

Die gesetzliche Situation in Österreich nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes von Oktober 2015 - Spruchpraxis in Österreich und Auswirkung auf Unterhalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht

Vortragsunterlage zum Referat von Dr. Reinhard Jackwerth im Rahmen der Fachtagung Doppelresidenz am 22.10.2016

1) Die GESETZESLAGE im JAHR 1983

„**Gemeinsame**“ **Obsorge** („Obsorge beider Eltern“, damals „elterliche Rechte“) war nur dann zulässig, wenn

- die Eltern **in aufrechter Ehe** verheiratet waren
 - lebten sie dabei **nicht bloß vorübergehend getrennt**, so reichte der bloße Antrag eines Elternteils, dass die elterlichen Rechte einem Elternteil allein zugewiesen werden mussten (§ 137 Abs 2 iVm § 177 Abs 1 und 2 ABGB alt)

2) Die (derzeitige) GESETZESLAGE laut KindNamRÄG 2013

Obsorge beider Elternteile zulässig

- **unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind oder geschieden oder auch nie miteinander verheiratet waren**
- **auch gegen ihren Willen durch Gerichtsbeschluss** möglich
- leben sie **nicht in häuslicher Gemeinschaft**, so ist dafür nach dem Gesetzeswortlaut Voraussetzung, dass gleichzeitig vereinbart oder durch Gerichtsbeschluss festgelegt wird, **in wessen Haushalt sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll** (§ 177 Abs 4, § 179 Abs 2 und § 180 Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2013)

>>> „**Heim erster Ordnung**“

3) BISHERIGE BEFASSUNG der GERICHTE

- **Judikatur zur Berücksichtigung der übermäßigen Betreuung des Kindes durch den Geldunterhaltsschuldner**
Schon seit Jahren waren immer wieder Fällen einer zeitlich ungefähr gleichen Betreuung zu beurteilen, ohne dass je beachtet wurde, dass dies eigentlich gesetzwidrig ist
 - **Gerichtliche Vergleiche über die Vereinbarung einer Doppelresidenz**
Sie wurden von manchen Richterinnen und Richtern ohneweiters genehmigt, insbesondere als Vereinbarung für eine einvernehmliche Scheidung akzeptiert
 - **Ausdrückliche Anträge auf gerichtliche Entscheidungen**
dabei war entweder
 - Doppelresidenz nicht im Interesse des Kindes
 - >> **unerheblich, ob Doppelresidenz gesetzlich erlaubt ist**
 - Doppelresidenz die für das Kind beste Lösung
 - >> **Entscheidung nach dem Gesetzeswortlaut oder**
 - >> **Genehmigung aufgrund teleologischer Reduktion des Gesetzes ohne Festlegung eines hauptsächlichen Aufenthalts**
allerdings blieb es in diesen Fällen meist bei der zweitinstanzlichen Entscheidung und wurde der OGH - trotz ausdrücklicher Zulässigerklärung - nicht angerufen
- daher**
- >> **Anrufung des VfGH durch die zweite Instanz**
in einem konkreten Fall, in welchem die Doppelresidenz eindeutig als die beste Lösung für das Kind erschien
- fraglich schien eigentlich nur**, ob eine verfassungskonforme Auslegung im Sinn einer gänzlichen teleologischen Reduktion (ohne Festlegung eines hauptsächlichen Aufenthalts) als möglich erachtet oder die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen aufgehoben würden

4) ERKENNTNIS des VfGH vom 9.10.2015, G 152/2015-20

verfassungskonforme Auslegung wie folgt:

- a) **Zulässigkeit der zeitlich gleichzeitigen Betreuung** des Kindes
- b) aber **trotzdem Festlegung der „hauptsächlichen Betreuung“ des Kindes** als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen erforderlich

5) AUSWIRKUNGEN auf die RECHTSPRECHUNG der FAMILIENGERICHTE

entgegen ersten Signalen hat der OGH die **Zulässigkeit der als verfassungskonform erachteten Interpretation des VfGH nach den allgemeinen Auslegungsregeln** (indirekte Gesetzesänderung durch den VfGH ?) nicht in Frage gestellt (3 Ob 121/16i, 6 Ob 149/16d, 10 Ob 53/16s)

a) Wann ist Doppelresidenz zu befürworten?

