

## 42R321/14p

Das Landesgericht für ZRS Wien fasst als Rekursgericht durch seinen Richter Dr. Jackwerth als Vorsitzenden sowie seine Richterin Mag. Dürriegl und seinen Richter Mag. Rauhofer in der Pflugschaftssache der **mj. \*\*\*\*\***, infolge Rekurses der Mutter **\*\*\*\*\***, vertreten durch Mag. Brigitte Loacker, Rechtsanwältin in 1010 Wien, gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Hernals vom 24.06.2014, 2 Ps 68/13g-23, den

### **B e s c h l u s s :**

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Gegen diesen Beschluss ist der ordentliche Revisionsrekurs zulässig.

### **B e g r ü n d u n g :**

Die Minderjährige ist die außereheliche Tochter von **\*\*\*\*\*** und **\*\*\*\*\***. Die Eltern trennten sich im Jahr 2004.

Mit Antrag vom 10.07.2013 (ON 1) begehrte der Vater, die Regelung der gemeinsamen Obsorge beider Eltern für **\*\*\*\*\***. Dazu brachte er im Wesentlichen vor, er teile seit **\*\*\*\*\*** Geburt alle Pflichten der Kinderbetreuung mit der Mutter. So etwa sei er von April 2004 bis April 2006 in Teilkarenz gewesen, um die Tochter optimal betreuen, aber auch die Mutter entlasten zu können. Seit der Trennung von der Mutter im Jahr 2004 lebe **\*\*\*\*\*** die halbe Zeit beim Vater. De facto werde daher eine Doppelresidenz geführt. Der Vater komme sowohl für den Unterhalt seiner Tochter auf, nehme alle Arzttermine in dieser Zeit war etc. Er treffe in der Zeit, in der seine Tochter bei ihm sei, alle relevanten Entscheidungen für sie. Um dies auch rechtlich abzusichern, strebe er die gemeinsame Obsorge an. Darüber hinaus sei es ausdrücklicher Wunsch von **\*\*\*\*\***, dass zwischen den Eltern eine gemeinsame Obsorge

bestehe.

Die Mutter sprach sich gegen diesen Antrag aus und wendete dazu im Wesentlichen ein, es bestünden seit mehr als neun Jahren zwischen den Eltern massive Konflikte, weil sich der Vater wenig an getroffene Vereinbarungen halte und die Minderjährige immer wieder massiv in den Konflikt involviere. Da es massive Konflikte um die Betreuung der Minderjährigen gegeben habe, habe die Mutter im Februar 2009 eine neue Regelung des Kontaktrechtes forciert, die im Wesentlichen in einer "50:50-Betreuung" lag und bis heute praktiziert werde. Das Kontaktrecht in der nun bestehenden Form funktioniere, insbesondere wenn die Übergabe von \*\*\*\*\* über die Schule stattfände. Bei Übergaben direkt zwischen den Eltern wegen Feiertagen oder Ferien komme es immer wieder zu Konflikten, weil sich der Vater nicht an getroffene Vereinbarungen halte oder immer wieder Änderungen nach seinen Wünschen vereinbaren wolle. Aus den näher genannten beispielhaften Vorfällen zeige sich, dass der Vater zur Durchsetzung seines Willens und seiner Wünsche, die immer aus Prinzip den Vorstellungen und Wünschen der Mutter diametral entgegenstehen würden, nicht davor zurückschreke, die Minderjährige permanent in den Konflikt einzubeziehen. Die Instrumentalisierung des Kindes durch den Vater führe zu einer großen Irritation und bringe sie in einen Loyalitätskonflikt, der dem Kindeswohl äußerst abträglich sei. Das Verhalten des Vaters zeige, dass eine gemeinsame Obsorge nicht dem Wohl der mj. \*\*\*\*\* entspreche, da vorhersehbar sei, dass der Vater weiterhin und noch wesentlich verstärkter versuchen werde, der Mutter, aber auch der mj. \*\*\*\*\* seinen Willen aufzuzwingen (ON 3).

