>41</sup> § 1687

## **II. Monographien und Lehrbücher**

*Barth-Richtarz/Figdor*, Was bringt die gemeinsame Obsorge? Studie zu den Auswirkungen des KindRÄG 2001

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

*Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht<sup>7</sup> (2015)

*Huber/Täubel-Weinreich*, Obsorge kompakt<sup>2</sup> (2013)

*Kollmitzer*, Doppelresidenz in Österreich. Die Perspektive der Väter (2010)

*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016)

*Spies*, Das Doppelresidenzmodell nach elterlicher Scheidung – Akzeptanz in Österreich (2010)

*Sünderhauf*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis (2013)

## **III. Beiträge in Zeitschriften**

*Altrogge*, Voraussetzung für die Anordnung eines Wechselmodells, FamFR 2012, 287

*Baloff*, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, FPR 2013, 566



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

*Barth-Richtarz*

- Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178
- Zwei „Zuhause“ für unsere Kinder. Erfahrungen von Müttern und Vätern mit der Doppelresidenz nach Trennung/Scheidung, iFamZ 2009, 174

*Beck*

- Das zeitgemäße „Heim erster Ordnung“, EF-Z 2015/9, 24
- Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? iFamZ 2015, 264
- Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17

*Fichtner/Salzgeber*, Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht, FPR 2006, 278

*Finke*, Rechtliche Grundlagen und Ausgestaltung der Kindesbetreuung durch Eltern und Dritte, NZFam 2014, 865

*Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortswechsel und HKÜ. Erste Gedanken zur Neuregelung durch das KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31

*Gitschthaler*

- Fließende Grenzen gemeinsamer Betreuung, EF-Z 2016/39, 91
- Gleichteilige Betreuung jedenfalls bei 4:3, EF-Z 2016/72, 151
- Hauptbetreuungshaushalt bei Doppelresidenz: Sein oder Nichtsein? EF-Z 2016/91, 194

*Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23, 197

*Khakzadeh-Leiler*

- Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive. Obsorge- und Kontaktrecht sowie verfahrensrechtliche Aspekte, iFamZ 2014, 96
- Doppelresidenz eines Kindes kann zulässig sein, EF-Z 2016/8, 35

*N.N.*, Die Ausübung der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung und Trennung. Ein Rechtsvergleich mit Deutschland, iFamZ 2010, 129

*Raunigg/Willmann*, Doppelresidenz: Wechselmodell – Paritätsmodell – Pendelmodell – Wandelmodell, EF-Z 2010/167, 245

*Salzgeber*, Das Wechselmodell, NZFam 2014, 921

*Sünderhauf*, Rolle rückwärts im Kindesunterhalt, NZFam 2014, 585

*Verschraegen*, Zur Doppelresidenz – eine rechtsvergleichende Skizze. Regelungen im belgischen, französischen und englischen Recht, iFamZ 2009, 183

#### **IV. Onlinewerke**

*Braun*, Wenig Klarheit im Streit um Kinder. Können Paare, die sich trennen, die Betreuung ihrer Kinder je zur Hälfte übernehmen?

<http://www.rechtsanwaeltin-braun.at/news/2016-salzbürger-nachrichten-doppelresidenz/> (Stand 13.7.2016)

*Haugen*, Die Betreuung im 50/50-Wechselmodell und das Kindeswohl: Gesetzliche Regelungen, das Kind als sozialer Akteur und altersbedingte Schwierigkeiten, <http://www.dji.de/?id=42735> (abgefragt am 19.12.2016)

*Kager*, Das Nestmodell zur Betreuung der Kinder bei Trennung und Scheidung, <http://www.anwalt24.de/beitraege-news/fachartikel/das-nestmodell-zur-betreuung-der-kinder-bei-trennung-und-scheidung> (abgefragt am 26.7.2016)

*N.N.*, Kinder brauchen Vater und Mutter, besonders nach einer Trennung, [www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=2](http://www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=2) (abgefragt am 16.7.2016)

*Stöcker*, Wenn dem Kind der Vater fehlt, <http://www.sueddeutsche.de/wissen/alleinerziehende-wenn-dem-kind-der-vater-fehlt-1.912029> (abgefragt am 27.12.2016)

*Walper*, Das Wechselmodell im Spiegel der Zeit, 22, [http://www.vamv-bw.de/wp/wp-content/files/DasWechselmodellimSpiegelderForschungVAMV\\_12102015.pdf](http://www.vamv-bw.de/wp/wp-content/files/DasWechselmodellimSpiegelderForschungVAMV_12102015.pdf) (abgefragt am 19.12.2016)

[www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=10](http://www.gemeinsame-obsorge.at/index.php?id=10) (abgefragt am 16.7.2016)

<http://www.sicherebindung.at/bindungsentwicklung.htm> (abgefragt am 14.1.2017)

<https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/99/Seite.990076.html> (abgefragt am 5.8.2016)

*Bürgisser*, Gemeinsame elterliche Sorge in der Schweiz, [http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift\\_beziehungsweise/detail/?tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6](http://www.oif.ac.at/service/zeitschrift_beziehungsweise/detail/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=2640&cHash=b20e3bb502babe2c564b0d4265cd56e6) (abgefragt am 23.10.2016)

[http://ec.europa.eu/civiljustice/parental\\_resp/parental\\_resp\\_cze\\_de.htm#](http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_cze_de.htm#) (abgefragt am 19.12.2016)