

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 152/2015-20

9. Oktober 2015

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. Gerhart HOLZINGER,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. Brigitte BIERLEIN

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

DDr. Christoph GRABENWARTER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Rudolf MÜLLER,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein des verfassungsrechtlichen Mitarbeiters
Armin AHARI, LL.M. BSc.

als Schriftführer,

über den Antrag des LANDESGERICHTES FÜR ZIVILRECHTSSACHEN WIEN, § 177 Abs. 4 erster Satz, § 179 Abs. 2, § 180 Abs. 2 letzter Satz des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, JGS 946/1811, idF BGBl. I 15/2013, als verfassungswidrig aufzuheben, nach der am 23. September 2015 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters und der Ausführungen der Vertreter des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien, Mag. Gudrun Dürrigl und Mag. Gerhard Rauhofer, und der Vertreterinnen der Parteien des gerichtlichen Verfahrens, Mag. Britta Schönhart und Mag. Irene Podovsovnik, sowie der Vertreter der Bundesregierung, Dr. Martina Lais und LStA Dr. Peter Barth, am heutigen Tage gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Der Antrag wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Mit dem vorliegenden, auf Art. 89 Abs. 2 iVm Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG gestützten Antrag begehrt das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien,

1

"- den ersten Satz des 4. Absatzes von § 177 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) idF BGBl I 2013/15 mit dem Wortlaut: 'Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut und leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, so haben sie festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll.',

- den 2. Absatz von § 179 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) idF BGBl I 2013/15 mit dem Wortlaut: '(2) Im Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.'

- und den letzten Satz des zweiten Absatzes von § 180 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) idF BGBl I 2013/15 mit dem Wortlaut: 'Wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, hat es auch festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.'"

als verfassungswidrig aufzuheben.

II. Rechtslage

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), JGS 946/1811, idF BGBl. I 15/2013, lauten wie folgt (die angefochtenen Gesetzesbestimmungen sind hervorgehoben):

2

"Obsorge der Eltern

§ 177. (1) Beide Elternteile sind mit der Obsorge betraut, wenn sie zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes miteinander verheiratet sind. Gleiches gilt ab dem Zeitpunkt der Eheschließung, wenn sie einander nach der Geburt des Kindes heiraten.

(2) Sind die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so ist allein die Mutter mit der Obsorge betraut. Die Eltern können aber vor dem Standesbeamten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer Belehrung über die Rechtsfolgen einmalig bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist. Die Bestimmung wird wirksam, sobald beide Eltern persönlich vor dem Standesbeamten übereinstimmende Erklärungen abgegeben haben. Innerhalb von acht Wochen ab ihrer Wirksamkeit kann die Bestimmung ohne Begründung durch einseitige Erklärung eines Elternteils gegenüber dem Standesbeamten widerrufen werden. Vorher gesetzte Vertretungshandlungen bleiben davon unberührt.

(3) Die Eltern können weiters dem Gericht – auch in Abänderung einer bestehenden Regelung – eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern vereinbart werden kann.

(4) Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut und leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, so haben sie festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Außerdem muss der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, vorbehaltlich des § 158 Abs. 2, mit der gesamten Obsorge betraut sein. Im Fall des Abs. 3 kann die Obsorge des Elternteils, in dessen Haushalt das Kind nicht hauptsächlich betreut wird, auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt sein.

[...]

Obsorge bei Auflösung der Ehe und der häuslichen Gemeinschaft

§ 179. (1) Wird die Ehe oder die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie können jedoch vor Gericht eine Vereinbarung schließen, wonach ein Elternteil allein mit der Obsorge betraut wird oder die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.

(2) Im Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

Änderung der Obsorge

§ 180. (1) Sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, hat das Gericht eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung (Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung) zu treffen, wenn

1. nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern binnen angemessener Frist eine Vereinbarung nach § 179 nicht zustande kommt oder
2. 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.

(2) 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.

(3) Ist die Obsorge im Sinn des Abs. 2 endgültig geregelt, so kann jeder Elternteil, sofern sich die Verhältnisse maßgeblich geändert haben, bei Gericht eine Neuregelung der Obsorge beantragen. Für die Änderung einer geregelten Obsorge gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend."

III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Beim antragstellenden Gericht ist folgendes Pflegschaftsverfahren anhängig:

3

"Mit Scheidungsvergleich des Bezirksgerichts Favoriten vom 17.12.2008 [...] vereinbarten die Eltern, dass nach der Scheidung die Obsorge für ihren Sohn weiterhin beiden Eltern gemeinsam zukommen und der hauptsächliche Aufenthalt bei der Mutter sein solle. Für die Zeit nach der Räumung der Ehewohnung wurde weiters vereinbart, dass die Betreuung des Minderjährigen je zur Hälfte durch die Eltern erfolgen solle, wobei sich der Minderjährige jeweils eine Woche bei dem Vater und eine Woche bei der Mutter aufhalten und dem Vater weiters ein durchgehendes Besuchsrecht im Ausmaß von 2 Wochen in den Winterferien und von 4 Wochen in den Sommerferien zustehen solle. Mit rechtskräftigem Beschluss vom 9.1.2009 genehmigte das Bezirksgericht Favoriten diese Punkte des Vergleichs pflegschaftsgerichtlich [...].

Bereits am 26.5.2009 beantragte die Mutter, sie alleine mit der Obsorge zu betrauen [...], in der Folge beantragte auch der Vater, ihm die alleinige Obsorge zu übertragen, wobei er auch mit einer weiterbestehenden gemeinsamen Obsorge einverstanden wäre. Mit Beschluss vom 9.8.2011 [...] sprach das Erstgericht aus, dass der Mutter künftig die alleinige Obsorge zukomme. Das Erstgericht begründete dies im Wesentlichen damit, dass auf Grund der (damals geltenden) Gesetzeslage eine gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteiles nicht vom Gericht beibehalten werden könne.

Der Vater beantragte bereits am 22.3.2013 und am 11.11.2013 [...], ihm die Obsorge für den Minderjährigen (einstweilig) alleine zu übertragen, hilfsweise die Obsorge beider Eltern festzulegen, in diesem Fall jedoch auszusprechen, dass der hauptsächliche Aufenthalt im Haushalt des Vaters sei.

Diese Anträge wurden mit Beschluss vom 10.2.2014 [...] mit einstweiliger Wirkung im Sinne des § 107 Abs 2 AußStrG ebenso abgewiesen wie der Antrag der Mutter auf Einschränkung der Kontaktrechte des Vaters.

Das Erstgericht holte in der Folge ein schriftliches Gutachten [einer Sachverständigen ein] und führte am 8.9.2014 eine mündliche Verhandlung mit Erörterung des Gutachtens durch [...]. Im Rahmen diese Verhandlung stellte der Vater den Eventualantrag, dass der hauptsächliche Aufenthalt so geregelt werden solle, dass er in den geraden Jahren bei der Mutter und in den ungeraden Jahren beim Vater sein solle, dies unter Beibehaltung des wöchentlichen Aufenthaltswechsels.

Mit dem angefochtenen Beschluss legte das Erstgericht fest, dass die Obsorge für den Minderjährigen künftig wieder von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt werde, die hauptsächliche Betreuung erfolge im Haushalt der Mutter.

Dem Eventualantrag des Vaters, die hauptsächliche Betreuung solle derartig geregelt werden, dass sie in geraden Jahren der Mutter und in ungeraden Jahren dem Vater zukomme, mit Wechsel jeweils zu Jahresbeginn, werde 'nicht entsprochen'.

Weiters wurde ein Antrag der Mutter auf Einschränkung des Kontaktrechtes des Vaters abgewiesen, sodass es bei der im Scheidungsvergleich vereinbarten wochenweise wechselnden Betreuung bleibt, und den Eltern der Besuch einer Eltern- bzw. Erziehungsberatung sowie eines Erstgespräches über eine Mediation aufgetragen.

Das Erstgericht führte im angefochtenen Beschluss – für das Rekursverfahren wesentlich – Folgendes aus:

'Der seit langem bestehende Dauerkonflikt der Eltern stellt für den Minderjährigen eine psychische Belastung dar, die sowohl Zorn, Trauer als auch Resignation bei ihm auslöst. Allerdings kann das Kind aktuell die Belastung gut meistern, denn er ist im Alltag nur selten in die elterlichen Konflikte involviert und bekommt nach seinen eigenen Angaben nicht all zuviel davon mit. Er hat für sich die Bewältigungsstrategie entwickelt, Probleme zu verdrängen und für gewisse

Zeit aus dem Bewusstsein zu streichen. Trotz der hohen Konflikthaftigkeit respektieren beide Eltern die Beziehung des jeweils Anderen zum Kind, was dem Sohn die Sicherheit gibt, sowohl mit der Mutter als auch mit dem Vater in Beziehung sein zu können. Dadurch wird einem etwaigen Loyalitätskonflikt entgegen gewirkt, somit ist eine Gefährdung des Kindeswohls, so die Sachverständige [...], aktuell nicht erkennbar. (...)

Die praktizierte Kontaktregelung – wochenweiser Wechsel des Kindes zwischen den Eltern – spricht für eine Obsorge beider Eltern,... (...)

Beide Eltern sind erziehungsfähig und haben stabile Beziehungen zu ihrem Kind aufgebaut, sie betreuen ihren Sohn schon seit vielen Jahren im Rahmen eines 'auf Doppelresidenzmodells' mit wochenweisem Wechsel [sic!]. Beide sind ausreichend bindungstolerant und respektieren den jeweils Anderen in seiner Rolle als Vater bzw. Mutter. [K.] selbst liebt beide Eltern gleichermaßen, eine emotionale Präferenz ist nicht erkennbar. (...)