Nach Einholung eines Clearingberichtes der Familien-

gerichtshilfe Wien (ON 13) und der Abhaltung zweier Tag-satzungen (Protokolle ON 18 und ON 22) betraute das Erst-gericht **mit dem angefochtenen Beschluss** neben der bisher allein obsorgeberechtigten Mutter auch den Vater mit der Obsorge für \*\*\*\*\*. Es ordnete an, dass diese Obsorgezu-teilung als vorläufige Obsorgeregelung gemäß § 107 Abs 2 AußStrG erfolgt. Im Hinblick auf die langfristig prakti-zierte Betreuungsregelung im Verhältnis zu 50:50 durch beide Elternteile wurde ausgesprochen, dass die Zuweisung von \*\*\*\*\* in die hauptsächliche Betreuung eines Eltern-teils entfällt. Das Erstgericht stellt dazu im Wesentli-chen fest, dass es seit der Trennung der Eltern im Jahr 2004 immer wieder teils heftig geführte Konflikte gab. Die Betreuung und Versorgung von \*\*\*\*\* ist seit Jahren im Verhältnis von 50:50 zwischen den Eltern aufgeteilt. Trotz Mediation, in der Teilbereiche geklärt wurden, ist die Kommunikation zwischen den Eltern auf das Notwendigs-te beschränkt. Die Mutter fürchtet, dass durch eine ge-meinsame Obsorge Verhaltensweisen vom Vater gesetzt wür-den, die nachteilig für das Wohl des Kindes seien. Thema-tisiert wurde die Schulfrage, die allerdings geklärt ist. Die Mutter hat Bedenken, dass der Vater, wenn es mehrere Entscheidungsvarianten betreffend \*\*\*\*\* gebe, jene wählen würde, die der Mutter schade. Sie beklagt überdies, dass es bisher zu keiner klaren, den Verhältnissen entspre-chenden Unterhaltsregelung gekommen ist.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, dass der Gesetzgeber durch die Neurege-lung der obsorgerechtlichen Bestimmungen klar zum Aus-druck gebracht habe, dass der Vater grundsätzlich an der Obsorge beteiligt sein soll. Die Grundregelung sei somit jene, dass beide Elternteile gemeinsam die Obsorge für

ihr Kind ausüben. Im vorliegenden Fall sei die Kommunikation zwar als schlecht zu beurteilen, immerhin hätten es die Eltern aber über Jahre geschafft, eine Betreuung des gemeinsamen Kindes im gleichteiligen Ausmaß zu regeln. Nach den übereinstimmenden Angaben seien aktuell keine konkreten Entscheidungen für das Kind zu treffen. Da der Vater schon bisher zu 50 % das gemeinsame Kind betreute, sei er an der Obsorge zu beteiligen. Die nunmehrige Regelung sei unter gleichzeitiger Vereinbarung eines weiteren Verhandlungstermins getroffen worden. Es liege nun an den Eltern, die aktuelle Kommunikation zu verbessern, um im Wohl des Kindes eine gemeinsame Obsorge auszuüben. Da im vorliegenden Fall das Kind faktisch bereits seit Jahren von beiden Elternteilen gleichermaßen betreut werde, habe eine Zuweisung der hauptsächlichen Betreuung zu entfallen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs der Mutter** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag "in der Sache selbst zu entscheiden und den erstinstanzlichen Beschluss aufzuheben"; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Vater beehrte in seiner Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