- wenn Doppelresidenz **bereits lange klaglos praktiziert** wurde
- **Erziehungsfähigkeit** beider Eltern gegeben
- funktionierende **Beziehung beider Eltern zum Kind**
- Vorliegen der **räumlichen und organisatorischen Möglichkeiten**
- **Wille des Kindes** zu beachten
- **Bindungstoleranz** beider Eltern ausreichend gegeben
- weitgehende **Kooperationsfähigkeit der Eltern**
- **aber:**
auch in (hoch)strittigen Fällen ?
 - **hohes Konfliktniveau zwischen den Eltern spricht eher gegen eine Doppelresidenz** (*Ingrid Raunigg, Andreas Willmann*, Doppelresidenz: Wechselmodell – Paritätsmodell – Pendelmodell – Wandelmodell, EF-Z 2010, 245 f; *Georg Jelinek*, Obsorge beider Eltern – gemeinsam oder einsam? iFamZ 2010, 181 ff).

dennoch Doppelresidenz befürwortet:

- 10 Ob 53/16s:
Kommunikationsprobleme der Eltern, aber **Wille des Kindes**, dass die Meinung beider Eltern gleich viel zählt + Verpflichtung der Eltern zum gemeinsamen Besuch einer **Erziehungsberatung**
- 42 R 321/14p und 42 R 137/16g des LGZ Wien:
trotz Mediation **seit 10 Jahren immer wieder heftige Konflikte** zwischen den Eltern, Kommunikation auf das Notwendigste beschränkt; jedoch **seit 2009 Doppelresidenz praktiziert**; Antrag des Vaters auf „gemeinsame Obsorge“
- >>> **Voraussetzung für die Doppelresidenz ist jedenfalls, dass nicht jeder Wechsel vom einen Elternteil zum anderen eine unzumutbare Belastung für das Kind darstellt**
- >>> **Rechtsprechung zur gemeinsamen Obsorge** der Eltern erscheint nur teilweise verwendbar
- >>> **Kindeswohl, nicht Gerechtigkeit zwischen den Eltern !!!**

b) **Vereinbarung/Entscheidung über die „hauptsächliche Betreuung“**
im Sinn eines nominellen Anknüpfungspunktes für andere Rechtsfolgen
(= Bestimmung eines „Domizilelternteils“)

- **Inhalt und Formulierung des Spruchs** (6 Ob 149/16d)

- so, dass dadurch **lediglich ein nomineller Anknüpfungspunkt für bestimmte Aufgabenbereiche** festgelegt wird
 - Aufgabenbereiche möglichst **konkret oder beispielhaft zu benennen**
 - **Bestimmung des melderechtlichen Hauptwohnsitzes des Kindes**
 - **Geltendmachung von Familien- und Wohnbeihilfe**
 - **sonstigen Bereiche, auf welche sich die gerichtliche Festsetzung einer „hauptsächlichen Betreuung“ auswirken kann**
 - zB Pflegefreistellung, Elternkarenz/-teilzeitbeschäftigung, steuerrechtliche Aspekte etc.
- in Betracht kommende Aufgabenbereiche sollten** von den Eltern gegenüber dem Gericht im jeweiligen Einzelfall **möglichst konkret geltend gemacht werden**

jedenfalls nicht:

- **Aufenthaltsbestimmungsrecht** nach § 162 Abs 2 und 3 ABGB
- fraglich, ob **Vertretung des Kindes in Unterhaltssachen** umfasst sein soll (sh dazu unten Punkt 6)a)

- **Kriterien für die Bestimmung des Domizilelternteils** (6 Ob 149/16d)

- **bisherige Hauptwohnsitzmeldung** des Kindes
- **bisherige Wahrnehmung** der genannten Aufgaben
- nur **Umstände, die für diese Aufgabenbereiche von Bedeutung** sind
- **Eignung des betreffenden Elternteils** dazu
- **besondere Begründung, wenn der den bisherigen gemeinsamen Haushalt verlassende Elternteil nunmehr jener sein soll**, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird (Domizilelternteil)

6) UNTERHALT und DOPPELRESIDENZ

Das Problem der angemessenen Berücksichtigung einer übermäßigen Betreuung durch den Geldunterhaltsschuldner ist **nicht neu**, wird künftig jedoch vermutlich häufiger auftreten

a) VERTRETUNG des KINDES

- **Interessenkollision** des in Anspruch genommenen Elternteils (6 Ob 560/85)
 - fraglich ist, ob die **Entscheidung über die „hauptsächliche Betreuung“ des Kindes als nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen** auch die Vertretung in Unterhaltsangelegenheiten umfassen soll
 - nur denkbar, wenn **beide Elternteile obsorgeberechtigt** sind:
 - jedenfalls sollte die „hauptsächliche“ Betreuung dann **jenem Elternteil zugesprochen** werden, der **nicht zur Zahlung eines Ausgleichsunterhalts verpflichtet** ist

ansonsten:

- **Bestellung eines Kollisionskurators**
wegen Interessenkollision des in Anspruch genommenen Elternteils, weil dieser nicht gleichzeitig das unterhaltsberechtigte Kind vertreten kann (6 Ob 560/85)
 - in der Regel keine gänzliche Entziehung der Obsorge erforderlich (7 Ob 526/93)
 - **Antrag des einschreitenden Elternteils gilt als Antrag auf Bestellung zum besonderen Vertreter in Unterhaltsangelegenheiten** (7 Ob 526/93, 8 Ob 39/16t ua)
 - >> allenfalls auch (**konkudente**) **Bestellung zum besonderen Vertreter in diesem Teilbereich durch die beschlussmäßige Verpflichtung** zu Unterhaltszahlungen an den einschreitenden Elternteils (7 Ob 526/93, 10 Ob 517/95, 3 Ob 290/98p, 5 Ob 122/09s, 1 Ob 75/12d, 8 Ob 39/16t)
- wenn beide Elternteile wechselseitig Unterhaltsanträge stellen
 - >> **Bestellung eines externen Kollisionskurators** erforderlich

b) HÖHE einer allfälligen GELDUNTERHALTSVERPFLICHTUNG

- allgemeine Grundsätze:

- **Leitbild der intakten Familie**
Was würde ein **pflichtbewusster Elternteil** tun?
- **Unterhalt wird bemessen, nicht berechnet**

- bei üblichem Kontaktrecht (bis ca. 80 Tage/Jahr = rd. 1,5 Tage/Woche)

>> keine Verminderung des Unterhalts

- Betreuung an Wochenenden während der Ferien gleichwertig?
- einzelne Stunden, halber Tag nicht zu berücksichtigen
Wochenendaufhalt von Freitag nach der Schule bis Sonntag = 2 Tage
(5 Ob 2/12y, 8 Ob 69/15b)

- darüber hinaus bis annähernd zeitlich gleichwertige Betreuung

>> Abzug um 10 – 20% pro zusätzlichem Betreuungstag/Woche („Prozentabzugsmethode“) (zuletzt 6 Ob 55/16f)

- „annähernd zeitlich gleichwertig“

- ursprünglich:
bereits ab Betreuung im Ausmaß von 1/3 der Zeit (= rd. 2,5 Tage/Woche)
- nunmehr:
 - **1/3 zu 2/3 ist nicht gleichwertig** (ist nämlich 50% mehr Betreuung)
(4 Ob 206/15w)
 - Frage der **Gleichwertigkeit der Betreuung an Wochenenden und während der Ferien**
 - **10%-Abzug ist tendenziell eher die Untergrenze**
(4 Ob 16/13a, 8 Ob 69/15b)
 - **gleitend, je mehr sich die Situation einer gemeinsamen gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern annähert**
(5 Ob 2/12y, 6 Ob 55/16f; 1 Ob 158/15i)

Beispiele:

- Betreuung zu 1/3 = 20% (7 Ob 178/06m) = 30% (8 Ob 69/15b)
- 156 Tage (rd 43%) ist noch annähernd gleichwertig (4 Ob 206/15w)
- 14-tägiges Wochenendbesuchsrecht + halber Tag/Woche ist noch nicht übermäßig (1 Ob 209/08d)

- **bei annähernd zeitlich gleichwertiger Betreuung**

>> **„betreuungsrechtliches Modell“**

(siehe insbesondere 1 Ob 158/15m)

- **bei gleich hohem Einkommen**

lediglich **Ausgleichsanspruch, wenn**

ein Elternteil zusätzlich die notwendigen Aufwendungen für Bekleidung, Schuhwerk und alle größeren längerlebigen Anschaffungen trägt

(7 Ob 145/04f, 4 Ob 206/15w, 6 Ob 55/16f)

- **„gleich hohes Einkommen“** = bis zu einer Differenz bis zu 1/3 (1/4)

(4 Ob 16/13a, 1 Ob 158/15i)

- **bei unterschiedlich hohem Einkommen**

ergänzender Geldunterhaltsanspruch, weil Kind nur beim Vater an dessen höherem Lebensstandard teilhaben kann

- **Vorgangsweise:**

(1 Ob 158/15i)

- **Ermittlung der beidseitigen Geldunterhaltsansprüche** gegenüber beiden Elternteilen **nach herkömmlicher Methode**

- *allenfalls ausgehend vom Einkommen nach **Abzug des Unterhaltsexistenzminimums** (wenn ein Elternteil nichts verdient oder sein Einkommen deutlich unter dem Existenzminimum liegt)*

- **Abzug der Familienbeihilfe** (+ Kinderabsetzbetrag - Unterhaltsabsetzbetrag?) **im Verhältnis** der - Geldunterhaltsansprüche
- *Betreuungsleistungen?*

- **Halbierung** der sich so ergebenden Beträge
(*bzw. Teilung im Verhältnis der Betreuung*)

- **Geldunterhaltsanspruch in Höhe der Differenz der beiden Ansprüche**

- **allenfalls weiterer Ausgleich, wenn** ein Elternteil zusätzlich die notwendigen Aufwendungen für Bekleidung Schuhwerk und alle größeren längerlebigen Anschaffungen trägt (7 Ob 145/04f, 4 Ob 206/15w, 6 Ob 55/16f)

daher kein Abzug von Kosten für Taschengeld und Handy (1 Ob 158/15i)

- **bei Sonderbedarf**

kein Anspruch, wenn dieser aus der **Differenz zwischen dem altersentsprechenden Regelbedarf und dem laufenden monatlichen Unterhalt ohne Kürzung wegen übermäßiger Betreuung** gedeckt werden kann

(1 Ob 207/15w)