Das Doppelresidenzmodell wird von der Familie seit Jahren funktionierend praktiziert. Aus psychologischer Sicht gibt es keine Präferenz, welcher der beiden Elternteile das Kind hauptsächlich betreuen soll. (...)

Die seit langer Zeit durchgeführte gemeinsame Betreuung der Eltern im Sinne einer Doppelresidenz mit wochenweisem Wechsel des Kindes von einem Elternteil zum Anderen entspricht dem Kindeswohl [...]. Das 'Doppelresidenzmodell' wird seit 2009 praktiziert, ist allen Beteiligten vertraut und funktioniert im Wesentlichen. Der wochenweise Wechsel erlaubt es [K.], intensive Beziehungen sowohl im Kontext von Alltag als auch Freizeit mit Vater bzw. Mutter zu erleben. Beide Elternteile befürworten mittlerweile die Fortsetzung der bisherigen Regelung, sie entspricht auch dem Willen des Minderjährigen. (...)

Dem Gericht sind aus Sicht des Kindeswohls keine Umstände bekannt, die gegen eine Obsorge beider Eltern und einer Betreuung des Minderjährigen im Sinne eines Doppelresidenzmodells, wie es praktisch seit fünf Jahren stattfindet, sprechen würde. Entsprechend war die Obsorge im Sinne einer Obsorge beider Eltern neu zu regeln und – weil eine geteilte Betreuung in Gesetz nicht vorgesehen ist – die Kontakte des Vaters zu seinem Kind entsprechend festzulegen. (...)

Das Gericht ist aufgrund von § 180 Abs 2 ABGB verbunden im Falle der Obsorge durch beide Eltern festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. In der Lebensrealität des Doppelresidenzmodelles wird das Kind von den Eltern abwechselnd und in diesem Sinne gemeinsam und zu gleichen Teilen betreut, somit nicht von einem Elternteil hauptsächlich. Aus Sicht des Kindeswohls liegt kein Grund nahe, dem einen oder dem anderen Elternteil die hauptsächliche Betreuung zuzusprechen, auch aus kinderpsychologischer Sicht konnte die Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 08.09.2014 hierzu keine Präferenz oder Empfehlung geben.

Nun ist es so, dass die Obsorge bislang alleine von der Kindesmutter ausgeübt wurde, sie hat die Kinderbeihilfe empfangen. Auch hat sich der Kindesvater im Scheidungsvergleich – schon damals bei Vereinbarung der Betreuung im Sinne einer Doppelresidenz – verpflichtet, Unterhalt für das Kind zu bezahlen. Er ist auch nach dem jüngsten ausführlichen Beschluss des Rekursgerichts weiter verbunden, Unterhalt zu leisten. Darüber hinaus verdient der Kindesvater mit knapp € 2.500,-- monatlich bedeutend mehr als die Kindesmutter. Es erscheint daher sachgerecht in diesem konkreten Fall auszusprechen, dass das Kind im Haushalt der Mutter hauptsächlich betreut wird.

Dem Gericht sind aus dem Blickwinkel des Kindeswohls keine Umstände bekannt, die gegen einen Wechsel der hauptsächlichem Betreuung im Sinne des Eventualantrags des Kindesvaters vom 8.9.2014 (die hauptsächlichliche Betreuung solle in geraden Jahren der Mutter und in ungeraden Jahren dem Vater zukommen, mit Wechsel jeweils zum Jahresanfang, beginnend mit 01.01.2015) sprechen würden. Allerdings besteht aus Sicht des Gerichts für eine derartige gerichtliche Anordnung keine gesetzliche Grundlage. (...)'

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs des Vaters, jedoch nur insofern, als ausgesprochen wurde, dass der Minderjährige weiterhin im Haushalt der Mutter hauptsächlich betreut und der Eventualantrag des Vaters abgewiesen werde. Der Vater stellt den Abänderungsantrag, die hauptsächlichliche Betreuung bei ihm festzulegen, in eventu die hauptsächlichliche Betreuung derartig zu regeln, dass sie in den geraden Jahren der Mutter und in den ungeraden Jahren ihm zukommt; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. In seinem Rechtsmittel macht der Vater unrichtige rechtliche Beurteilung, Feststellungsmängel auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung sowie Feststellungsmängel geltend.

Der Vater führt unter anderem aus, dass aus Sicht des Kindeswohls kein Grund nahe liege, dem einen oder anderen Elternteil die hauptsächlichliche Betreuung zuzusprechen, auch aus kinderpsychologischer Sicht habe die Sachverständige keine Präferenz oder Empfehlung abgegeben. In der mündlichen Verhandlung habe der Richter sogar angekündigt, angesichts der Doppelresidenz einen Wechsel der hauptsächlichlichen Betreuung positiv zu sehen und einen solchen, sofern rechtlich möglich, in Aussicht genommen. Allerdings bestünde nun nach Ansicht des Gerichtes dafür keine gesetzliche Grundlage.

Im Gesetz stehe jedoch nicht, dass ein Wechsel der hauptsächlichlichen Betreuung in regelmäßigen Abständen nicht möglich sei, dem Gesetz könne dadurch entsprochen werden, dass festgelegt werde, wer wann die hauptsächlichliche Betreuung inne habe. Die gesetzliche Regelung hätte, als festgelegt worden sei, dass ein 'Heim erster Ordnung' gewährleistet werden müsse, das Kindeswohl im Auge gehabt. Der gegenständliche Fall zeichne sich jedoch dadurch aus, dass ein wochenweiser Wechsel des Aufenthaltes – der auch schon seit der Trennung der Eltern so gelebt werde – dem Kindeswohl entspreche und eine Änderung des Modus sogar das Kindeswohl gefährden würde.

Das Erstgericht habe ausgeführt, dass es sachgerechter erscheine, im konkreten Fall auszusprechen, dass das Kind hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut werde, weil diese die Familienbeihilfe beziehe und der Vater zu Unterhalt ver-

pflichtet sei. Diese Beurteilung erfolge jedoch auf Grund einer falschen rechtlichen Beurteilung, da dies reine finanzielle Argumente seien und mit dem Kindeswohl selbst nichts zu tun hätten.

Der Vater erstattete weiteres Rekursvorbringen zur Frage der Unterhaltshöhe, der Frage eines allfälligen Wohnortwechsels und zum Machtverhältnis zwischen den Eltern.

In der Rekursbeantwortung der Mutter wurde beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben. Eine Doppelresidenz sei vom Gesetzgeber nicht gewünscht, wenn auch nicht ausdrücklich untersagt und eine 'Rotation' des hauptsächlichen Aufenthaltes sei gesetzlich nicht vorgesehen. Es würde die Absicht des Gesetzgebers konterkarieren, wenn nicht nur – dies entspreche im gegebenen Fall aber der gelebten Realität – das Kind im Wege der Doppelresidenz betreut werde, sondern auch der hauptsächliche Aufenthalt, der die letzte stabile Größe im Sinne des Eingliederungsmodells darstelle, jährlich zwischen den Eltern wechsele."

2. Zur Rechtslage führt das antragstellende Gericht Folgendes aus:

4

"In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum KindNamRÄG 2013 (2004 BlgNR XXIV. GP) wird zu den vorgesehenen Änderungen im Bereich der Obsorge ausgeführt, dass die Möglichkeit, nach der Scheidung beide Elternteile mit der Obsorge zu betrauen, im Hinblick auf die gesellschaftliche Entwicklung, aber auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Verfassungsgerichtshofs zur Obsorge für uneheliche Kinder ausgebaut werden solle. Der Gesetzentwurf verfolge auch das Ziel, menschenrechtliche Vorgaben, die nicht zuletzt auch die Interessenlage des Kindes widerspiegeln, umzusetzen.

Zu § 179 ABGB ist unter anderem vermerkt, dass die Eltern falls die Obsorge beider Eltern weiter bestehen bleibe, nach § 179 Abs 2 des Entwurfs – wie nach geltendem Recht (vgl. § 177 Abs 2 ABGB) – eine Regelung über die Haushaltszugehörigkeit ihrer Kinder treffen müssten. Dabei solle aber nicht mehr vom 'hauptsächlichen Aufenthalt' des Kindes, sondern davon gesprochen werden, in welchem Haushalt das Kind 'hauptsächlich betreut' werde. Diese terminologische Anpassung solle den Aufgaben und Leistungen des Elternteils, bei dem das Kind in erster Linie lebe, besser gerecht werden als der bisherige Wortlaut des Gesetzes. An die Vereinbarung seien aber dieselben Rechtsfolgen geknüpft wie bisher bei der Vereinbarung eines hauptsächlichen Aufenthalts.

Zu § 180 ABGB wird in der Regierungsvorlage nur darauf verwiesen, dass das Gericht die Obsorge (allenfalls nach einer Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung) einem der beiden Elternteile zuweisen könne, es könne aber auch eine Obsorge beider Teile anordnen, wenn dies dem Kindeswohl entspreche. Dabei seien die bisherigen Grundsätze anzuwenden.

Der Begriff der 'hauptsächlichen Betreuung' des KindNamRÄG 2013 entspricht daher im Wesentlichen dem Begriff des 'hauptsächlichen Aufenthaltes' des Kindes bei einem Elternteil iSd KindRÄG 2001, BGBl I 135/2001, der Gesetzgeber hielt also weiterhin an der Vorstellung eines 'Heimes erster Ordnung' fest.

Zur Frage der sogenannten Doppelresidenz finden sich in der neueren Literatur insbesondere folgende Ansichten:

- Wenn mit der Obsorge berechtigte 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 abwechselnde 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 KindNamRÄG 2013 das Konzept eines (im Wesentlichen) gleichmäßig verteilten Aufenthalts des Kindes kategorisch ausschließt, obwohl die Gerichte mit einer zunehmenden Anzahl von Fällen mit annähernd 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*, KindNamRÄG 2013, EF Spezial 180 f mwN).