**Dem Rekurs kommt keine Berechtigung zu.**

Die Rekurswerberin macht im Wesentlichen geltend, dass keine Grundlage für eine vorläufige Obsorgezuteilung erkennbar sei, da seit der Trennung der Eltern vor zehn Jahren ein umfangreiches Kontaktrecht der mj. \*\*\*\*\* zu ihrem Vater stattfinde. Daher liege in keiner Weise eine Gefahr der Entfremdung oder Ähnliches vor. Im Übrigen diene der Beschluss in keiner Weise der Schaffung von Rechtsklarheit, da die Betreuung der Minderjährigen ohne-

hin geregelt sei. Es könne auch keine Rede davon sein, dass nach zehn Jahren der Trennung eine rasche Regelung notwendig sei, habe doch in den letzten Jahren tatsächlich keine Änderung der Umstände stattgefunden. Allein die zeitliche Komponente könne für die Festlegung einer überwiegenden Betreuung nicht ausreichen. Die Tatsache, dass die Mutter bisher im Rahmen der alleinigen Obsorge sämtliche relevanten Entscheidungen getroffen habe und auf Grundlage einer Vereinbarung der Eltern für alle Schulangelegenheiten, ärztliche Belange (mit Ausnahme der zahnärztlichen Behandlung), sowie für die sonstige Ausstattung des Kindes zuständig sei, werde den Ausschlag dafür geben, dass die überwiegende Betreuung durch die Mutter stattfinde und dies auch in Zukunft so bleiben solle. Es wäre daher aufgrund der gesetzlichen Regelung und der tatsächlichen Umstände notwendig gewesen, für den Fall der Regelung über die einstweilige Obsorge die überwiegende Betreuung der Minderjährigen durch die Mutter festzulegen. Darüber hinaus habe das Erstgericht es auch unterlassen darzustellen, aus welchen Gründen es davon ausgehe, dass sich an der bisher schlechten und sehr konfliktträchtigen Kommunikation etwas bessern und damit die gemeinsame Obsorge auch eine positive Verbesserung für das Kindeswohl darstellen sollte. Aufgrund der über zehn Jahre andauernden Konflikte zwischen den Eltern sei davon auszugehen, dass die gemeinsame Obsorge zu keiner Beruhigung führe und das Kindeswohl vielmehr gefährdet als gefördert werde.

Dazu wurde vom Rekurssenat Folgendes erwogen:

§ 180 ABGB regelt die Änderung der Obsorge. Nach dessen Absatz 1 hat das Gericht eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung (Phase der vorläufigen el-

terlichen Verantwortung), sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, zu treffen, wenn unter anderem ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragt. Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung besteht darin, dass das Gericht einem mit der Obsorge betrauten Elternteil unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung für einen Zeitraum von sechs Monaten die hauptsächliche Betreuung des Kindes in seinem Haushalt aufträgt und dem anderen ein derart ausreichendes Kontaktrecht einräumt, dass er auch die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann. Für diesen Zeitraum sind im Einvernehmen der Eltern oder auf gerichtliche Anordnung die Details des Kontaktrechts, der Pflege und Erziehung sowie der Unterhaltsleistung festzulegen. Nach Ablauf des Zeitraums hat das Gericht auf der Grundlage der Erfahrungen in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einschließlich der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und nach Maßgabe des Kindeswohls über die Obsorge endgültig zu entscheiden. Zum Zweck der Vorbereitung der Entscheidung kann das Gericht die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung auch verlängern. Wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, hat es auch festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird (Abs 2 leg cit).

Gemäß § 107 Abs 2 AußStrG hat das Gericht die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte nach Maßgabe des Kindeswohls, insbesondere zur Aufrechterhaltung der verlässlichen Kontakte und zur Schaffung von Rechtsklarheit, auch vorläufig einzuräumen und zu entziehen.

Zur Frage der sogenannten Doppelresidenz finden sich

in der neueren Literatur folgende Ansichten:

Wenn mit der Obsorge berechnigte Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft leben, haben sie gemäß § 177 Abs 4 ABGB nF festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Das Modell der sogenannten Doppelresidenz, also die Abwicklung der Betreuung des Kindes nach der Trennung, steht (weiterhin) im Widerspruch zur gesetzlichen Voraussetzung eines hauptsächlichlichen Aufenthalts und der Vorstellung des Gesetzgebers, dass ein Kind für seine Persönlichkeitsentwicklung zwingend eine Wohnidentität benötige. Dass auch das Kind-NamRÄG 2013 das Konzept eines (im Wesentlichen) gleichmäßig verteilten Aufenthalts des Kindes kategorisch ausschließt, obwohl die Gerichte mit einer zunehmenden Anzahl von Fällen mit annähernd gleich bemessenen Betreuungszeiträumen konfrontiert sind, gehört zu seinen Schwächen. Die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, eine solche Lebensgestaltung nicht als weitere Alternative zum Lebensmittelpunkt des Kindes bei der Mutter oder beim Vater anzuerkennen, wird auch künftig zum Abschluss von Scheinverträgen zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben für die gemeinsame Obsorge führen. Dass der Gesetzgeber die Doppelresidenz in den Materialien nicht einmal erwähnt und nicht erläutert, weshalb er die kontinuierliche Einbindung beider Eltern in den Betreuungsalltag des Kindes auch in jenen Fällen ablehnt, in denen Familien dieses Modell (mitunter schon seit längerer Zeit) umsetzen, wird (und soll) die Lebenswirklichkeit bei gelingenden Beziehungsreformen nach der Trennung nicht ändern (*Beck in Gitschthaler* Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, EF Spezial, Seite 180 f mwN).

Bei der künftig möglichen Betrauung beider Eltern

mit der Obsorge gegen den Willen eines der beiden muss wie bei der vereinbarten Obsorge ein Elternteil bestimmt werden, der das Kind hauptsächlich betreut (sogenannter Domizilelternteil). Können die Eltern auch in diesem Punkt keine Einigkeit erzielen, muss das Gericht bei Betrauung mit der Obsorge gleichzeitig den Domizilelternteil festlegen (§ 180 Abs 2 ABGB nF). Das Wechselmodell, bei dem das Kind sich alternierend in etwa gleichteilig bei Mutter und Vater aufhält (z.B. mit wöchentlichem oder noch häufigerem Ortswechsel), lehnt der Gesetzgeber ab, um den Kind einen stabilen örtlichen und persönlichen Bezugspunkt zu bieten und Belastungen durch den häufigen "Umzug" zu ersparen. Allerdings ist nicht wirklich verständlich, warum das Wechselmodell auch bei der vereinbarten gemeinsamen Obsorge von vornherein ausgeschlossen wird:

Es ist doch denkbar, dass in Einzelfällen auch eine regelmäßig wechselnde Betreuung angemessen sein kann; den Bedenken gegen das Wechselmodell hätte anstelle eines generellen Verbots auch eine (ausnahmsweise) gerichtliche Genehmigungspflicht - die Vereinbarung gemeinsamer Obsorge bedarf ja nunmehr keiner gerichtlichen Genehmigung - bei Obsorgevereinbarungen mit Wechselmodell Rechnung tragen können (*Barbara Beclin, Zusammenspiel von Obsorge, Betreuung und Informationspflicht, aaO, Seite 196 ff mWH*).

Kategorisch ausgeschlossen ist eine annähernd gleichteilige Ausübung der Obsorge nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft aber nicht. Zu denken ist hier an die durchaus praktischen Fälle, in denen das Kind durch die gleichteilige Betreuung nicht in seinem Lebensmittelpunkt zerrissen wird, beide Eltern schon vor der Auflö-



sung der Ehe oder Trennung der Gemeinschaft die Aufgaben und Lasten der Betreuung gemeinsam getragen haben, ihre Lebens- und Vermögensverhältnisse so beschaffen sind, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten sind, und sie trotz der Trennung immer noch ausreichend miteinander kommunizieren können. In derartigen, sicher nicht alltäglichen, aber auch nicht ausgerissenen Fällen kann die strikte Verpflichtung zur Klärung der Verhältnisse das Gegenteil von dem bewirken, was das Gesetz mit der Festlegung der "primären Bezugsperson" erreichen will, nämlich eine Gefährdung des Kindeswohls. Hier wird es zulässig sein, dass die hauptsächliche Betreuung des Kindes in einem Haushalt von den Eltern als bloß nominelle Verpflichtung gehandhabt wird (vgl. Georg Kathrein, Kindschafts- und Namenrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23 [203]).