- Bei der nunmehr 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 dem 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 (*Beclin in Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013, EF Spezial 196 ff mwH).

- Kategorisch ausgeschlossen ist eine annähernd gleichzeitige 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 gleichzeitige Betreuung nicht in seinem Lebensmittelpunkt zerrissen wird, beide Eltern schon vor der Auflösung der Ehe oder Trennung der Gemeinschaft die Aufgaben und Lasten der Betreuung gemeinsam getragen haben, ihre Lebens- und Vermögensverhältnisse so beschaffen sind, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten sind, und sie trotz der Trennung 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 (*Kathrein*, Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23 [203]).

- Zur Frage der Berücksichtigung des sogenannten 'Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip' führt *Beck* unter Hinweis auf das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (BGBl I 2011/4) unter anderem (zusammengefasst) aus, dass die verfassungsrechtliche Vorgabe, bei Kindern betreffenden Maßnahmen das Kindeswohl als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen, auch den Gesetzgeber binde, wenn er die Grundlagen für solche Maßnahmen normiere. Zum Zweck der konkreten Umsetzung des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzips im legislativen Bereich müssten kinderrechtsspezifische Qualitätsstandards und Kindeswohlkriterien – die mit § 138 ABGB idF KindNamRÄG 2013 beispielhaft konkretisiert worden seien – maßgeblich berücksichtigt werden. Eine gelebte Umsetzung der nunmehr verfassungsrechtlich geschützten Rechte von Kindern verlange überdies eine Prüfung geltender Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem BVG Kinderrechte. Der gesetzliche Ausschluss der gleichzeitigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern nach ihrer Trennung könne zu Ergebnissen führen, die mit dem konkreten Kindeswohl unvereinbar seien oder sogar zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen könnten. Dadurch verletze die geltende Gesetzeslage Art 1 BVG Kinderrechte, der die Wahrung und Förderung des Kindeswohls als verfassungsrechtlichen Maßstab für das einfache Gesetz verlange (*Beck*, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17)."

3. Diesen Argumenten schließt sich das antragstellende Gericht an:

5

"Der hier vorliegende Sachverhalt, und zwar die von beiden Eltern zugestandene gleichzeitige Betreuung des Minderjährigen bereits über Jahre hinweg, indiziert jedenfalls trotz aller Divergenzen zwischen den Eltern, dass diese Form des sogenannten Wechselmodells unter den gegebenen Umständen am ehesten im Sinne des Kindes gelegen ist. Auch aus dem Sachverständigengutachten geht Gegenteiliges nicht hervor.

Dem Rekurswerber ist daher unter Bedachtnahme auf die Umstände dieses Falles grundsätzlich beizupflichten, dass eine Doppelresidenz des Kindes bei beiden Eltern auf Grund des tatsächlich gelebten Zustandes, der nicht nur dem insofern übereinstimmenden Vorbringen der Eltern folgend die Bedürfnisse und Wünsche desselben am ehesten berücksichtigt, sondern auch gemäß den Verfahrensergebnissen und der Beurteilung der gerichtlich bestellten Sachverständigen dem Kindeswohl am Besten entspricht, zulässig sein muss. Ein gänzlicher Ausschluss dieser Möglichkeit führt im vorliegenden Fall nämlich dazu, dass die Eltern über den schon bestehenden Konflikt hinaus auch noch darüber streiten, von welchem Elternteil der Minderjährige in der Zukunft hauptsächlich betreut werden soll. Diese Entwicklung ist eine unerwünschte Folge der zuvor bereits kritisch dargelegten Gesetzeslage. Hinzu kommt, dass mit der Festlegung der hauptsächlichlichen Betreuung bei einem Elternteil gemäß § 162 Abs 2 und 3 ABGB weitreichende Rechtsfolgen, nämlich das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, verbunden sind, was in der Praxis ebenfalls immer wieder zu Streit führt.

Da im gegenständlichen Fall eine vom Umfang her tatsächlich gleichteilige Betreuung vorliegt, würde der vom Gesetz geforderte Ausspruch, dass und von welchem Elternteil der Minderjährige 'hauptsächlich betreut' wird, in keinem Fall den tatsächlichen Umständen entsprechen. Die Anordnung einer gesetzeskonformen, aber nicht dem Kindeswohl entsprechenden Änderung der seit Jahren gelebten Betreuung des Kindes, könnte allenfalls durch eine amtswegige Neuregelung der im gegenständlichen Beschluss festgelegten und von den Eltern nicht angefochtenen Kontaktregelung herbeigeführt werden, die im – aus der Sicht des Kindes – günstigsten Fall faktisch nicht umgesetzt wird und ebenso eine Scheinregelung darstellen würde.

Eine solche Scheinregelung wäre offensichtlich auch die vom Vater in seinem Eventualantrag begehrte (jährlich) wechselnde formelle Zuteilung der angeblichen hauptsächlichlichen Betreuung, welche darüber hinaus schon deshalb unzulässig ist, weil obsorgerechtliche Änderungen grundsätzlich nicht für einen weit in der Zukunft liegenden Zeitraum angeordnet werden können.

Es stellt sich daher die Frage, ob das faktische Verbot einer tatsächlich gleichteiligen Betreuung bzw. der Umstand, dass es dem Pflugschaftsgericht verboten ist, eine Einzelfallprüfung durchzuführen und im Ausnahmefall doch eine Doppelresidenz festzulegen sowie auch das Verbot einer entsprechenden gerichtlichen (oder außergerichtlichen) Vereinbarung verfassungskonform ist.

Die zwangsweise Privilegierung eines Elternteils, das Kind hauptsächlich zu betreuen, stellt dabei sowohl eine Verletzung des Rechtes auf Achtung des (selbstbestimmten) Familienlebens gemäß Art 8 EMRK als auch des Diskriminierungsverbotes des Art 14 EMRK, des Gleichbehandlungsgebotes des Art 7 B-VG sowie des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern dar.

Von der Rechtsprechung wird der Begriff 'Familienleben' weit verstanden, er erfasst jedenfalls die Beziehung zwischen Ehepartnern untereinander und zu deren Kindern [...], das elterliche Erziehungsrecht sowie das Sorgerecht über die Kinder nach Auflösung der Ehe [...].

Aus der stets zu prüfenden Betrachtungsweise des einzelnen Falles und im Sinne der Achtung des Familienlebens gemäß Art 8 EMRK scheint für die Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK nicht ausreichend, dass es in der Forschung fundierte Stimmen pro und kontra 'Doppelresidenz' gibt – weshalb sich der Gesetzgeber durchaus einer anerkannten wissenschaftlichen Meinung anschließen kann. Eine Verletzung des Art 8 EMRK ist aber darin zu erblicken, dass unter Ausschluss der Möglichkeit der Doppelresidenz im Einzelfall eine generelle und ausnahmslose Verpflichtung der Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils im Falle der Obsorge beider Eltern besteht. Dies kann jedoch im stets zu prüfenden Einzelfall – wie hier – dazu führen, dass die konkreten Bedürfnisse und Interessen eines Kindes und seiner Eltern und somit der gesamten Familie nicht nur nicht beachtet werden, sondern sogar das Wohl des Kindes gefährdet wird, sofern die hauptsächliche Betreuung im Haushalt eines Elternteils nicht nur 'pro forma' ausgesprochen wird, sondern tatsächlich stattfinden soll. Das Bekenntnis des Gesetzgebers, an dem System des Heimes erster Ordnung festzuhalten und eine andere – im Einzelfall für das Kind möglicherweise bessere – Lösung ohne Berücksichtigung des Kindeswohles zwingend auszuschließen, geht über die durch Art 8 EMRK zugelassene Verhältnismäßigkeit hinaus.

Der auf verfassungsrechtlicher Ebene mehrfach verankerte Gleichheitsgrundsatz ist nach der Rechtsprechung des VfGH auch als allgemeines verfassungsrechtliches Willkürverbot zu verstehen. [...]

Im gegenständlichen Fall mag es zwar durchaus zweckmäßig sein, einen Elternteil als den 'hauptsächlich betreuenden' festzulegen, weil daran andere Rechtsfolgen geknüpft werden können, wie etwa die Frage, wer das Kind in Unterhaltsangelegenheiten vertritt oder wer seinen Wohnsitz festlegt und daher auch verlegen kann. Ob dies allerdings ausreicht, dass die in Frage stehenden Regelungen, durch welche eine – im gegebenen Fall eben nur mit Hilfsargumenten begründbare, im Sinne des Kindeswohls jedoch willkürliche und nicht den gegebenen Umständen entsprechende – Zuteilung an einen Elternteil dem Gleichheitsgrundsatz nicht widerspricht, ist durchaus fraglich. Es scheint daher unumgänglich, die Bestimmung des letzten Satzes des zweiten Absatzes von § 180 ABGB auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen zu lassen. Damit sind aber zwangsläufig auch die Bestimmungen des ersten Satzes des 4. Absatzes von § 177 ABGB und des 2. Absatzes von § 179 ABGB zu überprüfen, weil diese eine (grundsätzlich zu bevorzugende) einvernehmliche Regelung durch die Eltern betreffen, welche durch die genannten Bestimmungen gezwungen werden, eine möglicherweise den Tatsachen und dem Kindeswohl widersprechende Regelung zu treffen.

Für das hier zu beurteilende Obsorgeverfahren ist die Entscheidung auf Basis der beanstandeten Rechtslage zu treffen, nach der bei einer Neuregelung der gemeinsamen Obsorge beider Eltern – entweder durch die Eltern selbst oder sonst durch das Gericht – zwingend festzulegen ist, bei welchem Elternteil das Kind hauptsächlich betreut wird. Das Kriterium, dass das gelebte Doppelresidenzmo-

del dem Kindeswohl entspricht und das Kind auch tatsächlich bei keinem der beiden Eltern hauptsächlich betreut wird, hätte dabei nach geltender Gesetzeslage außer Betracht zu bleiben.

Nach Ansicht des [antragstellenden Gerichtes] ist auch – schon nach dem Wort-sinn – eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich; dies umso mehr auch deshalb, weil der Gesetzgeber in den Materialien zum KindRÄG 2001 sehr klar zum Ausdruck brachte, dass er es für notwendig erachtete, ein Heim erster Ordnung festzulegen und eine Doppelresidenz ablehnte und diese Ansicht auch im KindNamRÄG 2013 aufrecht erhielt. Es steht dem Gericht jedoch nicht zu, entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, ein Gesetz wissentlich anders auszulegen. Das Ausweichen auf 'Scheinlösungen' (in der außergerichtlichen Praxis), die den faktischen Verhältnissen nicht entsprechen, ist unter Bedachtnahme auf die Wichtigkeit der Materie keine befriedigende Lösung."

4. Die Bundesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie begehrt, den Antrag hinsichtlich des § 177 Abs. 4 erster Satz und des § 179 Abs. 2 ABGB als unzulässig zurückzuweisen und hinsichtlich des § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB auszusprechen, dass die angefochtene Bestimmung nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird, in eventu auszusprechen, dass die §§ 177 Abs. 4 erster Satz, 179 Abs. 2 und 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB nicht als verfassungswidrig aufgehoben werden. 6

4.1. Im Falle einer Aufhebung beantragt die Bundesregierung, der Verfassungsgerichtshof wolle gemäß Art. 140 Abs. 5 B-VG für das Außerkrafttreten eine Frist von 18 Monaten bestimmen. 7

4.2. In ihrer Äußerung führt sie zur maßgeblichen Rechtslage Folgendes aus: 8

"1. Mit seinem auf Art. 89 Abs. 2 iVm. Art. 140 Abs. 1 B-VG gestützten Antrag begehrt das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien aus Anlass eines bei ihm anhängigen Rekurses die Aufhebung der §§ 177 Abs. 4 erster Satz, 179 Abs. 2 und 180 Abs. 2 letzter Satz des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches – ABGB, JGS Nr. 946/1811, in der Fassung des Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetzes 2013 – KindNamRÄG 2013, BGBl. I Nr. 15/2013.

[...]

3. Die in den §§ 177, 179 und 180 ABGB idF KindNamRÄG 2013 vorgesehene Möglichkeit einer Obsorge beider Eltern für geschiedene oder nicht mehr zusammenlebende Eltern sowie das für diesen Fall jeweils vorgesehene Erfordernis, festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhält bzw. in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, gehen inhaltlich auf das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 – KindRÄG 2001, BGBl. I Nr. 135/2000 zurück.

3.1. Bis zum Inkrafttreten des KindRÄG 2001 war Voraussetzung der Obsorge beider Elternteile die aufrechte Ehe und häusliche Gemeinschaft der Ehepartner mit dem Kind (§ 177 ABGB idF des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes – KindRÄG, BGBl. Nr. 162/1989) oder, im Falle nicht miteinander verheirateter Eltern, die dauernde häusliche Gemeinschaft beider Elternteile mit dem Kind (§ 167 ABGB idF des KindRÄG).

3.2. Mit dem KindRÄG 2001 wurde die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge auch nach Ende einer Ehe bzw. nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern geschaffen, verknüpft mit der Voraussetzung, dass sich die Eltern darüber einigen, bei wem von ihnen sich das Kind hauptsächlich aufhält. Nach den Erläuterungen sollte damit Änderungen in den familiären Strukturen und dem immer häufiger geäußerten Wunsch getrennt lebender Eltern, auch nach der Trennung gemeinsam die Verantwortung für ihr gemeinsames Kind zu tragen, Rechnung getragen werden (vgl. ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 36).

Im Einzelnen wurde festgelegt, dass die Obsorge beider Eltern auch bei einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung grundsätzlich aufrecht bleibt und die Eltern zudem eine Vereinbarung über die Obsorge treffen können, in der die Betrauung eines Elternteils oder beider Eltern vereinbart werden kann (§ 177 ABGB idF des KindRÄG 2001). Auch für den Fall einer Auflösung der häuslichen Gemeinschaft nicht verheirateter Eltern wurde festgelegt, dass eine Vereinbarung über die Obsorge beider Eltern getroffen werden konnte (§ 167 Abs. 1 ABGB idF KindRÄG 2001). Für den Fall, dass eine entsprechende einvernehmliche Vereinbarung der getrennt lebenden Eltern nicht zustande kam, hatte das Gericht einen Elternteil alleine mit der Obsorge zu betrauen (§ 177a ABGB idF des KindRÄG 2001). In jedem Fall der Vereinbarung einer Obsorge beider Eltern mussten diese auch vereinbaren, 'bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll' (vgl. § 177 Abs. 2 ABGB idF des KindRÄG 2001 sowie – auf diesen verweisend – § 167 ABGB idF des KindRÄG 2001).

3.3. Zur notwendigen Festlegung des hauptsächlichlichen Aufenthalts des Kindes wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage für das KindRÄG 2001 im Wesentlichen Folgendes ausgeführt (ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65 f):

'§ 177 regelt die möglichen Vereinbarungen bei Auflösung der Ehe durch Richterspruch.

(...) Auch die meisten Befürworter einer weiter bestehenden Obsorge beider Eltern gehen – in Übereinstimmung mit Erkenntnissen der modernen Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychologie – davon aus, dass Kindern in den ohnedies schwierigen Zeiten der Trennung ihrer Eltern Geborgenheit, Sicherheit und Kontinuität so weit als möglich gewährleistet werden muss. Die Wissenschaft betont immer wieder die Bedeutung des Heimes erster Ordnung (siehe *M. Friedrich* in *Gemeinsame Obsorge – Chance oder Scheinlösung?*, Schriftenreihe des BMJ, Nr. 78, S 63 ff). Der Entwurf berücksichtigt diese Erkenntnisse, indem er (zwingend) eine Vereinbarung der Eltern über den hauptsächlichlichen Aufenthalt

des Kindes fordert und anordnet, dass der Elternteil, bei dem sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll, immer mit der gesamten Obsorge betraut sein muss (Abs. 2 zweiter Satz). Zwar ist – wenn keine anderen Vereinbarungen getroffen werden – auch der andere Elternteil mit der gesamten Obsorge (einschließlich der Bestimmung des Aufenthalts nach § 146b) betraut, jedoch wird bei Uneinigkeit der Eltern über den Aufenthalt im Fall der Anrufung des Gerichts (§ 176) die Meinung des nach der Vereinbarung primär betreuenden Elternteils maßgebend sein. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 148 ABGB idF des Entwurfs, wonach der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind nicht lebt, jedenfalls (im gegebenen Zusammenhang eher als 'nur' zu verstehen) das Recht hat, mit ihm persönlich zu verkehren. An sich steht es daher auch Eltern, die beide mit der Obsorge betraut sind, frei, sich wegen der Regelung des Aufenthalts (und des 'Besuchsrechts') an das Gericht zu wenden, jedoch werden schwerwiegende oder häufige Differenzen zwischen den Eltern wohl häufig zu Anträgen nach § 177a Abs. 2 idF des Entwurfs oder, sofern das Kindeswohl dadurch gefährdet wird, auch zu Maßnahmen des Gerichts nach § 176 führen.

Die Vereinbarung des hauptsächlichlichen Aufenthalts bei einem Elternteil hat auch Auswirkungen auf die Frage, wer Geldunterhalt zu leisten hat. Der den Haushalt des hauptsächlichlichen Aufenthalts führende Elternteil wird weiterhin als derjenige anzusehen sein, der seine Unterhaltungspflicht durch Betreuung des Kindes im Sinne des § 140 Abs. 2 ABGB erfüllt. Hält sich das Kind – vom Einvernehmen der Eltern im dargestellten Sinn getragen – häufiger als nach den bisher üblichen 'Besuchsrechtsregelungen' beim anderen Elternteil auf, wird man auf die für diese Fälle entwickelten Grundsätze (vgl. insbesondere *Dittrich/Tades*, ABGB³⁵, E 205-209 ABGB) zurückgreifen können. Zu beachten wird vor allem sein, dass durch die vorübergehende Betreuung des Kindes durch den Elternteil, in dessen Haushalt sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, beim anderen nur einzelne Teilbereiche des Unterhalts (zeitlich begrenzt) entfallen (etwa Verköstigung und Reinigung der Wäsche). Andere Aufwendungen (etwa die Bereithaltung von Wohnraum oder die Anschaffung langlebiger Güter, zB eines Computers, aber auch von Bekleidung) bleiben davon in der Regel unberührt.

Der Entwurf geht – wie bereits im Allgemeinen Teil der Erläuterungen erwähnt – vom so genannten 'Eingliederungsmodell' (im Gegensatz zum 'Wandelmodell') aus. Es ist dem Wohl eines Kindes nicht zuträglich, wenn sich das soziale Umfeld sowie auch die Hauptbezugsperson ständig ändern, etwa wenn sich das Kind jede Woche abwechselnd einmal bei diesem, einmal bei jenem Elternteil aufhalten soll. Kontinuität (vor allem in erzieherischer Hinsicht) ist und bleibt wichtig und kann – auch wenn die Wohnsitze der Eltern nach ihrer Trennung örtlich nicht allzu weit voneinander entfernt sind – nur durch das 'Heim erster Ordnung' gewährleistet werden. (...)

4. Mit dem KindNamRÄG 2013 wurde das Obsorgerecht unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung unehelicher und ehelicher Kinder sowie der Vereinheitlichung der Obsorgebestimmungen neu gestaltet und das Dritte Hauptstück des ersten Teiles betreffend die 'Rechte zwischen Eltern und Kindern', darunter auch der vierte Abschnitt betreffend die 'Obsorge', neu erlassen.

Mit der Neuregelung sollten zum einen im Hinblick auf einschlägige Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte das Obsorgerecht hinsichtlich ehelicher und unehelicher Kinder vereinheitlicht und das Zustandekommen einer gemeinsamen Obsorge nicht miteinander verheirateter Eltern erleichtert werden (vgl. ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4, 6 und 24 f). Zum anderen sollten für den Fall der Scheidung oder Trennung der Eltern differenzierende Regelungen für das Zustandekommen bzw. Weiterbestehen einer gemeinsamen Obsorge beider Elternteile geschaffen werden. Insbesondere sollte die nach der bis dahin geltenden Rechtslage bestehende Möglichkeit, das Zustandekommen der gemeinsamen Obsorge durch das 'Veto' eines Elternteils zu verhindern, beseitigt werden, wobei das Gericht verpflichtet wurde, nach Maßgabe des Kindeswohles zu entscheiden (vgl. ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26 f).

5. Die Verpflichtung, im Falle einer Obsorge beider Eltern festzulegen, in wessen Haushalt sich das Kind hauptsächlich aufhält, blieb durch das KindNamRÄG 2013 bestehen. Die §§ 177, 179 und 180 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 übernehmen sie im Wesentlichen unverändert aus § 177 ABGB idF des KindRÄG 2001. Es wurde lediglich der Begriff des 'hauptsächlichen Aufenthalts' des KindRÄG 2001 mit dem KindNamRÄG 2013 durch jenen der 'hauptsächlichen Betreuung' ergänzt bzw. ersetzt.

Diese Änderung wird in der Regierungsvorlage wie folgt erläutert (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26):

'Wenn die Obsorge beider Eltern weiter bestehen bleibt, müssen sie nach § 179 Abs. 2 des Entwurfs – wie nach geltendem Recht (vgl. § 177 Abs. 2 ABGB) – eine Regelung über die Haushaltszugehörigkeit ihrer Kinder treffen. Dabei soll aber nicht mehr vom 'hauptsächlichen Aufenthalt' des Kindes, sondern davon gesprochen werden in welchem Haushalt das Kind 'hauptsächlich betreut' wird. Diese terminologische Anpassung soll den Aufgaben und Leistungen des Elternteils, bei dem das Kind in erster Linie lebt, besser gerechter werden als der bisherige Wortlaut des Gesetzes. An die Vereinbarung sind aber dieselben Rechtsfolgen geknüpft wie bisher bei der Vereinbarung eines hauptsächlichen Aufenthalts. Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, erfüllt also beispielsweise seine Unterhaltsverpflichtung gemäß § 231 Abs. 2 erster Satz des Entwurfs durch die Betreuungsleistungen an das Kind, während der andere Elternteil geldunterhaltspflichtig wird (vgl. *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² [2008] Rz 18; *Pfurtscheller in Klang*³ § 177 Rz 30).'

Wenngleich in § 177 Abs. 4 erster Satz ABGB weiterhin vom 'hauptsächlichen Aufenthalt' die Rede ist, ist auch nach dieser Anordnung – im Hinblick auf § 177 Abs. 4 zweiter Satz ABGB, der auf jenen Haushalt abstellt, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird – jener Haushalt festzulegen, in dem das Kind 'hauptsächlich betreut' wird (vgl. *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, ÖJZ 2014, 197 [203 FN 57])."

4.3. Zu den Prozessvoraussetzungen führt die Bundesregierung des Weiteren aus: 9

"1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes auf Antrag eines Gerichtes. Ein solcher Antrag setzt gemäß § 62 Abs. 2 VfGG voraus, dass das antragstellende Gericht das Gesetz bzw. die betroffene Gesetzesstelle in der bei ihm anhängigen Rechtsache unmittelbar anzuwenden hat.

2. Nach ständiger Rechtsprechung hat der Verfassungsgerichtshof die vom antragstellenden Gericht behauptete Präjudizialität der angefochtenen Norm auf ihre Denkmöglichkeit zu überprüfen. Der Antrag ist wegen mangelnder Präjudizialität zurückzuweisen, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die angefochtene generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. VfSlg. 17.670/2005; 17.983/2006; 19.508/2011; 19.765/2013, jeweils mwN).

3. Die Verpflichtung nach § 180 Abs. 2 zweiter Satz ABGB ist an das Gericht adressiert. Die Anordnungen nach §§ 177 Abs. 4 erster Satz und 179 Abs. 2 ABGB richten sich an die Eltern.

4. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hat nach seinen eigenen Ausführungen im Anlassverfahren nur § 180 Abs. 2 zweiter Satz ABGB idF des KindNamRÄG 2013 anzuwenden [...], der die durch das Gericht zu treffende Entscheidung über die Obsorge für den Fall betrifft, dass zwischen den Eltern eine (eilvernehmliche) Vereinbarung über die Obsorge nicht zustande kommt. Aus dem Antrag geht hingegen nicht hervor, dass die gleichfalls angefochtenen §§ 177 Abs. 4 erster Satz und 179 Abs. 2 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 im Anlassverfahren angewendet wurden oder anzuwenden wären. Das antragstellende Gericht hält diesbezüglich lediglich fest, dass 'zwangsläufig auch die Bestimmungen des ersten Satzes des 4. Absatzes von § 177 ABGB und des 2. Absatzes von § 179 ABGB zu überprüfen' wären, weil diese eine '(grundsätzlich zu bevorzugende) eilvernehmliche Regelung durch die Eltern betreffen'.

5. Entsprechende eilvernehmliche Regelungen der Eltern liegen im Anlassverfahren – konsequenterweise – aber nicht vor:

Gegenstand des Anlassverfahrens ist dem Antrag zufolge ein Rekurs gegen einen auf § 180 Abs. 2 ABGB gestützten Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten über die Änderung der Obsorge gemäß § 180 ABGB. Das Bezirksgericht Favoriten hat gemäß § 180 Abs. 2 ABGB ausgesprochen, dass die Obsorge von beiden Eltern gemeinsam ausgeübt wird und die hauptsächliche Betreuung im Haushalt der Mutter erfolgt. Der gegen diesen Beschluss erhobene Rekurs richtet sich gegen die Festlegung des hauptsächlichen Aufenthalts (und die Abweisung des Eventualantrags, die hauptsächliche Betreuung dahingehend zu regeln, dass sie in geraden Jahren der Mutter und in ungeraden Jahren dem Vater zukomme). Eine Vereinbarung der Eltern über den hauptsächlichen Aufenthalt nach § 177 Abs. 4 erster Satz ABGB oder über den Haushalt, in dem das Kind hauptsächlich betreut werden soll, nach § 179 Abs. 2 ABGB, liegt dagegen nicht vor und kann daher

auch nicht Gegenstand einer Entscheidung durch das antragstellende Gericht sein. § 177 Abs. 4 erster Satz ABGB und § 179 Abs. 2 ABGB können nach Auffassung der Bundesregierung schon aus diesem Grund keine Voraussetzung für die Entscheidung des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien bilden.

6. Nach Auffassung der Bundesregierung stehen § 180 Abs. 2 zweiter Satz ABGB und §§ 177 Abs. 4 erster Satz sowie 179 Abs. 2 ABGB auch in keinem untrennbaren Zusammenhang. Im Hinblick darauf, dass die Regelungen für unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen gelten, sind die normativen Anordnungen nach §§ 177 Abs. 4 erster Satz und 179 Abs. 2 ABGB sowie nach § 180 Abs. 2 zweiter Satz ABGB unabhängig voneinander anwendbar. Im Falle einer Aufhebung des angefochtenen Satzes in § 180 Abs. 2 ABGB würde auch kein 'legislativer Torso' übrig bleiben, der inhaltsleer, unverständlich oder unanwendbar wäre (vgl. VfSlg. 16.212/2001; 16.365/2001; VfGH 2.3.2015, G 140/2014 u.a.; *Rohregger*, in Korinek/Holoubek [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht [6 Lfg 2003], Art 140 B-VG, Rz. 216).

7. Die Bundesregierung geht daher davon aus, dass der Antrag, soweit er §§ 177 Abs. 4 erster Satz und 179 Abs. 2 ABGB betrifft, unzulässig ist und zurückzuweisen wäre."

4.4. In der Sache führt die Bundesregierung Folgendes aus:

10

"1. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 8 EMRK:

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien hegt im Wesentlichen das Bedenken, dass die 'zwangswise Privilegierung eines Elternteils, das Kind hauptsächlich zu betreuen' und der ausnahmslose Ausschluss der Möglichkeit der Doppelresidenz im Einzelfall das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK verletzen würde. Es erscheine die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK nicht ausreichend, dass es in der Forschung fundierte Stimmen sowohl pro als auch kontra 'Doppelresidenz' gäbe, in welchem Fall sich der Gesetzgeber einer anerkannten Meinung anschließen könne. Die gegenständliche Regelung könne dazu führen, dass die konkreten Bedürfnisse und Interessen eines Kindes und seiner Eltern nicht nur nicht beachtet, sondern sogar das Wohl des Kindes gefährdet werde; das Festhalten am System des Heims erster Ordnung, das eine im Einzelfall möglicherweise bessere Lösung für das Kind zwingend ausschließe, ginge über die von Art. 8 EMRK zugelassene Verhältnismäßigkeit hinaus.

[...]

1.5. Die angefochtenen Bestimmungen stehen nach Auffassung der Bundesregierung nicht in Widerspruch zu Art. 8 EMRK:

1.5.1. Voraussetzung der gemeinsamen Obsorge getrennt voneinander lebender Elternteile ist in jedem der von den §§ 177 Abs. 4 erster Satz, 179 Abs. 2 und 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB geregelten Fälle die (von den Eltern oder vom Gericht

vorzunehmende) Festlegung, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Wie auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum KindRÄG 2001 ausgeführt wird, stellt die Entscheidung für ein 'Heim erster Ordnung' das Kindeswohl sicher: Die Festlegung eines primären Heims als Lebensmittelpunkt dient der Kontinuität der Pflege und Erziehung und soll den Kindern getrennt lebender Eltern eine 'klare Orientierung' geben. Das Kind wird dadurch vor übermäßigen Belastungen, wie dem ständigen Wechsel des sozialen Umfelds und der Hauptbezugsperson, geschützt (vgl. ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 37, 66). Dass die Sicherstellung einer solchen Kontinuität im Einzelfall im Zeitpunkt der Vereinbarung zwischen den Eltern nicht notwendig erscheinen kann, führt nicht dazu, dass die Verpflichtung zur Vereinbarung eines 'Heims erster Ordnung' nicht dem Kindeswohl entspricht.

1.5.2. Durch die Festlegung eines primären Heims ist nämlich eine annähernd gleichzeitige Ausübung der – beiden Eltern zukommenden – Obsorge und Betreuung keineswegs ausgeschlossen. Eine solche ist vielmehr auf Grundlage des geltenden Rechts in jenen Fällen zulässig, wenn nicht geboten [...], in denen das Kind durch die gleichzeitige Betreuung nicht in seinem Lebensmittelpunkt zerrissen wird, beide Elternteile schon vor ihrer Trennung die Aufgaben und Lasten der Betreuung für das Kind gemeinsam getragen haben, ihre Lebens- und Vermögensverhältnisse so beschaffen sind, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten sind und sie auch nach ihrer Trennung ausreichend miteinander kommunizieren können (vgl. dazu *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2014, 197 [204]). Aus Sicht des Kindes kommt es bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht auf eine völlige und schematische Gleichstellung der beiden Elternteile, sondern vielmehr darauf an, im Wesentlichen zu beiden Elternteilen annähernd gleich viel Kontakt zu haben und daher mit beiden Elternteilen den Alltag teilen zu können.

1.5.3. Nach der derzeitigen Rechtslage ist die Herstellung derartiger Rahmenbedingungen für das Kind – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – sogar geboten. So hebt nicht nur der die Kriterien des Kindeswohles kodifizierende § 138 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 'verlässliche Kontakte des Kindes zu beiden Elternteilen' (Z 9) hervor, sondern normiert § 186 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 eine ausdrückliche Verpflichtung jedes Elternteils, eine persönliche Beziehung einschließlich der persönlichen Kontakte zu seinem minderjährigen Kind zu pflegen. Diese Verpflichtung wird durch § 187 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 näher ausgeführt.

1.5.4. Für das Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern – und nur auf dieses kann es bei der gegenständlichen Beurteilung ankommen – kommt der formalen Festlegung eines primären Haushalts als Bezugspunkt für das Kind im Idealfall einer einvernehmlich ausgeübten gemeinsamen Obsorge somit keine praktische Bedeutung zu. In Fällen, die von diesem Idealfall abweichen, schafft sie jedoch klare Verhältnisse und stellt den Lebensmittelpunkt des Kindes und damit Sicherheit und Kontinuität für das Kind sicher. Dies erweist sich auch im Hinblick darauf, dass dieser Idealfall – angesichts dessen, dass derartigen Vereinbarungen bzw. der entsprechenden gerichtlichen Festlegung notwendig eine Trennung der Eltern vorangeht – nicht den Regelfall darstellt, notwendig.

1.5.5. Das Regime des 'Heims erster Ordnung' gewährleistet zudem auch insofern klare Verhältnisse für das Kind, als dessen Festlegung anderen Regelungen zugunsten des Kindes als Anknüpfungspunkt dient:

1.5.5.1. Nach § 162 Abs. 2 ABGB idF des KindNamRÄG 2013, kann (auch bei gemeinsamer Obsorge) der Elternteil den Aufenthalt und damit den Wohnort des Kindes bestimmen, in dessen Haushalt das Kind vereinbarungsgemäß oder aufgrund gerichtlicher Anordnung hauptsächlich betreut wird. Dies entspricht der herrschenden Meinung zu § 146b ABGB idF des KindRÄG 2001, nach welcher bei widerstreitenden Ansichten primär jener Elternteil den Aufenthalt des Kindes bestimmen konnte, der es vereinbarungsgemäß in seinem Haushalt betreute (vgl. ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 65; vgl. auch *Fischer-Czermak*, in: *Kletečka/Schauer* [Hrsg.], ABGB-ON^{1.02}, § 162 Rz. 6). In den Erläuterungen zum KindNamRÄG 2013 wird insoweit hervorgehoben, dass die Wohnortbestimmung als Maßnahme der Pflege und Erziehung im Innenverhältnis im Rahmen der Obsorge von den Eltern 'möglichst einvernehmlich' wahrgenommen werden sollte. Da dieser Frage nach der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft erhebliche Bedeutung zukommen kann, schafft die Anknüpfung an das 'Heim erster Ordnung' auch insoweit Klarheit (vgl. ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23).

1.5.5.2. Auch für den Unterhalt des Kindes kommt es entscheidend auf die hauptsächliche Betreuung an. Gemäß § 231 Abs. 1 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Derjenige Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet gemäß Abs. 2 dadurch seinen Beitrag. Bei der gemeinsamen Obsorge getrennt lebender Eltern ist das jener Elternteil, der den Haushalt führt, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird (vgl. OGH 15. 1.2004, 2 Ob 293/03g). Der andere, diesfalls geldunterhaltspflichtige Elternteil kann sich Naturalleistungen anrechnen lassen (*Limberg*, in: *Kletečka/Schauer* [Hrsg.], ABGB-ON^{1.02}, § 231 Rz. 31), sodass auch der Fall einer faktischen annähernd gleichzeitigen Betreuung gelöst werden kann.

1.5.5.3. Schließlich knüpft der Bezug bestimmter Sozialleistungen an die hauptsächliche Betreuung an. Gemäß § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. § 2 Abs. 5 FLAG normiert, dass ein Kind zum Haushalt einer Person gehört, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt, wobei ein Kind nur dann bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig gilt, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört. Durch die Festlegung der hauptsächlichen Betreuung wird somit auch für die Anspruchsberechtigung über die Familienbeihilfe Klarheit geschaffen.

1.5.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtenen Bestimmungen im Hinblick auf den weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers – und insbesondere auch unter Berücksichtigung der daran anknüpfenden, die persönliche Beziehung des Kindes zu seinen Eltern regelnden Vorschriften – zur Sicherstellung des Kindeswohles geeignet und erforderlich sind: Die Notwen-

digkeit der Festlegung eines Haushalts, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird, schafft eine klare Regelung für das Kind, die von allfälligen faktischen Änderungen in der Beziehung der Eltern zueinander unabhängig ist, zugleich jedoch auch insoweit Flexibilität zulässt, als sie eine faktische annähernd gleichzeitige Betreuung durch beide Elternteile jedoch nicht ausschließt.

1.6. Vor diesem Hintergrund geht die Bundesregierung daher davon aus, dass §§ 177 Abs. 4 erster Satz, 179 Abs. 2 und 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB nicht gegen Art. 8 EMRK verstoßen.

2 Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 14 EMRK:

2.1. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien bringt vor, dass die zwangsweise Privilegierung eines Elternteils, das Kind hauptsächlich zu betreuen, eine Verletzung des 'Diskriminierungsverbotes des Art 14 EMRK' darstellen würde.

2.2. Die Bundesregierung weist zunächst darauf hin, dass sich der Antrag insoweit auf die bloße Behauptung einer Verletzung beschränkt, ohne diese Behauptung in irgendeiner Weise zu begründen, sodass sich ein Eingehen darauf schon aus diesem Grund erübrigt.

2.3. Der Vollständigkeit halber weist die Bundesregierung aber auf Folgendes hin:

2.3.1. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK ist schon dem Wortlaut der Bestimmung nach, wonach der 'Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten [...] ohne Benachteiligung zu gewährleisten' ist, auf die Rechte der Konvention bezogen. In Bezug auf diese Rechte und Freiheiten ist jede Diskriminierung untersagt. Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt Art. 14 EMRK somit lediglich eine Ergänzung der übrigen materiellrechtlichen Bestimmungen der EMRK und der Protokolle dazu dar. Die Bestimmung hat keine eigenständige Existenz (vgl. nur EGMR *Zaunegger gegen Deutschland*, Z 35 mwN sowie die Nachweise bei *Grabenwarter/Pabel*, aaO, § 26 Gleichheitsgrundrechte, Rz. 2).

2.3.2. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien lässt offen, in Bezug auf welches Konventionsrecht im vorliegenden Fall eine Diskriminierung vorliegen soll. Aber selbst unter der Annahme, dass eine Verletzung des Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK geltend gemacht werden sollte, würde ein solches Vorbringen nach Auffassung der Bundesregierung ins Leere gehen, da eine Diskriminierung gemäß Art. 14 EMRK eine Benachteiligung im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Sachverhalte voraussetzt (vgl. EGMR, *Zaunegger gegen Deutschland*, Z 49 ff mwN). Im Hinblick darauf, dass die betreffenden Regelungen für beide Elternteile – und dabei sowohl für Eltern ehelicher als auch für Eltern unehelicher Kinder – unterschiedslos zur Anwendung kommen und auch Gewähr dafür geboten ist, dass eine einmal getroffene Anordnung über die hauptsächliche Betreuung von jedem Elternteil zu jedem Zeitpunkt überprüft werden kann, vermag die Bundesregierung jedoch nicht zu erkennen, welche Sachverhalte in der gegenständlichen Konstellation in Widerspruch zu Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK unterschiedlich behandelt werden sollten.

Zu den Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz:

3.1. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien bringt ferner vor, dass die zwangsweise Privilegierung eines Elternteils, das Kind hauptsächlich zu betreuen, eine Verletzung des 'Gleichbehandlungsgebotes des Art 7 B-VG', das nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes als allgemeines verfassungsrechtliches Willkürverbot zu verstehen sei, darstellt. Es möge zwar zweckmäßig sein, einen Elternteil als 'hauptsächlich betreuenden' festzulegen, weil daran andere Rechtsfolgen, wie etwa die Unterhaltspflicht und die Bestimmung des Wohnsitzes knüpfen. Es sei aber fraglich, ob dies ausreiche, um die Zuteilung an einen Elternteil zu rechtfertigen.

3.2. Nach Auffassung der Bundesregierung sind auch die konkreten Bedenken in Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 7 B-VG nur unzureichend dargelegt. Dennoch wird der Vollständigkeit halber Folgendes festgehalten:

3.2.1. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (vgl. VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, unsachliche, durch tatsächliche Unterschiede nicht begründbare Differenzierungen und eine unsachliche Gleichbehandlung von Ungleichen (vgl. VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005) sowie sachlich nicht begründbare Regelungen zu schaffen (vgl. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (vgl. VfSlg. 13.576/1993, 13.743/1994, 15.737/2000, 16.176/2001, 16.504/2002). Der Gesetzgeber darf dabei von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall abstellen; dass dabei Härtefälle entstehen, macht das Gesetz nicht gleichheitswidrig (vgl. VfSlg. 14.268/1995, 17.816/2006; 19.783/2013). Ebenso können einfache und leicht handhabbare Regelungen zulässig sein (vgl. VfSlg. 16.361/2001, 16.641/2002, 19.411/2011), sodass eine vergrößernde, typische Fallgestaltungen erfassende, von mehr oder weniger schwer feststellbaren Einzelheiten absehbare Regelung nicht unsachlich ist (vgl. VfSlg. 15.850/2000). Ob das Ergebnis einer Regelung in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht am Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (vgl. VfSlg. 14.301/1995, 15.980/2000, 16.814/2003).

3.2.2. Nach Auffassung der Bundesregierung lassen sich die oben [...] zu Art. 8 EMRK dargelegten Erwägungen zur Begründung der Sachlichkeit der angefochtenen Regelungen nach dem Maßstab des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes heranziehen. Der behauptete Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz liegt daher ebenfalls nicht vor.

4. Zu den Bedenken im Hinblick das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern:

4.1. Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien bringt schließlich vor, dass die zwangsweise Privilegierung eines Elternteils, das Kind hauptsächlich zu betreuen,

auch eine Verletzung des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern darstellt.

Die Bundesregierung weist wiederum darauf hin, dass sich der Antrag insoweit auf die bloße Behauptung einer Verletzung beschränkt, ohne ein konkret verletztes Recht näher zu präzisieren und ohne dieses Vorbringen in irgendeiner Weise zu begründen, sodass sich ein Eingehen darauf schon aus diesem Grund erübrigt.

4.2. Selbst unter der Annahme, dass das Gericht eine Verletzung des Art. 1 iVm. Art. 7 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern geltend machen möchte, genügt es hier, auf die Ausführungen unter Punkt 1.5. hinzuweisen. Aus diesen ergibt sich, dass die angefochtenen Bestimmungen der Sicherstellung des Kindeswohls dienen und verhältnismäßig sind.

5. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass die angefochtenen Bestimmungen nach Ansicht der Bundesregierung nicht verfassungswidrig sind."

5. Die beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien rekurswerbende Partei hat eine Äußerung erstattet, in der sie sich den Bedenken des Gerichtes anschließt. 11

6. Der Verfassungsgerichtshof führte am 23. September 2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der von den Parteien unterschiedliche Standpunkte zum Inhalt der angefochtenen Bestimmungen und zu den Möglichkeiten der Festlegung einer gleichteiligen Betreuung eines Kindes im Fall gemeinsamer Obsorge beider Eltern vertreten wurden. Zu den Unterhaltsansprüchen wurde unter anderem übereinstimmend ausgeführt, dass diese vom Verhältnis der Höhe des Einkommens der Eltern und vom tatsächlichen Betreuungsaufwand abhängen würden, dies auch bei Vereinbarung einer "hauptsächlichen Betreuung" iSd angefochtenen Bestimmungen. 12

IV. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes auf Antrag eines Gerichts. Gerichte sind gemäß Art. 89 Abs. 2 B-VG verpflichtet, einen solchen Prüfungsantrag zu stellen, wenn sie gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hegen. 13

1.2. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu 14

binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 139 Abs. 1 Z 1 B-VG bzw. des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

1.3. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 15

Aus dieser Grundposition folgt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. VfSlg. 16.212/2001, 16.365/2001, 18.142/2007, 19.496/2011). Dagegen macht eine zu weite Fassung des Antrages diesen, soweit die Präjudizialität für den gesamten Antrag gegeben ist, nicht zur Gänze unzulässig, sondern führt, ist der Antrag in der Sache begründet, im Falle der Aufhebung nur eines Teiles der angefochtenen Bestimmungen zu seiner teilweisen Abweisung (vgl. VfSlg. 16.989/2003 mwN, 19.684/2012 und 19.746/2013). 16

1.4. Die Bundesregierung zieht in ihrer Äußerung die Präjudizialität der §§ 177 Abs. 4 und 179 Abs. 2 ABGB in Zweifel. Diese würden sich nicht an das Gericht, sondern an die Eltern richten. Das antragstellende Gericht habe nur § 180 Abs. 2 erster Satz ABGB anzuwenden. Aus dem Antrag gehe aber nicht hervor, dass die §§ 177 Abs. 4 und 179 Abs. 2 ABGB im Anlassverfahren angewendet wurden oder anzuwenden wären. Zu diesen Bestimmungen führe das antragstellende Gericht lediglich aus, dass diese zu überprüfen seien, da die Eltern ansonsten eine den Tatsachen und dem Kindeswohl widersprechende Regelung zu treffen hätten, da 17

eine geteilte hauptsächliche Betreuung nicht möglich wäre. Hier liege aber keine einvernehmliche Vereinbarung vor, weshalb weder § 177 Abs. 4 noch § 179 Abs. 2 ABGB präjudiziell seien.

Nach Auffassung der Bundesregierung stünden § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB und die §§ 177 Abs. 4 erster Satz sowie 179 Abs. 2 ABGB auch in keinem untrennbaren Zusammenhang. Die Bestimmungen seien unabhängig voneinander anwendbar, da sie für unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen gälten. Im Falle einer Aufhebung würde auch kein "legislativer Torso" übrig bleiben, der inhaltsleer, unverständlich oder unanwendbar wäre. 18

1.5. Mit diesem Vorbringen ist die Bundesregierung nicht im Recht. Ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den §§ 177 Abs. 4 erster Satz ABGB sowie 179 Abs. 2 ABGB und 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB besteht insoweit, als das Gericht nur dann über die hauptsächliche Betreuung zu entscheiden hat, wenn die Eltern zu keiner Vereinbarung gelangt sind. Es ist auch nicht denkunmöglich, dass die angefochtenen Bestimmungen eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall sind (zur Präjudizialität in vergleichbaren Fällen VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003). 19

1.6. Die Anfechtung des § 180 Abs. 3 ABGB war dagegen nicht erforderlich, weil diese Bestimmung bloß eine Verweisung enthält und weil davon nicht nur die Festlegung der hauptsächlichen Betreuung umfasst ist. 20

1.7. Der Antrag erweist sich daher insgesamt als zulässig. 21

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). 22

2.2. Der Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen ist nicht begründet. 23

2.3. Das antragstellende Gericht bringt Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 180 Abs. 2 ABGB vor, da es durch diesen zu einem faktischen Verbot einer tatsächlich gleichzeitigen Betreuung komme bzw. dem Pflegschaftsgericht verboten sei, eine Einzelfallprüfung durchzuführen und im Ausnahmefall eine Doppelresidenz festzulegen. Diese zwingende Privilegierung eines Elternteiles stelle dabei sowohl eine Verletzung des Rechtes auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK als auch des Diskriminierungsverbotes des Art. 14 EMRK, des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 7 B-VG sowie des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BGBl. I 4/2011) dar. 24

2.4. Die gesetzliche Anordnung, dass in den Fällen des § 177 Abs. 4 ABGB der hauptsächliche Aufenthalt, in den Fällen des § 179 Abs. 2 ABGB und des § 180 Abs. 2 ABGB die hauptsächliche Betreuung eines Kindes zu vereinbaren bzw. festzulegen ist, berührt Rechte nach Art. 8 EMRK und Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern. 25

2.4.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Familienlebens. Der Begriff des "Familienlebens" umfasst jedenfalls die Beziehungen zwischen Ehegatten und ihren Kindern – und zwar sowohl während der aufrechten Ehe als auch nach deren Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung (vgl. VfSlg. 12.103/1989 mwN, 14.301/1995). Der Begriff des "Familienlebens" ist aber nicht auf durch Ehe gegründete Beziehungen beschränkt, sondern kann auch andere "de facto" Familienbande umfassen, wenn Personen außerhalb einer Ehe zusammenleben; das Familienleben zwischen dem Kind und den Elternteilen bleibt diesfalls auch aufrecht, wenn die Eltern ihre Beziehung zueinander beenden oder nicht mehr zusammen leben (vgl. EGMR 3.12.2009, Fall *Zaunegger*, Appl. 22028/04, Z 37 f.; VfSlg. 19.653/2012, jeweils mwN). Für das Vorliegen von "Familienleben" zwischen einem Elternteil und einem Kind ist alleine maßgeblich, ob eine starke persönliche Bindung zwischen dem Elternteil und dem Kind besteht (vgl. EGMR 21.12.2010, Fall *Anayo*, Appl. 20578/07, Z 56, 59 ff., sowie EGMR 3.2.2011, Fall *Sporer*, Appl. 35637/03, Z 69 f., jeweils mwN). Träger des Grundrechts sind sowohl die Eltern als auch ihre Kinder (vgl. VfSlg. 12.103/1989). 26

- 2.4.2. Ein wesentliches Element des Familienlebens stellt die Möglichkeit der Familienmitglieder dar, wechselseitig die Gesellschaft des anderen zu genießen und ein gemeinsames Leben zu führen. Staatliche Maßnahmen, die dieses Beieinandersein beeinträchtigen, stellen daher einen Eingriff in das Recht auf Familienleben dar (vgl. statt vieler EGMR 26.5.1994, Fall *Keegan*, Appl. 16969/90, Z 49; EGMR 13.7.2000, Fall *Elsholz*, Appl. 25735/94, Z 43; EGMR 11.10.2001, Fall *Hoffmann*, Appl. 34045/96, Z 34 ff., jeweils mwN; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵, 2012, § 22, Rz. 19 und 28 mwN). 27
- 2.4.3. Die gesetzliche Anordnung, dass in den Fällen des § 177 Abs. 4 ABGB der hauptsächliche Aufenthalt, in den Fällen des § 179 Abs. 2 ABGB und des § 180 Abs. 2 ABGB die hauptsächliche Betreuung eines Kindes zu vereinbaren bzw. festzulegen ist, bildet einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK. 28
- 2.4.4. Eingriffe in das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK verbürgte Recht auf Achtung des Familienlebens sind gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK zulässig, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die zur Erreichung eines der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten legitimen Ziele notwendig ist. Für die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Eingriffes ist erforderlich, dass er geeignet ist, eines der genannten Ziele zu erreichen, und überdies verhältnismäßig ist (vgl. VfSlg. 19.653/2012 mwN). 29
- 2.4.4.1. Die Sicherstellung des Kindeswohls ist ein legitimes Ziel des Gesetzgebers in Familienrechts- und Obsorgeangelegenheiten (vgl. EGMR 11.10.2001, Fall *Hoffmann*, Z 40; EGMR 26.2.2002, Fall *Kutzner*, Appl. 46544/99, Z 66, jeweils mwN; *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96 [96] mwN). Daneben kann es ein legitimes Ziel des Gesetzgebers sein, für den Fall der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft klare Anknüpfungspunkte für bestimmte Rechtsfolgen zu schaffen. 30
- 2.4.4.2. Das Kindeswohl wird auch durch Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern geschützt und erfährt insofern auch auf Verfassungsebene als legitimes Ziel Bestätigung. Danach hat jedes Kind Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangi- 31

ge Erwägung sein. Die verfassungsrechtliche Vorgabe, bei Kinder betreffenden Maßnahmen das Kindeswohl als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen, bindet auch den Gesetzgeber, wenn er die Grundlagen für solche Maßnahmen normiert. Das im zweiten Satz des Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern solcherart verankerte Kindeswohl wird maßgeblich bestimmt durch den im ersten Satz normierten Anspruch von Kindern auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung (VfGH 11.12.2014, G 18/2014).

Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern normiert nicht nur einen Bereich grundrechtlichen Schutzes, in den unter den Voraussetzungen des Art. 7 BVG über die Rechte von Kindern eingegriffen werden darf, sondern auch einen Auftrag an die Gesetzgebung und – insbesondere im Rahmen seines zweiten Satzes – an die Vollziehung, das Kindeswohl vorrangig zu wahren (VfGH 11.12.2014, G 18/2014). 32

2.4.4.3. Der Gesetzgeber verfolgt mit den gesetzlichen Regelungen des § 177 Abs. 4 erster Satz, § 179 Abs. 2 und § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB das legitime Ziel der Wahrung des Kindeswohls, indem er bei gemeinsamer Obsorge die Festlegung eines Elternteils vorsieht, von dem das Kind hauptsächlich betreut wird, schafft er damit doch primär für das Kind Klarheit und Sicherheit. 33

2.4.5. Die genannten Bestimmungen sind verfassungskonform, wenn sie nicht nur ein legitimes Ziel verfolgen, sondern in der Abwägung zwischen den nachteiligen Folgen der Regelung für Betroffene und dem Gewicht der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele verhältnismäßig sind. 34

2.4.5.1. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte räumt den Staaten bei Regelungen über die Ausübung der Obsorge einen großen Ermessenspielraum ein und billigt weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten als etwa bei Kontaktregelungen (EGMR 8.7.2003, Fall *Sahin*, Appl. 30943/96, Z 65). Der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass der Gesetzgeber auch von Verfassungs wegen über einen erheblichen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum bei der Regelung des Ausgleichs kollidierender Interessen im Familienrecht verfügt (vgl. VfSlg. 12.103/1989, 14.301/1995), ein Regelungsbereich, der häufig durch konfliktbeladene Entscheidungssituationen, ein besonderes Schutzbedürfnis beteiligter Minderjähriger und komplexe wissenschaftliche Einschätzungen auf dem Gebiet der (Kinder)Psychologie geprägt ist. 35

- 2.4.5.2. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die angefochtenen Bestimmungen vom Grundsatz her als verhältnismäßige Beschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK). Allerdings würde die zwingende Festlegung einer hauptsächlichen Betreuung eines Kindes unter Ausschluss einer zeitlich gleichteiligen Betreuung in jenen Fällen nicht mehr vom legitimen Ziel der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, in denen das Kind bis zur Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft tatsächlich zu annähernd gleichen Teilen von beiden Elternteilen betreut wurde und eine fortgesetzte zeitlich gleichteilige Betreuung dem Kindeswohl am besten entsprechen würde. 36
- 2.4.5.3. Für die Frage, ob das Gesetz eine solche unbedingte Anordnung enthält und ob es angesichts dessen eine unverhältnismäßige Beschränkung des Grundrechts bildet, ist vor allem entscheidend, ob und inwieweit die Rechtsvorschriften Vereinbarungen oder Festlegungen auch in jenen Fällen entgegenstehen, in denen die gleichteilige Betreuung eines Kindes im Fall gemeinsamer Obsorge beider Eltern dem Kindeswohl entspricht. 37
- 2.4.5.4. Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage der hauptsächlichen Betreuung nach den angefochtenen Vorschriften liegt nicht vor. Wohl aber hat der Oberste Gerichtshof wiederholt über Anträge betreffend die Höhe der Unterhaltungspflicht eines Elternteils in Fällen einer völlig gleichteiligen Aufteilung der Betreuungszeiten bzw. einer Betreuung abwechselnd zu zeitlich (völlig) gleichen Anteilen entschieden und dabei diese Betreuungssituation seiner Entscheidung zugrunde gelegt (OGH 25.5.2005, 7 Ob 145/04f; OGH 19.3.2013, 4 Ob 16/13a; vgl. jüngst auch OGH 17.9.2015, 1 Ob 158/15i). 38
- 2.4.5.5. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass eine annähernd gleichteilige Ausübung der Betreuung (nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft) vom Gesetz nicht kategorisch ausgeschlossen sei. Zu denken sei hier an die durchaus praktischen Ausnahmefälle, in denen beide Elternteile schon vor der Auflösung der Ehe oder Trennung der Gemeinschaft die Aufgaben und Lasten der Betreuung gemeinsam getragen hätten, ihre Lebens- und Vermögensverhältnisse so beschaffen seien, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten seien, und die Eltern trotz der Trennung immer noch ausreichend miteinander kommunizieren könnten. In derartigen nicht den Regelfall bildenden Fällen wird es im Interesse des Kindeswohls als zulässig angesehen, dass die hauptsächliche Betreuung des Kindes in einem Haushalt von 39

den Eltern als bloß "nominelle" Verpflichtung gehandhabt werde (vgl. *Kathrein*, Kindschafts- und Namenrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 [204]).

2.4.5.6. Vor diesem Hintergrund sieht sich der Verfassungsgerichtshof veranlasst, § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB ebenso wie die mitangefochtenen Bestimmungen im Einklang mit Art. 8 EMRK im eben beschriebenen Sinne und damit so auszulegen, dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen. Die Bestimmung, die ihrem Wortlaut nach eine Festlegung einer "hauptsächlichen Betreuung" anordnet, lässt eine Auslegung zu, der zufolge die Festlegung für diese Fälle insbesondere als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dient, wie etwa für die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes iSv Art. 6 Abs. 3 B-VG. Bei diesem Verständnis erweisen sich die angefochtenen Bestimmungen als verhältnismäßige Beschränkungen der Rechte des Art. 8 EMRK und Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern. 40

2.4.6. § 177 Abs. 4 erster Satz, § 179 Abs. 2 und § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB verstoßen daher nicht gegen Art. 8 EMRK und Art. 1 BVG über die Rechte von Kindern. 41

2.5. Aus den unter 2.4. genannten Gründen verstoßen die angefochtenen Bestimmungen auch nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK. 42

V. Ergebnis

Die vom Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ob der Verfassungsmäßigkeit der §§ 177 Abs. 4 erster Satz, 179 Abs. 2 und 180 Abs. 2 letzter Satz erhobenen Bedenken treffen nicht zu. Der Antrag ist daher abzuweisen. 43

Wien, am 9. Oktober 2015

Der Präsident:

Dr. HOLZINGER

Schriftführer:

AHARI, LL.M. BSc.