Der Rekursenat schließt sich dieser überzeugenden Ansicht Kathreins an.

Der hier vorliegende Sachverhalt, und zwar die von beiden Eltern zugestandene annähernd gleichteilige Betreuung der Minderjährigen bereits über Jahre hinweg, indiziert jedenfalls trotz aller Divergenzen zwischen den Eltern, dass diese Form des sogenannten Wechselmodells im Sinne des Kindes ist. Aus den Argumenten der Mutter geht Gegenteiliges auch nicht zwingend hervor. Vielmehr ergibt sich aus den Standpunkten beider Eltern insofern übereinstimmend, dass es sich in erster Linie um ein Kommunikationsproblem zwischen den Erwachsenen handelt. Dabei ist den Eltern auch durchaus hoch anzurechnen, dass sie bisher versuchten, \*\*\*\*\* nicht in diesen Konflikt zu involvieren und sie auch nicht mit diesem Verfahren zu belasten.

Dem Erstgericht ist daher unter Bedachtnahme auf die Umstände dieses Falles grundsätzlich beizupflichten, dass eine gemeinsame Obsorge der Eltern aufgrund des tatsächlich gelebten Zustandes, der - dem insofern übereinstimmenden Vorbringen der Eltern folgend - auch die Bedürfnisse und die Wünsche der Minderjährigen \*\*\*\*\* berücksichtigt, zulässig ist. Eine gänzlicher Ausschluss dieser Möglichkeit könnte im vorliegenden Fall nämlich durchaus dazu führen, dass die Eltern über den schon bestehenden Konflikt hinaus noch mehr zu streiten beginnen, und zwar auch darüber, von welchem Elternteil \*\*\*\*\* in der Zukunft hauptsächlich betreut werden soll. Diese keineswegs auszuschließende Entwicklung wäre eine unerwünschte Folge der zuvor bereits kritisch dargelegten Gesetzeslage und könnte bei realistischer Betrachtung im Hinblick auf die von den Eltern derzeit eingenommenen Standpunkte sogar zur Gefährdung des Wohls von \*\*\*\*\*, zumindest aber einer Beeinträchtigung der Interessen des Kindes führen.

Aus diesen Erwägungen ist dem Erstgericht beizupflichten, dass die von ihm getroffene Entscheidung durchaus geeignet scheint, das Wohl des Kindes zu fördern, was nach der nunmehrigen Gesetzeslage für eine Maßnahme iSd § 107 Abs 2 AußStrG ausreicht. Die Reduzierung der Anspruchsvoraussetzungen darf aber nicht dazu führen, auf allzu unsicherer Tatsachengrundlage Entscheidungen zu treffen, die gravierende Auswirkungen auf die Lebenssituation des Kindes haben und von denen aufgrund der damit geschaffenen Verhältnisse später uU nur mehr schwer abgegangen werden kann (vgl. Beck in Gitschthaler /Höllwerth, AußStrG, Rz 38 zu § 107 mwN). Gerade dies ist hier aber nicht zu befürchten, zumal die Eltern und das Kind ohnehin bereits seit geraumer Zeit das Modell der Doppelresi-

denz tatsächlich leben und keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Vater als vorläufig Mit-obsorgeberechtigter nunmehr "eigenmächtige" Entscheidungen treffen wird, die gegen die Intentionen oder gar das Wohl von \*\*\*\*\* gerichtet sind. Vielmehr ist zu erwarten, dass die Eltern nunmehr ihr Hauptaugenmerk darauf richten, ihre Kommunikation zu verbessern, um ihrer Tochter zu zeigen, dass sie in der Lage sind, sie nicht nur faktisch in einer Doppelresidenz abwechselnd zu betreuen, sondern auch die gemeinsame Obsorge im Sinne der Minderjährigen auszuüben. Bei objektiver Betrachtung liegt es durchaus im Interesse \*\*\*\*\* , den Vater, der sie ohnehin jedenfalls in zeitlicher Hinsicht in ungefähr gleichem Umfang betreut, ebenfalls mit der Obsorge zu betrauen.

Das Erstgericht wird im weiterzuführenden Hauptverfahren die zuvor aufgeworfenen Fragen, namentlich nach den Lebens- und Vermögensverhältnissen der Eltern, der finanziellen Sicherung des Kindes und insbesondere der Kommunikation der Eltern zu klären haben.

Die vorläufige Anordnung gemäß § 107 Abs 2 AußStrG erweist sich als durchaus im Interesse der Minderjährigen gelegenes Mittel, über einen gewissen Zeitraum hinweg genauer zu prüfen, ob es den Eltern auch tatsächlich gelingt, gemeinsam im Sinne ihrer Tochter zu handeln. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass diese vorläufige Maßnahme den Interessen \*\*\*\*\* widersprechen könnten, liegen keine vor.

Dem Rekurs kommt daher keine Berechtigung zu.

Abschließend ist es dem Rekursenat ein Anliegen, beide Eltern eindringlich zu ersuchen, den gegebenen Konflikt, der sich mit Sicherheit negativ auf die Minderjährige auswirken muss, endlich zu reduzieren und dabei in

erster Linie alle Anstrengungen dahin zu unternehmen, ihre Kommunikation zu verbessern. Aus den zahlreichen wechselseitigen Vorwürfen, die im Übrigen im Rahmen eines Pflegschaftsverfahrens wohl kaum aufzuklären sind, wird deutlich, dass sich der bereits lange andauernde Konflikt mit Sicherheit bereits entsprechend negativ auf das Wohlbefinden von \*\*\*\*\* auswirkte. Ausdrücklich festzuhalten ist, dass selbst im Rahmen eines noch so umfangreich geführten Obsorge- oder Kontaktrechtsverfahrens wohl kaum geklärt werden kann, ob nun der eine oder der andere mit den Vorwürfen begonnen hat bzw. ob der eine oder der andere nur darauf geantwortet hat oder eben wiederum neue Vorwürfe erhoben hat etc. Dies ist auch gar nicht Aufgabe des Pflegschaftsgerichtes. Vielmehr liegt es an den Eltern selbst, ihrer ganz offenkundig von beiden geliebten Tochter zu zeigen, dass sie in der Lage sind, ihrer Elternrolle verantwortungsvoll nachzukommen. Dazu gehört es auch, eine entsprechende eltern- und kindgerechte Kommunikation über die Bedürfnisse des Kindes miteinander zu pflegen. Der Erstrichter hat in diesem Zusammenhang bereits einen Weg aufgezeigt, und zwar die schriftliche Kommunikationsform zur Vermeidung allfälliger verbaler Kommunikationsprobleme. Dringend sei den Eltern jedoch ans Herz gelegt, gemeinsam daran zu arbeiten, ihre Kommunikation weiter zu verbessern. Dass dies - wenn schon nicht im Interesse beider Eltern - sondern insbesondere im Sinne ihrer Tochter \*\*\*\*\* liegt, muss wohl nicht näher erwähnt werden.

Da eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der vorläufigen gemeinsamen Obsorge unter Beibehaltung der Doppelresidenz nicht vorliegt, war der ordentliche Revisionsrekurs gemäß § 62 Abs 1 AußStrG zuzu-

lassen.

Landesgericht für ZRS Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 42, am 3. September 2014

Dr. J a c k w e r t h

elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG