

Doppelresidenz:

• getrennt und doch gemeinsam



Fachtagung Herbst 2016

Schloss Puchberg, Wels

4. November 2016

Familienkompetenzzentrum Fortbildungsakademie

4600 Thalheim bei Wels, P.-B.-Rodlbergerstraße 31

office@fkz-fortbildungsakademie.at

+43 - (0)664 - 427 4 666

Seminar:

Schutz vor Gewalt und Stalking: Prävention und rechtliche Hilfe.

Dienstag, 29.11.2016

Oberösterreich, 4600 Wels, Bildungshaus Schloss Puchberg

anerkannte Fortbildungsveranstaltung gem. § 20 ZivMediatG

Intensivtraining:

Intensivtraining für ErziehungsberaterInnen nach § 107 Abs. 3 Z1 AußStrG

Oberösterreich, 4600 Wels

Mittwoch, 15.02.2017 und Donnerstag, 16.02.2017

Wien, 1010 Wien

Mittwoch, 22.02.2017 und Donnerstag, 23.02.2017

Tagung:

**Familie im Wandel der Zeit:
ELTERN-KIND-BINDUNG.**

Montag, 27.03.2017 und Dienstag, 28.03.2017

Oberösterreich, 4600 Wels, Bildungshaus Schloss Puchberg

Programm der Fachtagung Doppelresidenz

- 1. Teil**
Doppelresidenz & Rechtslage:
Vom Willen des Gesetzgebers und seiner Deutung durch den
Verfassungsgerichtshof
Susanne Beck
- 2. Teil**
Doppelresidenz & Wissenschaft:
Zwei Lebensmittelpunkte des Kindes als Gegenstand der Forschung
Harald Werneck
- 3. Teil**
Doppelresidenz und Elternwillen:
Eltern auf Augenhöhe – zu den Voraussetzungen für eine gelingende
Doppelresidenz
Judit Barth-Richtarz
- 4. Teil**
Doppelresidenz & Psychologisches Sachverständigengutachten:
Entwicklungspsychologische Überlegungen zur Doppelresidenz
Barbara Khalili-Langer
- 5. Teil**
Doppelresidenz & Rechtsfolgen:
Die Position des Domizilelternteils und der Streit ums Geld
Susanne Beck

Tagungsleitung

Mag.^a **Susanne Beck**

Vortragende (in alphabetischer Reihenfolge)

Dr.ⁱⁿ **Judit Barth-Richtarz**

Erziehungswissenschaftlerin, psychoanalytisch-pädagogische Erziehungsberaterin (APP), Lehrbeauftragte am Institut für Bildungswissenschaft der Universität Wien

Mag.^a **Susanne Beck**

Familienrichterin, Fachbuchautorin, u.a. Verfasserin eines Kommentars zum Kindschaftsrecht und Mitautorin eines Kommentars zum Außerstreitgesetz

Mag.^a **Barbara Khalili-Langer**

klinische Psychologin, allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige

Ass.-Prof. Dr. **Harald Werneck**

klinischer Psychologe, Studienprogrammleiter Psychologie / Fakultät für Psychologie der Universität Wien



Ablauf der Veranstaltung:

ab 8:00 Uhr	Einschreibung
8:45 Uhr – 9:00 Uhr	Einleitung
9:00 Uhr – 10 Uhr	Doppelresidenz & Rechtslage: Vom Willen des Gesetzgebers und seiner Deutung durch den Verfassungsgerichtshof Susanne Beck
10:00 Uhr – 11:00 Uhr	Doppelresidenz & Wissenschaft: Zwei Lebensmittelpunkte des Kindes als Gegenstand der Forschung Harald Werneck
11:00 Uhr – 11:30 Uhr	Pause
11:30 Uhr – 12:30 Uhr	Doppelresidenz & Elternwillen: Eltern auf Augenhöhe – Zu den Voraussetzungen für eine gelingende Doppelresidenz Judit Barth-Richtarz
12:30 Uhr – 13:30 Uhr	Mittagspause
13:30 Uhr – 14:30 Uhr	Doppelresidenz & Psychologisches Sachverständigengutachten: Entwicklungspsychologische Überlegungen zur Doppelresidenz Barbara Khalili-Langer
14:30 Uhr - 15:30 Uhr	Doppelresidenz & Rechtsfolgen: Die Position des Domizilelternteils und der Streit ums Geld Susanne Beck
15:30 Uhr – 16:00 Uhr	Pause
16:00 Uhr – 17:00 Uhr	Podiumsdiskussion
17:00 Uhr	Abschluss der Veranstaltung

Notizen:

Notizen:

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz (Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen) BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2006/92
BG	Bundesgesetz; Bezirksgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw	beispielsweise
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BVG Kinderrechte	Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern BGBl I 2011/4
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
dBGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
dh	das heißt
EFSlg	Sammlung Ehe- und familienrechtlicher Entscheidungen (Verlag Manz)
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (Verlag Manz)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EvBl	Evidenzblatt (Österreichische Juristenzeitung)
EvBl-LS	Evidenzblatt-Leitsätze (Österreichische Juristenzeitung)
f	folgende
FamZ	siehe iFamZ
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
GP	Gesetzgebungsperiode
ggT	gegenteilig
gem	gemäß
HKÜ	Haager Kindesentführungsübereinkommen BGBl 1988/512
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/in
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (Linde Verlag)

insb	insbesondere
iSd	im Sinn des /der
iVm	in Verbindung mit
JAB	Justizausschussbericht
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
KindNamRÄG 2013	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15
KindRÄG 2001	Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135
LG	Landesgericht
lit	litera
mj	minderjährig/-e/-er/-es/-em/-en
mtl	monatlich
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Verlag Manz)
RIS-Justiz	Rechtsinformationssystem der Republik Österreich (Judikaturdokumentation)
RA	Rechtsanwalt, Rechtsanwältin
Rsp	Rechtsprechung
s	siehe
sog.	so genannte(-m, -n, -r, -s)
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter andere(-s)
udgl	und dergleichen
usw	und so weiter
uva	und viele andere
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung RGBI 1895/113

Hinweis:

Alle Rechte an dieser Vortragsunterlage stehen dem Familienkompetenzzentrum, 4600 Thalheim/Wels, P.-B.-Rodlbergerstraße 31, zu.

Das Werk darf ohne unsere schriftliche Zustimmung weder vollständig noch auszugsweise verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Vom Willen des Gesetzgebers und seiner Deutung durch den Verfassungsgerichtshof

I. Was bedeutet Doppelresidenz?

A. Definitionen des Wechselmodells

- 1 Doppelresidenz, Wechselmodell und Paritätsmodell beschreiben eine Betreuungsform, bei der Kinder und Jugendliche nach der Trennung der Eltern regelmäßig mit der Mutter und dem Vater intensiven Kontakt mit tragfähigen Beziehungen zu ihnen und dadurch **zwei „Zuhause“** haben, beide Eltern in gleichem Ausmaß Verantwortung für die Kinder übernehmen und sie sich periodisch entsprechend einem von ihnen zuvor festgelegten Zeitplan in der Kinderbetreuung abwechseln. Der Aufenthaltswechsel des Kindes zwischen den Haushalten der Eltern findet in der Praxis in unterschiedlichen, mit dem Leben der Familie möglichst gut in Einklang zu bringenden Intervallen statt.
- 2 In der Literatur besteht **keine einheitliche Definition des Begriffs Wechselmodell oder Doppelresidenz**.¹ Das Begriffsverständnis umfasst eine große Spannbreite zeitlicher Regelungen; Studien nehmen das Vorliegen des Wechselmodells bei Zeitquoten (überwiegend) im Bereich von mindestens 30:70 % bzw 33:67 % bis 50:50 % an.
- 3 Daher ist die **Betreuung des Kindes durch beide Eltern mit gleich bemessenen Zeiträumen** und somit die Umsetzung einer **paritätischen Doppelresidenz** nur eine Variante dieser Form der Obsorgeausübung. Dem Wechselmodell werden nach einem weiteren Begriffsverständnis jedenfalls auch 55:45-Regelungen oder **60:40-Regelungen** zugeordnet. Teile der deutschen Literatur² setzen das Wechselmodell mit einem **„annähernd hälftigen Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern“** gleich. Auch der deutsche Bundesgerichtshof ging in seinem unterhaltsrechtlichen Erkenntnis vom 5. 11. 2014, XII ZB 599/13, vom Wechselmodell als Betreuungsoption aus, bei der jeder Elternteil „etwa die Hälfte der Versorgungs- und Erziehungsaufgaben wahrnimmt“.³ Der VfGH bezeichnete im Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, eine Doppelresidenz des Kindes als zeitlich gleichteilige Betreuung bzw **„annähernd gleichteilige Ausübung der Betreuung“** nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

¹ In den USA ist der Ausdruck joint custody (joint legal custody – joint physical custody) gebräuchlich, in England und Kanada shared residence, shared parenting und shared care.

² Etwa Seiffert, Paritätische Doppelresidenz (2015) 12; s Rz 5.

³ Im Anlassfall wurde das Vorliegen eines Wechselmodells verneint („aufgrund der Betreuung der unterhaltsberechtigten Kinder durch den Vater an sechs von 14 Tagen“ sahen die Vorinstanzen „den Schwerpunkt noch auf Seiten der Mutter“).

In diesem Verständnis ist die Frage nach dem Residenz- oder Wechselmodell zwar nicht ausschließlich **nach zeitlichen Kriterien** zu beurteilen; diesen kommt aber **wesentliche Indizwirkung** zu.

- 4 Hingegen legt *Sünderhauf*⁴ ihren Ausführungen die Auffassung zugrunde, dass der Mindestanteil beim weniger betreuenden Elternteil (**lediglich 30 %**) betragen müsse, und beschreibt das Wechselmodell als Betreuungs- und Lebensform für Kinder getrennt lebender Eltern mit drei charakterisierenden Komponenten:

- die Kinder leben abwechselnd **jeweils einen substanziellen Anteil** (dh mindestens 30%) **bei jedem Elternteil**,⁵
- sie sind in beiden Elternwohnungen zu Hause und
- Mutter und Vater teilen die elterliche Verantwortung.

Im Mittelpunkt stehe die „tatsächliche physische, gleichberechtigte und gleichverpflichtete Betreuung der Kinder“.

- 5 Nach *Seiffert*⁶ sind ebenfalls drei Definitionspunkte für das Vorliegen eines Wechselmodells maßgebend:

- **Zeit** im Sinn eines „annähernd hälftigen Aufenthalts bei beiden Eltern“, mit der Erfahrung von alltäglichen Situationen mit Mutter und Vater nach individueller Gestaltung des Wechselmodells, wobei zu prüfen sei, was genau unter Alltag zu verstehen sei, weil auch an Wochenenden alltägliche Erfahrungen getätigt oder Hausaufgaben gemacht würden
- **Zuhausesein**: keine Unterscheidung zwischen Hauptbezugsperson und „Besuchselternteil“; beide Elternhäuser sind als gleich wichtig anzusehen
- **elterliche Verantwortung**: auch nach der Trennung und daher idR nach der damit einhergehenden Beendigung der Paarbeziehung haben Mutter und Vater die gleiche Verantwortung für die Kinder, ohne dass einem Elternteil eine alleinige Entscheidungsbefugnis zukomme.

- 6 Die **Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V.** hielt in ihrer Stellungnahme aus 2013 eine generelle Definition des Wechselmodells für kaum möglich und jedenfalls wenig sinnvoll. Kriterien wie „möglichst gleich viel Zeit bei jedem Elternteil“, „in beiden Elternhäusern zu Hause“ und „Verantwortungswahrnehmung durch beide Eltern“ würden Zielvorstellungen beschreiben, aber keine rechtliche Abgrenzung zum Residenzmodell ermöglichen. Entscheidend seien nicht Zeitanteile, sondern die **Rolle der Eltern gegenüber dem Kind sowie im Verhältnis zueinander**.⁷

⁴ Wechselmodell (2013) 64.

⁵ *Abarbanel* (Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody [1979]. In: American Journal of Orthopsychiatry 49 [2], 320-329) zog die Grenze für die Zeitaufteilung bei 67:33%, *Nielsen* (Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research [2011]. In: Journal of Divorce & Remarriage 52, 586-609) bei 65:35%.

⁶ Paritätische Doppelresidenz (2015) 12.

⁷ *Abarbanel* (aaO) beschrieb Wechselmodellfamilien bereits 1979 als „families in which the children live in two homes, in which neither parent is considered the ‘visitor’, and in which both parents actively continue to share parenting responsibilities after they have separated“.

B. Einzelfallbezogene Bewertung des Wechselmodells

- 7 Eignung und Auswirkungen von Betreuungsmodellen und unterschiedlichen Formen der Ausübung gemeinsamer Elternfunktionen können nur nach den **individuellen Bedürfnissen des konkret betroffenen Kindes** beurteilt werden. Die Einschätzung der Vor- und Nachteile einer Doppelresidenz – die zwangsläufig mit dem (freilich stets dem Wohl des Kindes unterzuordnenden)⁸ Prinzip der Betreuungskontinuität in Widerspruch steht – aus Sicht des Kindeswohls sowie die Beurteilung, inwieweit bzw in welcher konkreten Form diese Betreuungsvariante zum Wohl des Kindes umgesetzt werden soll, haben demnach stets für den jeweiligen Einzelfall unter Einbeziehung aller Beteiligten im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung der familiären Situation** zu erfolgen.⁹

Ein zwischen beiden Elternteilen gleichmäßig verteilter Aufenthalt des Kindes ist – nach Abklärung der Bedürfnisse des Kindes sowie unter den Voraussetzungen einer sicheren Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen, eines bestimmten (aus entwicklungspsychologischer und bindungstheoretischer Sicht zu beurteilenden) Entwicklungsstands des Kindes, einer geographischen Nähe der beiden Wohnorte und einer hinreichenden Kooperation zwischen den Eltern - daher **eine von mehreren Formen, die Obsorge** im Rahmen einer Reorganisation der Familie nach der Trennung der Eltern **auszuüben und die elterliche Verantwortung wahrzunehmen**.

- 8 Nach stRsp ist für die gerichtliche Anordnung der **beiderseitigen Obsorge** die – von den Umständen des Einzelfalls abhängige - Beurteilung entscheidend, ob die Alleinobsorge eines Elternteils oder die Obsorge beider Eltern dem **Wohl des Kindes** besser entspricht¹⁰ und welche Anliegen und Vorstellungen das urteilsfähige Kind dazu selbst äußert.¹¹ Eine sinnvolle Ausübung der Obsorge beider Eltern setzt dabei ein gewisses Mindestmaß an **Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit beider Eltern** voraus. Um Entscheidungen gemeinsam im Sinn des Kindeswohls treffen zu können, ist es erforderlich, in entsprechend sachlicher Form Informationen auszutauschen und einen Entschluss zu fassen. Das Gericht hat also eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob bereits eine entsprechende Gesprächsbasis zwischen den Eltern vorhanden ist oder ob zumindest in absehbarer Zeit mit einer solchen Gesprächsbasis gerechnet werden kann.¹²

Auch das Wechselmodell als Betreuungsform in Trennungsfamilien mit beiderseitiger Obsorge setzt folgerichtig das **Vorhandensein einer ausreichenden elterlichen**

⁸ RIS-Justiz RS0047928.

⁹ Zu Voraussetzungen einer kindeswohlförderlichen Doppelresidenz vgl *Barth-Richtarz*, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178 (mit Meinungen von vier Experten); *Raunigg/Willmann*, Doppelresidenz, EF-Z 2010/167; *Seiffert*, Paritätische Doppelresidenz (2015) 19; *Beck*, Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? iFamZ 2015, 264 (268). Vgl auch *Heilmann*, NJW 2015, 3346 (3348).

¹⁰ RIS-Justiz RS0128812.

¹¹ Die Rsp geht im Regelfall jedenfalls ab dem 12. Lebensjahr des Kindes von dessen Urteilsfähigkeit bzgl einer Obsorgezuteilung aus. Selbst der Wille eines Kindes dieser Altersstufe (oder eines älteren Kindes) kann das Gericht aber bei seiner Entscheidung nicht binden.

¹² RIS-Justiz RS0128812.

Kooperation voraus.¹³ *Abarbanel*¹⁴ beschrieb bereits 1979 die Notwendigkeit, die beiden Elternteile müssten einander vertrauen können, dass der jeweils andere zu einem Kompromiss bzw zumindest dazu bereit ist, sich die Position des Gegenübers anzuhören.

9 Der 16. Deutsche Familiengerichtstag (2005) formulierte Voraussetzungen und Bedingungen für ein kindeswohlförderliches Wechselmodell:

- Hinreichende erzieherische und betreuerische Kompetenzen und hinreichende Eltern-Kind-Beziehungen müssen bei Festlegung eines Wechselmodells vorhanden sein.
- Die Bereitschaft aller Beteiligten (Eltern und Kinder), ein Wechselmodell zu praktizieren, und die Bereitschaft der Eltern, miteinander zu kooperieren und zu kommunizieren, müsse bis zur Einrichtung des Wechselmodells ausreichend entwickelt sein.
- Die Regelung muss dem kindlichen Entwicklungsstand und den individuellen Bedürfnissen des Kindes angepasst sein.
- Räumliche Nähe der Elternwohnungen soll idR zur Aufrechterhaltung der Kontinuität sozialer Beziehungen vorhanden sein.
- Das Konfliktniveau der Eltern darf nicht so hoch sein, dass das Kind beeinträchtigt wird.
- Unterschiede im Betreuungs- und Erziehungsverhalten dürfen nicht mit einer Entwertung der Erziehung durch den anderen Elternteil verbunden sein. Derartige Unterschiede dürfen das Kind nicht überfordern.
- Die Eltern müssen sich auf sinnvolle Betreuungsperioden verständigen, die sowohl die Eingewöhnung des Kindes anlässlich des Wechsels als auch die Beziehungskontinuität zu beiden Eltern berücksichtigen. Besonders zu beachten sind die altersentsprechenden Bedürfnisse und der Lebensrhythmus des Kindes.
- Die Eltern müssen bereit sein, ihr Modell entsprechend der Entwicklung des Kindes und der äußeren Umstände in Frage zu stellen und zu verändern. Dies gilt insb für die Frequenz des Wechsels, die unter Einbeziehung der Bedürfnisse des Kindes auszuhandeln ist.
- Der finanzielle Mehraufwand muss den Eltern deutlich sein und von ihnen geregelt werden.

10 Nach dem 20. Deutschen Familiengerichtstag (2013) vertrat dessen Vorstand in Zusammenfassung zentraler Arbeitsergebnisse des Familiengerichtstags die Ansicht, dass aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in die verfassungsrechtlich geschützte Elternautonomie **schwerwiegende rechtliche Bedenken bei einem gerichtlich ohne Konsens der Eltern angeordneten Wechselmodell bestehen. Eine Rechtsgrundlage dafür**

¹³ Vgl 1 Ob 46/16w („besondere Kooperationsbasis zwischen den Eltern“); *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 178; *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010/167; *Seyfarth*, Das Wechselmodell als Nachtrennungsoption 28; s auch Rz 31, 39.

¹⁴ Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody. In: *American Journal of Orthopsychiatry* 49 (2), 320-329.

finde sich weder in § 1687 dBGB noch in § 1684 dBGB. Hingegen könne ein Elternkonsens gerichtlich akzeptiert und verstärkt werden. Allerdings bestehe noch erheblicher Klärungsbedarf für etwaige rechtliche Regelungen ohne Elternkonsens oder bei Hochstrittigkeit, zumal belastbare psychosoziale Untersuchungen zum Kindeswohl bei nicht konsentiertem Wechselmodell für Deutschland fehlen würden. Ausländische Studien könnten angesichts der unterschiedlichen gesellschaftlichen Strukturen nicht ohne weiteres übernommen werden.

- 11 Die Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags e.V.** legte 2014 eine Stellungnahme zum Stellenwert und zu den Funktionsbedingungen für ein kindgerechtes Wechselmodell sowie zu rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten nach deutschem Recht vor und gelangte zum Ergebnis, dass eine **abschließende Befürwortung oder Ablehnung dieser Betreuungsform nicht möglich** sei. Konsens bestehe lediglich dahin, dass das Wechselmodell unter drei Voraussetzungen nicht zu beanstanden sei: wenn sich die Eltern darauf einigen und wenn sie in der Lage sind, ihren Paarkonflikt zugunsten der beim Wechselmodell gesteigerten Kooperationsnotwendigkeit hintanzustellen, sowie wenn das Kind dem turnusmäßigen Aufenthalts- und Betreuungswechsel positiv gegenüberstehe. Bei Kleinkindern sei ein paritätisches Wechselmodell im Hinblick auf ihre Bindungs- und Betreuungsbedürfnisse praktisch kaum (kindgerecht) durchführbar. Als Mehrheits- oder gar allgemeines Leitmodell für die Kindersorge bei getrennt lebenden Eltern komme das Wechselmodell nicht in Frage.

Für den Gesetzgeber bestehe erheblicher Reformbedarf hinsichtlich einer inhaltlichen und instrumentalen Ausgestaltung der **Regelungsmöglichkeiten für Eltern**; die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die **gerichtliche Anordnung eines Wechselmodells ohne entsprechenden Elternkonsens** lehnte die Kinderrechtekommission ab. Kindeswohlgerecht könne eine solche Anordnung ausnahmsweise, aber auch nur dann sein, wenn das Wechselmodell bereits einvernehmlich praktiziert worden sei, aber nunmehr von einem Elternteil abgelehnt werde, das Kind jedoch die Fortsetzung des Wechselmodells ausdrücklich wünsche. Rechtlich genüge allerdings die Abweisung des elterlichen Änderungsantrags durch das Gericht ohne Reformbedarf für den Gesetzgeber.

II. Die verpflichtende Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes

A. Die Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013

- 12** Schon nach § 177 Abs 1 Satz 1 ABGB idF KindRÄG 2001 ließ die Auflösung der Ehe die Obsorge beider Eltern grundsätzlich unberührt. Die Eltern mussten aber gem **§ 177 Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2001** als (einzige) Voraussetzung der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung ihrer Ehe dem Gericht eine Vereinbarung darüber vorlegen, „bei welchem

Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll“. Das Gericht hatte diese Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entsprach.

- 13 In den **Gesetzesmaterialien**¹⁵ berief sich der Gesetzgeber auf „Erkenntnisse der modernen Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychologie“, wonach „Kindern in den ohnehin schwierigen Zeiten der Trennung ihrer Eltern Geborgenheit, Sicherheit und Kontinuität so weit als möglich gewährleistet werden“ müsse. „Die Wissenschaft“ – namentlich wurde *Friedrich*, Gemeinsame Obsorge – Chance oder Scheinlösung? (Schriftenreihe des BMJ, Nr 78 Seite 63 ff), angeführt – betone „immer wieder die **Bedeutung des Heimes erster Ordnung**“. Das Gesetz fordere in Berücksichtigung dieser Erkenntnisse zwingend eine Vereinbarung der Eltern über den hauptsächlichlichen Aufenthalt des Kindes. Dieser Elternteil, bei dem sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll, müsse nach § 177 Abs 2 Satz 2 ABGB (aF) stets mit der gesamten Obsorge betraut sein.

Die Vereinbarung des hauptsächlichlichen Aufenthalts des Kindes bei einem Elternteil habe auch **Auswirkungen auf die Frage, wer Geldunterhalt zu leisten habe**. Der den Haushalt des hauptsächlichlichen Aufenthalts führende Elternteil erfülle seine Unterhaltungspflicht durch die Betreuung des Kindes iSd § 140 Abs 2 ABGB in der damals geltenden Fassung.

- 14 § 177 ABGB idF KindRÄG 2001 ging somit vom sog. **Eingliederungsmodell (Residenzmodell)** aus. Nach den Materialien sei es dem Wohl des Kindes nicht zuträglich, wenn sich das soziale Umfeld sowie auch die Hauptbezugsperson ständig änderten, „etwa wenn sich das Kind jede Woche abwechselnd einmal bei diesem, einmal bei jenem Elternteil aufhalten soll“. Kontinuität, vor allem in erzieherischer Hinsicht, sei wichtig und könne – auch wenn die Wohnsitze der Eltern nach ihrer Trennung nicht allzu weit voneinander entfernt sind - nur durch ein „Heim erster Ordnung“ gewährleistet werden, weshalb die Eltern den hauptsächlichlichen Aufenthalt des Kindes festlegen müssten.

Eine Regelung, wonach sich die Kinder nach der Scheidung bei beiden Eltern jeweils zur Hälfte der Zeit aufhalten sollen, entsprach damit eindeutig nicht den Intentionen des KindRÄG 2001.¹⁶

B. Pflicht zur Festlegung der hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes nach der Gesetzeslage seit dem KindNamRÄG 2013

Obsorge der Eltern

§ 177 ABGB. (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.

¹⁵ 296 BlgNR 21. GP 65 f.

¹⁶ LGZ Wien 45 R 453/03f EFSIlg 104.375. Zur damals geltenden Rechtslage vgl *Beck*, Kindschaftsrecht (2009) Rz 286, 288.

(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,¹⁷ sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist. (...)

(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 2,¹⁸ mit der gesamten Obsorge betraut sein. (...)

Obsorge bei Auflösung der Ehe und der häuslichen Gemeinschaft

§ 179 ABGB. (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 ABGB. (2) (...) Wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, hat es festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

- 15 **§ 177 Abs 4 ABGB** idF KindNamRÄG 2013 ist gegenüber der Vorgängerbestimmung des § 177 Abs 2 ABGB idF KindRÄG 2001 **unverändert**.

Der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, muss, vorbehaltlich des § 158 Abs 2 ABGB, mit der gesamten Obsorge betraut sein. Von diesem Grundsatz können die Eltern abgehen, wenn ein Fall des § 158 Abs 2 ABGB vorliegt. Wenn ein Elternteil zwar nicht das Vermögen des Kindes verwalten kann und darf, im Übrigen aber eine dem Wohl des Kindes entsprechende Wahrnehmung der Obsorge sicherstellen kann, soll er auch die hauptsächliche Betreuung in seinem Haushalt übernehmen können.

- 16 **§ 179 ABGB** regelt mögliche und notwendige **Vereinbarungen mitobsorgeberechtigter Eltern** für den Fall der Eheauflösung oder der (nicht bloß vorübergehenden) Auflösung der häuslichen Gemeinschaft. Nach dieser Bestimmung bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht, wenn deren Ehe (durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitsklärung) aufgelöst

¹⁷ Wenn die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft leben, müssen sie in der Erklärung an das Standesamt festlegen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen wird. Nach den ErläutRV ist die Erklärung der Eltern andernfalls unwirksam.

¹⁸ § 158 Abs 2 ABGB: Solange ein Elternteil nicht voll geschäftsfähig ist, hat er nicht das Recht und die Pflicht, das Vermögen des Kindes zu verwalten und das Kind zu vertreten.

wird. Gleiches gilt für den Fall, dass zwar (noch) nicht die Ehe, sondern die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgehoben wird. Die sog. gemeinsame Obsorge – die eine Alleinobsorge beider Eltern ist – stellt demnach jenes Modell dar, dessen Umsetzung sich der Gesetzgeber für die Zeit nach der Eheauflösung bzw Trennung wünscht.

In jedem Fall der beiderseitigen Obsorge müssen die Eltern gem § 179 Abs 2 ABGB vor Gericht vereinbaren, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Bis zum sog. Doppelresidenz-Erkenntnis des VfGH war klar, dass diese „Hauptsächlichkeit“ nur ein **zeitliches Überwiegen des Aufenthalts entweder bei der Mutter oder beim Vater** bedeuten konnte.¹⁹ Der Gesetzgeber des KindRÄG 2001 war nicht von der Vorstellung ausgegangen, dass sich geschiedene oder getrennt lebende Eltern im gleichen Ausmaß um das Kind kümmern sollen, sondern verfolgte das Konzept, dass das Kind (iS des Eingliederungsmodells) überwiegend von einem Elternteil betreut wird und dieser seine Hauptbezugsperson ist; der andere Elternteil soll seine obsorgerechtliche Stellung trotz Trennung oder Ehescheidung behalten und Verantwortung für das Kind wahrnehmen.

- 17** Mit dem KindNamRÄG 2013 hielt der Gesetzgeber an der verpflichtenden Festlegung eines Haushaltes, in dem das Kind nach der Trennung der Eltern hauptsächlich betreut wird, und somit am Residenzmodell als Leitbild fest, sodass das **Doppelresidenzmodell** mit abwechselnden und gleich bemessenen Betreuungsphasen beider Eltern nach wie vor **mit der gesetzlichen Voraussetzung der Festlegung einer hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes im Widerspruch** steht.

Ohne Konsens der obsorgeberechtigten Eltern über die hauptsächlichliche Betreuung des Kindes nach Trennung oder Ehescheidung ist ein Verfahren nach § 180 ABGB einzuleiten. Im Fall einer Anordnung der Obsorge beider Eltern hat das Gericht nach geltender Gesetzeslage gleichzeitig den künftigen Lebensmittelpunkt des Kindes zu bestimmen.

- 18** § 179 Abs 1 ABGB entspricht weitestgehend dem bisherigen § 177 Abs 1 ABGB idF KindRÄG 2001. Nach den Gesetzesmaterialien²⁰ sind die **Änderungen „vorwiegend redaktioneller Natur“**.

Aus den ErläutRV: „Wie nach geltendem Recht soll die Obsorge beider Eltern auch nach Auflösung der Ehe bzw der häuslichen Gemeinschaft fortbestehen. (...) Wenn die Obsorge beider Eltern weiter bestehen bleibt, müssen sie nach **§ 179 Abs 2 ABGB**²¹ – wie nach [bisher] geltendem Recht (vgl § 177 Abs 2 ABGB [idF KindRÄG 2001]) – eine **Regelung über die Haushaltszugehörigkeit ihrer Kinder** treffen. Dabei soll aber nicht mehr vom „hauptsächlichlichen 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 gerecht werden als der bisherige Wortlaut des Gesetzes. **An die Vereinbarung sind aber dieselben Rechtsfolgen geknüpft wie bisher bei der Vereinbarung eines hauptsächlichlichen Aufenthalts.**²² Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut

¹⁹ Vgl Rz 46.

²⁰ 2004 BlgNR 24. GP 26.

²¹ Zur Frage, ob § 179 Abs 2 ABGB gegen Art 8 EMRK verstößt, vgl *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96.

²² Ebenso 1 Ob 94/14a EF-Z 2015/9 (*Beck*).

wird, erfüllt also bspw seine Unterhaltsverpflichtung gem § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB durch die Betreuungsleistungen an das Kind, während der andere Elternteil geldunterhaltspflichtig wird.“

- 19 Auch nach *Kathrein*²³ schließt die gesetzliche Verpflichtung der Eltern, eine Vereinbarung über die „hauptsächliche Betreuung“ zu treffen, aus, dass sie diese Aufgaben und Pflichten gleichteilig übernehmen. Der Gesetzgeber habe das sog. Wechselmodell mit einem „hälftigen“ Aufenthalt des Kindes bei Mutter und Vater trotz entsprechender Forderungen während der Vorbereitung des Gesetzesentwurfs nicht ausdrücklich geregelt. Die Eltern müssten daher weiterhin vereinbaren, dass ein Teil „**primäre Bezugsperson**“ für das Kind sein solle, dies im Interesse der Kontinuität von Pflege und Erziehung des Kindes und im Bemühen, das Kind vor übermäßigen Belastungen aus einer solchen Regelung zu schützen.

Kategorisch ausgeschlossen sei eine annähernd gleichteilige Ausübung der Obsorge nach Auflösung der Ehe oder Trennung der häuslichen Gemeinschaft aber nicht. Dabei sei an die durchaus praktischen Fälle zu denken, in denen das Kind durch die gleichteilige Betreuung nicht in seinem Lebensmittelpunkt zerrissen werde (weil die Haushalte der Eltern so liegen, dass sich an der „örtlichen Verankerung“ des Kindes, insb den Schul- und Alltagswegen, nicht allzu viel ändere), **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 seien, dass keine Auswirkungen auf die finanzielle Sicherung des Kindes zu befürchten seien, und sie trotz der Trennung immer noch ausreichend miteinander kommunizieren können.²⁴ In derartigen Fällen könne die strikte Verpflichtung zur Klärung der Verhältnisse nach der Auflösung der Ehe das Gegenteil dessen bewirken, was das Gesetz mit der Festlegung der „primären Bezugsperson“ erreichen wolle, nämlich eine **Gefährdung des Kindeswohls**. Hier sei es zulässig, dass die hauptsächliche Betreuung des Kindes in einem Haushalt von den Eltern als bloß nominelle Verpflichtung gehandhabt werde, insb auch, was den Bezug staatlicher Transferleistungen angehe. Das **Wechsel- oder Doppelresidenzmodell** könne aber **nicht den Anspruch** erheben, als **Leitbild des künftigen Umgangs zwischen Eltern und Kind zu dienen**. Derartige Forderungen seien nicht Gesetz geworden.

- 20 Die Eltern haben bei Vereinbarungen über die Obsorge sowie die Betreuung des Kindes (wie auch bei Regelungen über die persönlichen Kontakte) nach § 190 Abs 1 ABGB das **Wohl des Kindes bestmöglich zu wahren**. Gem § 190 Abs 2 ABGB bedürfen sowohl die Bestimmung der Obsorge vor dem Standesamt (§ 177 Abs 2 ABGB) als auch vor Gericht geschlossene Vereinbarungen über Obsorge, Betreuung und Kontaktrecht zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner gerichtlichen Genehmigung.

Das Gericht hat die Bestimmung der Obsorge und **Vereinbarungen der Eltern aber für unwirksam zu erklären** und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, **wenn sonst das Kindeswohl gefährdet wäre**.

²³ Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23.

²⁴ Allerdings sind Ausnahmen von der Verpflichtung zur Festlegung eines Haushalts, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird, im Gesetz nicht vorgesehen und in den Gesetzesmaterialien nicht erwähnt.

- 21 Wenn die Eltern nach Auflösung ihrer Ehe oder ihrer häuslichen Gemeinschaft nicht binnen angemessener Frist eine Einigung iSd § 179 ABGB erzielen, muss das Gericht gem **§ 180 Abs 2 ABGB** über die Obsorge entscheiden. Gleiches gilt für Konstellationen, in denen ein Elternteil seine Betrauung mit der Alleinobsorge oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragt. Das Gericht kann nach Maßgabe des Kindeswohls die Obsorge einem der beiden Elternteile zuweisen, aber auch eine Obsorge beider Elternteile anordnen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Im zweitgenannten Fall hat das Gericht überdies festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

C. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gesetzeslage nach dem KindNamRÄG 2013

Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern

Art 1 BVG Kinderrechte. Jedes Kind hat 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 vorrangige Erwägung sein.

Kindeswohl

§ 138 ABGB. In allen das minderjährige Kind betreffenden Angelegenheiten, insbesondere der Obsorge und der persönlichen Kontakte, ist das Wohl des Kindes (Kindeswohl) als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen und bestmöglich zu gewährleisten. Wichtige Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohls sind insbesondere

1. eine angemessene Versorgung, insbesondere mit Nahrung, medizinischer und sanitärer Betreuung und Wohnraum, sowie eine sorgfältige Erziehung des Kindes;
2. die Fürsorge, Geborgenheit und der Schutz der körperlichen und seelischen Integrität des Kindes;
3. die Wertschätzung und Akzeptanz des Kindes durch die Eltern;
4. die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes;
5. die Berücksichtigung der Meinung des Kindes in Abhängigkeit von dessen Verständnis und der Fähigkeit zur Meinungsbildung;
6. die Vermeidung der Beeinträchtigung, die das Kind durch die Um- und Durchsetzung einer Maßnahme gegen seinen Willen erleiden könnte;
7. die Vermeidung der Gefahr für das Kind, Übergriffe oder Gewalt selbst zu erleiden oder an wichtigen Bezugspersonen mitzerleben;
8. die Vermeidung der Gefahr für das Kind, rechtswidrig verbracht oder zurückgehalten zu werden oder sonst zu Schaden zu kommen;
9. verlässliche Kontakte des Kindes zu beiden Elternteilen und wichtigen Bezugspersonen sowie sichere Bindungen des Kindes zu diesen Personen;
10. die Vermeidung von Loyalitätskonflikten und Schuldgefühlen des Kindes;

11. die Wahrung der Rechte, Ansprüche und Interessen des Kindes sowie

12. die Lebensverhältnisse des Kindes, seiner Eltern und seiner sonstigen Umgebung.

- 22 Mit dem **BVG über die Rechte von Kindern** (BGBl I 2011/4) wurden zentrale Prinzipien der UN-Kinderrechtskonvention auf verfassungsrechtlicher Ebene verankert, dadurch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechtsansprüche von Kindern geschaffen und die Kinderrechte zu verbindlichen Vorgaben für Gesetzgebung und Vollziehung erhoben. Art 1 des BVG Kinderrechte normiert das sog. **Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip**: Das Kindeswohl muss vorrangige Erwägung bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen sein. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe bindet auch den Gesetzgeber, wenn er die rechtlichen Grundlagen für solche Maßnahmen normiert.²⁵ Zum Zweck der konkreten Umsetzung des Kindeswohlvorrangigkeitsprinzips im legislativen Bereich müssen kinderrechtsspezifische Qualitätsstandards und (mit § 138 ABGB beispielhaft konkretisierte) Kindeswohlkriterien maßgeblich beachtet werden.
- 23 Nach stRsp haben Gerichtsentscheidungen über Obsorge, Betreuung und persönliche Kontakte ausschließlich **nach Maßgabe des Kindeswohls** zu erfolgen; dieses geht dem Elternrecht vor.²⁶ Das Ausschlag gebende Entscheidungskriterium auch für Betreuungsformen ist daher das **konkrete Kindeswohl**.²⁷
- 24 Eine wirksame Umsetzung der nunmehr verfassungsgesetzlich geschützten Rechte von Kindern verlangt überdies eine **Prüfung geltender Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem BVG Kinderrechte**. Eine gesetzliche Regelung, die Rechtsansprüche iSd Art 7 BVG Kinderrechte in nicht mehr verhältnismäßigem Ausmaß oder ohne rechtfertigende Interessenlage beeinträchtigt, ist verfassungsrechtlich bedenklich. Setzt ein Gesetz die generalisierende Wertung, ein gleichmäßig verteilter Aufenthalt des Kindes bei beiden Eltern sei so nachteilig für alle Kinder, dass der Gesetzgeber eine solche Betreuungsform nicht gestatten könne, an die Stelle einer gebotenen Abklärung der Interessen konkret betroffener Kinder, ist dies daher höchst problematisch.²⁸

Der **gesetzliche Ausschluss der gleichzeitigen Betreuung eines Kindes durch beide Eltern nach ihrer Trennung** kann zu **Verfahrensergebnissen** führen, die mit dem **konkreten Kindeswohl unvereinbar** sind, dies etwa dann, wenn eine Familie nach Eheauflösung oder Beendigung des Zusammenlebens der Eltern bereits längere Zeit ein Doppelresidenzmodell praktiziert hat, nach den konkreten Umständen eine gleichwertige Obsorgeausübung durch beide Eltern dem Wohl des konkret betroffenen Kindes am besten dient und die Eltern ausreichend²⁹ miteinander kommunizieren können. Die strikte Verpflichtung zur Festlegung eines hauptsächlich betreuenden Elternteils schließt in einer solchen Konstellation die Vereinbarung oder Anordnung der dem Kindesinteresse

²⁵ VfGH 11. 12. 2014, G 18/2014; Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? Verfassungsrecht, Doppelresidenz und ein Plädoyer für eine Gesetzesreform, iFamZ 2015, 17.

²⁶ Vgl 3 Ob 141/15d.

²⁷ Für eine Einzelfallprüfung des Kindeswohls auch im vorliegenden Zusammenhang vgl Beck, iFamZ 2015, 17.

²⁸ Beck, iFamZ 2015, 17. Vgl dazu EGMR 3. 2. 2011, Bsw 35637/03, Sporer/Österreich; EGMR 3. 12. 2009, Bsw 22028/04, Zaunegger/Deutschland; VfGH 28. 6. 2012, G 114/11.

²⁹ Maßgebend ist die Bereitschaft zum Informationsaustausch, nicht die Art der Nachrichtenübermittlung (vgl auch 10 Ob 22/16g).

am meisten entsprechenden Betreuungsregelung aus. Durch diesen Ausschluss der Einzelfallprüfung des Kindeswohls verletzt die geltende Gesetzeslage Art 1 BVG Kinderrechte, der die Wahrung und Förderung des Kindeswohls als verfassungsrechtlichen Maßstab für das einfache Gesetz verlangt.³⁰

- 25 Gesetzliche Bestimmungen, welche die Obsorgeausübung und die Erhaltung regelmäßiger persönlicher Beziehungen und Kontakte zwischen Eltern und Kindern regeln, stehen unter der Voraussetzung, dass sie dem Kindeswohl bestmöglich entsprechen müssen. Die rechtliche Prüfung muss aus der Perspektive der Kinder erfolgen, nicht im Rahmen einer elternfokussierten Betrachtung der Frage, wie Kinder zwischen Eltern „aufgeteilt“ werden sollen.³¹
- 26 Im Zusammenhang mit der Altersvoraussetzung der Adoption stellte der OGH in 4 Ob 214/13v mit Beschluss vom 20.1.2014 an den VfGH den Antrag auf Aufhebung der Wortfolge „mindestens 16 Jahre“ in § 193 Abs 2 ABGB idF des KindNamRÄG 2013 als verfassungswidrig. Die starre Regelung des § 193 Abs 2 ABGB nF könne zu Ergebnissen führen, die **mit dem konkreten Kindeswohl unvereinbar** seien. Starre Mindestaltersabstände bei der Adoption würden – ebenso wie (im Anlassfall allerdings nicht relevante) starre Altersgrenzen – gegen Art 1 BVG Kinderrechte verstoßen und seien auch mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art 8 EMRK und dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK unvereinbar.

Der VfGH hob mit Beschluss vom 11. 12. 2014, G 18/2014,³² in § 193 Abs 2 ABGB idF KindNamRÄG 2013 die Wortfolge „mindestens 16 Jahre“ als verfassungswidrig auf. **Art 1 BVG Kinderrechte** normiere nicht nur einen Bereich grundrechtlichen Schutzes, in den unter den Voraussetzungen des Art 7 dieses BVG eingegriffen werden dürfe, sondern auch einen **Auftrag an die Gesetzgebung und die Vollziehung, das Kindeswohl vorrangig zu wahren**. Eine gesetzliche Regelung, die zu Maßnahmen ermächtigt, welche das Kindeswohl beeinträchtigen können, müsse zur Erreichung der in Art 7 des BVG Kinderrechte genannten Ziele notwendig sein, somit einem dieser Ziele dienen und verhältnismäßig sein. § 193 Abs 2 ABGB, der, **ohne das konkrete Kindeswohl zu berücksichtigen**, allein auf das Erfordernis des Mindestaltersabstands von 16 Jahren abziele, ohne die Möglichkeit einer Unterschreitung in bestimmten Fällen vorzusehen, verstoße gegen Art 1 BVG Kinderrechte.

- 27 Der Stufenordnung der Interpretationsmethoden sieht folgende Reihung vor:³³
- **Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung**
 - Ausdehnung der Betrachtung auf die damit in Zusammenhang stehenden Bestimmungen und Anwendung der systematischen Interpretation
 - **Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers im Wege der heranzuziehenden Materialien** (historische Interpretation)

³⁰ Beck, iFamZ 2015, 17.

³¹ Vgl dazu auch Seiffert, Paritätische Doppelresidenz (2015) 46.

³² EF-Z 2015/63 (Beck). Die Aufhebung trat mit 31.12.2015 in Kraft.

³³ Vgl Koza, Unbestimmt – Überlegungen zu unbestimmten Gesetzesbegriffen am Beispiel des Familienrechts, juridikum 2015, 359.

- Trifft der historische Gesetzgeber keine Aussage über den Bedeutungsinhalt der Norm, ist zu fragen, welchen Zweck die Regelung verfolgt und ob der vorliegende Sachverhalt folgerichtig davon erfasst sein soll oder nicht (teleologische Interpretation).

Die nächste Stufe kommt jeweils nur zur Anwendung, wenn der bisherige Interpretationsprozess im konkreten Fall zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Die zulässige Reichweite einer **verfassungskonformen Auslegung** ist in zweifacher Hinsicht **begrenzt**: einerseits durch den **Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift** und andererseits durch den objektivierten **Willen des Gesetzgebers**. Der eindeutige Wortlaut der Norm bildet dabei die äußerste Grenze ihrer Interpretation.³⁴

D. Die Rechtsprechung seit dem KindNamRÄG 2013

- 28** Seit dem KindNamRÄG 2013 kann die Betrauung beider Elternteile mit der Obsorge, aber auch die Belassung einer solchen Obsorgeregelung auch gegen den Willen eines Elternteils oder beider Elternteile angeordnet werden. Maßgeblich ist das dem Willen der Eltern übergeordnete Kindesinteresse.³⁵ Dabei soll aber – im Gegensatz zur Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 – die **Obsorge beider Elternteile (eher) der Regelfall** sein.³⁶ Der Zugang beider Eltern zur Obsorge soll demnach nicht durch einen Elternteil nur aus eigenen Interessen verhindert werden können.³⁷ Diese Rechtslage zielt auf die Förderung der gemeinsamen Obsorge der Eltern ab, wenn dies dem Kindeswohl dient.³⁸

Kommt eine Belassung der Obsorge beider Eltern weiterhin in Betracht, ist die **Frage, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll**, entscheidungsrelevant. Auch die Bestimmung dieses Elternteils hat sich grundsätzlich am Kindeswohl – nach den beispielhaft in § 138 ABGB aufgestellten Kriterien – zu orientieren.³⁹

- 29** In 1 Ob 94/14a⁴⁰ billigte der OGH eine **60:40-Regelung** als gesetzeskonform. Die vom Erstgericht auf den - auf das KindRÄG 2001 zurückgehenden - Begriff des „hauptsächlich Aufenthalts“ gestützte und vom Rekursgericht bestätigte Anordnung sei entsprechend der nunmehr geltenden Gesetzesterminologie als hauptsächlichliche Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils zu verstehen; „die Entscheidungen der Vorinstanzen entsprechen damit noch dem Modell eines ‚Heimes erster Ordnung‘“.

³⁴ Vgl dazu Beck, iFamZ 2015, 264.

³⁵ 6 Ob 41/13t; 1 Ob 156/14v; 1 Ob 250/14t uva.

³⁶ RIS-Justiz RS0128811.

³⁷ 8 Ob 7/15k; 10 Ob 22/16g.

³⁸ 7 Ob 53/13i EF-Z 2014/7 (Beck); 1 Ob 156/14v. Vgl dazu Rz 8.

³⁹ RIS-Justiz RS0128811.

⁴⁰ EF-Z 2015/9 (Beck). Zum Begriff der „hauptsächlichlichen“ Betreuung im Haushalt eines Elternteils und zur (Un-)Zulässigkeit einzelner Betreuungsmodelle (4:3-Vereinbarung, 60:40-Vereinbarung, Doppelresidenz, Nestmodell) vgl Beck, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 497 ff.

30 Nach weit überwiegender Rsp bestand auch nach dem KindNamRÄG 2013 für eine sog. Doppelresidenz des Kindes keine gesetzliche Grundlage.⁴¹

Dennoch gelangte das **LGZ Wien** mit Beschluss vom 3. 9. 2014, **42 R 321/14p**,⁴² - im Hinblick auf eine seit Jahren annähernd gleichzeitige Betreuung eines Kindes und unter Berufung auf *Kathrein*⁴³ - im Fall einer vorläufigen Regelung nach § 107 Abs 2 AußStrG zur ausnahmsweisen Zulässigkeit eines paritätischen Wechselmodells, trug dem Erstgericht für das weiterzuführende Hauptverfahren die Klärung der Lebens- und Vermögensverhältnisse der Eltern, ihrer Kommunikation miteinander⁴⁴ und der finanziellen Sicherung des Kindes auf und erklärte den ordentlichen Revisionsrekurs gegen diese Entscheidung für zulässig; das Rechtsmittel an den OGH wurde aber nicht erhoben.

Wenn der Vater behauptete, dass die Doppelresidenz des Kindes nach modernsten kinderpsychologischen Erkenntnissen „jedenfalls nur Vorteile für die Entwicklung eines Kindes“ bringe, könne dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Vielmehr ergäben sich nach den bisherigen Studienergebnissen deutliche Anhaltspunkte dafür, dass dies nur dann der Fall ist, **wenn gewisse Rahmenbedingungen gegeben seien**. Neben den sonst bekannten Kriterien der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile und der grundsätzlich positiven Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen bestehe dabei vor allem die Notwendigkeit, dass jeder Elternteil den jeweils anderen grundsätzlich positiv darzustellen vermöge und grundsätzlich bereit sei, mit diesem zu kooperieren. Ein **hohes Konfliktniveau zwischen den Eltern** spreche daher gegen eine Doppelresidenz des Kindes. Allerdings entspreche der generelle Ausschluss der Doppelresidenz im österreichischen Recht in dieser Absolutheit auch nicht (mehr) dem letzten wissenschaftlichen Stand der Kinderpsychologie.

Dem Erstgericht sei **unter Bedachtnahme auf die Umstände dieses Falles** grundsätzlich beizupflichten, dass eine gemeinsame Obsorge der Eltern **aufgrund des tatsächlich gelebten Zustands**, der – dem insofern übereinstimmenden Vorbringen der Eltern folgend – auch die Bedürfnisse und Wünsche der Minderjährigen berücksichtige, zulässig sei. Ein gänzlicher Ausschluss dieser Möglichkeit könne im vorliegenden Fall nämlich dazu führen, dass die Eltern über den schon bestehenden Konflikt hinaus noch mehr streiten würden, und zwar auch darüber, von welchem Elternteil das Kind künftig hauptsächlich betreut werden solle. Eine solche Entwicklung könnte zur Gefährdung des Kindeswohls, zumindest aber zu einer **Beeinträchtigung der Interessen des Kindes** führen. Die Entscheidung des Erstgerichts scheine daher geeignet, das Wohl des Kindes zu fördern, was nach nunmehriger Gesetzeslage für eine **Maßnahme im Sinn des § 107 Abs 2 AußStrG** ausreiche.

⁴¹ LG Innsbruck 53 R 11/14b EFSlg 141.225; vgl auch *Barth*, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht – Entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage? iFamZ 2009, 181; *Beck*, Kinder brauchen beide Eltern – Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010/151; *dies*, 2015, 17.

⁴² IFamZ 2014/217 (*Thoma-Twaroch*) = EFSlg 130.685. Ausführlich dazu *Beck*, iFamZ 2015, 17; vgl auch *Kathrein*, ÖJZ 2013/23.

⁴³ ÖJZ 2013/23 (203).

⁴⁴ Nach der Rechtsmittelentscheidung gehört es zur verantwortungsvollen Ausübung der Elternschaft, „eine entsprechende eltern- und kindgerechte Kommunikation über die Bedürfnisse des Kindes miteinander zu pflegen“.

- 31 Der OGH setzte sich in 8 Ob 20/15x mit „sachlichen Voraussetzungen“ des Wechselmodells auseinander. Zur Frage, ob der Ausspruch über die hauptsächliche Betreuung im Haushalt eines Elternteils auch entfallen könnte, wenn alle Bedingungen für das Gelingen dieses Betreuungsmodells erfüllt wären, musste er nicht Stellung nehmen, weil im zu beurteilenden Fall diese sachlichen Voraussetzungen angesichts der ungelösten Konfliktsituation der Eltern nicht vorlagen.

In 4 Ob 181/15y⁴⁵ ging der OGH auf die Fragen der Verfassungsmäßigkeit der (Un-)Möglichkeit des Doppelresidenzmodells oder des Wechsels der hauptsächlichen Betreuung zwischen den Eltern nicht ein, weil es auf die abstrakte Zulässigkeit eines bestimmten Betreuungsmodells nicht ankomme, wenn dieses ohnehin nicht dem Wohl des Kindes entspreche. Ein Wechselmodell erfordere eine **besondere Kooperationsbasis zwischen den Eltern**,⁴⁶ nach den Verfahrensergebnissen müssten aber die Eltern wiederholt selbst Kleinigkeiten über das Pflschaftsgericht regeln und begegneten einander mit emotional vorgetragenen Vorwürfen, sodass von einer derartigen Kooperationsbasis nicht ausgegangen werden könne.

III. Das „Doppelresidenz-Erkenntnis“ des VfGH

A. Keine Verfassungswidrigkeit von ABGB-Regelungen über die hauptsächliche Betreuung eines Kindes

- 32 In seinem – in der Literatur kritisierten⁴⁷ - Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, gelangte der VfGH zum Ergebnis, dass die ABGB-Regelungen über die hauptsächliche Betreuung eines Kindes in einem Haushalt bei Obsorge beider Eltern nicht verfassungswidrig seien. Das Gesetz - das keine Ausnahmen von der verpflichtenden Festlegung eines sog. Domizilelternteils für sämtliche Fälle einer beiderseitigen Obsorge getrennt lebender Eltern vorsieht - schließe eine Doppelresidenz des Kindes nicht aus, wenn dies aus Sicht des Gerichts „für das Kindeswohl am besten“ sei. Soweit gesetzliche Regelungen im Fall einer Obsorge beider Eltern **die verpflichtende Festlegung eines hauptsächlich betreuenden Elternteils** vorsehen, würden diese bei verfassungskonformer Interpretation nicht gegen die EMRK und das BVG über die Rechte von Kindern verstoßen.

- 33 Aus dem VfGH-Erkenntnis:

⁴⁵ Das Erstgericht sprach aus, dass die Obsorge der Mutter und dem Vater zukommt und der hauptsächliche Aufenthalt des Kindes im Haushalt der Mutter sei. Das Rekursgericht bestätigte die Obsorgeregelung. Der OGH wies den ao Revisionsrekurs des Vaters zurück.

⁴⁶ Ebenso 1 Ob 46/16w; vgl auch 8 Ob 20/15x. Zur hM, dass die Doppelresidenz eine gute Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der getrennt lebenden Eltern voraussetzt, vgl auch Eich und Figdor in Barth-Richtarz, iFamZ 2009, 178; Raunigg/Willmann, EF-Z 2010/167. Nach Figdor müssen die Eltern bereit sein, über die zwei „Residenzen“ hinweg gleichsam „ein Dach zu spannen“ und eine Überschneidung der beiden Lebensbereiche des Kindes dahin zu ermöglichen, dass etwa über den anderen Elternteil und den Alltag dort geredet werden kann.

⁴⁷ Khakzadeh-Leiler, EF-Z 2016/8 (Entscheidungsanmerkung); Beck, iFamZ 2015, 264.

Der Gesetzgeber verfolgt mit den gesetzlichen Regelungen des § 177 Abs 4 Satz 1, § 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.

Der EGMR räumt den Staaten bei Regelungen über die Ausübung der Obsorge einen großen Ermessensspielraum ein und billigt weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten als etwa bei Kontaktregelungen (EGMR 8. 7. 2003, Fall Sahin, Bsw 30943/96). Der VfGH 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 12103/1989, 14301/1995), ein Regelungsbereich, der häufig durch konfliktbeladene Entscheidungssituationen, ein besonderes Schutzbedürfnis beteiligter Minderjähriger und komplexe wissenschaftliche Einschätzungen auf dem Gebiet der (Kinder-)Psychologie geprägt ist.

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 hauptsächlichlichen 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.

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 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 **hauptsächlichliche Betreuung des Kindes in einem Haushalt von den Eltern als bloß „nominelle“ Verpflichtung gehandhabt** werde (vgl Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 [204]).

Vor diesem Hintergrund sieht sich der VfGH 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 Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen**. Die Bestimmung, die ihrem Wortlaut nach eine Festlegung einer „hauptsächlichlichen Betreuung“ anordnet, lässt eine Auslegung zu, der zufolge die Festlegung für diese Fälle insb als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dient, wie etwa für die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes im Sinn von 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.

34 Zusammengefasst geht der VfGH davon aus,

- dass das Doppelresidenzmodell **nicht** den Anspruch erheben kann, als **Leitbild der Kontakte zwischen einem Kind und den Eltern** zu dienen,⁴⁸
- dass aber unter den definierten Voraussetzungen - schon bisher gleichteilige Übernahme der Aufgaben und Pflichten durch die Eltern, Vorliegen für diese Betreuungsform geeigneter Lebens- und Vermögensverhältnisse sowie ausreichende Kommunikation zwischen den Eltern - eine **gleichteilige Betreuung des Kindes ausnahmsweise zulässig** ist.⁴⁹

B. Rechtsverständnis des VfGH zur verpflichtenden Bestimmung der hauptsächlichen Betreuung

35 Der VfGH will die „hauptsächliche Betreuung“ eines Kindes im Haushalt eines Elternteils in den angefochtenen Bestimmungen nicht wörtlich und nicht als Beschreibung tatsächlicher Betreuungsverhältnisse, sondern im Sinn eines **Anknüpfungspunkts für verschiedene Rechtsfolgen** verstehen.

*Khakzadeh-Leiler*⁵⁰ bezeichnet dieses Verständnis des VfGH als „überraschend“, zumal nicht leicht erkennbar sei, wie es sich interpretativ erzielen lasse. Der VfGH ziehe als Referenz die Rsp des OGH sowie einen Teil der Literatur – den Aufsatz *Kathreins* – heran. Bediene man sich zur Auslegung der herkömmlichen Interpretationsmethoden, stehe außer Zweifel, dass der Gesetzgeber die Festlegung eines Doppelresidenzmodells ausschließen wollte; dies würden bereits **Wortlaut und Systematik der Normen** nahelegen. Endgültige Gewissheit gäben die **Materialien** zum KindRÄG 2001, dessen § 177 Abs 2 ABGB weitestgehend dem geltenden § 179 Abs 2 ABGB entspreche: „Der Entwurf geht (...) vom sog. Eingliederungsmodell (im Gegensatz zum „Wandelmodell“) aus. (...) Kontinuität kann nur durch das ‚Heim erster Ordnung‘ gewährleistet werden“. Führten – wie hier – die Interpretationsmethoden zweifelsfrei zu einer Normhypothese, bleibe kein Raum für die – als Zweifelsregel konzipierte – verfassungskonforme Interpretation; die **Norm sei als verfassungswidrig aufzuheben**.

36 Die Bestimmung des Haushalts, in dem das Kind nach der Trennung der Eltern hauptsächlich betreut wird, ist mit erheblichen **Rechtsfolgen** verbunden.

⁴⁸ Ebenso *Kathrein*, ÖJZ 2013/23, 197 (204).

⁴⁹ Zum Fehlen einer Bindung der Familiengerichte an die Entscheidung des VfGH und zum interpretativen Abgehen des VfGH vom Wortlaut der ABGB-Bestimmungen und vom Willen des Gesetzgebers vgl *Beck*, iFamZ 2015, 264 (265); *Brenn*, EvBl-LS 2016/150 (Entscheidungsanmerkung).

⁵⁰ In EF-Z 2016/8 (Entscheidungsanmerkung).

- Der obsorgeberechtigte Elternteil, der das Kind nicht hauptsächlich betreut, ist iSd § 187 ABGB kontaktberechtigter Elternteil und hat sich um eine **Regelung der persönlichen Kontakte** mit dem Kind zu bemühen.
- **Wohnortbestimmungsrecht des sog. Domizilelternteils** gem § 162 Abs 2 ABGB. Nach den ErläutRV gilt dieses auch für eine Verlegung des Wohnorts ins Ausland. Der Justizausschuss stellte allerdings klar, dass der Domizilelternteil den anderen Elternteil von dem bevorstehenden Umzug rechtzeitig zu informieren und sich um dessen Zustimmung zu bemühen hat; sonst erfüllt dieser den Tatbestand des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens des Kindes iSd HKÜ. Die hL und die Rsp des OGH folgen dieser Auffassung.⁵¹
- Der hauptsächlich betreuende Elternteil erfüllt durch diese Betreuung des Kindes seine **Unterhaltspflicht** in Form des Naturalunterhalts, erhält die staatlichen Transferleistungen, insb die Familienbeihilfe sowie im Regelfall Kindesunterhalt, den der getrennt lebende Elternteil - abhängig von seinen Betreuungsleistungen, seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und dem Alter des Kindes - zu leisten hat.⁵²
- Gem § 2 Abs 2 FLAG hat Anspruch auf **Familienbeihilfe** die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, geht nach § 2a Abs 1 FLAG der Anspruch des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Eine Aufteilung der Familienbeihilfe nach Maßgabe des tatsächlichen Aufenthalts des Kindes ist rechtlich nicht möglich.⁵³

C. Gerichtliche Prüfung von Doppelresidenz-Vereinbarungen

- 37** Der VfGH erachtet in seinem Erkenntnis vom 9. 10. 2015 im Anwendungsbereich der §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 ABGB die einvernehmliche Umsetzung des Wechselmodells als zulässig, „**wenn es aus Sicht des Gerichts für das Kindeswohl am besten ist**“, und führt damit – auch hier entgegen dem Gesetzeswortlaut, zusätzlich aber in einem entscheidenden Punkt abweichend von *Kathrein*,⁵⁴ auf den sich der Gerichtshof beruft – für Vereinbarungen über eine Doppelresidenz des Kindes einen **neuen Prüfungsmaßstab** ein. Nach § 190 Abs 2 ABGB hat das Gericht ja eine Vereinbarung der Eltern über die Obsorge, die Betreuung des Kindes sowie die persönlichen Kontakte (nur) dann für unwirksam zu erklären und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, wenn sonst das Kindeswohl gefährdet wäre – nicht bereits dann, wenn eine andere Entscheidung dem Kindeswohl besser dienen würde.

Nach *Kathrein* könne eine Doppelresidenz des Kindes in bestimmten Fällen am ehesten dessen Bedürfnissen und Wünschen entsprechen und der kategorische Ausschluss dieser

⁵¹ Zu Details und Belegstellen vgl Teil 5 der Tagungsunterlage, Rz 5-9.

⁵² Zum betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell und zum allfälligen Entfall einer Geldunterhaltspflicht s Teil 5 der Tagungsunterlage, Rz 16-24.

⁵³ Vgl Teil 5 der Tagungsunterlage, Rz 25-26.

⁵⁴ ÖJZ 2013/23, 197.

Möglichkeit im Gesetz eine Gefährdung des Kindeswohls bewirken. Während *Kathrein* die Zulässigkeit einer gleichteiligen Aufteilung der Obsorge auf Ausnahmefälle beschränken wollte, in denen das Kindeswohl durch eine andere Regelung erheblich beeinträchtigt oder überhaupt konkret gefährdet wäre, soll das Wechselmodell nach Ansicht des VfGH möglich sein, wenn dies „dem Kindeswohl am besten entspricht“. Die Eltern müssen im Prüfungsverfahren dartun, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.⁵⁵

- 38 Das Pflegschaftsgericht hat daher bei Zugrundelegung der Auffassung des VfGH im Fall einer Vereinbarung der Eltern über eine Doppelresidenz des Kindes – deren Wirksamkeit nach Auffassung des VfGH für Ausnahmefälle interpretativ herbeigeführt werden kann – im Rahmen der **gerichtlichen Nachkontrolle** (unter Anwendung der Verfahrensvorschriften der §§ 104 bis 108 AußStrG) Feststellungen über

- **die Bedürfnisse und Wünsche des altersmäßig für ein Wechselmodell geeigneten Kindes,**
- **die bisherige Erfüllung der Betreuungsaufgaben,**
- **die Lebensverhältnisse der Eltern** (einschließlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) sowie
- **die Qualität der Kommunikation und Kooperation zwischen ihnen**

zu treffen und zu entscheiden, ob die einvernehmliche Festlegung einer gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern **nach den konkreten Umständen des Einzelfalls „für das Kindeswohl am besten“** ist oder ein davon abweichendes Betreuungsmodell an ihre Stelle zu treten hat.⁵⁶

IV. Die neuere Rechtsprechung zum Doppelresidenzmodell

A. Entscheidungen 4 Ob 181/15v und 1 Ob 46/16w

- 39 In den Entscheidungen 4 Ob 181/15v und 1 Ob 46/16w musste der OGH zur inhaltlichen Umsetzung des VfGH-Erkenntnisses nicht konkret Stellung nehmen, weil in beiden Fällen die Voraussetzungen für die Anordnung einer Doppelresidenz nicht gegeben waren, zumal diese nicht dem Wohl der von den Entscheidungen betroffenen Kinder entsprach. In beiden Entscheidungen hielt der OGH fest, dass ein Wechselmodell eine **besondere Kooperationsbasis zwischen den Eltern** erfordere.⁵⁷ Die Verfahrensergebnisse in 4 Ob 181/15v ließen erkennen, dass die Eltern wiederholt selbst Kleinigkeiten über das Pflegschaftsgericht regeln müssten und einander mit emotional vorgetragenen Vorwürfen begegneten, weshalb von einer derartigen Kooperationsbasis nicht ausgegangen werden könne. In 1 Ob 46/16w behauptete der Vater, der vorrangig die Festlegung des

⁵⁵ Ebenso *Beck*, iFamZ 2015, 264 (268).

⁵⁶ Ebenso *Beck*, iFamZ 2015, 264 (268).

⁵⁷ So bereits 8 Ob 20/15x.

hauptsächlich Aufenthalts der Kinder in seinem Haushalt, sonst ein Doppelresidenzmodell anstrebte, das Bestehen einer solchen Kooperationsbasis zwischen den Eltern nicht einmal.

B. Entscheidung 10 Ob 53/16s

- 40 In der Entscheidung 10 Ob 53/16s wies der OGH einen außerordentlichen Revisionsrekurs zurück. Die Vorinstanzen hatten beide Eltern mit der Obsorge betraut, ausgesprochen, dass das (im Zeitpunkt der Entscheidung ca 11 Jahre alte) Kind hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut werde, und angeordnet, dass die Betreuung zeitlich gleichteilig durch beide Eltern erfolgen solle, weil dies im konkreten Fall als **bestmögliche Lösung für das Wohl des Kindes** anzusehen sei. Dafür sei vor allem maßgeblich gewesen, dass es dem Kindeswohl am besten entspreche, mit beiden Eltern zeitlich gleichteilige Kontakte am Wochenende und im Alltag zu haben. Die Eltern lebten nicht weit entfernt voneinander, das Kind habe zu beiden Eltern eine gute Beziehung und wünsche, mit beiden Eltern gleich viel Zeit zu verbringen. Beide Eltern könnten dem Kind ein förderliches und beschützendes Umfeld bieten. Das Erstgericht hatte infolge der **Kommunikationsprobleme der Eltern** und der Notwendigkeit, ihre Kommunikation zu verbessern, diese (insofern unangefochten) zur gemeinsamen Erziehungsberatung verpflichtet. Nach den Feststellungen erreichten die Kommunikationsschwierigkeiten zwischen den Eltern kein Niveau, das einer gemeinsamen Obsorge entgegenstehen würde; sie waren auch **kein Ausschlussgrund für die Anordnung der beiderseitigen Obsorge bei zeitlich gleichteiliger Betreuung des Kindes**.

Die Frage der Umsetzung des VfGH-Erkenntnisses wurde in dieser OGH-Entscheidung nicht releviert.

C. Entscheidung 3 Ob 121/16i

- 41 In der Entscheidung 3 Ob 121/16i hielt der OGH fest, dass auch bei Zugrundelegung der Auslegung des VfGH die **Festlegung der hauptsächlichlichen Betreuung des Kindes durch einen Elternteil jedenfalls erforderlich** sei.
- 42 Das Erstgericht hatte festgelegt, dass die Obsorge für das Kind künftig (wieder) von beiden Eltern ausgeübt werde und die hauptsächlichliche Betreuung im Haushalt der Mutter erfolge, und den Antrag des Vaters auf hauptsächlichliche Betreuung in seinem Haushalt abgewiesen. Die seit Jahren durchgeführte gemeinsame Betreuung im Sinn einer Doppelresidenz mit wöchentlichem Wechsel des Kindes von einem Elternteil zum anderen entspreche im vorliegenden Fall dem Kindeswohl. Da die Mutter bisher mit der Alleinobsorge betraut gewesen sei, die Kinderbeihilfe beziehe und der Vater infolge seines deutlich höheren Einkommens regelmäßig Unterhalt leiste, sei es sachgerecht auszusprechen, dass das Kind im Haushalt der Mutter hauptsächlich betreut werde. Für eine jährlich wechselnde Anordnung der hauptsächlichlichen Betreuung einmal bei der Mutter und einmal beim Vater fehle eine gesetzliche Grundlage.

Das Rekursgericht bestätigte die erstgerichtliche Obsorgezuteilung mit der Maßgabe, dass, „soweit gesetzliche Bestimmungen an eine hauptsächliche Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils anknüpfen“, diese der Mutter zukomme. Das Erstgericht habe im Zweifel die Kontinuität der bisherigen „hauptsächlichen Betreuung“ deren Änderung vorgezogen. Der Vater könne nicht aufzeigen, warum eine nominelle Festlegung der hauptsächlichen Betreuung bei der Mutter dem Wohl des Kindes widerspreche und dieses bei einer Festlegung beim Vater besser gewahrt wäre. Eine jährlich abwechselnde Festlegung der „hauptsächlichen Betreuung“ komme aufgrund der Gesetzeslage nicht in Frage. Im Hinblick auf die vom VfGH nunmehr einschränkend ausgelegte Bedeutung des Begriffs „hauptsächliche Betreuung“ im Haushalt eines Elternteils sei es zweckmäßig, dies im Spruch des Beschlusses entsprechend zu verdeutlichen.

- 43 Der OGH gab dem Revisionsrekurs des Vaters gegen die Rekursentscheidung nicht Folge. Gem § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB habe das Gericht festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraue. Dies entspreche der Verpflichtung der Eltern zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung bei Auflösung der Ehe und der hauptsächlichen Gemeinschaft (§ 179 Abs 2 ABGB) sowie der Festlegungsverpflichtung nach § 177 Abs 4 Satz 1 ABGB. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung sowie aus den Materialien zum KindRÄG 2001 leite ein Teil der Lehre ab, dass eine Vereinbarung oder eine Entscheidung über das Heim erster Ordnung in jedem Fall gemeinsamer Obsorge bei getrennten Wohnsitzen der Eltern zwingend nötig und das Festlegen einer Doppelresidenz unzulässig sei. Obwohl sich der Gesetzgeber dieses Problems bewusst gewesen sei und entsprechende Forderungen an ihn herangetragen worden seien, habe er eine Änderung auch anlässlich der Novellierung des Kindschaftsrechts mit dem KindNamRÄG 2013 unterlassen. Mit Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, habe der VfGH den Antrag, § 177 Abs 4 Satz 1, § 179 Abs 2 und § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB als verfassungswidrig aufzuheben, abgewiesen und ausgesprochen, dass § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB (ebenso wie die mitangefochtenen Bestimmungen) eine Auslegung zulasse, derzufolge die Festlegung für diese Fälle insb als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen diene, wie etwa für die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes nach Art 6 Abs 3 B-VG.

Diese **Auslegung des VfGH** in seinem Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, im Sinn der Zulässigkeit der Doppelresidenz, sofern sie dem Kindeswohl am besten entspricht, stehe zwar in einem **Spannungsverhältnis zum erklärten Gesetzeszweck**,⁵⁸ der darauf hinauslaufe, dass für Kinder jedenfalls ein Heim erster Ordnung geschaffen werden soll. Damit werde aber **dem gesetzlichen Leitprinzip des Kindeswohls jedenfalls zum Durchbruch verholfen**. Auch bei Zugrundelegung der vom VfGH vorgenommenen Auslegung⁵⁹ sei aber die **Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes durch**

⁵⁸ Vgl dazu *Brenn*, EvBl-LS 2016/150 (Entscheidungsanmerkung): „Die Auslegung des VfGH, wonach bei beiderseitiger Obsorge auch eine Vereinbarung einer zeitlich gleichzeitigen Betreuung (also einer „Doppelresidenz“) zulässig sei, steht nicht nur ‚im Spannungsverhältnis‘ zum erklärten Gesetzeszweck, der darauf abzielt, dass für Minderjährige ein Heim erster Ordnung geschaffen werden soll, sie überschreitet zudem die äußerste Wortlautschränke“. Der Gesetzgeber habe gerade nicht die Festlegung etwa des melderechtlichen Hauptwohnsitzes vor Augen gehabt.

⁵⁹ Die Familiengerichte sind an die Auslegung des VfGH nicht gebunden; vgl dazu *Beck*, iFamZ 2015, 264; *Brenn*, EvBl-LS 2016/150 (Entscheidungsanmerkung).

einen Elternteil, sei diese auch bloß nomineller Natur zur Schaffung eines Anknüpfungspunkts für verschiedene Rechtsnormen, **jedenfalls erforderlich**.

- 44 Die Frage, welchem Elternteil die hauptsächliche Betreuung zukommen soll, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Gründe dafür, dass eine jährlich (oder sogar wöchentlich) wechselnde hauptsächliche Betreuung nicht in Betracht komme, habe das Rekursgericht zutreffend dargelegt. Es widerspräche auch dem Prinzip der anzustrebenden Kontinuität und Stabilität, wenn kurzfristige Wechsel des Anknüpfungspunkts etwa für den Bezug von Transferleistungen aber auch die Möglichkeit, den Hauptwohnsitz zu bestimmen, festgelegt würden. Die gegen die konkrete Festlegung der „hauptsächlichen Betreuung“ ins Treffen geführten Argumente des Vaters würden nicht überzeugen. Alle Überlegungen zu der von ihm als ungerecht empfundenen Bevorzugung eines Elternteils („Machtgefälle“, Gefahr einer das Kindeswohl gefährdenden Wohnsitzverlegung etc) würden stets für beide möglichen Lösungen des Problems gelten, dass im Interesse der Stabilität und möglichen Anknüpfung für verschiedene Rechtsfolgen im Fall der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ein Elternteil „bevorzugt“ oder „hervorgehoben“ werde.

Die konkrete Umschreibung des Haushalts der hauptsächlichen Betreuung war im Revisionsrekursverfahren nicht strittig.

D. Entscheidung 6 Ob 149/16d

- 45 Der Entscheidung des OGH vom 27. 9. 2016, 6 Ob 149/16d liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Scheidungsverfahren der Eltern ist seit Anfang des Jahres 2014 anhängig. Seit dem Auszug der Mutter aus dem gemeinsamen Haushalt Ende des Jahres 2014 leben die Eltern getrennt. Das acht Jahre alte Kind verbringt seither Montag und Mittwoch nach der Schule bzw dem Hort bis zum folgenden Schul- bzw Hortbeginn beim Vater, Dienstag und Donnerstag nach der Schule bzw dem Hort bis zum nächsten Schul- bzw Hortbeginn bei der Mutter. Die Wochenenden verbringt das Kind abwechselnd bei Mutter und Vater, und zwar jeweils von Freitag ab Schulschluss bzw Hortende bis zum Schul- bzw Hortbeginn am Montag. Nach den Feststellungen kommt das Kind mit diesen Betreuungsverhältnissen gut zurecht. Das Kind hat zu beiden Eltern eine gute Beziehung und reagiert sensibel auf deren Bedürfnisse; dies führt dazu, dass das Kind sein Verhalten an die Stimmung entweder der Mutter oder des Vaters anpasst. So sorgt das Kind dafür, dass die Mutter nicht traurig ist oder es zwischen den Eltern zu keinem Streit kommt. Die Kommunikationsfähigkeit der Eltern miteinander ist eingeschränkt; sie scheinen nicht in der Lage zu sein, einander zuzuhören, Wünsche zu äußern oder sich in ihren Vorstellungen anzunähern. Ein Mindestmaß an Kooperation und Kommunikation ist aber gegeben; die Eltern haben es bisher geschafft, ohne Involvierung des Gerichts die Kontakte sowohl im Alltag als auch in den Ferien zu regeln.

Die Vorinstanzen legten den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes bei der Mutter fest und regelten die Kontakte des Kindes mit dem Vater in dem tatsächlich bereits praktizierten Sinn. Bei Festsetzung des Hauptaufenthalts beim Vater sei zu befürchten, dass sich der Druck auf das Kind hinsichtlich gesunder Ernährung und sportlicher Betätigung noch erhöhen würde.

- 46 Im Revisionsrekursverfahren war nicht die Frage der Anordnung einer Doppelresidenz, sondern die **Beurteilung strittig, nach welchen Kriterien der Domizilernteil bei Doppelresidenz zu ermitteln ist und welche Funktion ihm zukommt**. Der OGH gab dem außerordentlichen Revisionsrekurs des Vaters Folge, hob die Aufenthalts- und Kontaktregelung auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück.

Sowohl der Gesetzgeber als auch der OGH hätten den Begriff „hauptsächliche Betreuung“ wörtlich, nämlich dahin verstanden, dass ein Elternteil das Kind zeitlich mehr betreut als der andere. Dies habe auch der von der Literatur einhellig vertretenen Auffassung entsprochen (*Beck*, Obsorgezuweisung neu, in *Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013 [2013] 175; *dies*, EF-Z 2015, 24 [Entscheidungsanmerkung]; *Barth/Jelinek*, Das neue Obsorgerecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts [2013] 109; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht durch das KindNamRÄG 2013, in *Deixler-Hübner/Ulrich*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz [2013] 61 [67]; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ [2013] § 179 Rz 4; grundsätzlich *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 [204]; *Seeber-Grimm*, Die Obsorge nach Trennung oder Scheidung der Eltern, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein*, Reform des Kindschafts- und Namensrechts [2014] 39; *Hopf* aaO § 177 Rz 11). Mit Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, habe der VfGH abgelehnt, § 177 Abs 4 Satz 1, § 179 Abs 2 und § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB als verfassungswidrig aufzuheben, und die Bestimmungen so ausgelegt, dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichts dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstünden.

- 47 Da der VfGH ua § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB nicht aufgehoben hat, habe **auch bei gemeinsamer Obsorge und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen ein Ausspruch über die Festlegung, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird**, zu erfolgen. Dabei sei allerdings auf die Bedeutung dieser Haushaltsfestlegung im Sinn des Verständnisses des VfGH Bedacht zu nehmen. Dieser Haushalt solle (lediglich) als **nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen** dienen, deren Grundlage ein bestimmter Aufenthaltsort ist, wie für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes des Kindes im Sinn des Melderechts (so ausdrücklich der VfGH) oder die Geltendmachung von Familien- und Wohnbeihilfe. Gehe man von einer solchen Bedeutung des Hauptbetreuungshaushalts des Kindes aus, sei die Begründung der Vorinstanzen für die Festlegung des Haushalts der Mutter verfehlt. Deren Befürchtung, dass sich bei Festsetzung des Hauptaufenthalts beim Vater der Druck auf das Kind hinsichtlich gesunder Ernährung und sportlicher Betätigung noch erhöhen würde, könne lediglich bei der Frage, ob und in welchem Ausmaß der Vater in der Lage sei, das Kind zu betreuen,

eine Rolle spielen. Mit den Berechtigungen und Verpflichtungen, die dem Domizilelternteil nach der vom VfGH vertretenen Auffassung zukommen, habe dies jedoch nichts zu tun.

- 48 Im fortzusetzenden Verfahren müsse das Erstgericht mit den Eltern deshalb erörtern, bei wem das Kind hauptwohnsitzgemeldet ist und von welchem Elternteil die genannten Aufgaben bislang wahrgenommen wurden und ob dieser Elternteil dazu auch geeignet erscheine. Gerade in einem solchen Fall, in welchem ein Elternteil den bisherigen gemeinsamen Haushalt mit dem Kind und dem anderen Elternteil (aus welchen Gründen auch immer) verlasse, bedürfe es einer besonderen Begründung, weshalb dieser Elternteil bei nachfolgender gleichteiliger Betreuung des Kindes nunmehr der Domizilelternteil sein solle.

Bei der Bestimmung des Domizilelternteils werde das Erstgericht spruchmäßig zum Ausdruck zu bringen habe, dass es sich bei dessen Haushalt (lediglich) um einen nominellen Anknüpfungshaushalt im Sinn der Entscheidung des VfGH handle.⁶⁰ Es könnte dabei unter Berücksichtigung der Ausführungen des VfGH etwa konkret oder beispielhaft jene Aufgabenbereiche ausdrücklich benennen, die an diesen Haushalt anknüpfen sollen. Die vom Rekursgericht in dem der Entscheidung 3 Ob 121/16i zugrunde liegenden Fall gewählte Formulierung („gesetzliche Bestimmungen“) erscheine dabei jedoch zu weit gefasst, weil diese „über die vom VfGH explizit angeführten wie (etwa die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes, dh eher verwaltungsbehördliche) Rechtsfolgen“ hinausgehe und „möglicherweise auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 Abs 2 ABGB erfassen“ würde.

E. Entscheidung des Landesgerichts Salzburg

- 49 Das LG Salzburg führte in seinem Beschluss vom 18. 12. 2015, 21 R 285/15f,⁶¹ aus, es gelte auch nach dem Erkenntnis des VfGH, dass bei gemeinsamer Obsorge zwar die **Anordnung des Aufenthalts des Kindes zu gleichen Teilen bei beiden Eltern möglich sei, nicht jedoch ein Absehen des Gerichts von einem Ausspruch über die Festlegung, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.** Das Gericht habe in einem solchen Fall zu erheben und festzustellen, **welcher Elternteil im Interesse des Kindeswohls eher geeignet sei**, die Rechte, Ansprüche und Interessen des Kindes etwa in Bezug auf finanzielle Belange wie Unterhalt, Familien- und Wohnbeihilfe und vor Behörden (wie Passamt, Meldeamt, Finanzamt) zu wahren. Dieser Elternteil sei dann als jener Elternteil zu bestimmen, in dessen Haushalt das Kind „nominell“ hauptsächlich betreut werde.
- 50 *Gitschthaler* sah in seiner Entscheidungsanmerkung darin die Lösung des „Spagats zwischen den inhaltlichen Aussagen des VfGH und dem – ja weiterhin bestehen

⁶⁰ Vgl dazu aber *Brenn*, EvBl-LS 2016/150 (Entscheidungsanmerkung): Der Zusatz des VfGH, wonach die „hauptsächliche Betreuung“ nur als „Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen“ diene, sei „wenig überzeugend – der Gesetzgeber hatte gerade nicht die Festlegung etwa des melderechtlichen Hauptwohnsitzes vor Augen“.

⁶¹ EF-Z 2016/91 (*Gitschthaler*).

gebliebenen – formalen Wortlaut des § 180 Abs 2 ABGB“. Lasse das Gericht im Spruch seiner Entscheidung deutlich erkennen, dass es nur „nominell“ (so das LG Salzburg) bzw als „Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen“ (so der VfGH) den Hauptbetreuungshaushalt festlege, würde „wohl auch die Problematik des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach § 162 ABGB (soll Abs 2 [alleiniges Bestimmungsrecht des „hauptbetreuenden“ Elternteils] oder doch Abs 3 gelten?) gelöst“: die Anknüpfung gelte nur für verwaltungsrechtliche Agenden, hinsichtlich des Aufenthaltsbestimmungsrechts seien die Eltern aber nach § 162 Abs 3 ABGB auf Einvernehmen oder eine Genehmigung durch das Gericht, und zwar auch im Inland, angewiesen.

V. Kann die paritätische Betreuung des Kindes gegen den Willen eines Elternteils gerichtlich angeordnet werden?

- 51 Der VfGH differenziert in seinem Erkenntnis vom 9.10.2015, G 152/2015, nicht zwischen einer einvernehmlichen Umsetzung einer Doppelresidenz des Kindes und der Möglichkeit, Eltern ohne ihren Konsens bzw gegen ihren Willen mit Gerichtsbeschluss zu solchen Lebens- und Betreuungsverhältnissen zu verpflichten. Die Auffassung, eine erzwungene, nicht gut in das Leben der Eltern passende und von ihnen abgelehnte Doppelresidenz fördere das Kindeswohl grundsätzlich nicht,⁶² wurde vom VfGH offenbar nicht geteilt.
- 52 Die **Anordnung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Doppelresidenz gegen den Willen eines Elternteils mit Gerichtsbeschluss nach § 180 Abs 2 ABGB** kommt im Allgemeinen⁶³ nicht in Betracht. Der VfGH machte von der Möglichkeit, die Bestimmung aufzuheben, keinen Gebrauch. Das Gericht hat daher weiterhin im Anwendungsbereich des § 180 Abs 2 ABGB bei Anordnung der Obsorge beider Eltern zu entscheiden, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, und die Wahl zwischen einer hauptsächlichen Betreuung durch die Mutter und einer überwiegenden Betreuung durch den Vater zu treffen.⁶⁴

⁶² Vgl dazu die fachlichen Stellungnahmen von Experten in *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 178; *Raunigg/Willmann*, EF-Z 2010/167; *Heilmann*, NJW 2015, 3346 (3346) mit Nachweisen aus der deutschen Rsp und Literatur. Ausführlich dazu *Beck*, iFamZ 2015, 264 (268).

⁶³ Eine Ausnahme ist bei Zugrundelegung des Doppelresidenz-Erkenntnisses des VfGH ausnahmsweise in jenen Fällen vorstellbar, in denen die Eltern das Wechselmodell bisher einvernehmlich praktiziert haben, ein Elternteil nunmehr die Fortsetzung dieser Betreuungsverhältnisse ablehnt, das (diesbezüglich urteilsfähige) Kind sich deren Weiterführung wünscht und das Gericht nach einer einzelfallbezogenen Klärung des Sachverhalts feststellt, dass die Fortsetzung des Doppelresidenzmodells angesichts der konkreten Umstände der vorliegenden Konstellation aus Sicht des Kindeswohls die beste Lösung ist.

⁶⁴ *Beck*, iFamZ 2015, 264 (269).

Literatur

Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen:

Barth, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht – entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage? iFamZ 2009, 181;

Barth/Jelinek, Das neue Obsorgerecht, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch 109;

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

Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? Verfassungsrecht, Doppelresidenz und ein Plädoyer für eine Gesetzesreform, iFamZ 2015, 17;

Beck, Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? Die Entscheidung des VfGH zur gleichwertigen Betreuung eines Kindes durch beide Eltern und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Familiengerichte, iFamZ 2015, 264;

Kathrein, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013/23;

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

16. *Deutscher Familiengerichtstag* (2005), Vorstandsempfehlung, www.dfgt.de/resources/2005_16_DFGT_Empfehlungen.pdf;

20. *Deutscher Familiengerichtstag* (2013), Umgang zwischen Wochenend- und Wechselmodell, http://www.dfgt.de/resources/2013_Arbeitskreis_7.pdf;

Kinderrechtekommission des Deutschen Familiengerichtstags (2014), www.dfgt.de/resources/SN-kiko_Wechselmodell_2014.pdf

Zu psychologischen und erziehungswissenschaftlichen Fragestellungen:

Barth-Richtarz, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung – ein ideales Modell? Meinungen von Experten, iFamZ 2009, 178;

Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung – Auswirkungen der gemeinsamen und alleinigen Obsorge für die Entwicklungsbedingungen der Kinder (Springer, 2012);

Figdor, Kinder aus geschiedenen Ehen (Psychosozial-Verlag, 1991);

Gebur, Erziehung im Wechselmodell (Tectum, 2014);

Hetherington/Kelly, Scheidung – die Perspektiven der Kinder (Betz, 2003);

Nielsen, Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research, in: *Journal of Divorce & Remarriage*, 52:586-609, 2011;

Nielsen, Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children, in: *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:614-636, 2014;

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

Seiffert, Die paritätische Doppelresidenz als Betreuungsmodell in Folge elterlicher Trennung – Eine kindzentrierte Betrachtung (Grin, 2014);

Seiffert, Die paritätische Doppelresidenz: Eignung der wechselseitigen Kinderbetreuung in Folge elterlicher Trennung (Diplomica, 2015);

Seyfarth, Das Wechselmodell als Nachtrennungsoption – Eine qualitative Studie zu den Erfahrungen von Betroffenen und Experten (Diplomarbeit, Grin, 2014);

Sünderhauf, Wechselmodell: Psychologie – Recht - Praxis (Springer, 2013);

Walper/Fichtner, Zwischen den Fronten – Psychosoziale Auswirkungen von Elternkonflikten auf Kinder, in *Walper/Fichtner/Normann* (Hrsg.), Hochkonflikthafte Trennungsfamilien – Forschungsergebnisse, Praxiserfahrungen und Hilfen für Scheidungseltern und ihre Kinder (Juventa, 2013) 91.



Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen?

Die Entscheidung des VfGH zur gleichwertigen Betreuung eines Kindes durch beide Eltern und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Familiengerichte

MAG^a. SUSANNE BECK*

In einem Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit der maßgebenden ABGB-Bestimmungen über eine periodisch abwechselnde, zeitlich gleichzeitige Betreuung des Kindes durch mitobsoorgerechtigte Eltern gelangte der VfGH in seinem Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, zum Ergebnis, dass das Gesetz eine sog Doppelresidenz des Kindes nicht ausschließe, wenn dies aus Sicht des Gerichts „für das Kindeswohl am besten“ sei. Soweit gesetzliche Regelungen bei Obsorge beider Eltern die verpflichtende Festlegung eines hauptsächlich betreuenden Elternteils vorsehen, würden sie bei verfassungskonformer Interpretation nicht gegen die EMRK und das BVG über die Rechte von Kindern verstoßen.

Befürworter und Kritiker des üblicherweise höchst emotional diskutierten Wechselmodells reagierten auf die Entscheidung des VfGH mit bemerkenswerter Zurückhaltung. Die Gründe liegen wohl in der beträchtlichen Überraschung über die Erkenntnis des VfGH, der geltende Gesetzeswortlaut mit der ausdrücklich normierten Pflicht zur „hauptsächlichsten Betreuung“ eines Kindes gestatte auch dessen Doppelresidenz, und in erheblichen Unsicherheiten bei der Einordnung dieser Entscheidung und der Beurteilung ihrer Konsequenzen. Dieser Beitrag befasst sich mit dem Wortlaut der angefochtenen ABGB-Vorschriften und dem Willen des Gesetzgebers, mit den Zulässigkeitsgrenzen einer verfassungskonformen Auslegung von Gesetzesbestimmungen und der Bindungswirkung von VfGH-Entscheidungen im Rahmen des österreichischen Rechtssystems sowie mit ihren Folgen für die Rsp der Familiengerichte.

1. Gesetzlicher Ausschluss des Wechselmodells

Die das Dritte Hauptstück des ABGB (mit der Überschrift „Rechte zwischen Eltern und Kindern“) einleitende Gesetzesbestimmung (§ 137 Abs 1 ABGB) enthält den Satz: „Die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter sind, soweit nicht anderes bestimmt ist, gleich.“ Bei Auflösung ihrer häuslichen Gemeinschaft sowie im Fall einer Scheidung ihrer Ehe bleibt die Obsorge beider Eltern gem § 179 Abs 1 ABGB aufrecht. Diese haben aber nach § 179 Abs 2 ABGB vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird (Residenzmodell).¹ Kommt es binnen angemessener Frist zu keiner Vereinbarung einer (zeitlich) überwiegenden Betreuung des Kindes durch einen Elternteil,² hat das Gericht nach § 180 Abs 1 Satz 1 ABGB von Amts wegen und auch ohne Kindeswohlgefährdung über eine allfällige Änderung der Obsorge zu entscheiden oder bei aufrecht bleibender Betrauung beider Eltern mit der Obsorge jenen Elternteil zu bestimmen, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll. Sowohl für die Obsorgeregelung als auch für die Bestimmung des überwiegenden Aufenthalts des Kindes ist ausschließlich das Kindeswohl maßgebend.

Eine sog **Doppelresidenz** des Kindes mit abwechselnden und (annähernd) gleichbemessenen Betreuungsphasen beider Eltern – in welchen Intervallen auch immer – steht daher **im Widerspruch** zur gesetzlichen Voraussetzung der

Festlegung eines das Kind hauptsächlich betreuenden Elternteils nach §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 ABGB idF KindNamRÄG 2013.³ Obwohl aus entwicklungspsychologischer Sicht keine generellen Bedenken bestehen, das Wechselmodell unter bestimmten Voraussetzungen als zusätzliche Betreuungsalternative in Trennungsfamilien zu etablieren, lehnte der Gesetzgeber des KindNamRÄG 2013 (wie bereits jener des KindRÄG 2001)⁴ nachdrücklich vorgetragene Forderungen nach Schaffung einer rechtlichen Grundlage für die wirksame Vereinbarung einer gleichmäßigen Aufteilung der elterlichen Aufgaben und Rechte zwischen Eltern im Gesetzgebungsverfahren zwar vielkritisiert, aber unmissverständlich ab. Der Gesetzgeber änderte in diesem Zusammenhang ausschließlich die Terminologie der gesetzlichen Anordnungen und ersetzte die bisherige Verpflichtung der weiterhin obsorgebetrauten Eltern, eine Vereinbarung darüber zu schließen, in welchem Haushalt sich das Kind hauptsächlich aufhalten wird, (mehrheitlich) durch ihre Pflicht zu einer **Vereinbarung, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll**.⁵

Da der Gesetzeswortlaut **keine Ausnahmen** von der verpflichtenden Festlegung eines sog Domizilernteils für sämtliche Fälle einer beiderseitigen Obsorge getrennt lebender Eltern vorsieht, widerspricht ihm ein Modell mit gleichbemessenen Betreuungszeiträumen beider Eltern auch dann, wenn diese Variante aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls dem Kindeswohl am besten entsprechen würde

* Mag^a. Susanne Beck ist Richterin des BG Döbling.

¹ § 186 ABGB über die Verpflichtung beider Eltern zu einer persönlichen Beziehung mit dem Kind einschließlich iSd § 187 Abs 1 ABGB dessen Bedürfnissen entsprechender persönlicher Kontakte unterscheidet (wie § 1684 Abs 1 BGB) nicht zwischen einem Residenz- und einem Wechselmodell.

² Zum Verständnis des Begriffs einer „hauptsächlichsten“ Betreuung als zeitliches Überwiegen vgl. Barth, Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht, iFamZ 2009, 181; Beck, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 499 mwN; s auch OGH 24. 7. 2014, 1 Ob 94/14a.

³ Die Bestimmungen entsprechen insoweit der Vorgängerregelung des § 177 Abs 1 Satz 2 ABGB idF KindRÄG 2001.

⁴ Vgl. ErlRV 296 BlgNR 21. GP 37 und 66.

⁵ Zum ausdrücklichen Festhalten des Gesetzgebers an einem Hauptwohlnort des Kindes und zu den Gründen für die neue Formulierung s. ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 26; zu den Rechtsfolgen der gesetzlichen Verpflichtung zur Regelung einer hauptsächlichsten Betreuung vgl. Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197; Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17.



bzw sie die Familie bereits seit längerer Zeit praktiziert und die Eltern miteinander hinreichend kommunizieren können.⁶ Wenn ein Gesetz die generalisierende Wertung, ein gleichmäßig verteilter Aufenthalt bei beiden Eltern sei so nachteilig für alle Kinder, dass der Gesetzgeber ihn verbieten muss, an die Stelle einer Einzelfallprüfung der Interessen von solchen Regelungen betroffener Minderjähriger setzt und keine wirksame gerichtliche Prüfung der Frage zulässt, ob eine gleichwertige Ausübung der Obsorge durch die Eltern dem konkreten Kindeswohl dient, steht dieses Gesetz aber in einem erheblichen Spannungsverhältnis mit Art 8 EMRK und Art 1 BVG über die Rechte von Kindern.⁷

II. Die Entscheidung des VfGH

Mit Erkenntnis vom 9. 10. 2015, G 152/2015, wies der VfGH den Antrag des LGZ Wien, §§ 177 Abs 4 Satz 1, 179 Abs 2, 180 Abs 2 letzter Satz ABGB idF KindNamRAG 2013 aufzuheben, ab. Zwar binde die verfassungsrechtliche Vorgabe, bei Kinder betreffenden Maßnahmen das Kindeswohl als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen, auch den Gesetzgeber, wenn er die Grundlagen für solche Maßnahmen normiert; dieser verfolge mit den angefochtenen Bestimmungen aber das legitime Ziel der Wahrung des Kindeswohls, indem er bei gemeinsamer Obsorge die Festlegung eines Elternteils vorsehe, von dem das Kind hauptsächlich betreut wird, „schafft er damit doch primär für das Kind Klarheit und Sicherheit“. Die gesetzlichen Regelungen seien eine **verhältnismäßige Beschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art 8 EMRK) und des Art 1 BVG über die Rechte von Kindern**. Allerdings würde die zwingende Festlegung der hauptsächlichen Betreuung eines Kindes unter Ausschluss einer zeitlich gleichteiligen Betreuung „in jenen Fällen nicht mehr vom legitimen Ziel der Wahrung des Kindeswohls getragen, 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**“. Zu denken sei mit *Kathrein*⁸ „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 werde im Interesse des Kindeswohls die Handhabung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes in einem Haushalt von den Eltern „als **bloß ‚nominelle‘ Verpflichtung**“ als zulässig angesehen.⁹

Der VfGH lege die angefochtenen Bestimmungen daher im Hinblick auf Art 8 EMRK so aus, „dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichts dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen“.

Zusammengefasst geht der VfGH davon aus, dass das **Doppelresidenz-Modell nicht den Anspruch erheben kann, als Leitbild der Kontakte zwischen einem Kind und getrennt lebenden Eltern zu dienen**;¹⁰ derartige Forderungen sind ja nicht Gesetz geworden. Der VfGH erachtet aber unter den von ihm definierten Voraussetzungen – schon bisher gleichteilige Übernahme der Aufgaben und Pflichten durch die Eltern, Vorliegen für diese Betreuungsform geeigneter Lebens- und Vermögensverhältnisse sowie ausreichende Kommunikation zwischen den Eltern – eine **gleichteilige Betreuung des Kindes** als zulässig. In diesen Ausnahmefällen soll ein **Wechselmodell als hauptsächliche Betreuung** durch den (eilvernehmlich oder gerichtlich) definierten, „nominell“ zur überwiegenden Betreuung iSd Gesetzes berechtigten und verpflichteten Elternteil gelten. Ohne Auseinandersetzung mit gravierenden Bedenken von Vertretern der Humanwissenschaften geht der VfGH in seinem Erkenntnis demnach davon aus, dass auch die gerichtliche Anordnung einer paritätischen Betreuung des Kindes gegen den Willen eines Elternteils und ohne seine Bereitschaft dazu dem Kindeswohl dienen könne.

III. Bindung der Familiengerichte an die Entscheidung des VfGH?

Österreichische Gerichte sind grundsätzlich ausschließlich an die Gesetze gebunden; gem § 12 ABGB – nach hM Ausdruck der Gewaltenteilung¹¹ – haben die in einzelnen Fällen getroffenen Entscheidungen der Gerichte „nie die Kraft eines Gesetzes“, sondern verbindliche Wirkung nur für den beurteilten Fall.¹² **Die Schaffung allgemein geltenden Rechts steht ausschließlich dem Gesetzgeber zu.** Die österreichische Verfassung kennt auch kein einheitliches Höchstgericht als Kontrollinstanz oder „Superrevisionsorgan“, sondern weist drei Höchstinstanzen – VfGH, VwGH und OGH – in unterschiedlichen Bereichen die Aufgabe zu, die Grundprinzipien der Prognostizierbarkeit künftiger Entscheidungen, der dadurch geförderten Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle sicherzustellen. In Zivilrechtssachen kommt diese Befugnis und Pflicht dem OGH zu; ihm obliegt die Auslegung der Normen des ABGB auch in jenen Fällen, in denen VfGH oder VwGH (etwa im Bereich des Kindschaftsrechts) ihre Rechtsauffassungen in Bezug auf Gesetzesvorschriften geäußert haben. Während das deutsche Bundesverfassungsgericht eine allfällige Verletzung der Verfassung durch eine Gerichtsentscheidung infolge

⁶ Ausführlich zum Schutzbereich des Art 8 EMRK (dem Art 7 der Europäischen Grundrechtecharta [GRC] entspricht) und zur gebotenen Prüfung geltender Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit dem BVG über die Rechte von Kindern (BGBl I 2011/4), insb dem sog Kindeswohlvorrangigkeitsprinzip gem Art 1 vgl Beck, iFamZ 2015, 17 mwN.

⁷ Vgl nur EGM 3. 2. 2011, Beschw-Nr 35637/03, *Sporer* gg Österreich; 3. 12. 2009, Beschw-Nr 22028/04, *Zawieggger* gg Deutschland; VfGH 28. 6. 2012, G 114/11.

⁸ *Kathrein*, ÖJZ 2013/23, 197 (204).

⁹ Gem § 162 Abs 2 ABGB steht dem sog Domizilelternteil „das alleinige Recht“ zur Bestimmung des Wohnorts des Kindes im In- und Ausland zu, sodass die Bestimmung eines das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuenden Elternteils unmittelbare und massive Rechtsfolgen auslöst und darin nicht ausschließlich eine „nominelle“ Anordnung erkannt werden kann. Vgl auch § 2a Abs 1 FLAG (Anspruch des überwiegend betreuenden Elternteils auf die [gesamten] Transferleistungen).

¹⁰ Ebenso *Kathrein*, ÖJZ 2013/23, 197 (204).

¹¹ Nachweise bei Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰¹, § 12 Rz 1 FN 2.

¹² Ausführlich dazu Schauer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰¹, § 12 Rz 1–4 mwN.



einer verfassungswidrigen Rechtsnorm oder einer nicht verfassungskonformen Auslegung einer Gesetzesbestimmung prüft, sind Akte der (Familien-)Gerichtsbarkeit in Österreich grundsätzlich nicht vor dem VfGH anfechtbar und unterliegen nicht der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.¹³

Eine unmittelbare Bindung der Familiengerichte an die Entscheidung des VfGH vom 9. 10. 2015 besteht daher nicht.

IV. Bindung der Familiengerichte aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung?

A. Stufenordnung der Interpretationsmethoden

Nach Auffassung des VfGH ist eine sog verfassungskonforme Interpretation der angefochtenen ABGB-Bestimmungen über die hauptsächliche Betreuung eines Kindes in einem Haushalt im Fall der Obsorge beider Eltern zulässig und indiziert. In seiner Presseinformation vom 23. 10. 2015¹⁴ teilte er mit, das Gesetz sei im Hinblick auf den Schutz des Familienlebens (Art 8 EMRK) von den Gerichten dahingehend auszulegen, dass eine zeitlich gleichzeitige Betreuung des Kindes möglich sei, „wenn es aus Sicht des Gerichts für das Kindeswohl am besten ist“. Der VfGH gebe diese „**Lesart**“ des Gesetzes verpflichtend vor, sodass die Argumente, wonach das Gesetz die Doppelresidenz ausschließe und daher verfassungswidrig sei, nicht zuträfen. Der VfGH geht somit von einer strikten Bindung der Familiengerichte an sein Verständnis der §§ 177 Abs 4 Satz 1, 179 Abs 2, 180 Abs 2 letzter Satz ABGB aus.

Die **verfassungskonforme Interpretation** ist ein Anwendungsfall von Auslegungsregeln zur Ermittlung der Bedeutung einer Rechtsnorm und ergänzt die sonstigen Konkretisierungskriterien für die Gesetzesinterpretation; sie ist diesen daher nicht methodisch übergeordnet. Die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung erfolgt in einem Stufenbau, zunächst nach dem **Wortlaut der Norm**, dann in Form einer zulässigen verfassungskonformen Interpretation, danach nach weiteren Auslegungsregeln. Die nächste Stufe kommt allerdings nur zur Anwendung, wenn der bisherige Interpretationsprozess im konkreten Fall zu keinem eindeutigen Ergebnis führt.

Bestehen aus verfassungsrechtlicher Sicht zwar Bedenken gegen den Wortlaut einer Rechtsnorm, aber mehrere, mit den üblichen Konkretisierungshilfen erarbeitete Möglichkeiten der Normauslegung, soll – iS einer Vermutung der Verfassungsmäßigkeit demokratisch zustande gekommener Gesetze – jene Variante der Gesetzesbestimmung maßgebend sein, die mit der Verfassung in Einklang gebracht werden kann. Der VfGH hebt daher mitunter verfassungswidrige Gesetze nicht auf, sondern deutet sie verfassungskonform um und verändert dadurch ihren Inhalt. Die aus dieser Vorgangsweise resultierende Rechtsunsicherheit entsteht durch die weitere Bindung der Gerichte an das Gesetz in jenen Fällen, die nicht an den VfGH herangetragen werden.

B. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung eines Gesetzes

Die zulässige Reichweite einer verfassungskonformen Interpretation ist in zweifacher Hinsicht begrenzt: einerseits durch den **Wortlaut der einfachgesetzlichen Vorschrift** und andererseits durch den objektivierten **Willen des Gesetzgebers**. Diese Normauslegungsmethode findet daher ihre Schranken dort, wo sie zum Gesetzeswortlaut und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde, weil es nicht die Aufgabe der Gerichte ist, den vom Gesetzgeber geschaffenen Gesetzestext mit interpretativen Mitteln zu korrigieren oder den Willen des Gesetzgebers umzudeuten. Eine inhaltliche Änderung der Rechtsvorschriften ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Die Möglichkeit und Zulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung enden, wenn der eindeutige Wortlaut der Gesetzesvorschrift keinen interpretativen Spielraum lässt.¹⁵ Dieser bildet demnach stets die **äußerste Grenze der Auslegung**; eine außerhalb des Gesetzeswortlauts liegende Bedeutung kann nicht als Inhalt der Rechtsnorm verstanden werden. Vor allem bei Gesetzen, die – wie das KindNamRÄG 2013 – erst seit kurzer Zeit in Kraft sind, lässt sich ein Hinweggehen über den erkennbaren Willen des Gesetzgebers im Allgemeinen nicht rechtfertigen. Sofern die Formulierung des Gesetzes überhaupt Zweifel an seiner Bedeutung begründet, kommt daher bei verhältnismäßig neuen Rechtsvorschriften den deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers bei der Auslegung der Normen entscheidende Bedeutung zu.¹⁶

C. Interpretatives Abgehen vom Willen des Gesetzgebers des KindNamRÄG 2013?

Im Gesetzgebungsprozess vor dem KindNamRÄG 2013 wurde die Möglichkeit der Einfügung einer rechtlichen Grundlage für die elterliche Vereinbarung einer Doppelresidenz des Kindes intensiv und kontrovers diskutiert. Die **Absicht des Gesetzgebers** bei der Schaffung der angefochtenen Bestimmungen des ABGB – iS einer **dezidierten Ablehnung einer gleichzeitigen Betreuung des Kindes** nach der Trennung mitobsorgeberechtigter Eltern oder Scheidung ihrer Ehe – ist in den Mat dokumentiert und steht eindeutig fest: Der Gesetzgeber verlangt eine Bestimmung jenes Elternteils, „bei dem das Kind in erster Linie lebt“.¹⁷

Weder der Gesetzeswortlaut noch die ErlRV noch der objektiv erkennbare Zweck der §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 letzter Satz ABGB lassen – gleichgültig, ob man diese Haltung zum Wechselmodell teilt oder nicht – erkennen, dass der Gesetzgeber Ausnahmen von der Verpflichtung mitobsorgeberechtigter Eltern, nach Auflösung ihrer häuslichen Gemeinschaft oder Scheidung ihrer Ehe die hauptsächliche Versorgung und Betreuung des Kindes in einem der beiden Haushalte festzulegen, tolerieren oder gar explizit vorsehen wollte. Die **gegenteilige Interpretation der Normen durch den VfGH** nicht einmal drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten ist daher mit dem äußersten Wortsinn des Gesetzes und der erklärten Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen.

¹³ Vgl dazu *Spanner*, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs für das Zivilrecht, JbL 1978, 281 (281); *Morscher*, Bindung und Bundesverfassung, JbL 1991, 86 (86); *Barth*, Ist die Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen? RZ 2001, 248 (250 f.).

¹⁴ Mit der Überschrift „Gesetz lässt ‚Doppelresidenz‘ zu, wenn für das Kindeswohl am besten – Gerichte müssen Bestimmung verfassungskonform interpretieren“, veröffentlicht auf der Homepage www.vfgh.gv.at.

¹⁵ Vgl VfGH 26. 11. 2014, V 75/2014 (Möglichkeit einer nach dem Wortlaut der Norm zulässigen verfassungskonformen Interpretation des § 13 Abs 3a OÖ BMSG).

¹⁶ Vgl *Huber*, Familienbeihilfe und Unterhaltsrecht, JbL 1983, 306 (308); *Barth*, RZ 2001, 248 (252).

¹⁷ ErlRV 2004 BlgNR 24. GP 26.



D. Darf der VfGH Gesetze ändern?

Die Vorgangsweise des VfGH im Verfahren über die Beurteilung einer Doppelresidenz des Kindes bei gemeinsamer Obsorge betrifft die heikle Grenze zwischen zulässiger Gesetzesauslegung durch Richterrecht und einem problematischen Eingriff der Gerichte in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Normsetzungsbefugnis. Soll der VfGH im Rahmen der konkreten Normenkontrolle iSd Art 140 B-VG anlässlich eines Gesetzesprüfungsantrags der dazu berechtigten Gerichte (oder auf Individualantrag einer Person, die wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet) „nur“ die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Normen kontrollieren und die Rechtsordnung durch Aufhebung verfassungswidriger Normen bereinigen – wie dies dem bisherigen, bewährten Verständnis seiner Funktion entspricht¹⁸ –, oder soll er die Gesetze verändern und ihnen (ua im Familienrecht mit seinen zahlreichen Werteentscheidungen) einen neuen Inhalt geben dürfen?

Weder dem VfGH noch den Familiengerichten ist die Fortentwicklung des Rechts verwehrt; Gerichte dürfen sich aber nicht über den Wortsinn des Gesetzes und erkennbare Entscheidungen des Gesetzgebers hinwegsetzen. Anders gesagt: Der **Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Schaffung materiellrechtlicher Bestimmungen** ist einer rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit ist **deutlich größer als jener der Gerichte bei der Auslegung der Normen**.¹⁹ Die Aufgabe des VfGH besteht dabei in der Beurteilung, ob ein Gesetz (hier: die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung eines Domizilelternteils bei gleichzeitiger Obsorge) der Verfassung entspricht, nicht in der Prüfung, ob aus rechtspolitischen Erwägungen eine andere Rechtslage im Interesse von Kindern in Trennungsfamilien besser oder auch nur wünschenswert wäre. Das B-VG und das VGG normieren überdies Entscheidungsbefugnisse des VfGH über die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen,²⁰ sehen eine solche Kompetenz aber nicht für das Gesetzesprüfungsverfahren vor. Erachtet der VfGH eine – einer pauschalen Wertung folgende, von ihm als geboten erachtete Ausnahmefälle ausschließende – Gesetzesbestimmung als verfassungswidrig, hat er sie aufzuheben.²¹ Treffen die gegen eine Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes geltend gemachten Bedenken nicht zu, ist der Gesetzesprüfungsantrag abzuweisen.

Mit seiner Entscheidung, dass der gesetzliche Terminus einer „**hauptsächlichen Betreuung**“ eines Kindes im Haushalt eines Elternteils **nicht mehr zwingend im bisherigen Verständnis der familiengerichtlichen Rsp** ist eines zeit-

lichen **Überwiegens** seines Aufenthalts im Verantwortungsbereich dieses Elternteils **zu verstehen** sei, sondern auch eine zeitlich gleichzeitige Betreuung durch beide Eltern den gesetzlichen Anforderungen jedenfalls in Ausnahmefällen gerecht werden könne, gab der VfGH dem angefochtenen Gesetz eine neue Bedeutung – über dessen äußersten Wortsinn hinaus und im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers. Die „**hauptsächliche Betreuung**“ eines Kindes soll demnach nicht deckungsgleich mit der (an zeitlichen Kriterien orientierten) überwiegenden Betreuung iSd Gesetzes sein. Folgt daraus die Verpflichtung der Familiengerichte, die Rechtsnormen iSd VfGH-Erkenntnisses auszulegen? Sind Entscheidungen der Gerichte verfassungswidrig, wenn diese den vom VfGH dargestellten Auslegungsspielraum nicht ausnützen, nach seinem Maßstab aber eine Doppelresidenz das Kindeswohl am meisten fördern würde?

Seit der Entscheidung des VfGH ist der periodische (idR wochenweise) Wechsel der Eltern in der Kinderbetreuung nach ihrer Trennung eine mögliche Interpretation der gesetzlichen Vorgaben über eine „**hauptsächliche Betreuung**“ des Kindes. Die Auswirkungen auf die Gerichtspraxis hängen allerdings davon ab, ob im Einzelfall das Wechselmodell mit Vereinbarung der Eltern nach §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 ABGB oder gegen den Willen eines Elternteils bzw gegen den Willen beider Eltern mit gerichtlicher Anordnung gem § 180 Abs 2 letzter Satz ABGB begründet werden soll.

V. Gerichtliche Prüfung einvernehmlicher Doppelresidenz-Vereinbarungen

Der VfGH erachtet im Anwendungsbereich der §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 ABGB die einvernehmliche Umsetzung eines Wechselmodells als zulässig, „wenn es aus Sicht des Gerichts für das Kindeswohl am besten ist“. Diese Aussage steht auch in einem Spannungsverhältnis zum **gesetzlichen Prüfungsmaßstab des § 190 Abs 2 ABGB**. Nach dieser Bestimmung hat das Gericht eine Vereinbarung der Eltern über die Obsorge, die Betreuung des Kindes sowie die persönlichen Kontakte (nur) dann für unwirksam zu erklären und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, wenn sonst das Kindeswohl gefährdet wäre – nicht bereits in jenen Fällen, in denen eine andere Entscheidung dem Kindeswohl besser dienen würde. § 190 Abs 2 ABGB sieht eine gerichtliche Nachkontrolle für einvernehmliche Regelungen vor, die der Gesetzgeber in §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2 ABGB als zulässig angesehen hat, daher (ua) für die Vereinbarung über die hauptsächliche Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils. Dass ein Konsens der Eltern über eine abwechselnde Versorgung des Kindes mit gleichbemessenen Betreuungszeiträumen rechtlich wirksam sein könnte, schloss der Gesetzgeber aus; folgerichtig berücksichtigte er diese Möglichkeit bei Schaffung des § 190 Abs 2 ABGB und Festlegung des darin normierten Beurteilungskriteriums für die gerichtliche Kontrolle (Abänderung der Vereinbarung nur bei Kindeswohlgefährdung) nicht.

Mit seiner Entscheidung vom 9. 10. 2015 führte der VfGH – auch hier entgegen dem Gesetzeswortlaut – für **Doppelresidenz-Vereinbarungen einen neuen Prüfungsmaßstab** ein. Im Fall eines solchen Einvernehmens der Eltern muss das

¹⁸ Vgl etwa VfGH 28. 9. 2015, G 256/2015, mwN sowie das vorliegende Erkenntnis G 152/2015, wonach der VfGH „ausschließlich zu beurteilen“ habe, „ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrags dargelegten Gründen verfassungswidrig ist“.

¹⁹ Vgl dazu die Ausführungen auf der Homepage des VfGH (www.vfgh.gva.at): Der VfGH sei „ein Grenzorgan zwischen Recht und Politik“, die politische Zweckmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung sei aber „kein Kriterium der verfassungsgerichtlichen Prüfung“. Dem VfGH komme bei der Klärung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm jedoch „mitunter ein großer Beurteilungsspielraum“ zu, der auch von Wertungen abhängen könne.

²⁰ Vgl insb Art 126a, 127c, 148f und 148i B-VG iVm §§ 36a, 89 VGG über Entscheidungen des VfGH bei Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen mit Bezug auf die Zuständigkeit des Rechnungshofes und der Volksanwaltschaft.

²¹ Zur Befugnis des VfGH, Gesetze aufzuheben und nicht verfassungsgemäße Gesetze an ihre Stelle zu setzen, vgl Huber, JBl 1983, 306 (308); Barth, RZ 2001, 248 (253).



Gericht die Frage prüfen, ob die Vereinbarung – deren Wirksamkeit nach Auffassung des VfGH für Ausnahmefälle interpretativ herbeigeführt werden kann – **nach den konkreten Umständen des Einzelfalls „für das Kindeswohl am besten“** ist. Dabei folgt der VfGH mit seiner Ansicht über die Zulässigkeit eines vereinbarten oder gerichtlich angeordneten Wechselmodells zwar *Kathrein*²² und dessen Berufung auf das Kindeswohl, weicht von dessen Position aber in einem entscheidenden Punkt ab. Nach *Kathrein* könne eine Doppelresidenz des Kindes in bestimmten (nach seiner Einschätzung: „sicher nicht alltäglichen, aber auch nicht ausgereissenen“) Fällen am ehesten dessen Bedürfnissen und Wünschen entsprechen und der kategorische Ausschluss dieser Möglichkeit eine Gefährdung des Kindeswohls bewirken. Während *Kathrein* die Zulässigkeit einer gleichzeitigen Ausübung der Obsorge auf Ausnahmefälle beschränken wollte, in denen das Kindeswohl durch eine andere Regelung erheblich beeinträchtigt oder überhaupt konkret gefährdet wäre, soll das Wechselmodell nach Ansicht des VfGH immer dann (und dadurch signifikant häufiger) möglich sein, wenn dies die beste Lösung für das Kind ist. Der Maßstab für die Zulässigkeit einer Doppelresidenz des Kindes soll daher nicht (erst) die Verhinderung einer sonstigen Kindeswohlgefährdung, sondern schon die **Förderung des Kindeswohls** sein. Die Eltern müssen im Prüfungsverfahren dartun, dass diese Voraussetzung erfüllt ist.

Das Familiengericht hat somit **bei Vorliegen einer Doppelresidenz-Vereinbarung** im Rahmen einer gerichtlichen **Nachkontrolle** – unter Anwendung der Verfahrensvorschriften der §§ 104 bis 108 AußStrG – Feststellungen über die Bedürfnisse und Wünsche des altersmäßig für ein Wechselmodell geeigneten Kindes,²³ die bisherige Erfüllung der Betreuungsaufgaben, die Lebensverhältnisse der Eltern (einschließlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit)²⁴ und die Qualität ihrer Kommunikation miteinander zu treffen. Nach Klärung der maßgebenden Sachverhaltselemente muss das Gericht entscheiden, ob die einvernehmliche Regelung über eine gleichwertige Betreuung des Kindes durch die Eltern aufrecht bleibt, weil sie – iSd VfGH-Erkenntnisses – für das Kindeswohl am besten ist, oder ein davon abweichendes Betreuungsmodell an ihre Stelle zu treten hat. Dies entspricht der Expertenmeinung, dass aus Sicht des Kindeswohls die **Einschätzung der Vor- und Nachteile eines praktizierten Wechselmodells** und die Beurteilung, inwieweit bzw. in welcher konkreten Form diese Betreuungsvariante zum Wohl eines Kindes umgesetzt werden soll, stets nur für den jeweiligen Einzelfall unter Einbeziehung aller Beteiligten und Prüfung der festgelegten Rahmenbedingungen erfolgen kann.²⁵

²² *Kathrein*, ÖJZ 2013/23, 197.

²³ Nach den Ergebnissen der Bindungsforschung kann das Fehlen eines eindeutigen Lebensmittelpunkts für Kinder unter drei Jahren einen Risikofaktor darstellen, weshalb in den Humanwissenschaften eine Doppelresidenz bei Kleinkindern überwiegend abgelehnt wird; vgl. dazu *Heilmann*, Kindeswohl und Wechselmodell, NJW 2015, 3346 (3347) mwN.

²⁴ Unterhaltsrechtliche Lösungen für Fälle mit gleichwertigen Betreuungs- und Naturalleistungen beider Eltern liegen mit dem betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell seit Jahren vor (vgl. OGH 13. 9. 1990, 8 Ob 602/90 ua, RIS-Justiz RS0047452, zuletzt OGH 17. 9. 2015, 1 Ob 158/15i, mit zahlreichen Nachweisen).

²⁵ Vgl. *Werneck* in *Barth-Richtarz*, Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung, iFamZ 2009, 178; *Heilmann*, NJW 2015, 3346 (3348).

VI. Anordnung der Doppelresidenz gegen den Willen der Eltern?

Die Gerichte können Eltern seit dem KindNamRÄG 2013 zur Ausübung der beiderseitigen Obsorge auch **gegen ihren Willen** verpflichten. Eltern können daher – unter weiteren Voraussetzungen²⁶ – seither zur Umsetzung dieses von außen definierten Beziehungsmodells verhalten werden. Die gemeinsame, gleichzeitige Versorgung und Betreuung des Kindes durch getrennt lebende Eltern geht über die rechtliche Obsorge aber weit hinaus; die Ergebnisse vorliegender Studien gestatten keine eindeutige Aussage über die generelle Kindeswohlförderlichkeit des Wechselmodells.²⁷

Der VfGH differenziert in seinen Ausführungen nicht zwischen einer einvernehmlichen Umsetzung einer Doppelresidenz des Kindes und der **Möglichkeit, Eltern gegen ihren Willen bzw. gegen den Willen eines Elternteils mit Gerichtsbeschluss** zu solchen Lebens- und Betreuungsverhältnissen **zu verpflichten** – das Wechselmodell soll in beiden Fallgruppen möglich sein, wenn es aus Sicht des Gerichts „für das Kindeswohl am besten“ ist. Daraus folgt, dass der VfGH die Fachmeinung, eine erzwungene, nicht gut in das Leben der Eltern passende und von ihnen abgelehnte Doppelresidenz fördere grundsätzlich nicht das Kindeswohl²⁸, nicht teilt.

Für ein glückliches, bedürfnisgerechtes Heranwachsen eines Kindes sind seine **Bindungen zu beiden Eltern** wesentlich. Bei guter Organisation durch Eltern mit ähnlichen Erziehungsvorstellungen, ausgeprägter Kooperationsfähigkeit und geringem Konfliktniveau muss ein Wechsel des Kindes zwischen ihnen nicht eine anhaltende, belastende Umzugssituation bedeuten, sondern kann für das Kind ein Nachhausekommen in zwei vertraute Wohnungen mit der Möglichkeit, mit beiden Eltern Alltag und Freizeit zu verbringen, sein. Ein Kind kann daher **bei beiden Eltern ein Gefühl des Zuhause-seins** haben, weil das „Zuhause“ sehr viel mehr durch Beziehungen als durch Orte bestimmt wird. Zu den erforderlichen Rahmenbedingungen für ein kindeswohlorientiertes Doppelresidenz-Modell gehört allerdings – neben positiven, gefestigten Bindungen des Kindes zu beiden erziehungsgerechten Eltern und einer geringen Distanz zwischen ihren Wohnungen – die **Bereitschaft der Eltern, das Wechselmodell zu praktizieren**, die damit verbundenen erhöhten Kooperationsanforderungen zu erfüllen und in weiterer Folge unter Bedachtnahme auf die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes notwendige Veränderungen vorzunehmen. Nach *Figdor*²⁹ müssen Eltern bereit sein, über die beiden „Residenzen“ des Kindes hinweg gleichsam „ein Dach zu

²⁶ OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 41/13t, RIS-Justiz RS0128812; zum Regelfall einer Obsorge beider Eltern nach Trennung oder Ehescheidung s. OGH 11. 12. 2013, 7 Ob 211/13z, RIS-Justiz RS0128811 (T1).

²⁷ Nachweise bei *Barth-Richtarz*, „Doppelresidenz“ – ein ideales Modell für Kinder? iFamZ 2009, 129 FN 2, und *Heilmann*, NJW 2005, 3346 (3346).

²⁸ Vgl. dazu zB die fachlichen Stellungnahmen von vier Experten in *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 178; *Heilmann*, NJW 2015, 3346, mit Nachweisen aus der deutschen Rep und Lit.

²⁹ Zu grundlegenden Erfordernissen einer gelingenden Doppelresidenz vgl. *Rau-nigg/Wilhelm*, Doppelresidenz: Wechselmodell – Paritätsmodell – Pendelmodell – Wandelmodell, EF-Z 2010/167, 245; *Beck*, Kindschaftsrecht², Rz 501; *Heilmann*, NJW 2015, 3346 (3347).

³⁰ *Figdor* in *Barth-Richtarz*, iFamZ 2009, 178. Auch der 16. Deutsche Familiengerichtstag 2005 sah einen gleichmäßig verteilten Aufenthalt des Kindes als wichtige Alternative, die Bereitschaft aller Beteiligten aber als Vorbedingung für die Realisierung eines Wechselmodells.



spannen“ und die Überschneidung der beiden Lebensbereiche für das Kind zu ermöglichen.

Da sich der VfGH in seiner Entscheidung mit den seinem Standpunkt zuwiderlaufenden Fachmeinungen aus den Humanwissenschaften nicht auseinandersetzt und keine gegenteiligen, seinen Standpunkt stützenden Publikationen aus dem Schrifttum anführt, ist nicht erkennbar, mit welchen Überlegungen er vom deutlich überwiegenden Meinungsstand zur angeordneten Doppelresidenz gegen den Willen eines Elternteils abgeht. Zwar kann von Eltern zweifellos gefordert werden, im Rahmen ihrer elterlichen Verantwortung Obsorge-, Betreuungs- und Kontaktregelungen am Wohl ihres Kindes auszurichten und Eigeninteressen gegenüber Entwicklungsbedürfnissen des Kindes zurückzustellen. Sie mit Gerichtsbeschluss zu verpflichten, ihre Lebenssituation gegen ihren Willen gänzlich auf ein – vom Gesetzgeber dezidiert abgelehntes – Betreuungsmodell abzustellen, das für alle Beteiligten **besondere Herausforderungen und überdurchschnittliche Anpassungsleistungen** mit sich bringt und **ständige Absprachen zwischen den Eltern** erfordert, bedeutet aber einen ungleich gravierenderen Eingriff in ihre Lebensverhältnisse. Was, wenn im Fall eines Residenzmodells der getrennt lebende Elternteil an einen entfernteren Ort übersiedelt und seiner Kontaktpflicht nicht mehr im bisherigen Ausmaß nachkommen kann? Werden Gerichte künftig auch solche Umzüge verhindern (oder zumindest im Abgehen von einer einvernehmlichen Regelung der Eltern einmal wöchentliche Treffen zwischen dem Kind und dem inzwischen in großer Distanz lebenden Elternteil anordnen), weil regelmäßige Kontakte in kurzen Zeitintervallen im Allgemeinen „für das Kindeswohl am besten“ sind und § 186 ABGB über die Kontaktpflicht der Eltern keine Ausnahmen vorsieht? Der VfGH befasst sich in seiner Entscheidung mit grundrechtlich höchst sensiblen Themen, ohne sich ihnen allzu detailliert zuzuwenden.

Schwierig zu beantworten ist auch die Frage, mit welchen **Zwangsmitteln** nach § 79 Abs 2 AußStrG die vom VfGH in Betracht gezogene Umsetzung eines Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils mit hinreichender Aussicht auf einen – im familienrechtlichen Kontext ohnehin häufig schwer definierbaren – „Erfolg“ erzwungen werden soll. Geldstrafen zur Durchsetzung einer gleichteiligen (und regelmäßig kostenintensiven) Betreuung des Kindes durch beide Eltern sind wohl kaum ein kindeswohlförderliches Signal.

Die **Anordnung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Doppelresidenz** gegen den Willen eines Elternteils **mit Gerichtsbeschluss** nach § 180 Abs 2 ABGB kommt im Allgemeinen aus Gründen des Kindeswohls **nicht in Betracht**. Ohne wechselseitige Akzeptanz der Eltern, ohne hinreichende Kommunikationsfähigkeit und ohne die Bereitschaft zur intensiven Kooperation bestehen grundlegende Zweifel an der Kindeswohl dienlichkeit dieser Betreuungsalternative. Dem VfGH stand die Aufhebung des § 180 Abs 2 ABGB offen; er machte von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch. Daher haben die Familiengerichte im Anwendungsbereich des § 180 Abs 2 ABGB bei Anordnung der Obsorge beider Eltern i.a.R. weiterhin zu entscheiden, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, und die Wahl zwischen einer hauptsächlichlichen Betreuung durch die Mutter und einer überwiegenden Betreuung durch den Vater zu treffen.

VII. Fazit

Der VfGH sieht eine Doppelresidenz von Kindern in Trennungsfamilien aufgrund der bestehenden Gesetzeslage als zulässig an, hält aber die Verpflichtung zur Festlegung eines Hauptwohnsitzes des Kindes als formalen Zuordnungspunkt für weitere Rechtsfolgen aufrecht und lehnte eine Aufhebung der Bezug habenden ABGB-Bestimmungen als verfassungswidrig ab – §§ 177 Abs 4, 179 Abs 2, 180 Abs 2 letzter Satz ABGB gehören somit weiterhin zum Bestand der österreichischen Rechtsordnung. Im Fall einer gemeinsamen Obsorge nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft oder Scheidung der Ehe haben daher die Eltern bzw. bei Ausbleiben einer Einigung die Gerichte jenen **Elternteil zu bestimmen, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird**. Nach Auffassung des VfGH gestattet die Gesetzeslage sowohl die Vereinbarung als auch die gerichtliche Anordnung einer (zeitlich) gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern in deren Haushalten mit Bestimmung eines Hauptwohnsitzes. Der VfGH vermied eine Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen durch eine Gesetzesinterpretation, die allerdings über den äußersten Wortsinn der Rechtsnormen und den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinausging. Die Familiengerichte sind daran nicht unmittelbar gebunden.

Die Entscheidung des VfGH wird die – seit Jahren zu eng und zu wenig sachlich geführte – Diskussion über die Vorzüge und Nachteile des Wechselmodells in Österreich daher auch nicht beenden. Für Kinder sind nicht minuziöse Abwicklungen von Betreuungszeiten, sondern **Bindungen an ihre Eltern und intensiv gelebte, tragfähige und langfristige Beziehungen** zu ihnen maßgebend. Für sie wesentlich sind auf ihre individuellen Bedürfnisse ausgerichtete Entwicklungsbedingungen sowie das Beziehungsklima zwischen den Eltern und deren Kooperationsfähigkeit. Der gesetzliche Ausschluss der gleichteiligen Betreuung eines Kindes durch beide Eltern nach ihrer Trennung kann zu Verfahrensergebnissen führen, die mit dem konkreten, verfassungsgesetzlich geschützten Kindeswohl nicht in Einklang stehen. Die **Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die wirksame Vereinbarung eines kindeswohlorientierten Wechselmodells** als zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit der Obsorgeausübung für Kinder in Trennungsfamilien würde eine endgültige Klärung der Rechtslage bewirken und den Abschluss von Scheinvereinbarungen bei Gericht zur Umgehung der gesetzlichen Vorgaben vermeiden. Die Notwendigkeit, die Auswirkungen einer Betreuungsform auf das Erleben und Wohlergehen des Kindes achtsam zu beobachten und gegebenenfalls zu korrigieren, unterscheidet die Doppelresidenz dabei nicht von sonstigen Betreuungsmodellen.

Allerdings sind die Anzeichen für eine baldige Gesetzesänderung rar. Abzuwarten bleibt daher vorerst die Auseinandersetzung der Familiengerichte und des OGH als „ihr“ Höchstgericht mit den Rechtsauffassungen des VfGH. Die Situation erinnert an die Schlusszene in *Brechts Parabel Der gute Mensch von Sezuan*:

Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen / Den Vorhang zu und alle Fragen offen.

Harald Werneck

Zwei Lebensmittelpunkte des Kindes als Gegenstand der Forschung

Modelle mit zwei Lebensmittelpunkten des Kindes nach einer elterlichen Scheidung bzw. Trennung haben in Österreich, im Unterschied zu einigen anderen Ländern, kaum Tradition und nach wie vor auch keine klar geregelte gesetzliche Grundlage. Erst seit wenigen Jahren wurde das – in Österreich meist so benannte – „Doppelresidenzmodell“ Gegenstand einschlägiger Forschung, insbesondere auch in der Entwicklungspsychologie. Zu Fragen nach Schaden oder Nutzen eines solchen Settings für alle Beteiligten, insbesondere für betroffene Kinder, ab welchem Alter es für welche Kinder unter welchen Voraussetzungen vertretbar oder sogar zu empfehlen sei, worauf gegebenenfalls zu achten sei usw., gab es jenseits von – oft ideologisch dominierten – Spekulationen kaum Daten.

In diesem Vortrag werden vorerst einschlägige Befunde aus Nationen mit einer längeren Forschungstradition (und anderen gesetzlichen Grundlagen) zu Doppelresidenz- bzw. Wechselmodellen, präsentiert. In einigen europäischen Ländern, wie z. B. Belgien, Schweden, Norwegen, Dänemark oder Niederlande sind derartige Settings für Kinder mit getrennten Eltern bereits seit einigen Jahren sehr verbreitet und nach wie vor im Zunehmen begriffen. Studien aus diesen Ländern, aber etwa auch aus USA und Australien, mit teils hohen Fallzahlen, zeigen in Summe nach einer elterlichen Trennung neutrale bis positive Effekte bei Doppelresidenz- im Vergleich zu Residenzfamilien. So belegt z. B. eine schwedische Studie (*Bergström, Fransson, Modin, Berlin, Gustafsson & Hjern, 2015*) über psychosomatische Probleme bei Kindern der sechsten und neunten Schulstufe zwar bei Trennungskindern insgesamt mehr psychosomatische Belastungen als bei „intakten Kernfamilien“, im Fall von Doppelresidenz-Konstellationen aber eine durchschnittlich deutlich geringere Problembelastung als bei klassischen Residenz-Konstellationen.

Eine Spezialanalyse des groß angelegten Projekts „Aufwachsen in Deutschland / AID:A-Survey“ (*Entleitner-Phelps & Langmeier, 2016*) zeigt ebenfalls u. a. eine signifikant geringere Gesamtproblembelastung bei Trennungskindern in Doppelresidenz- als in Residenzmodellen. Dies deckt sich im Wesentlichen auch mit anderen internationalen Forschungsergebnissen.

Auf Basis eines theoretischen Modells, welches die bisher empirisch belegten Wirkzusammenhänge zu erklären versucht, wurden im Rahmen mehrerer Diplom- bzw. Masterarbeiten an der Fakultät für Psychologie der Universität Wien nun auch erste systematische Erhebungen dazu in Österreich durchgeführt.

So wurde in einer Online-Erhebung (*Spies, 2010; Werneck, Spies, Luftensteiner, Kollmitzer & Czerny, 2012*) vorerst die generelle Akzeptanz der Idee einer Doppelresidenz für Trennungskinder geprüft, wobei sich die meisten Befragten hier relativ offen zeigten.

Nachdem quantitative Erhebungen über Doppelresidenz-Erfahrungen aufgrund der fehlenden gesetzlichen Rahmenbedingungen und – damit zusammenhängend – der fehlenden Verbreitung in Österreich vor einigen Jahren nicht möglich waren, wurde ein qualitatives Pilotprojekt gestartet, im Zuge dessen 11 getrennte Familien, die die Doppelresidenz de facto in die Praxis umsetzten, interviewt wurden (*Czerny, 2012; Kollmitzer, 2010; Luftensteiner, 2010; Werneck, 2011*). Um wichtige Erkenntnisse darüber gewinnen zu können, wie sich dieses Modell in der Praxis über die Jahre hinweg bewährt, wurden ca. 3 Jahre danach dieselben Mütter, Väter und Kinder, getrennt voneinander erneut befragt (*Binder, 2013; Haberfellner, 2013; Hofmann [verheiratet: Gigler], 2013; Werneck, Binder, Gigler & Haberfellner, 2014*). Obwohl aus diesen Daten aufgrund der fehlenden Repräsentativität keine allgemeingültigen Schlüsse ableitbar sind, zeigt sich in diesen Interviews dennoch im Wesentlichen, dass Doppelresidenz bei getrennten Familien – unter bestimmten Voraussetzungen, wie v. a. guter Beziehungen zwischen Eltern und Kind, aber auch einer funktionalen Beziehung zwischen den Eltern – mittel- und langfristig gut funktionieren und zum Wohlbefinden beitragen kann, speziell auch aus Sicht und im Erleben der Kinder.

Aufgrund der deutlich zunehmenden Verbreitung des Doppelresidenzmodells wurde schließlich im letzten Jahr dann auch eine erste quantitativ angelegte Studie (*Amann, 2016*) gestartet, um Auswirkungen der Doppelresidenz für die Kinder, im Vergleich zu Kindern aus „intakten“ Familien einerseits und zu „Residenzmodell“-Kindern andererseits in psychologisch relevanten Konstrukten belegen zu können. Hierbei ergab sich u. a. eine höhere Bindungsqualität zwischen Mutter und Kind als zwischen Vater und Kind – in „intakten“ Familien und im Residenzmodell, nicht aber im Doppelresidenzmodell. Im Residenzmodell war die Vater-Kind-Beziehung außerdem signifikant schlechter als in „intakten“ Familien, aber auch als im Doppelresidenzmodell.

Abschließend werden die vorgetragenen Befunde nochmals zusammengefasst, mögliche Schlüsse daraus gezogen und zur Diskussion gestellt.

Literaturübersicht

- Amann, T. (2016). *Auswirkungen von Formen der Nachtrennungsfamilie – unter besonderer Berücksichtigung der Doppelresidenz*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Bergström, M., Fransson, E., Modin, B., Berlin, M., Gustafsson, P. A. & Hjern, A. (2015). Fifty moves a year: is there an association between joint physical custody and psychosomatic problems in children? *Journal of Epidemiology & Community Health*, 69 (8), 769–774. <http://dx.doi.org/10.1136/jech-2014-205058>
- Binder, K. (2013). *Doppelresidenz in Österreich – Die Perspektive der Mütter: Follow-up-Studie*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Czerny, B. (2011). *Doppelresidenz in Österreich Die Perspektive der Mütter*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Entleitner-Phelps, C. & Langmeyer, A. (2016, September). *Das Wechselmodell im Licht von Daten des AID:A-Surveys*. Vortrag, gehalten auf dem 50. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Psychologie, Leipzig.
- Haberfellner, I. (2013). *Doppelresidenz in Österreich – Die Perspektive der Väter: Follow-up-Studie*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Hofmann, N. (2013). *Doppelresidenz in Österreich – Die Perspektive der Kinder: Follow-up-Studie*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Kollmitzer, M. (2010). *Doppelresidenz in Österreich – Die Perspektive der Väter*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Luftensteiner, S. (2010). *Doppelresidenz in Österreich – Die Perspektive der Kinder*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Spies, A. (2010). *Das Doppelresidenzmodell nach Scheidung – Akzeptanz in Österreich*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Universität Wien.
- Werneck, H. (2011). Alternative Betreuungsformen nach elterlicher Scheidung – das „Wechselmodell“ In Deutsches Jugendinstitut (Hrsg.), *Thema 2011/12. Wenn Eltern sich trennen: Familienleben an mehreren Orten. Blick von außen II* [Online im Internet]. URL: <http://www.dji.de/cgi-bin/projekte/output.php?projekt=1120&Jump1=RECHTS&Jump2=20> [28.10.2016].
- Werneck, H., Binder, K., Gigler, N & Haberfellner, I. (2014, April). *Doppelresidenz nach elterlicher Scheidung – eine qualitative Follow-up-Studie*. Vortrag, gehalten auf der 11. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Psychologie (ÖGP), Wien.
- Werneck, H., Spies, A., Luftensteiner, S., Kollmitzer, M. & Czerny, B. (2012, April). *Das „Wechselmodell“ – Ein Pilotprojekt zu einer alternativen Betreuungsform nach elterlicher Scheidung*. Vortrag, gehalten auf der 10. Tagung der Österreichischen Gesellschaft für Psychologie, Graz.

Eltern auf Augenhöhe – zu den Voraussetzungen für eine gelingende Doppelresidenz

Psychodynamische Aspekte der Entscheidung über Obsorge und Betreuungsmodell

Eine Trennung bzw. Scheidung stellt in den allermeisten Fällen eine schwere Krise nicht nur für die Kinder, sondern auch für die betroffenen Eltern dar, und zwar unabhängig davon, ob sie selbst oder vom anderen initiiert wurde. Die unmittelbaren seelischen Reaktionen der meisten Eltern unterscheiden sich – so etwa *Figdor* (1991, 55) – kaum von jenen der Kinder: „Gefühle des Gekränktseins, Angst vor der Zukunft, Wut- und Hassgefühle gegen den ehemaligen Partner, mitunter auch – meist unbewusst – gegen die Kinder, stellen sich bei so gut wie jeder Scheidung ein. Und Trauer, sei es die Trauer um den noch immer geliebten Menschen oder den Menschen, welcher der Partner einmal war. Auch Schuldgefühle begleiten die meisten Scheidungen, und zwar nicht nur gegenüber den Kindern. Schuldgefühle gegenüber dem ehemaligen Partner empfinden Männer und Frauen, die sich einer neuen Beziehung wegen trennen, und jene, die sich – aus welchen Gründen auch immer – gegen den Willen des anderen scheiden lassen. ... [Das] Gefühl, versagt zu haben, findet sich ... auch bei Frauen und Männern, deren Ehen ganz ohne ... außergewöhnliche Vorsätze auseinandergegangen sind. Denn fast jede geschiedene Ehe, vor allem wenn Kinder da sind, ist eine gescheiterte Ehe, zeugt vom Scheitern des einmal gefassten Entschlusses, zusammenbleiben und gemeinsam eine glückliche Familie gründen zu wollen, ist also das Misslingen eines Lebenskonzeptes. Wie bei den Kindern ziehen auch bei den Erwachsenen Gefühle des Versagens und/oder des Verlassenwerdens eine Einbuße an Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen nach sich. Zweifel entstehen über die Fähigkeit, eine erfüllte Beziehung leben zu können; geliebt zu werden; gesetzte Lebensziele erreichen zu können; jemals wieder einen Partner zu finden. Sie verbinden sich mit der Angst, intellektuell oder körperlich nicht attraktiv genug zu sein, vor Alter und Einsamkeit“.

Für viele Eltern ist die Scheidung nicht nur ein einschneidendes Erlebnis, sondern sogar unmittelbar traumatisch, indem sie alte Trennungs- und Einsamkeitsängste aktiviert. Die aktivierten Trennungsängste beziehen sich dann auch auf die Kinder, deren Liebe auch noch (an den/die ExpartnerIn) verloren gehen könnte. *Dietrich und Paul* (2006, 16) sprechen davon, dass der trennungsbedingte Verlust von Lebensperspektiven durch eine Scheidung regelmäßig die psychische Stabilität und den Selbstwert der Betroffenen beeinträchtigt und Ängste hervorrufen kann, selbst bei nicht besonders konflikthaften Trennungsprozessen.

Aufgrund der schmerzlichen Erfahrungen mit dem oder der ExpartnerIn kommt oft ein Prozess in Gang, im Laufe dessen sich „die ursprünglich ambivalenten Bilder vom Partner (als Träger positiver und negativer Eigenschaften) ... so verändern, dass dem Partner nur mehr negative Eigenschaften zugeschrieben werden, man sich selbst hingegen als weitgehend gut und als Opfer erlebt“ (*Figdor* 1994, 143). Der andere wird nur noch als egoistisch, verantwortungslos und böse wahrgenommen. Solche „Spaltungsprozesse“ sind mitunter auch eine unbewusste Strategie, die es erst möglich macht, sich von dem bzw. der einst geliebten PartnerIn loszumachen, und sie erlauben die Befriedigung aggressiver Regungen (Hass-, Rachebedürfnisse) ihm oder ihr gegenüber: „Dem Partner nur mehr negative Eigenschaften zu lassen, hilft nicht nur, sich trennen zu können oder das Verlassenwerden leichter zu ertragen. Davon leitet sich auch die Berechtigung ab, gegen den Partner bzw. gegen dessen Beziehung zum Kind zu kämpfen“ (*Figdor* 1994, 145).

Die sozialen und ökonomischen Probleme in Scheidung lebender oder bereits geschiedener Eltern kommen dann zu den psychischen Problemen nicht nur hinzu, sondern potenzieren sie auch noch.

Gerade in dieser hochbelasteten Zeit müssen Eltern aber auch an ihre Kinder und an die Gestaltung der weiteren Situation für die Kinder denken und Entscheidungen treffen. Die Gefühle der Eltern, ihre Ängste, Enttäuschungen, Kränkungen, ihre Wut, ihre Schuld- und Versagensängste und die Erschütterung ihres Selbstbewusstseins beeinflussen natürlich auch ihre Wünsche, Erwartungen und Ängste bezüglich der Gestaltung ihrer Elternschaft in der Zukunft.

Verstärkte Trennungs- und Verlustängste können dazu führen, dass Eltern danach trachten, sich die Liebe des Kindes durch verschiedene Bindungsstrategien zu sichern, die sich meist gegen den bzw. die als bedrohlich erlebte(n) ExpartnerIn richten. Die – im Zuge von Spaltungsprozessen eingeengte – Wahrnehmung des anderen Elternteils kann zu einer diffusen Angst vor diesem führen (Was wird ihm bzw. ihr sonst noch einfallen? Ich kenne ihn bzw. sie ja gar nicht mehr, habe mich so in ihm bzw. ihr getäuscht!) und zu dem Gefühl, das Kind vor diesem Menschen und seinem Einfluss schützen zu müssen. Die aus Kränkung und Enttäuschung stammende Wut auf den oder die frühere(n) PartnerIn drängt nach Abfuhr. Die (andauernden) aggressiven Konflikte zwischen den Ex-Partnern können oftmals nur über die Kinder ausgetragen werden.

Die qualitative Untersuchung der Österreichischen Evaluationsstudie (Barth-Richtarz 2012) hat ergeben, dass die Obsorgeentscheidung mitunter weniger Ergebnis rationaler Überlegungen darüber ist, wie die Zukunft gestaltet werden soll, als dass sie wichtige (momentane) emotionale Bedürfnisse erfüllt, die für das seelische Gleichgewicht der Eltern bedeutsam sind. Dass die Obsorgeentscheidung auch (momentanen) emotionalen Bedürfnissen der Eltern (v.a. Abgrenzungs-, Sicherheits-, Strafbedürfnissen) entgegenkommt, ist grundsätzlich nichts Schlechtes, wenn dadurch nicht langfristige Ziele in Bezug auf die Gestaltung der Elternschaft gefährdet werden und, was noch schwerer wiegt, Entwicklungsinteressen der Kinder. Die Entwicklungsinteressen der Kinder sind dann gefährdet, wenn die Obsorgeentscheidung die Konflikte der Eltern noch verschärft, zu einem (resignierten oder aggressiven) Rückzug des getrennt lebenden Elternteils aus seiner Elternverantwortung führt (wie im Fall der Familie N teilweise zu befürchten ist), die getrennt lebenden Elternteile in einer passiven (regressiven) Haltung („Ich habe ja eh nichts zu sagen, kann nichts tun!“) hält und den Zugang der Kinder zu emotionalen und sonstigen Ressourcen beider Eltern beeinträchtigt.

PSYCHODYNAMISCHE ASPEKTE BEI DER GESTALTUNG VON SORGERECHT UND BETREUUNG

Krise der Eltern → **ENTKOPPELUNG der Entscheidungen von zugrunde liegenden emotionalen Motiven: verstehen entlasten reflektieren**

↓

ABWEHR → **AUFKLÄRUNG UNWIRKSAM**

↓

Entscheidungen des Sorgerechts und der Betreuung werden von emotionalen Motiven bestimmt, die von der Entscheidung des Sorgerechts und der Betreuung unabhängig sind. Diese emotionalen Motive sind die Ursache für die Entscheidung des Sorgerechts und der Betreuung.

↓

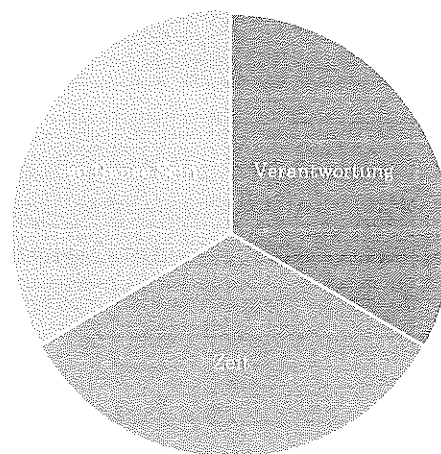
Entscheidungen des Sorgerechts und der Betreuung werden von emotionalen Motiven bestimmt, die von der Entscheidung des Sorgerechts und der Betreuung unabhängig sind. Diese emotionalen Motive sind die Ursache für die Entscheidung des Sorgerechts und der Betreuung.

2. Damit möchte ich nicht sagen, dass die aO in jedem Fall den Entwicklungsinteressen des Kindes abträglich ist.

Das Modell der Doppelresidenz

Das Modell zeichnet sich nach *Sünderhauf* (2013, 61ff.) durch 3 Charakteristika aus:

1. Die Kinder leben abwechselnd jeweils einen substantiellen Anteil, d.h. mindestens 30% bei jedem Elternteil (in der internationalen Literatur findet man häufig die Grenze: ab 35%³).
2. Die Kinder sind in beiden Elternhäusern zu Hause.
3. Die Eltern teilen sich die elterliche Verantwortung.



Nielsen (2014): Zusammenfassung von 40 Studien zu „Shared Parenting“

„The question therefore, is not whether shared parenting families are on the rise. Clearly they are. The question is this: Are the children in these families any better or worse off than children living primarily with their mother and living less than 35% of the time with their father? ...is the inconvenience of living in two homes worth it?“ (*Nielsen* 2014, 614)

³ Kontaktregelung: Jedes 2. WE (Freitagnachmittag bis Sonntagabend + 1 Nachmittag unter der Woche + Hälfte der Ferien = 31% (*Sünderhauf* 2013, 74).

Nielsen kommt in ihrer Analyse von 40 Studien zu folgenden Ergebnissen:

- Kinder aus Shared Parenting Families zeigen bessere Ergebnisse hinsichtlich ihrer emotionalen und verhaltensmäßigen Anpassung sowie ihrer körperlichen Gesundheit.
- Es zeigen sich keine empirischen Hinweise, dass sich Übernachtungen und Shared Parenting auf Kleinkinder negativ auswirken.
- Für Adoleszente sind zwei Zuhause aufgrund ihres komplexeren sozialen Lebens häufig unangenehmer als für jüngere Kinder.
- Die Folgen von Shared Parenting sind nicht positiv, wenn es familiäre Gewalt gab oder die Kinder mit dem Vater nicht gut auskommen.

Erleben von Kontinuität, Kohärenz und Zuhause-Sein

Es gibt unterschiedliche Kontinuitäten im Leben von Kindern:

Örtliche Kontinuität: Zuhause ist dort, wo ich mein Bett, mein Zimmer, meine Spielsachen, meinen Fernseher habe, der Ort, an dem Anforderungen von außen von mir abfallen können, ich "mich hängen lassen" kann, wo ich zur Schule oder in den Kindergarten gehe, meine Freunde sind etc.

Beziehungskontinuität: Zuhause ist dort, wo meine wichtigsten Beziehungen sind. Mögel (2014) betont, dass gerade Säuglinge und Kleinkinder neben Empathie und Anregung Kontinuität in ihrer Beziehungsumwelt benötigen. Erst die Kontinuität in ihren Beziehungen ermögliche es dem Kind, sich allmählich als ein kohärentes Selbst zu erleben. Sie plädiert daher für den Erhalt der Beziehungen und der Beziehungskontinuität.

Die Bedeutung der verschiedenen Kontinuitäten im Leben eines individuellen Kindes müssten bei der Entscheidung über das Betreuungsarrangement im Falle der Trennung der Eltern berücksichtigt werden.

Das aufgeteilte Kind?

Fallbeispiel: Ein 8-jähriges Mädchen verbringt die Wochenenden abwechselnd bei Mutter und Vater, die Betreuung unter der Woche wird annähernd gleichmäßig durch beide Eltern bestritten. Die konkreten Tage werden jeweils einen Monat im Voraus vereinbart. Damit entspricht das Betreuungsmodell der Definition des Wechselmodells. Wie geht es dem Mädchen damit?

Es entsteht der Eindruck, dass sie gerne bei Mama und Papa ist. Sie freut sich jeweils auf den anderen Elternteil. Aber bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass sie beständig bemüht ist, dass es für beide Eltern gerecht ist. Sie führt einen Kalender, wann sie bei wem wie viel Zeit verbringt, und überlegt sich sogar, ob sie beiden Eltern gleich viel Zuneigung gezeigt hat.

Ist das Wechselmodell also nicht gut für sie, weil es Verantwortungsübernahme für die Eltern und Hyperloyalität fördert?

Die Beraterin gelangt zur Einschätzung, dass nicht das Wechselmodell an sich das Mädchen belastet, sondern dass sie von den Eltern (v.a. Vater) spürt, dass diesen die exakte Aufteilung der Zeit emotional so wichtig ist. Es ginge also weniger darum, die äußere Regelung zu verändern, als die Einstellungen und Haltungen der Eltern, sodass sie dem Kind signalisieren können: "Jeder von uns hat dich gerne viel bei sich, aber wir wissen, dass du uns beide liebst und das musst du uns nicht beweisen, indem du alles gerecht machst. Auch wenn einmal ein Tag für den einen weniger ist, ist das kein Drama für uns".

Möglicherweise wäre aber ein anderes Kind erleichtert, wenn von der gleichteiligen Betreuung abgegangen wird. Das kann man nicht allgemein beantworten.

Wie beeinflussen einander die Beziehungen/Bindungen des Kindes zu beiden Elternteilen?

Kinder entwickeln Bindungen zu denjenigen Personen, die häufige Interaktionspartner sind und von denen erwartet wird, dass sie Schutz und Fürsorge geben können (auch mehrere).

Eine Hierarchie verschiedener Bindungspersonen drückt sich bei Anwesenheit mehrerer Bindungspersonen dadurch aus, dass das Kind primär von der primären Bezugsperson getröstet werden will; wenn diese nicht da, kann die zweite Bindungsperson das Kind trösten. Aus der Präferenz des Kindes für eine Bindungsperson kann nicht abgeleitet werden, dass diese Bindungsbeziehung in familienrechtlichen Verfahren besonderen Schutz verdient (*Bovenschen, Spangler NZFam 2014*).

Die bindungsorientierte Studie von *Spruijt, Duindam* (2010) zum Wechselmodell in den Niederlanden kommt zu dem Ergebnis, dass die Bindung des Kindes an die Mutter im Wechselmodell nicht abnimmt, weil das Kind eine stärkere Bindung an den Vater hat.

Die Bedeutung bzw. Bewältigung der partiellen Trennung durch das Kind ist nicht nur von kindbezogenen Faktoren abhängig, sondern auch von der Bedeutung, die sie für die Eltern hat und auch von der Gestaltung der Trennung bzw. Abwesenheit des anderen Elternteils (symbolische Repräsentation, Übergangsobjekte, Sehnsucht äußern, Kontaktaufnahmen dürfen, ...).

Zur Arbeit mit den Eltern an einer förderlichen Betreuungsregelung

Bei jeder Betreuungsregelung (auch bei der Doppelresidenz) spielen auch partikulare Interessen von Müttern und Vätern eine Rolle, die aber als solche zumeist nicht benannt werden (können), sondern mit dem Kindeswohl rationalisiert werden (z.B.: "Die häufigen Wechsel schaden dem Kind, es braucht mehr Ruhe, um sich auf die Schule konzentrieren zu können." - "Das Kind verliert einen Elternteil, wenn es nicht von beiden im gleichen Ausmaß betreut wird.").

Erziehungsberatung zielt darauf ab, die partikularen Interessen und emotionalen Bedürfnisse der Eltern zu enttabuisieren, die mit der Rationalisierung „Kindeswohl“ zugedeckten Konflikte (eigene Motive, Bedürfnisse), die mit den Entwicklungsinteressen des Kindes nichts zu tun haben, einer bewussten Auseinandersetzung zugänglich zu machen und sie von den Bedürfnissen des Kindes unterscheiden zu lernen.

Bestimmte (emotional bedeutsame) Haltungen bzw. Vorstellungen von Eltern können einer förderlichen Regelung bzw. Einigung der Eltern entgegenstehen („Geister“⁴), wie etwa „Die Liebe und Bindung des Kindes an den anderen Elternteil nimmt mir in meiner Beziehung zum Kind etwas weg“, „Das Kind erlebt den Wechsel von einem zum anderen Elternteil jedes Mal als Verlust“, „Damit ich als Vater für mein Kind nach der Trennung gleich bedeutsam bleibe wie die Mutter, muss ich es auch in (exakt) gleichem Ausmaß betreuen und beaufsichtigen.“ In der psychoanalytisch-pädagogischen Erziehungsberatung nimmt die Arbeit an diesen Haltungen eine zentrale Rolle ein. Dadurch soll eine nachhaltige Veränderung erreicht werden.

Eckpfeiler der Arbeit mit den Eltern an einer förderlichen Betreuungsregelung

- ⇒ Den (affektiven) Anliegen der Beteiligten Raum geben: Welche Bedeutung hat das Betreuungsmodell affektiv für jeden Elternteil und das Kind? Welche Bedeutung hat das Betreuungsmodell lebenspraktisch für jeden Elternteil und das Kind? Enttabuisieren von Gefühlen, Wünschen, Bedürfnissen, Ängsten der Eltern und Entlastung, Beruhigung („Geisteraufklärung“)
- > Emotionale Voraussetzungen für eine förderliche Gestaltung der Betreuungsregelung auf Seiten der Eltern schaffen

⁴ „Geister“ sind bedenkliche/pädagogisch problematische Vorstellungen, Einstellungen, Neigungen, pädagogische Theorien u.Ä. von Eltern, die (auch) in ihren eigenen Erziehungs- und Beziehungserfahrungen bzw. in ihrer eigenen „innerpsychischen Konfliktodynamik“ wurzeln und das Denken und Handeln der Eltern beeinflussen (Figdor 1999, 36).

⇒ Aufklärung der Eltern, was das Kind von ihnen braucht - zentrale Entwicklungsbedürfnisse:

- hinreichend intensive Beziehung zu beiden Eltern (häufiger persönlicher Kontakt, auch exklusive Zeit mit jedem Elternteil)
- symbolische Repräsentation des anderen Elternteils in dessen Abwesenheit
- hinreichende Mäßigung der elterlichen Konflikte
- hinreichendes Ausmaß an Kommunikation der Eltern

⇒ Finden einer Betreuungsregelung unter Berücksichtigung der Entwicklungsbedürfnisse des Kindes, der Bedürfnisse der Eltern, lebenspraktischer Umstände (Wohnorte, Berufstätigkeit der Eltern, Freizeitaktivitäten des Kindes,...)

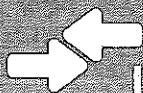
⇒ Die Eltern in die Lage versetzen, ihr Kind bei der Durchführung zu unterstützen (Erleichterung der emotionalen Bewältigung des Abschiednehmens, Ankommens, Aufrechterhaltung von Kontinuität trotz Aufenthaltswechsel, symbolische Repräsentation des anderen Elternteils,...)

⇒ Begleitetes Ausprobieren und Evaluieren

Bei der Entwicklung einer geeigneten Betreuungsform scheint die Einsicht der Eltern zentral zu sein, dass ihre Elternschaft und Beziehung zum Kind und wie (präsent, nah, gleichwertig) das Kind sie jeweils als Elternteil erlebt, nicht mit einer bestimmten (exakten) zeitlichen Aufteilung verbunden ist. Dann ist es möglich, den Blick darauf zu richten, wie es dem Kind mit einer bestimmten Regelung geht, welche Regelung den (derzeitigen) Entwicklungsinteressen des Kindes am besten entspricht.

Literatur

- Barth-Richtarz, J.* (2012): Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung. Springer.
- Bovenschen, I., Spangler, G.* (2014): Besondere Kenntnisse der am Kindschaftsverfahren Beteiligten über frühkindliche Bindungen. NZFam, 900-906.
- Dietrich, Paul* (2006): Interventionsansätze bei hocheskalierten Trennungskonflikten, in *Weber, M., Schilling, H.* (Hrsg.): Eskalierte Elternkonflikte. Beratungsarbeit im Interesse des Kindes bei hoch strittigen Trennungen, 73–90.
- Figdor, H.* (1991): Kinder aus geschiedenen Ehen. Psychosozial-Verlag: Gießen.
- Figdor, H.* (1994): Zwischen Aufklärung und Deutung. In *Eggert-Schmid Noerr, A.* et al (Hrsg.): Das Ende der Beziehung. Psychosozial-Verlag: Gießen.
- Nielsen, L.* (2014): Shared Physical Custody: Summary of 40 Studies on Outcomes for Children. In: Journal of Divorce & Remarriage 55, 613-635.
- Spruijt, E., Duindam, V.* (2010): Joint physical custody in The Netherlands and the Well-Being of Children. Journal of Divorce & Remarriage 51, 65-82.
- Sünderhauf, H.* (2013): Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis. Springer VS: Wiesbaden.



Schwerpunkt

Zwei „Zuhause“ für unsere Kinder

Erfahrungen von Müttern und Vätern mit der Doppelresidenz

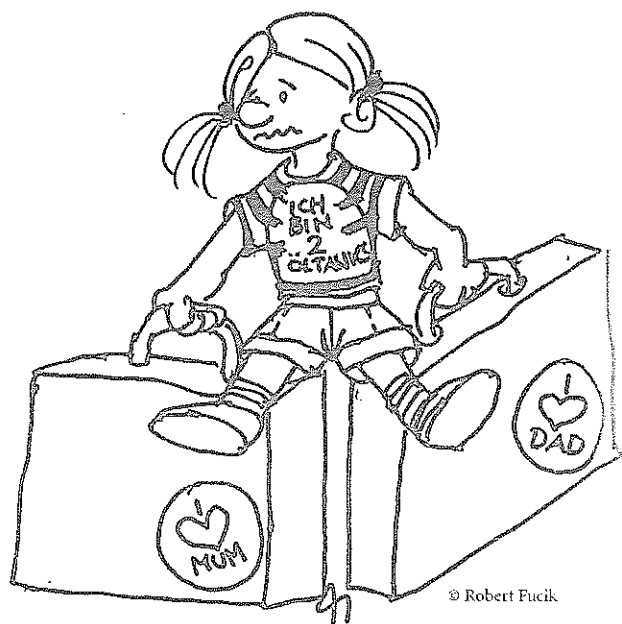
nach Trennung/Scheidung

In der Diskussion um die Doppelresidenz fällt auf, dass die Vorstellungen darüber, was darunter eigentlich zu verstehen sei, in hohem Maße divergieren. Dementsprechend unterschiedlich fallen auch fachliche Bewertungen – was es letztlich für die Kinder bedeutet – aus; denn die Kinder sind es ja, die in zwei „Residenzen“ leben. Obwohl ein gleichzeitiger Aufenthalt des Kindes bei Mutter und Vater im österreichischen Recht der Forderung nach der Definition eines hauptsächlichen Aufenthalts widerspricht, wird er de facto von Familien nach der elterlichen Trennung bzw. Scheidung gelebt. Es gibt jedoch weder Zahlen über die Häufigkeit dieses Modells noch – meines Wissens – Untersuchungen über die reale Ausgestaltung. Der folgende Beitrag unternimmt den Versuch, eine erste Orientierung darüber zu geben, wie österreichische Familien das Modell der Doppelresidenz jetzt schon leben, welche Anforderungen es an Mütter, Väter und Kinder stellt, für welche Familien dieses Modell aus der Sicht der Betroffenen infrage kommt und welche Vorteile sie darin sehen.¹ Die folgenden Antworten stammen von Eltern, deren Kinder nach der Trennung bzw. Scheidung sowohl bei der Mutter als auch beim Vater leben und die sich für die Verbreitung dieser Form der gemeinsamen Versorgung der Kinder einsetzen.² Es handelt sich also um einen Erfahrungsbericht und keine elaborierte wissenschaftliche Untersuchung, zu einer solchen möchte dieser Bericht jedoch Anstoß geben.

MAG^A. JUDIT BARTH-RICHTARZ*

1. Die Motivation

Den Eltern, die mit ihren Kindern das Modell der Doppelresidenz leben, werde – so berichten die Mütter und Väter – oft mehr oder weniger deutlich unterstellt, primär ihre eigenen Bedürfnisse nach Kontakt mit dem Kind zu verfolgen. Das Wohlergehen des Kindes sei für sie zweitrangig. Zum Ausdruck komme das in Aussagen wie „Ich würde nicht an zwei Wohnsitzen leben wollen – das wäre mir viel zu anstrengend!“. Die befragten Eltern sehen das anders. Sie sind überzeugt davon, dass ein Kind Mutter und Vater liebt und braucht und sich daran auch durch die elterliche Trennung nichts ändert. Sie denken, dass der Ort, wo sich Kinder zu Hause fühlen, dort ist, wo Mutter und Vater sind, also weniger an einen realen Wohnort als an die primären Beziehungen des Kindes gebunden ist. Auch nach der Scheidung von beiden Eltern möglichst gleich viel Zuwendung zu bekommen sei für die Kinder von größerer Bedeutung, der reale Wohnort sekundär. Schließlich – so die Befragten – nehmen auch so manche Erwachsene Wohnortwechsel in Kauf, um zumindest einen Teil ihres Alltagslebens mit einer Partnerin oder einem Partner zu verbringen. Kinder hätten



darüber hinaus ein sehr großes Bedürfnis nach Gleichbehandlung beider Eltern. Dahinter stecke teilweise auch die Angst der Kinder, die Liebe eines Elternteils zu verlieren. Auch diesbezüglich sei die Doppelresidenz am Kind orientiert.

* Mag^A. Judit Barth-Richtarz arbeitet in der Entwicklungsdiagnostik 10 der Stadt Wien sowie als psychoanalytisch-pädagogische Erzieherin in freier Praxis.

¹ Ich danke allen Müttern und Vätern, insb DSA Anton Potošnič, die bereit waren, über ihre Erfahrungen Auskunft zu geben. Mein Dank gilt

weitere DSA Elisabeth Wöran sowie ihren Mitarbeiterinnen der Österreichischen Plattform für Alleinerziehende (ÖPA) für die Anregungen zu diesem Beitrag.

² Diese Mütter und Väter gründeten die Plattform Doppelresidenz: <http://www.doppelresidenz.at>



Was die Eltern selbst betrifft, sind die befragten Eltern der Meinung, dass Mütter und Väter grundsätzlich **gleiche Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind** haben sollten – und zwar unabhängig davon, ob sie in einer Partnerschaft oder Ehe oder getrennt leben. Es sei weder gerechtfertigt, den Müttern die alleinige Last der Verantwortung für die Kinder aufzutragen und ihnen allenfalls einen beruflichen Verzicht abzuverlangen, noch, die Väter auf die Rolle des Ernährers zu reduzieren. Es sei auch an der Zeit, Modelle zu finden, die der sich im Fall der Trennung oder Scheidung der Eltern oft einstellenden gegenseitigen Vorwurfshaltung – hier die unwilligen Väter, dort die verweigernden Mütter – Einhalt gebieten. Die Position der Mutter als „Gatekeeper“, was den Zugang des geschiedenen Vaters zu den Kindern betrifft, führe sehr oft zu einem schmerzlichen Erleben von Abhängigkeit, Ohnmacht und Demütigung aufseiten des Vaters, was, wenn diese Gefühle unerträglich würden, in einem totalen Rückzug des Vaters aus der Verantwortung gegenüber den Kindern enden könne. All diese Phänomene sollten durch das Modell der Doppelresidenz abgemildert werden, wenn auch konzediert wird, dass nicht erwartet werden könne, dass mit der Vereinbarung der Doppelresidenz alleine alle Konflikte der Eltern entschärft würden. Natürlich sei es – so die Befragten – auch notwendig, gegebenenfalls Veränderungen vorzunehmen, wenn dieses Modell für die Kinder nicht mehr stimmig sei.

II. Der Alltag

Es gebe – so die befragten Eltern – sehr viele verschiedene Möglichkeiten, wie die Doppelresidenz konkret im Alltag einer Familie gelebt werde. Dabei gebe der berufliche Alltag der Eltern einen gewissen Rahmen vor. Grundsätzlich sei es jedoch wichtig, die **Intervalle**, in denen die Kinder bei dem einen und bei dem anderen Elternteil leben, nach den Bedürfnissen des Kindes zu gestalten. Es habe sich gezeigt, dass sich die Kinder besser orientieren könnten und ihnen der Wechsel weniger Stress bereite, wenn die Intervalle regelmäßig seien. Je jünger das Kind sei, umso kürzer sollten die Intervalle sein. Gute Erfahrungen hätten die Befragten mit folgenden Regelungen gemacht: Das Kind wechselt täglich und verbringt das Wochenende einmal bei der Mutter und einmal beim Vater; das Kind lebt drei Tage bei einem und vier Tage beim anderen Elternteil; das Kind lebt Montag und Dienstag beim Vater, Mittwoch und Donnerstag bei der Mutter und Freitag bis Sonntag wieder beim Vater, in der darauffolgenden Woche ist es genau umgekehrt; das Kind lebt eine Woche beim Vater und die nächste bei der Mutter. Bei der Vereinbarung der Regelung des Aufenthalts sollten – so die Befragten – drei Gedanken leitend sein:

- Das Kind sollte möglichst gleich viel Zeit bei beiden Elternteilen verbringen.
- Die Regelung sollte gut in das Leben der Eltern integriert werden können.

- Die Regelung müsse dergestalt sein, dass das Kind davon profitiert.

Die Aufenthaltswechsel („Übergabe“) erfolgen entweder direkt von der Mutter zum Vater und umgekehrt oder über Institutionen (Kindergarten, Schule). Bei einer sehr konfliktbelasteten Beziehung zwischen den Eltern habe sich die Übergabe über Institutionen bewährt. Der Wechsel vom einen zum anderen Elternteil sei nicht wesentlich beschwerlicher als in Fällen, in denen die Kinder den anderen Elternteil nur „besuchen“, da in beiden Haushalten Kleidung und andere Dinge des Alltags vorhanden seien und nicht hin- und hergetragen werden müssten. Ein Mehraufwand ergebe sich mitunter bei der Ausübung von Freizeitaktivitäten, wenn Sportsachen, Instrumente uÄ übersiedelt werden müssen. Bei der Lösung dieser Probleme werden von den betroffenen Familien mitunter kreative Wege gefunden. So teilt sich etwa ein Elternpaar ein Auto, das jeweils dem zusteht, der das Kind gerade bei sich hat. In diesem Auto befinden sich wichtige Dinge, die das Kind benötigt. Insgesamt erleben die betroffenen Familien diese organisatorischen Herausforderungen jedoch nicht als problematisch oder besonders beschwerlich.

In welchem Ausmaß und worüber die Eltern miteinander **kommunizieren**, werde ebenfalls sehr unterschiedlich gehandhabt. Grundsätzlich werde es von den Kindern gern geschehen, wenn die Eltern miteinander reden. Es gebe jedoch auch Eltern, die fast gar nicht miteinander sprechen, und dennoch funktioniere die Doppelresidenz. Ein Mindestmaß an Kommunikation sei jedoch unerlässlich. So müssten einander die Eltern von Kleinkindern gegenseitig über Krankheiten oder Schlafenszeiten des Kindes informieren. Bei Kindern im Kindergartenalter müssten sich Eltern etwa über Ausflüge (Sachen müssen mitgebracht werden, oder Zeiten verschieben sich) informieren oder sich beraten, wenn das Kind soziale Auffälligkeiten zeige. Eltern von Schulkindern tauschten sich typischerweise über Prüfungen, Ausflüge, Noten, Organisation von Nachhilfe, Materialien, die in die Schule mitzubringen seien, oder Krankheiten aus, die gerade in der Klasse die Runde machten. Vieles stehe jedoch im Mitteilungsheft oder folge gewissen Regelmäßigkeiten – etwa, dass es jeden Montag eine Leseübung gebe.

Das Modell der Doppelresidenz eröffne va den Müttern die Möglichkeit, neben dem Bedürfnis nach einem Leben mit Kind persönlichen und beruflichen Interessen nachzugehen, da der Vater die Hälfte der Kinderbetreuung übernehme. Den Kindern eröffne es die Chance, weniger Zeit in institutioneller Fremdbetreuung verbringen zu müssen. Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit seien ohne die Inanspruchnahme inner- oder außerfamiliärer Unterstützung (Großeltern, Babysitter, Kindergarten, Hort etc) meist unvereinbar. Im Fall der Doppelresidenz blieben die **Ressourcen**, die der Vater zur Betreuung der Kinder einbringen kann, auch nach der elterlichen Tren-



Schwerpunkt

nung erhalten. Die befragten Mütter denken, dass sie mit diesem Modell größere berufliche und private Freiräume hätten, worum sie teilweise von anderen geschiedenen Mütter beneidet, teilweise aber auch angefeindet und als „Rabenmütter“ betrachtet würden.

Von den **Kindern** selbst liegen uns keine Stellungnahmen vor, wie es ihnen damit geht, bei Mutter und Vater zu leben.³ Ihre Eltern haben den Eindruck, dass es ihnen gut damit gehe. Sie bekämen teilweise auch positive Rückmeldungen von außerfamiliären Bezugspersonen der Kinder. Dennoch sei es sehr wichtig, achtsam gegenüber den sich im Laufe der Entwicklung immer wieder verändernden Bedürfnissen und Wünschen der Kinder zu sein. Manche Familien gingen im Laufe der Zeit vom Modell der Doppelresidenz wieder ab, weil das Kind es nicht mehr wolle. Insb Jugendliche formulierten manchmal den Wunsch nach einem hauptsächlichen Wohnsitz, da sie etwa beim gleichgeschlechtlichen Elternteil mehr Zeit verbringen wollten oder sich mit dem Lebensgefährten des einen Elternteils nicht verstünden. Wichtig sei dabei, die Motive des Kindes oder Jugendlichen zu ergründen, die hinter dem Wunsch nach einer Veränderung stünden.

Was ist, wenn ein Elternteil plötzlich woandershin übersiedelt? Grundsätzlich denken die befragten Eltern, dass geschiedene Mütter und Väter mit gemeinsamer Obsorge bzw Doppelresidenz eher bereit seien, sich in relativer Wohnnähe anzusiedeln. Sollte ein Elternteil den Wohnort wechseln, sei zu klären, ob das Kind vom neuen Wohnsitz aus Kindergarten bzw Schule auf zumutbare Weise erreichen könne. Sei das nicht der Fall, so müsse – möglichst unter Einbeziehung des Kindes – entschieden werden, wo sich das Kind künftig hauptsächlich aufhalten solle. Lügen keine anderen Entscheidungskriterien vor, sei wohl der Beständigkeit hinsichtlich Ort und sozialer Umgebung Priorität einzuräumen.

III. Die Voraussetzungen

Als absolute Voraussetzungen dafür, dass das Modell der Doppelresidenz gelebt werden könne, formulieren die befragten Eltern:

- Das Kind dürfe durch keinen Elternteil gefährdet sein – durch psychische, physische oder sexuelle Gewalt bzw durch eine drohende Verwahrlosung.
- Beide Eltern müssten bereit sein, Verantwortung für das Kind zu übernehmen und dazu aus beruflich-organisatorischen Gründen auch in der Lage sein.
- Dem Kind müsse es möglich sein, von beiden Wohnsitzen aus den Kindergarten bzw die Schule auf zumutbare Weise zu erreichen.

³ Eine Befragung bzw Untersuchung der Kinder müsste besonders sorgsam vorbereitet sein.

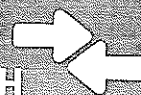
Als günstig, aber nicht unbedingt erforderlich erwiesen sich weiters:

- eine Regelmäßigkeit in der Abfolge der Aufenthalte bei dem einen bzw anderen Elternteil;
- eine gute Gesprächsbasis der Eltern (Viele Eltern mit Doppelresidenz tauschen sich jedoch offenbar nur insoweit aus, als es unbedingt erforderlich ist. Oftmals sei die Kommunikation per E-Mail oder per SMS leichter als das persönliche Gespräch. Entscheidend sei nicht das Konfliktklima zwischen den Eltern, sondern die Frage, ob sich die Eltern darum bemühen, das Kind möglichst aus den Konflikten der Eltern herauszuhalten.);
- die räumliche Nähe der beiden Wohnsitze (damit die Kinder eine Wohnumgebung mit den damit verbundenen sozialen Kontakten haben);
- die grundsätzliche Bereitschaft beider Eltern, Verantwortung in Schulangelegenheiten zu übernehmen.

Unterschiedliche Erziehungshaltungen seien hingegen – aus Sicht der befragten Eltern – kein Hindernis für die Doppelresidenz. Die befragten Eltern hätten die Erfahrung gemacht, dass sich die Kinder an unterschiedliche Erziehungsstile gut anpassen könnten und mitunter beim jeweils anderen Elternteil einen bereichernden Ausgleich erlebten.

IV. Die Forderungen

„Ist man verliebt, ist man meist blind für die negativen Seiten des Partners. Trennt man sich, ist man meist blind für die positiven Seiten des Partners. In beiden Fällen befindet man sich in einem **Ausnahmestand**“, formuliert ein Vater. Ein Ausnahmestand, in dem es auch passieren könne, dass man den einst geliebten Menschen plötzlich als bedrohlich, auch für das eigene Kind, erlebt und man das Gefühl bekomme, das Kind vor dem Einfluss des anderen schützen zu müssen – auch wenn diese Ängste meist irrational seien. Ganz natürlich sei auch das Bedürfnis, den anderen für die Kränkung und Verletzung, die er einem selbst zugefügt hat, zu bestrafen – oft, indem man ihn oder sie dort trifft, wo es besonders weh tue, nämlich in der Beziehung zum Kind. In dieser Situation seien Mütter und Väter dennoch gefordert, die Liebe und Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu akzeptieren. Das ist, wie alle betroffenen Mütter und Väter wissen, im „Ausnahmestand“ der Trennung sehr schwer. Derzeit werden – so ein anderer Vater – die betroffenen Eltern viel zu sehr alleine gelassen: Kinderschutz – dem in unserer Gesellschaft ein sehr hoher Wert beigemessen werde – werde Menschen übertragen, die für die Bedürfnisse des Kindes oft völlig blind seien. Der Gesetzgeber gehe de facto davon aus, dass nur die Eltern selbst zu einer Lösung kommen könnten, und stelle wenige Leitlinien und noch weniger „Stoppschilder“ auf. Doppelresidenz stelle für die befragten Eltern eine Leitlinie für die Gestaltung der familiären



Beziehungen nach der Trennung dar, an der sich Eltern orientieren könnten und sollten. Mutter und Vater stünden gleichsam auf einer Stufe, könnten einander auf Augenhöhe begegnen. Das Erleben eines Machtgefälles hingegen, wenn ein Elternteil die gemeinsame Obsorge ablehnen bzw Besuchskontakte de facto verhindern könne, weil kaum geeignete Instrumente zur Durchsetzung von Besuchsrechten bestehen, würde die elterlichen Konflikte meist noch anheizen.

So fordern die befragten Eltern eine verbindliche (rechtliche) Obsorge beider Eltern nach der Scheidung. Ein Abgehen davon sollte nur in begründeten Fällen – auf Antrag – erfolgen. Wie die gemeinsame Obsorge dann faktisch gelebt werde – ob im Modell der Doppelresidenz oder mit einem hauptsächlichen Wohnsitz des Kindes und Besuchskontakten zum getrennt lebenden Elternteil – sei den Eltern selbst zu überlassen, solange sie im Einvernehmen zu einer Entscheidung gelangten und diese dem Wohl des Kindes entspreche. Spreche sich ein Elternteil für, der andere jedoch gegen die Doppelresidenz aus, sollte den Eltern zuerst der Auftrag erteilt werden, im Rahmen einer Beratung ihre jeweiligen Motive zu klären. Gebe es begründete Einwände gegen die Doppelresidenz, dann sollte von dieser abgegangen werden. Ist die Obsorge strittig, sollte grundsätzlich jener Elternteil bevorzugt werden, der geeigneter sei, das Kind in seinen Kontakten zum anderen Elternteil zu unterstützen (Zuteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechts). Be- oder verhindere ein Elternteil die Kontakte des Kindes zum anderen Elternteil, sollte es die Möglichkeit geben, die Obsorge auf den Elternteil zu übertragen, der eher Garant für den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil sei.

Natürlich bestünde, so die Befragten, wie bei allen Rechtsinstituten, die Möglichkeit einer **missbräuchlichen Verwendung** der Doppelresidenz. So könne sie etwa dazu verwendet werden, um die Partnerin/den Partner zu zwingen, in der Ehe/Lebensgemeinschaft zu verbleiben („Ich stimme der Trennung/Scheidung nur zu, wenn das Kind zur Hälfte bei mir lebt!“). Einerseits sollte in dieser Situation der Versuch unternommen werden, im Rahmen einer professionellen Beratung eine am Kind orientierte Lösung zu finden. Andererseits sei zu erwarten, dass sich beim Elternteil, der die Doppelresidenz aus anderen Motiven als dem Wunsch nach Versorgung des Kindes fordere, sehr rasch eine Überforderung mit dieser Aufgabe einstelle, die zu einem Abgehen vom Modell der Doppelresidenz zwingt.

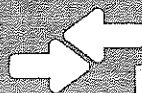
Einem Argument, das immer wieder gegen die Doppelresidenz ins Treffen geführt werde, nämlich dass der Druck

va Frauen gegenüber steigen würde, diesem Modell zuzustimmen, entgegneten die befragten Eltern, dass Müttern, die berechnete Einwände gegen eine rechtliche Gleichstellung des Vaters gegenüber dem Kind hätten, seitens der Behörden Hilfe beigelegt werde. Mütter, die den Kontakt zum Vater jedoch be- bzw verhindern wollten, *ohne* dass dafür auf das Kind bezogene Gründe vorlägen, *sollten* sogar unter Druck gesetzt werden, damit sie dies unterlassen.

V. Begleitmaßnahmen

Möchte man die Versorgung der Kinder durch beide Elternteile auch nach einer Trennung oder Scheidung fördern, müsse man – so die befragten Eltern – bereits bei der Regelung der Elternkarenz ansetzen. Ein **einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld** würde den Anteil der Karenzväter deutlich ansteigen lassen, was dazu führen würde, dass sich Väter von Anfang an gleichberechtigt für die Versorgung der Kinder zuständig fühlen. Wichtig seien auch **bewusstseinsbildende Maßnahmen**, um den teilweise tief verwurzelten Rollenbildern von „Mann – Ernährer“, „Frau – Versorgerin“ auf die Spur zu kommen. Dafür würde sich etwa das Bundesheer, als eine Institution, die junge Männer durchlaufen, besonders eignen. Ähnliches sei aber auch für junge Frauen hilfreich, um – wie es eine Mutter formulierte – „dem Muttermythos zu entkommen und die ‚Rabenmutter‘ endlich in Pension zu schicken“.

Was die **Beratung** von Scheidungseltern betreffe, sei – so die Erfahrung der befragten Eltern – bei Doppelresidenz kein höherer Bedarf gegeben als in allen anderen Nachscheidungskonstellationen. Für den Konfliktfall sollten – egal, wie die Obsorge, der Aufenthalt bzw die Besuchskontakte geregelt seien – in ausreichendem Ausmaß speziell ausgebildete Fachkräfte zur Verfügung stehen. Auch eine spezielle Weiterbildung von Mitarbeiterinnen der Jugendwohlfahrt, Familienrichterinnen und Rechtsanwältinnen für die Arbeit mit zerstrittenen Eltern sei aus der Sicht der befragten Mütter und Väter sinnvoll. Im Fall hochstrittiger Obsorge- bzw Besuchsrechtsverfahren sollte jedenfalls auch von der Möglichkeit einer für die Eltern **verpflichtenden** Beratung Gebrauch gemacht werden. Insgesamt sei es wichtig, alle nur erdenklichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu vermeiden, dass Kinder über Jahre hinweg keinen oder einen nur sehr eingeschränkten Kontakt zu einem Elternteil hätten, während die Mühlen der Justiz „mahlen“.



Schwerpunkt

Die Doppelresidenz nach Trennung und Scheidung Ein ideales Modell? – Meinungen von Experten

Unter „Doppelresidenz“ kann jene Obsorgeform verstanden werden, bei der die Kinder nach der Trennung/Scheidung der Eltern mit der Mutter und mit dem Vater möglichst gleich viel Zeit verbringen. Das bedeutet, dass sie sowohl bei der Mutter als auch beim Vater leben. Der Wohnortwechsel des Kindes findet dabei je nach Vereinbarung der Eltern in unterschiedlichen Intervallen statt. Wir haben vier Experten aus den Bereichen Entwicklungspsychologie, Pädagogik, Kinderpsychotherapie und Kinderpsychiatrie – Mag. Holger Eich,¹ Univ.-Doz. Dr. Helmuth Figdor,² o. Univ. Prof. Dr. Max H. Friedrich³ und Ass.-Prof. Mag. Dr. Harald Werneck⁴ – gefragt, was sie aus fachlicher Sicht von diesem Modell halten und ob sie eine Reform der österreichischen Rechtslage dahin gehend befürworten, dass das Modell der „Doppelresidenz“ nach Trennung bzw. Scheidung von Eltern vereinbart werden kann.

MAG^A. JUDIT BARTH-RICHTARZ*

I. Doppelresidenz aus fachlicher Sicht

Wie beurteilen Sie aus fachlicher Sicht das Modell der „Doppelresidenz“?

Eich: Ich denke, dass sich dieses Modell in zahlreichen Fällen empirisch bewährt hat. Die in Österreich präferierte Idee der Notwendigkeit eines „Hauptwohnsitzes“ scheint mir aus kinderpsychologischer Sicht nicht beweisbar; sie reflektiert eher einen Restposten bürgerlicher Familienromantik. Diese postuliert, dass es einen Ort geben möge, der vom Kind als „Heimat“ oder „Zuhause“ erlebt wird. Von diesem sicheren Ort aus erkundet es die Welt, knüpft es Kontakt zu anderen und findet es immer wieder Geborgenheit und Sicherheit bei Konflikten und Verunsicherungen. Als jemand, der eine Kindheit dieser Art gehabt hat, fällt es mir einerseits schwer, dieses Konzept zur Gänze aufzugeben.

Aus meiner persönlichen Erfahrung erscheint es das optimale Modell für eine behütete kindliche Entwicklung. Nur in meiner beruflichen Erfahrung (im großstädtischen Raum) erlebe ich andererseits, dass Kinder (auch in bestehenden Familien) zahlreiche Umzüge, Wohnortänderungen und damit Änderungen des räumlichen und sozialen Umfelds erleben. In Zeiten der von der Wirtschaft geforderten beruflichen Mobilität und der Zunahme von Patchworkfamilien passiert dies umso häufiger. Vor allem bei Familien, die hoch verschuldet auf der Suche nach dem Ideal von Familie und Eigenheim scheitern und sich trennen, müssen Kinder erleben, dass sie das frisch gebaute „Nest“ verlassen müssen – entweder mit der Mutter oder mit dem Vater, weil keiner für sich in der Lage ist, den Status quo zu erhalten. Ein über die gesamte Kindheit stabiles „ordentli-

ches Zuhause“ scheint mir aus empirischer Sicht ein Privileg immer weniger Kinder.

Das Wechselmodell erfordert vom Kind freilich eine hohe Anpassungsleistung. Es wächst in zwei „Zuhause“ auf – eine Vorstellung, die – ausgehend vom oben genannten Ideal – paradox erscheint. Es bietet aber damit auch die Möglichkeit zweier (!) „sicherer Häfen“ – kommen in einer Wohnsituation bedrohliche Ereignisse auf das Kind zu (ein Elternteil lernt eine neue Partnerin/einen neuen Partner kennen; Einzug einer Partnerin/eines Partners; Geburt eines Geschwisters; Zuzug von Stiefgeschwistern; Verlust der Wohnung oÄ), so kann in dieser stürmischen Zeit der zweite Hafen Geborgenheit und sichere Kontinuität bieten. Auch kann sich das Kind an zwei Plätzen auf unterschiedliche Weise kreativ einrichten, was nicht Hinweis auf „Spaltung“ sein muss. Voraussetzung für das Funktionieren dieses Modells sind allerdings kooperative Eltern.

Figdor: Kinder können – egal, wie oft sie irgendwo sind – trotzdem das Gefühl des Zuhausees haben. Die Kinder verbringen auch mehr Zeit im Kindergarten und in der Schule und haben trotzdem das Gefühl, zu Hause „zu Hause“ zu sein, und nicht in der Schule. Das Gefühl des Zuhausees hängt nicht mit ganz bestimmten Begrenzungen von verschiedenen Aufenthalten zusammen; das wäre ein ganz großes pädagogisches Missverständnis. Wieso soll sich ein Kind nicht bei der Mama und beim Papa zu Hause fühlen? Das Zuhause ist in erster Linie definiert durch Beziehungen; die Heimat ist dort, wo ich meine Freunde, meine Beziehungen habe.

Ich würde nicht sagen, die Kinder **sollen** das Gefühl von zwei Zuhause haben, aber es ist aus meiner Sicht überhaupt nichts dagegen einzuwenden, wenn sie zwei Zuhause

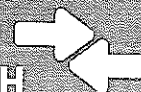
* Mag^A. Judit Barth-Richtarz arbeitet in der Entwicklungsdiagnostik 10 der Stadt Wien sowie als psychoanalytisch-pädagogische Erziehungsberaterin in freier Praxis.

¹ Mag. Holger Eich ist Psychologe im Kinderschutzzentrum Wien und Sachverständiger in Straf- und Pflegschaftssachen.

² Univ.-Doz. Dr. Helmuth Figdor ist Dozent am Institut für Bildungswissenschaft der Universität Wien und der Universität für Musik und Darstellende Kunst, Psychoanalytiker, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut und Erziehungsberater.

³ o. Univ. Prof. Dr. Max H. Friedrich ist Vorstand der Universitätsklinik für Neuropsychiatrie des Kindes- und Jugendalters in Wien und gerichtlich beideter und zertifizierter Sachverständiger für Psychiatrie, Neurologie und Kinder- und Jugendpsychiatrie.

⁴ Ass.-Prof. Mag. Dr. Harald Werneck ist Assistenzprofessor am Institut für Entwicklungspsychologie und Psychologische Diagnostik der Universität Wien.



haben. Da distanzieren ich mich auch von der Meinung, die ich früher vertreten habe.

Friedrich: Jedes Kind benötigt eine Wohn- bzw. Heimidentität. Das heißt, dass das Kind sein Stammbett, seinen Stammspielplatz, seinen Arbeitstisch udgl. mehr hat. Doppelheimidentitäten führen aus meiner Sicht zu Schiss in der Persönlichkeitsentwicklung. Mit der Heim- und Wohnidentität ist nämlich ganz ursächlich auch der Erziehungsstil des Elternteiles im Heim erster Ordnung verbunden. Der Besuchsrechtelternteil hat sich dem Erziehungsstil des Heims erster Ordnung anzupassen, da das Kind sonst zwischen zwei Welten pendelt und mit dem Heranwachsen verleitet wird, sich dem Erziehungsstil zuzuneigen, der vermeintlich der bequemere ist.

Bei perfekten Bedingungen hat sich die von mir entwickelte Formel als aus meiner Sicht optimal erwiesen. Das Besuchsausmaß soll 14-täglich sein und ein sog. „langes Wochenende“ beinhalten: Dieses beginnt entweder am Freitagabend und endet am Sonntagabend, oder es beginnt Samstagfrüh und endet Montagfrüh. Zwischen den beiden Besuchswochenenden wird auf Vereinbarung ein Besuchsnachmittag installiert. Die Weihnachtsferien werden alternativ jedes Jahr einmal in der ersten und einmal in der zweiten Hälfte beim Besuchselternteil verbracht. Gleiches gilt alternativ für die Februar- und die Osterwoche. Hinzu kommen, wenn es die finanziellen Umstände zulassen, drei Sommerferienwochen. Dieser Schlüssel ergibt ca. 1/3 der Jahrestage mit Kontakt, bindet den Besuchselternteil auch in die Verantwortung, mit dem Kind einkaufen zu gehen und zu lernen, ein, und damit ist dem Informationsrecht und der Informationspflicht, wie sie ja bei der gemeinsamen Obsorge festgelegt sind, Rechnung getragen.

Aufgrund der stetig steigenden Scheidungsraten und der hohen Zahl an Vätern, die sich innerhalb der ersten vier Jahre durch Abstinenz auszeichnen, gelingt es schon jetzt nur schwer, die gemeinsame Obsorge auch tatsächlich zu leben. Der Begriff der „harmonischen Scheidung“ (Zitat: Maria Fekter, ehemalige Justizsprecherin der ÖVP und jetzige Bundesministerin für Inneres), ist eine *contradictio in se*. Auch die gemeinsame Obsorge ist einer „Generalprävention“ (Zitat: eben dieselbe) ist für mich unschlüssig. Des Kindeswohls eingedenk, sehe ich bei vielen Patchworkfamilien ein ungeheures Zuständigkeitschaos im Moment, wo neue Familiengründungen mit „meinen Kindern, deinen Kindern und unseren Kindern“ entstehen und Kinder die oben angesprochene Zugehörigkeit aus ihrer Sicht verlieren.

Werneck: Aus Sicht der Entwicklungspsychologie kann die empirische Befundlage dahin gehend zusammengefasst werden, dass die „Doppelresidenz“ das nach einer Scheidung bzw. Trennung der Eltern im Regelfall für das Kindeswohl wohl günstigste Rahmenmodell darstellt. Kinder wünschen sich und streben (jaR) zu Recht nach einer guten Beziehung zu beiden Elternteilen. Dies gilt auch bzw. gerade nach einer elterlichen Scheidung bzw. Trennung.

Die – in Österreich seit 2001 gesetzlich mögliche – Obsorge beider Elternteile im Fall einer Scheidung war ein wichtiger Schritt, um den Kontakt zwischen Kind und beiden Elternteilen nach einer elterlichen Scheidung bzw. Tren-

nung nicht abreißen zu lassen bzw. zu fördern, der sich entsprechend den Evaluationsergebnissen auch bewährt hat. Um den betroffenen Kindern jedoch auch eine Chance zu bieten, intensive, tragfähige und langfristige Beziehungen zu beiden Elternteilen herzustellen, zu bewahren bzw. zu vertiefen (die emotionale Nähe zu dem jeweiligen Elternteil schwankt typischerweise, zB je nach Entwicklungsphase, Geschlecht des Kindes usw.), sind über Besuchskontakte hinausgehende geteilte Alltagserfahrungen Voraussetzung.

Eine Ermöglichung des international bereits in den meisten westlichen und skandinavischen Ländern etablierten und bewährten Doppelresidenzmodells ist daher als nächster wichtiger und notwendiger Schritt iSd Kindeswohl zu empfehlen.

Schwerpunkt

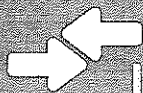
II. Überprüfungskriterien

Welche Kriterien könnten/müssten herangezogen werden, um festzustellen, ob dieses Modell für das jeweilige Kind geeignet ist?

Eich: Das Kind muss tatsächlich zu beiden Eltern eine gefestigte, positive Bindung haben (zB zu Vätern, die erst nach der Trennung plötzlich Interesse fürs Kind zeigen und bisher keine Erziehungsaufgaben mitgetragen hatten, kann man ein Kind nicht plötzlich die Hälfte der Zeit geben). Diskutieren wird man natürlich auch das Alter des Kindes müssen – für Säuglinge wird es nicht praktikabel sein, sicher aber mit dem Schulalter. Was Kleinkinder angeht, müsste man bestehende Erfahrungen evaluieren. Die Eltern dürfen weiters nicht zu weit voneinander entfernt leben. Ideal wären Wohnungen in der Nähe, da – va bei Schulkindern – immer bestimmte Sachen (Unterlagen, Schulbücher und -hefte, Dokumente) in der Wohnung des jeweils anderen Elternteils liegen, geholt werden müssen etc. Auch deshalb ist eine gute Kooperationsfähigkeit der getrennten Eltern notwendig.

Figdor: Die Eltern müssen eine entsprechende Bereitschaft dazu haben, und sie müssen bereit sein, über diese zwei „Residenzen“ hinweg gleichsam „ein Dach zu spannen“. Damit meine ich, dass sie zumindest gedanklich eine Überschneidung der beiden Lebensbereiche für das Kind ermöglichen, indem etwa über den anderen Elternteil und den Alltag dort geredet werden kann, sodass das Kind nicht in zwei völlig voneinander isolierten Welten lebt. Wenn wirklich eine sehr, sehr große Spannung zwischen den Eltern herrscht, beide überhaupt nicht miteinander reden, einander auch nicht repräsentieren können, kann ich mir vorstellen, dass es für das Kind uU die schlechtere Lösung ist, die Hälfte der Zeit in der einen und die andere Hälfte in der anderen Welt zu leben, als zu sagen: „Okay, ich lebe bei der Mama, und alle vierzehn Tage bin ich beim Papa zu Besuch.“ Das ist dann sozusagen eine eigene „Besuchswelt“, in die das Kind aus seinem Alltag aussteigt.

Ansonsten glaube ich nicht, dass es möglich ist, aufgrund bestimmter Fallkonstellationen oder diagnostischer Kriterien wie Alter oder Persönlichkeit des Kindes vorweg zu sagen, dass für dieses Kind die Doppelresidenz das geeignete Arrangement wäre, für jenes Kind es jedoch besser



Schwerpunkt

wäre, den Vater nur zweimal in der Woche zu sehen etc. Ich glaube, das ist nur empirisch überprüfbar. Dasselbe gilt für die Frage, wie die Doppelresidenz ausgestaltet sein soll – ein täglicher, halbwochentlicher oder ein monatlicher Wechsel oder stundenweise. Die Regelung muss in das Leben der Eltern gut hineinpassen, sonst kann sie gar nicht gelebt werden, und sie muss ins Leben der Kinder hineinpassen – mit Schulort uÄ.

Wenn ein Kind zu seinem Vater eine wirklich intensiv gelebte Beziehung hat, der Vater im Alltag des Kindes symbolisch repräsentiert, im Denken des Kindes tagtäglich anwesend ist, das Kind sich mit dem Vater identifizieren kann und der Vater emotional verfügbar ist, dann ist es in meinen Augen nicht mehr so entscheidend, ob das jetzt zwei oder drei oder dreieinhalb Tage in der Woche sind. Das sollte dann so gemacht werden, dass es gut lebbar ist. Man muss eine Lösung finden, von der man annimmt, das könnte so funktionieren, und dann muss man überprüfen, ob es geht. Es sind die Kinder, die bestätigen, dass es ihnen damit gut geht, und es sind letzten Endes die Kinder, die bestätigen, dass es ihnen damit nicht gut geht, indem sie entweder revoltieren und es anders haben wollen, zB nicht dauernd ihre Schulsachen hin- und hertragen müssen und ihre Freunde nur am Dienstag treffen können und nicht am Mittwoch, oder mit irgendwelchen Symptomen reagieren.

Man muss diese Entscheidung entideologisieren; es ist ganz wichtig, dass auch Eltern, die sich das wünschen, für sich die Möglichkeit voraussehen, dass sich zeigen könnte, dass das, was sie sich als Ideal vorstellen, sich für die Kinder **nicht** als Ideal herausstellt. Aber aufmerksam darauf achten, wie es dem Kind geht, müsste man ja eigentlich bei jeder Obsorge- und Besuchsrechtsregelung.

III. Reform des Obsorgerechts

Sollte es zu einer Reform des Obsorgerechts dergestalt kommen,

- dass das Modell der „Doppelresidenz“ von den Eltern als Obsorgeform vereinbart werden kann oder
- dieses vom Gesetz als die Ideallösung angenommen wird, an das sich Vereinbarungen der Eltern prinzipiell annähern sollten?

Eich: Dass das Modell der „Doppelresidenz“ von den Eltern als Obsorgeform vereinbart werden kann, wäre sinnvoll – derzeit ist es ja so, dass viele Eltern dieses Modell praktizieren, aber „offiziell“ vor Gericht eine andere Scheinlösung formuliert werden muss. Das ist freilich unwürdig und absurd! Die Doppelresidenz als Ideallösung scheint mir allerdings übertrieben. Ich denke, dass als Ideallösung die gemeinsame Obsorge nach Trennung/Scheidung installiert werden sollte (wie in Deutschland üblich und bewährt), aber nicht die „Doppelresidenz“, die lediglich eine Möglichkeit unter mehreren sein sollte, die Obsorge zu praktizieren!

Figdor: Das Modell soll es geben können, und es kann für die Kinder auch wunderbar sein, aber das Hauptproblem liegt eigentlich anderswo, nämlich im Beziehungsklima der Eltern. Genauso wie man sich von der beider-

seitigen Obsorge nicht erwarten darf, dass sie alle Probleme von Scheidungskindern beseitigt, darf man sich auch nicht von diesem Modell erwarten, dass es alle Probleme löst. Die beiderseitige Obsorge ist das Maximum dessen, von dem ich sage, das ist ein gutes von außen definiertes Modell; sonst bin ich sehr skeptisch, ob man sagen kann, äußere Beziehungsmodelle sind für alle Fälle hierarchisierbar. Wenn der Vater zB in Wien lebt und die Mutter in Innsbruck: Ist es dann wirklich gut für das Kind, eine Woche hier und eine Woche da zu leben? Vielleicht. Aber vielleicht ist auch eine andere Regelung besser, etwa das Schuljahr bei dem einen und die Ferien bei dem anderen Elternteil zu verbringen. Ich glaube nicht, dass man ein allgemeingültiges ideales Aufenthaltsmodell definieren kann.

Friedrich: Ich hoffe, dass es zu keiner gesetzlichen Verankerung der Doppelresidenz kommt. Schließlich würde die Zahl der notwendig werdenden Gutachten ansteigen, da ja immer allfällige Ausschlusskriterien für Eltern im Hinblick auf das Kindeswohl einzukalkulieren sind. Als Ausschlusskriterien gelten Nerven-, Geistes- oder Gemütskrankheiten bzw allfällige gleichwertige seelische Störungen, Alkohol, Drogen bzw Medikamentenabhängigkeit, Kriminalität und grob lichterlicher Lebenswandel. Bei Doppelresidenz wird der Anteil der Kontrollen durch die Jugendämter ansteigen, weil durch die gegenseitigen Beschuldigungen mehr Hausbesuche notwendig werden. Da die Jugendämter derzeit schon am Personallimit stehen und in erster Linie Schreibtischarbeit erfüllen, fürchte ich, dass Chaos ausbrechen wird. Psychologische und kinderpsychiatrische Sachverständige sind rar, und das Konfliktpotenzial, das zur Scheidung geführt hat, wird weiter aufrechterhalten bleiben. Aus meiner Sicht lassen sich nur Schwierigkeiten aus der Doppelresidenz ableiten.

Werneck: Es sollte aus den Vorgaben, Formulierungen und begleitenden Gesprächen einerseits klar hervorgehen, dass das Modell der Doppelresidenz unter den gegebenen Bedingungen (Scheidung/Trennung) als jenes mit der höchsten Erfolgswahrscheinlichkeit, va im Sinn des Kindeswohls, und daher als „Standardfall“ vorzusehen bzw anzustreben ist. Andererseits ist es einer höchstmöglichen Compliance eine von allen – ohne Zwang – akzeptierte Vereinbarung wünschenswert.

IV. Rahmenbedingungen einer gesetzlichen Verankerung

Wenn es zu einer gesetzlichen Verankerung der Doppelresidenz käme, worauf wäre dabei aus Ihrer Sicht Bedacht zu nehmen? Sollte es zB eine Altersgrenze geben, eine Beratung der Eltern, eine Festschreibung, wann/wie lange das Kind bei welchem Elternteil ist, flexible oder starre Regelungen, vorgesehene Einschätzungen, wie es dem Kind mit dieser Regelung geht, Befristungen etc?

Eich: Eine Beratungspflicht für Eltern würde ich nicht auf die Frage der „Doppelresidenz“ beschränken, sondern bei **jeder** Scheidung/Trennung einfordern. Auch sollte dem Kind die Möglichkeit gegeben werden, dass es an einem neutralen Ort über seine Gefühle, Ängste und Wünsche sprechen kann – ohne dass dies zwangsläufig den Eltern/Richtern kommuniziert werden muss. Diese Möglichkeit



sollte außerhalb der Jugendämter (die eben auch Kontrollbehörde sind) erfolgen.

Werneck: Befunde aus der Bindungsforschung legen nahe, dass Kinder auch schon im ersten bzw in den ersten Lebensjahren generell nicht nur in der Lage sind, enge Beziehungen bzw Bindungen zu mehr als einer Bezugsperson zu etablieren, sondern auch davon zu profitieren. Inwieweit bzw in welcher konkreten Weise das Doppelresidenzmodell, insb bei Kleinkindern, zum Wohl des Kindes umgesetzt werden kann bzw werden soll, wird wohl in letzter Konsequenz nur für den jeweiligen Einzelfall unter Einbeziehung aller Beteiligten zu entscheiden sein. Insofern scheint es sinnvoll, flexible Regelungen vorzusehen. Ebenso scheint, speziell im Kleinkindalter und va für die erste Zeit, eine regelmäßige Supervision, gegebenenfalls gekoppelt an eine Befristung der Lösung, aber auch ein entsprechendes begleitendes Beratungsangebot notwendig bzw sinnvoll.

Echte „Kontraindikationen“ gegen das Doppelresidenzmodell, etwa aufgrund klinischer Störungen eines Elternteils (Psychosen, Drogenabhängigkeit, Gewaltanwendung etc) werden in Ausnahmefällen vorzusehen bzw notwendig sein, stellen allerdings kein relevantes Argument gegen seine grundsätzliche Sinnhaftigkeit dar.

V. Kindesunterhalt bei Doppelresidenz

Wie sollte ihrer Meinung nach im Falle der „Doppelresidenz“ des Kindes der Kindesunterhalt geregelt sein?

Schwerpunkt

Figdor: Die Frage nach der Unterhaltsregelung ist vielleicht die wichtigste an der ganzen Problematik. Wenn Eltern sich einigermaßen gut verstehen und bereit sind, dass die Kinder Zeit mit beiden Eltern verbringen, wäre die formale Definition eines Lebensmittelpunkts völlig belanglos, wenn daran nicht die Frage der Alimentationszahlungen geknüpft wäre. Ich habe in der Scheidungsberatung schon oft genug erlebt, dass um den Lebensmittelpunkt gestritten wird, und in Wirklichkeit ist es um Geld gegangen. Geld bekommt im Zuge der partnerschaftlichen Konflikte oft noch eine zusätzliche Bedeutung und einen besonderen Machtfaktor.

Ich glaube, dass es wichtig wäre, die ökonomische Frage von der pädagogischen Frage möglichst genau juristisch zu trennen. Die Definition eines Lebensmittelpunkts wäre dann hinfällig und könnte aus dem Gesetzestext gestrichen werden. Dann gibt es alle Möglichkeiten: Das Gesetz gibt einen Rahmen vor, in dem alles möglich ist – je nach individueller Fallkonstellation.

Zur „Doppelresidenz“ des Kindes nach österreichischem Recht

Entspricht eine solche Vereinbarung der geltenden Rechtslage?

Unter „Doppelresidenz“ des Kindes (auch als „Wandelmodell“ oder „Wechselmodell“ bezeichnet) wird die Vereinbarung annähernd gleichzeitiger Betreuung – und damit verbunden: gleichzeitigen Aufenthalts – des Kindes bei beiden Elternteilen nach deren Scheidung bzw Trennung verstanden. Im Folgenden wird überblicksmäßig dargestellt, ob eine solche Vereinbarung mit dem österreichischen Recht (§ 177 Abs 2 ABGB) in Einklang zu bringen ist.

DR. PETER BARTH*

1. Obsorge nach Scheidung

Wird die Ehe der Eltern eines (minderjährigen und ehelichen) Kindes geschieden, so bleibt zunächst die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie müssen jedoch dem Gericht (wollen sie die gerichtliche Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil vermeiden; s § 177a ABGB) eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern

vereinbart werden kann (§ 177 Abs 1 ABGB). Immer dann, wenn die Obsorge beider Elternteile¹ vereinbart wird, haben die Eltern dem Gericht auch eine Vereinbarung darüber vorzulegen, bei welchem der beiden sich das Kind **hauptsächlich aufhalten** soll (§ 177 Abs 2 ABGB).

Unter dem Begriff des „hauptsächlichen Aufenthaltsortes“ ist nach hM nicht nur eine bestimmte örtliche Umgebung zu verstehen, sondern vor allem die Zuweisung des Kindes in die „persönliche Verantwortlichkeit eines Eltern-

* Dr. Peter Barth ist Familienrichter des BG Liesing.

¹ In Österreich hat sich der Begriff der „Obsorge beider Elternteile“ (anstelle jenes der „gemeinsamen Obsorge“) etabliert (s grundlegend ErlRV 296 BlgNR 21. GP und Hopf in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB² [fortan KBB²], §§ 177–177a Rz 3; Stabentheiner in Rummel, ABGB³, ErgBd, §§ 177–177b Rz 1, sowie Weitzenböck in Schwi-

mann, ABGB³ I, § 177 Rz 1), da hiedurch stärker das Prinzip der Einzelvertretungsbefugnis jedes Elternteils zutage trete. Man kann aber wohl auch in Österreich von „gemeinsamer Obsorge“ sprechen und hierbei den Oberbegriff für unterschiedliche Gestaltungsmodelle in diesem Bereich meinen (so überzeugend Pfurtscheller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang, Kommentar zum ABGB³ [fortan Klang³], § 177 Rz 15).

Barth/Deixler-Hübner/Jelinek
(Hrsg.)

Handbuch des neuen
Kindschafts- und
Namensrechts

Stand: 1.2.2013

iFamZ

Linde

Gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils?

Judit Barth-Richtarz

1. Neuerungen durch das KindNamRÄG 2013 im Hinblick auf die Obsorge
 2. Fragestellung
 3. Elterliches Einvernehmen als Voraussetzung für die gemeinsame Obsorge?
 - 3.1. Was bewegt Eltern, die gemeinsame Obsorge abzulehnen?
 - 3.2. Emotionale Motive bei der Obsorgeentscheidung
 - 3.3. Psychoanalytische Deutung der emotionalen Motive der Eltern
 - 3.4. Was „bringt“ die gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils?
 4. In welchen Fällen erscheint die angeordnete gemeinsame Obsorge nicht angebracht?
 - 4.1. Fehlende Erziehungsfähigkeit oder Krankheit eines Elternteils, Gewalt, Vernachlässigung
 - 4.2. Bestimmte Formen und Schweregrade der Konflikte zwischen den Eltern
 - 4.3. Schikanöse Ausübung der Elternrechte
 - 4.4. Entführungsgefahr
 - 4.5. Nachhaltige Vernachlässigung von Obsorgepflichten
 5. Welche Möglichkeiten eröffnet das KindNamRÄG 2013 im Umgang mit (hoch-)konflikthaften Eltern?
 - 5.1. Erziehungsberatung
 - 5.2. Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung
 6. Zusammenfassung
- Literaturverzeichnis**

1. Neuerungen durch das KindNamRÄG 2013 im Hinblick auf die Obsorge

Während die gemeinsame Obsorge im Fall **nicht miteinander verheirateter Eltern** bisher nur mit Zustimmung der Mutter möglich war, kann die Teilhabe an der Obsorge nun vom Vater bei Gericht beantragt werden. Genauso ist die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge im Fall einer **Trennung bzw. Scheidung** der Eltern nicht mehr zwingend an deren Einvernehmen darüber gebunden, sondern kann ebenfalls von einem Elternteil – auch gegen den Willen des anderen – beantragt werden. In beiden Fällen hat das Gericht **nach Maßgabe des Kindeswohls** darüber zu entscheiden, ob künftig ein Elternteil oder beide Elternteile mit der Obsorge für das Kind betraut werden.¹ Das Gericht kann somit den Eltern die gemeinsame Obsorge **gegen den Willen eines Elternteils oder** (wenn beide Eltern einen Antrag auf Alleinobsorge stellen) **sogar gegen den Willen beider Eltern** auftragen, wenn es zu der Auffassung gelangt, dass diese dem Kindeswohl besser entspricht als die Alleinobsorge eines Elternteils.

Offensichtlich rückt der Gesetzgeber damit ein Stück weit von der These ab, dass das (von vornherein bestehende) Einvernehmen der Eltern über die Regelung der Obsorge in jedem Fall eine Grundvoraussetzung dafür ist, dass die gemeinsame Obsorge funktionieren kann bzw. dem Kindeswohl entspricht.

2. Fragestellung

Folgende drei Fragen stellen sich aus pädagogischer Perspektive:

1. Erscheint dieses Abrücken gerechtfertigt, bzw. was kann die gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils oder gegen den Willen beider Elternteile überhaupt „bringen“?
2. In welchen Fällen erscheint die angeordnete gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils nicht angebracht?
3. Welche neuen Möglichkeiten eröffnet das KindNamRÄG 2013 für den Umgang mit (hoch-)konflikthaften Eltern?

3. Elterliches Einvernehmen als Voraussetzung für die gemeinsame Obsorge?

In der Diskussion um die Reform des Kindschaftsrechts wurde der fehlende Wunsch eines Elternteils oder beider Elternteile, die Obsorge für die Kinder gemeinsam auszuüben, oft gleichgesetzt mit der mangelnden Fähigkeit dieser Eltern, zum Wohl der Kinder zu kooperieren: „Wer nicht kooperieren will, kann es auch nicht!“, oder: „Kooperation kann nicht verordnet werden!“ Dabei zeigen die Erfahrung der Praxis genauso wie Forschungsergebnisse, dass dem Wunsch nach der Al-

¹ § 180 ABGB.

leinobsorge bzw der Ablehnung der gemeinsamen Obsorge durchaus **sehr unterschiedliche Motive** zugrunde liegen können: Abgrenzungs- und Schutzbedürfnisse, Ängste in Bezug auf die Kinder, Befürchtungen in Bezug auf das Zusammenreffen bzw die Kooperation mit dem Expartner, teilweise das Bedürfnis, mit der Alleinobsorge einen narzisstischen Ausgleich zu schaffen, Rollenbilder oder das Selbstverständnis, ein Recht auf das Kind (erworben) zu haben uvm. Dass dabei nicht immer die **Einschätzung** im Vordergrund steht, dass eine gemeinsame Ausübung der Elternschaft tatsächlich **nicht möglich (und für das Kind förderlich)** sein wird, sondern der Obsorgewunsch mitunter eher **eigenen Wünschen und Bedürfnissen der Elternentspringt**, was die weitere Gestaltung ihrer Elternschaft oder die des anderen Elternteils betrifft, zeigen die folgenden Studienergebnisse.

3.1. Was bewegt Eltern, die gemeinsame Obsorge abzulehnen?

2010 wurde in Deutschland im Auftrag des dBMJ eine Studie zur **Lebenswirklichkeit von nicht miteinander verheirateten Eltern bei der Geburt eines Kindes** durchgeführt, und ihre Beweggründe für oder gegen das gemeinsame Sorgerecht wurden erforscht.²

Es zeigte sich, dass – entgegen der Intention des Gesetzes – bei der Entscheidung von Eltern gegen die gemeinsame elterliche Sorge **keineswegs kindeswohlrelevante Gründe im Vordergrund** stehen. Vielmehr waren mehrheitlich Gründe ausschlaggebend, die mit Risikofaktoren für die Kinder gar nichts zu tun hatten oder höchstens insofern – den Autorinnen zufolge „potenziell“ – relevant für das Kindeswohl waren, als sie sich auf die Qualität der Elternbeziehung bezogen. So nannten die befragten Mütter am häufigsten, dass sie **keine Zustimmung zur gemeinsamen Sorge** gaben, weil sie dies **nicht wünschten**, sie nicht sicher waren, ob die Partnerschaft Bestand haben würde und im Fall von Konflikten über Erziehung oder das Kind lieber alleine entscheiden wollten. Die nicht verheirateten Väter ohne Sorgerecht gaben im Übrigen am häufigsten an, dass sie mit ihrer Partnerin deshalb keine gemeinsame Erklärung zur elterlichen Sorge für ihr gemeinsames Kind abgegeben hatten, weil sie dachten, die gemeinsame Sorge würde automatisch bestehen, bzw dass sie die gemeinsame Erklärung nicht zielstrebig genug verfolgt hätten oder es ihnen nicht wichtig erschien.³

Auch in der österreichische Evaluationsstudie zum KindRÄG 2001 standen Befürchtungen angesichts möglicher Risiken für das Kind im Fall der **Fortsetzung der gemeinsamen Obsorge nach der Scheidung** nicht an der Spitze der Beweggründe gegen die gemeinsame Obsorge. Als häufigsten Grund, warum sie die Al-

² In Deutschland erhalten nicht miteinander verheiratete Eltern durch Abgabe einer übereinstimmenden Sorgeerklärung das gemeinsame Sorgerecht. Tun sie das nicht, bleibt die Mutter alleine obsorgeberechtigt.

³ Jurczyk/Walper, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Vorgezogener Endbericht (2010).

leinobsorge anstrebten, nannten Mütter, dass sie sich bereits in der Zeit der Ehe hauptsächlich um die Kinder gekümmert hätten. Der schlechte Einfluss des anderen Elternteils, Gewalt in der Beziehung der Eltern sowie die Angst vor Entführung zählten hingegen zu den am wenigsten oft genannten Gründen.⁴

3.2. Emotionale Motive bei der Obsorgeentscheidung

Die österreichische Evaluationsstudie hat gezeigt, dass bei der Obsorgeentscheidung bzw. den Wünschen und Vorstellungen bezüglich der Gestaltung der Elternschaft nach der Scheidung auch wenig reflektierte emotionale (und nur teilweise bewusste) Motive der Eltern eine Rolle spielen. Die Obsorgeentscheidung ist daher mitunter weniger das Ergebnis rationaler Überlegungen darüber, wie die Zukunft gestaltet werden soll, als dass sie wichtige (momentane) emotionale Bedürfnisse erfüllt, die für das seelische Gleichgewicht der Eltern bedeutsam sind.

Fallbeispiel

Frau und Herr N sind seit etwas mehr als einem Jahr geschieden. Kurze Zeit nach der Scheidung kommen sie jedoch wieder für ein paar Monate zusammen. In dieser Zeit kaufen sie ein neues Haus, in das die Eltern wieder gemeinsam mit ihren drei Kindern einziehen möchten. Dazu kommt es aber nicht mehr. Die Beziehung scheitert erneut, und Frau N wünscht sich die endgültige Trennung. Frau N zieht alleine mit den Kindern in das neue Haus. Bei der Scheidung wurden für die Kinder die gemeinsame Obsorge und regelmäßige Kontakte der Kinder zum Vater vereinbart. Die Besuchskontakte und die Kommunikation zwischen den Eltern klappen zunächst reibungslos. Die Kinder freuen sich jedes Mal auf die Stunden und Tage mit dem Vater. Nach dem erneuten Scheitern der Beziehung fühlt sich Herr N von seiner Exfrau massiv betrogen und enttäuscht. Das lässt er die Kinder bei ihren Besuchen bei ihm wissen. Frau N stellt einen Antrag auf Aussetzung der Besuchskontakte bzw. fordert, dass diese begleitet sein müssen, damit Herr N aufhöre, vor den Kindern schlecht über sie zu reden. Die Richterin ordnet begleitete Besuche an. Herr N beantragt die Herabsetzung des Kindesunterhalts, den er bisher aufgrund seines guten Verdiensts freiwillig in deutlich höherem Umfang leistete, als er gesetzlich verpflichtet wäre. Als Herr N eine neue Partnerschaft eingeht, beantragt Frau N die Alleinobsorge für alle Kinder. Sie begründet diesen Schritt damit, dass sie befürchtet, Herr N könnte versuchen, ihr zu schaden, falls sie selbst wieder einen Partner hätte; sie könne ihm nicht mehr trauen. Außerdem denkt sie, dass er ohnehin nicht zu viel Verantwortung für die Kinder tragen möchte. Jetzt, da er eine neue Partnerin gefunden habe, werde es nicht lange dauern, bis er ganz auf die Kinder „pfeife“. Schon jetzt nehme sein Interesse an den Kindern – so die Wahrnehmung von Frau N – stetig ab.

⁴ Barth-Richtarz/Figdor, Was bringt die gemeinsame Obsorge? (2008) 100–112.

Der Rechtsstreit um das neue Haus und hohe Schulden eskaliert. Frau N erzählt den Kindern, dass der Vater sie zerstören und ihnen das Zuhause nehmen möchte. Die gemeinsame Obsorge wird aufgelöst, und die Mutter erhält die Alleinobsorge. Dafür erhält der Vater wieder das Recht, die Kinder unbegleitet zu sehen.

Frau N geht es gesundheitlich zunehmend schlechter. Als sie den Vater einmal bittet, die Kinder eine Woche zu sich zu nehmen, um sich erholen zu können, lehnt dieser mit dem Hinweis auf die Alleinobsorge der Mutter ab. Als Frau N ihn wenig später ersucht, sich an zusätzlichen Kosten für die Kinder zu beteiligen, weigert er sich und teilt seiner Exfrau außerdem mit, dass er unter diesen Umständen, nämlich der Alleinobsorge der Mutter, keine Verantwortung mehr für die Kinder übernehmen könne, wenn diese krank oder verletzt seien. Das habe zur Folge, dass im Fall einer auch nur leichten Erkrankung die Besuche beim Vater nicht stattfinden könnten und sie, sollten die Kinder während der Besuchstermine krank werden, von der Mutter abzuholen seien. Außerdem könne er sich aus beruflichen Gründen auf keine fixe Besuchsregelung mehr einlassen. Die Termine, die er vorschlägt, könnten von der Mutter akzeptiert werden, oder sie fallen aus. Daraufhin sagt Frau N den für die nächste Woche geplanten Urlaub der Kinder mit dem Vater im letzten Moment ab und beantragt bei Gericht eine Neuregelung des Besuchsrechts und bis dahin eine Aussetzung der Besuchskontakte. Die Gesprächsbasis zwischen den Eltern ist mittlerweile völlig zerstört.

Da beide Eltern nicht mehr in der Lage sind, eine Besuchsrechtsregelung zustande zu bringen bzw die Einhaltung der Kontakte für die Kinder zu ermöglichen, schickt die RichterIn, die sehr an einer gütlichen Regelung interessiert ist, die Eltern schließlich zur Erziehungsberatung.

3.3. Psychoanalytische Deutung der emotionalen Motive der Eltern

Eine Trennung bzw Scheidung stellt in den allermeisten Fällen eine schwere Krise nicht nur für die Kinder, sondern auch für die betroffenen Eltern dar, und zwar unabhängig davon, ob sie selbst oder vom anderen initiiert wurde. Es kann davon ausgegangen werden, dass Ängste, Enttäuschungen, Kränkungen, Wut, Hass- und Rachegefühle, Schuld- und Versagensängste, Hilflosigkeit und eine Erschütterung des eigenen Selbstbewusstseins und der eigenen Identität bei allen Eltern eine Rolle spielen, wenn auch die Gewichtung, die Intensität und der Grad an Bewusstheit dieser Regungen von Fall zu Fall sehr verschieden sind. Die sozialen und ökonomischen Probleme in Scheidung lebender oder bereits geschiedener Eltern verschärfen die psychischen Probleme weiter.

Aufgrund der schmerzlichen Erfahrungen mit der Expartnerin bzw dem Expartner kann ein Prozess in Gang kommen, im Laufe dessen sich „die ursprünglich ambivalenten Bilder vom Partner (als Träger positiver und negativer Eigenschaften) (...) so verändern, dass dem Partner nur mehr negative Eigenschaften zugeschrieben werden, man sich selbst hingegen als weitgehend gut und als Opfer

erlebt“.⁵ Der andere wird dann nur noch als egoistisch, verantwortungslos und bösartig wahrgenommen. In dieser Situation können die Eltern den anderen nicht anders erleben und suchen beständig nach „Beweisen“ für ihr/sein „Schlecht-Sein“. Solche „Spaltungsprozesse“ sind eine unbewusste Strategie, die es erst ermöglicht, sich von der einst geliebten Partnerin bzw dem Partner loszumachen, und sie geben der eigenen Wut ein Ventil.

Die – im Zuge von Spaltungsprozessen eingeeengte oder verzerrte – Wahrnehmung des anderen Elternteils kann zu einer diffusen Angst vor diesem führen (Was wird ihr bzw ihm sonst noch einfallen? Ich kenne sie bzw ihn ja gar nicht mehr, habe mich so in ihr bzw ihm getäuscht?) und zu dem Gefühl, das Kind vor diesem Menschen und seinem Einfluss schützen zu müssen. Die Beschränkung des Kontakts des Kindes zum Expartner und seiner elterlichen Verantwortung wird dann uU nicht nur als berechtigt, sondern sogar als moralische Pflicht empfunden.

Die Trennung von der einst geliebten Partnerin bzw dem Partner kann unmittelbar traumatisch sein, dh, dass sie auch alte Trennungs- und Einsamkeitsängste aktiviert. Diese Ängste beziehen sich dann auch auf die Kinder, deren Liebe auch noch (an die Expartnerin bzw den Expartner) verloren gehen könnte.⁶ Verstärkte Trennungs- und Verlustängste können dazu führen, dass Eltern danach trachten, sich die Liebe des Kindes durch verschiedene Bindungsstrategien zu sichern, die sich meist gegen die bzw den als bedrohlich erlebte(n) Expartner/Expartnerin richten.

Fallbeispiel

Die inneren Bilder, die Herr bzw Frau N voneinander als Mensch und als Vater bzw Mutter für ihre Kinder haben, haben sich im Zuge ihrer Trennung innerhalb weniger Monate komplett verändert: aus den ehemaligen Partnern und liebevollen Eltern werden existenziell bedrohliche Gegner. Die Kränkung, das Leid, die aus der Zurückweisung stammende Demütigung, die Verzweiflung angesichts der ungewissen Zukunft werden in der zunehmenden Konfliktschneise aggressiv abgewehrt. Die Eltern sind an einem Punkt angelangt, an dem sie das Gefühl haben, dass, wenn sie selbst nicht zum Schlag ausholen, die bzw der andere es tun und ihn bzw sie vernichten werde. Beide fürchten sich – wie sich im Zuge der Beratung herausstellt – vor demselben, nämlich dass ihnen die bzw der andere alles nimmt, was sie sich im Leben aufgebaut haben – insb die Kinder.

Angesichts dieser Situation wird der Wunsch von Frau N nach Alleinobsorge, dem vielschichtige Motive zugrunde liegen, verständlich: Aus dem unerbittlich geführten Rechtsstreit um das Geld, der mit existenziellen Sorgen für Frau N verbunden ist, scheint ein Gefühl der grundsätzlichen Bedrohlichkeit des Ex-

⁵ Figdor, Zwischen Aufklärung und Deutung, in Eggert-Schmid/Noerr/Hirmke-Wessels/Krebs (Hrsg), Das Ende der Beziehung? Frauen Männer, Kinder in der Trennungsphase (1994) 143.

⁶ ZB Figdor, Aufklärung und Deutung, in Eggert-Schmid/Noerr/Hirmke-Wessels/Krebs, Ende 146; Dietrich/Paul, Hoch strittige Elternsysteme, in Weber/Schilling (Hrsg), Eskalierte Elternkonflikte (2006) 16.

mannes entstanden zu sein. In manchen Momenten befürchtet sie, er wolle ihr schaden, oder er überrolle sie. (So begründet sie das Aussetzen der Besuchskontakte einmal so: „Wenn ich die Kontakte nicht aussetze, nimmt er mich nicht ernst!“) In anderen Momenten hat sie sogar das Gefühl, er wolle ihr Leben zerstören, weil sie sich von ihm getrennt hatte; wenn sie völlig zusammenbreche, würde er die Kinder bekommen.

Die Herabsetzung des Kindesunterhalts – ohne äußere Notwendigkeit – erlebt Frau N als Aggression des Vaters gegen sie selbst, die sie mit einer Gegenaggression („Dann bin ich alleine für die Kinder zuständig!“) beantwortet.

Trotz des eigenen Trennungswunsches scheint außerdem die neue Partnerschaft des Vaters eine massive Kränkung für Frau N zu bedeuten, die gleichzeitig Ängste und Bestrafungsbedürfnisse auslöst. Einerseits will sie vielleicht mit der Beantragung der Alleinobsorge (unbewusst) signalisieren: „Wenn du (so rasch) ohne mich/uns auskommst, dann zeige ich dir, dass ich/wir auch ohne dich auskommen!“ Zum anderen scheint sie zu befürchten, dass der Vater und seine neue Partnerin, die selbst einen Sohn in die Beziehung mitbringt, den Kindern ein attraktiveres Zuhause als sie selbst bieten könnten, wodurch sich diese immer mehr weg von ihr und hin zur neuen Familie des Vaters orientieren könnten. Das gemeinsame (starke) Auftreten vom Vater und seiner neuen Partnerin bei Gericht dürfte auch Ängste von Frau N schüren, sie könnten die Macht haben, ihr die Kinder zu nehmen.

Außerdem kostet Frau N jede Begegnung, jede Auseinandersetzung mit ihrem Exmann enorm viel Kraft, nicht zuletzt auch wegen ihrer eigenen ambivalenten Gefühle ihm gegenüber. Mit der Beantragung der Alleinobsorge scheint sie die Hoffnung zu verknüpfen, dass es für sie leichter werde. Die Vorstellung, er würde ganz aus ihrem und dem Leben der Kinder verschwinden, liegt nicht fern.

Gleichzeitig macht ihr aber auch gerade diese Vorstellung große Angst: Was die Kinder betrifft, wünscht sie ihnen eine gute und intensive Beziehung zu ihrem Vater, trotz aller Bestrafungswünsche. Und für sich selbst spürt sie wohl (unbewusst) auch, dass auch eine Konfliktbeziehung eine Form der Beziehung ist und das Aufgeben des Kampfes womöglich gleichbedeutend damit ist, das letzte Band zwischen ihr und ihrem Exmann zu lösen.

Ihre Wünsche bezüglich ihrer eigenen und der Beziehung der Kinder zu ihrem Exmann sind höchst widersprüchlich, aber die Übertragung der Alleinobsorge scheint zumindest einen großen Teil ihrer (momentanen) emotionalen Bedürfnisse zu erfüllen: Der Entzug der Obsorge ihres Exmannes scheint einen gewissen Ausgleich für die eigene Kränkung und die Kränkung darüber darzustellen, dass ihm die Kinder nicht mehr wirklich wichtig sein könnten. Die Alleinobsorge scheint ihr außerdem das Gefühl von mehr Sicherheit angesichts der (vermeintlichen) Bedrohung durch den Vater zu geben, insb was die Liebe und Loyalität der Kinder betrifft; sie dürfte schließlich auch den Versuch darstellen, sich selbst ein Stück weiter vom Expartner abzugrenzen.

Wie in diesem Fall ist – wie die österreichische Evaluationsstudie gezeigt hat – in vielen Fällen die **Obsorgeentscheidung weniger Ergebnis rationaler Überlegungen** darüber, wie die Zukunft gestaltet werden soll; sie erfüllt vielmehr wichtige emotionale Bedürfnisse, um das seelische Gleichgewicht der Eltern (momentan) zu stabilisieren.

Das ist grundsätzlich nichts Schlechtes, wenn dadurch nicht langfristige Ziele der Eltern (im Fall von Frau N der Erhalt einer intensiven Beziehung der Kinder zum Vater) und/oder, was noch schwerer wiegt, Entwicklungsinteressen der Kinder gefährdet werden. Die **Entwicklungsinteressen der Kinder** sind dann gefährdet, wenn die Obsorgeentscheidung die Konflikte der Eltern noch verschärft, zu einem (resignierten oder aggressiven) Rückzug des getrennt lebenden Elternteils aus seiner Elternverantwortung führt (wie im Fall der Familie N teilweise zu befürchten ist), die getrennt lebenden Elternteile in einer passiven (regressiven) Haltung („Ich habe ja eh nichts zu sagen, kann nichts tun!“) hält und den Zugang der Kinder zu emotionalen und sonstigen Ressourcen beider Eltern beeinträchtigt.

Ob das Abgehen von der gemeinsamen Obsorge (oder im Fall nicht miteinander verheirateter Eltern: keine Teilhabe des Vaters an der Obsorge) tatsächlich die besseren Entwicklungsbedingungen für die Kinder darstellt, konnte bislang nicht einmal überprüft werden, da allein das „Veto“ eines Elternteils die gemeinsame Obsorge verunmöglichte. In dieser Hinsicht stellt das KindNamRAG 2013 mit den neuen Antragsrechten jedenfalls eine Verbesserung dar.

3.4. Was „bringt“ die gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils?

Als relativ unbestritten gilt mittlerweile, dass die gemeinsame Obsorge nach der Scheidung ein **gut funktionierendes Modell für kooperierende, konfliktarme Eltern** bedeutet, die einander Respekt und Wertschätzung entgegenbringen und die Verantwortung für die Kinder gemeinsam tragen wollen. Studienergebnisse, die positive Auswirkungen der gemeinsamen Obsorge auf die Situation der Kinder zeigen, werden auch gerne als auf diese Elterngruppe beschränkt interpretiert. Hingegen herrschen vielfach großer Zweifel und Skepsis vor, was die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge bei Eltern betrifft, die sich *nicht* durch ein derart niedriges Konfliktniveau bzw. hohes Einvernehmen und hohe Kooperationsbereitschaft auszeichnen. Schnell werden mitunter Assoziationen zu Gewalt und Gefahr oder schikanösem Verhalten eines Elternteils dem anderen gegenüber wachgerufen. Dieser Umstand mag damit zusammenhängen, dass es Schätzungen zufolge zwar „nur“ bei rund 7 % bis 10 % aller Trennungen zu stark eskalierenden Konflikten kommt, diese Gruppe jedoch in einem sehr hohen Ausmaß (die Schätzungen gehen bis zu 80 %) die Ressourcen von Gerichten und Beratungsstellen bindet. Möglicherweise führt dies zu einer **verzerrten Einschätzung von Scheidungseltern**.⁷

⁷ Fichtner, Hilfen bei Hochkonflikthaftigkeit? ZKJ 2012, 46; Walper/Fichtner, Zwischen den Fronten. Psychosoziale Auswirkungen von Elternkonflikten auf Kinder, in Walper/Fichtner/Normann (Hrsg.), Hochkonfliktliche Trennungsfamilien (2011) 95.

Auch jene Studie, die gerne zur Untermauerung einer ablehnenden Haltung gegenüber einer „unfreiwilligen“ gemeinsamen Obsorge herangezogen wird, nämlich jene von *Johnston/Kline/Tschann*, bezieht sich auf Eltern, die jahrelang Prozesse führten und trotz gerichtlicher und außergerichtlicher Unterstützung nicht in der Lage waren, ihre Konflikte beizulegen und sich auf ein Sorgerechtsmodell zu einigen.⁸

⁸ *Johnston/Kline/Tschann* kommen zu dem Ergebnis, dass für jene Familien, die – trotz professioneller Hilfe – nicht in der Lage sind, ihren Streit zu beenden, die Empfehlung für oder gar eine gerichtliche Verordnung der gemeinsamen Versorgung der Kinder bzw. häufige Kontakte zu beiden Eltern nach der Scheidung hochkonfliktualisiert sei. Es ließen sich zwar keine Hinweise dafür finden, dass Kinder aus diesen Hochkonfliktfamilien in der einen oder anderen Sorgerechtsform eine bessere Anpassung zeigen. Die tatsächliche gemeinsame Sorge gehe aber mit einer höheren Kontakthäufigkeit einher, und diese erhöhe wiederum durchschnittlich betrachtet die Wahrscheinlichkeit von emotionalen und Verhaltensauffälligkeiten der Kinder. *Johnston/Kline/Tschann* vertreten die These, dass die höhere Kontakthäufigkeit der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil die elterlichen Konflikte am Leben erhält und diese wiederum – wenn die Kinder in den Konflikten gefangen sind und von den Eltern instrumentalisiert werden – die Kinder schädigen. Diese Aussagen würden jedoch nicht jene viel größere Gruppe von Eltern betreffen, die ihren Sorgerechts- bzw. Besuchsrechtsstreit mit Unterstützung von außen schließlich beilegen können. Außerdem mahnen die Autorinnen selbst zur Vorsicht bei der Interpretation der Ergebnisse: Die statistischen Analysen ergaben zwar, dass die Kontakthäufigkeit und das elterliche Konfliktniveau bis zu einem gewissen Grad Probleme auf Seiten der Kinder erklären und das elterliche, aber eben nur bis zu einem gewissen Grad. Die durch diese Faktoren erklärte Varianz im Faktor „kindliche Störungen“ beträgt weniger als 20 %. Das bedeutet, dass es viele andere Faktoren gibt, die (ebenfalls) die emotionale und verhaltensmäßige Anpassung der Kinder bestimmen, die in der Studie aber nicht erfasst wurden, etwa die psychische Gesundheit der Eltern, die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung oder das individuelle Temperament und Coping-Strategien des jeweiligen Kindes. Weiters könne nicht ausgeschlossen werden, dass die in der Untersuchung gefundenen Probleme der Kinder bereits früher bestanden (vgl. *Johnston/Kline/Tschann*, *On-Going Post-Divorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody*, *American Journal of Orthopsychiatry* 1989, 576). Bei der Übertragung der Ergebnisse auf österreichische Verhältnisse ist nochmals Vorsicht geboten: Zum einen handelt es sich um eine Studie über die Auswirkungen der tatsächlichen gemeinsamen Sorge (*joint physical custody*) in Hochkonfliktfamilien, nicht um Auswirkungen des gemeinsamen Sorgerechts (*joint legal custody*). Der Unterschied besteht darin, dass die Kinder bei tatsächlicher gemeinsamer Sorge zu gleichen Teilen oder zumindest zu einem beträchtlichen Anteil bei beiden Elternteilen leben. Dies entspricht in etwa unserem Begriff des Wechselmodells oder der Doppelresidenz. Der Begriff „*joint legal custody*“ entspricht eher unserem Begriff des gemeinsamen Sorgerechts mit gemeinsamen Entscheidungsprozessen der Eltern und einer fortgesetzten aktiven Rolle des nicht hauptsächlich betreuenden Elternteils, aber in den meisten Fällen doch einem hauptsächlichlichen Aufenthalt des Kindes bei einem Elternteil. Zum anderen wurde die „Anpassung“ der Kinder von den Eltern selbst eingeschätzt und umfasste somit lediglich emotionale und verhaltensmäßige Probleme, die den Eltern selbst auffielen. Das führt nicht nur zu dem Problem, dass die Wahrnehmung der Eltern naturgemäß subjektiv ist, sondern auch zu einer Interpretationsunsicherheit: Spiegelt die Wahrnehmung von Problemen der Kinder tatsächlich eine höhere Belastung der Kinder im Falle häufigerer Kontakte wider, oder könnte es nicht auch so sein, dass der häufigere Kontakt beider Elternteile mit dem Kind die Eltern erst in die Lage versetzt, Nöte und Probleme des Kindes wahrzunehmen und in der Befragung zu nennen? Möglicherweise ist das Auftreten von emotionalen und Verhaltensproblemen der Kinder sogar als „gestünder“ zu interpretieren als das Fehlen (bzw. Nicht-Wahrnehmen durch die Eltern) derselben angesichts der anhaltend konflikthafter Beziehung zwischen den Eltern.

Die Mehrheit der von Scheidung betroffenen Eltern befindet sich jedoch zwischen diesen beiden „extremen“ Elterngruppen, nämlich den von vornherein konfliktarmen und kooperierenden Eltern und jenen mit sehr heftigen Konflikten. Insb in dieser mittleren Gruppe wird sich in Zukunft die Frage stellen, ob nicht die Fortsetzung der gemeinsamen Obsorge auch gegen den Willen eines Elternteils möglich und zur Wahrung der Entwicklungsinteressen des Kindes sinnvoll ist. Denn die Annahme, dass es für die Kinder durchschnittlich betrachtet von Vorteil ist, wenn sich die Eltern die rechtliche Verantwortung teilen, ist mittlerweile durch empirische Studien gut abgesichert.⁹

Vertiefende Auswertungen zur österreichischen Evaluationsstudie zeigen, dass **weder ein niedriges Konfliktniveau der Eltern noch ein von beiden Eltern von vornherein bestehender Wunsch nach der Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge unabdingbare Voraussetzungen** für das Zustandekommen und Gelingen der gemeinsamen Obsorge nach der Scheidung sind.

Die meisten Scheidungseltern – auch jene, die sich für die gemeinsame Obsorge entscheiden – sind nicht konfliktarm, sondern haben ein mittleres bis hohes Konfliktniveau. Dh, dass die gemeinsame Obsorge im Fall der Scheidung auch bisher keinesfalls nur von Eltern mit wenigen Konflikten und hohem Einvernehmen beibehalten wurde. Generell nimmt das Konfliktniveau geschiedener Eltern mit der Zeit ab. Es ist also tendenziell mit einer Beruhigung von Konflikten, die zum Zeitpunkt der Scheidung und damit der Obsorgeentscheidung bestehen, zu rechnen. Noch wichtiger ist, dass, insb bei der Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge, eine Beruhigung des Konfliktklimas zu erwarten ist. Die gemeinsame Obsorge hat also eine **tendenziell konfliktmindernde Wirkung**, und zwar gerade bei der großen Mehrheit der Scheidungsfamilien in der Mitte der Konfliktverteilung (dh bei Eltern mit mittleren bis hohen Konflikten): Bei diesen Eltern zeigt sich eine signifikant positivere Entwicklung des Beziehungsklimas, wenn sie die gemeinsame Obsorge beibehalten als im Fall der Übertragung der Alleinobsorge auf einen Elternteil.¹⁰

⁹ So findet etwa *Bauserman* in einer Metastudie, in der er die Ergebnisse von 33 Studien zur gemeinsamen und alleinigen Sorge integriert und statistisch auswertet, eine bessere Anpassung der Kinder in Familien mit gemeinsamer Sorge im Vergleich zur Alleinsorge eines Elternteils, etwa was die emotionale Befindlichkeit, emotionale und Verhaltensprobleme, das Selbstwertgefühl, das Erleben der familiären Beziehungen oder den Umgang mit der elterlichen Trennung betrifft (*Bauserman*, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, *Journal of Family Psychology* 2002, 91). In der österreichischen Evaluationsstudie gaben Eltern mit gemeinsamer Obsorge weniger Konflikte und ein höheres Kontaktausmaß der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil in der Zeit nach der Scheidung an. Bedeutsam ist, dass sich auch dann ein Einfluss der gemeinsamen Obsorge auf das Ausmaß an Kontakten der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil, auf das Ausmaß an Konflikten um die Besuchskontakte und auf die Verbesserung des Beziehungsklimas zwischen den Eltern insgesamt in der Nachscheidungszeit zeigte, wenn der Einfluss des Konfliktniveaus der Eltern (vor der Scheidung bzw zum Untersuchungszeitpunkt) mitberücksichtigt wurde (*Barth-Richtarz*, Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung [2012]).

¹⁰ *Barth-Richtarz*, Gemeinsame Elternschaft 195–217, 231–243, 356–376, 379–394.

Die **deeskalierende Wirkung** ist damit zu erklären, dass bei Fortsetzung der gemeinsamen Obsorge keinem Elternteil die Obsorge entzogen wird und damit Gefühle der Kränkung und des Verlusts verhindert werden. Außerdem lindert die gemeinsame Obsorge die Angst vieler getrennt lebender Elternteile, den Kontakt zum Kind (ganz) zu verlieren oder keine Bedeutung mehr für das Kind zu haben, und führt zu einer gleichmäßigeren Verteilung der Zufriedenheit mit der Gestaltung der Lebenssituation nach der Scheidung. Wo die Zufriedenheit einigermaßen gleichmäßig verteilt ist, ist auch das Konfliktpotenzial geringer. Schließlich wird die gemeinsame Obsorge von vielen Müttern und Vätern als ein Symbol für den selbstverständlichen und unersetzlichen Platz beider Eltern im Leben der Kinder empfunden, wodurch Eltern nach der Scheidung weniger darum kämpfen müssen, diesen Platz zu verteidigen.¹¹

Die Fortführung der **Elternschaft beider Eltern** wird also symbolisiert und gleichsam „verbriefte“ in der Vereinbarung über die gemeinsame Obsorge. Das stärkt innere Bestrebungen der Eltern, die darauf zielen, **dem Kind sowohl Mutter als auch Vater in ihrer Elternfunktion zu erhalten**, und erschwert das Ausagieren von – mitunter allzu verständlichen – Bedürfnissen, den anderen Elternteil angesichts der eigenen negativen Erfahrungen aus dem eigenen Leben (und dem der Kinder) streichen zu können oder sich selbst umgekehrt jeglicher Verantwortung für die Kinder enthoben zu fühlen.

Bei **Familien mit den höchsten Konflikten** zeigt sich, dass die gemeinsame Obsorge weder besser noch schlechter geeignet ist, die elterlichen Konflikte zu entschärfen. Die Hypothese, dass die Fortsetzung der gemeinsamen Obsorge die Konflikte ohnehin sehr konflikthafter Eltern noch verschärft, trifft *nicht* zu. Allerdings hatten die Kinder aus dieser Gruppe im Fall der Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge signifikant mehr Kontakte zum anderen Elternteil, als wenn die Obsorge einem Elternteil alleine übertragen wurde; die getrennt lebenden Elternteile mit gemeinsamer Obsorge berichteten weniger häufig von Konflikten um das Besuchsrecht. Es ist also ein Trugschluss, anzunehmen, die elterlichen Konflikte würden sich durch die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil jedenfalls beruhigen.¹²

Etwa 30 % der hauptbetreuenden und 5 % der getrennt lebenden Eltern mit gemeinsamer Obsorge sagten, dass die Beibehaltung der gemeinsamen **Obsorge nicht ein eigener Wunsch** war, sondern die Expartnerin bzw. der Expartner dies wollte oder beide eine andere Regelung anstrebten, der Vorschlag zur Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge aber von der RichterIn, einer Rechtsanwältin oder einer

¹¹ Diese Ergebnisse stammen aus dem qualitativen Teil der Untersuchung, bei dem mit 30 Familien Tiefeninterviews durchgeführt wurden (Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 216 f, 418 f); Natürlich hat die gemeinsame Obsorge nicht für alle Eltern diese Bedeutung (und die Alleinobsorge des anderen wird nicht immer als Verlust erlebt werden) und trägt daher auch nicht in allen Fällen zur Deeskalation bei. Es handelt sich hierbei um statistische Wahrscheinlichkeiten, die aber eine klare Sprache sprechen und daher eine Vermutung für den Einzelfall zulassen.

¹² Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 379–394, 399.

Beraterin kam. Dennoch beurteilen fast zwei Drittel dieser hauptbetreuenden und über 90 % dieser getrennt lebenden Eltern mit gemeinsamer Obsorge die Obsorgeentscheidung im Nachhinein als richtig. Auch in diesen Fällen kam es unter der Bedingung der gemeinsamen Obsorge übrigens eher zu einer Beruhigung der elterlichen Konflikte als im Fall der ebenfalls nicht von vornherein gewünschten Alleinobsorge eines Elternteils.¹³

Ein (zunächst) fehlendes Einvernehmen der Eltern über die Obsorgeregelung ist also kein verlässlicher Indikator dafür, dass die gemeinsame Obsorge nach der Scheidung nicht gelingen kann. Hält man sich die unterschiedlichen Motive für die Ablehnung der gemeinsamen Obsorge sowie die oben beschriebene krisenhafte (Ausnahme-)Situation vor Augen, in der sich die meisten in Scheidung lebenden Eltern befinden, erklärt sich das Ergebnis, dass der Anteil jener, die sich zunächst nur die Alleinobsorge vorstellen konnten, dann aber mit der Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge doch zufrieden waren, gar nicht so gering ist.

In vielen Fällen trägt also auch „verordnete Gemeinsamkeit“ Chancen in sich. Das Abrücken von der These, dass das (von vornherein bestehende) Einvernehmen der Eltern über die Regelung der Obsorge (oder die Betreuung des Kindes) in jedem Fall eine **Grundvoraussetzung** dafür ist, dass die gemeinsame Obsorge funktionieren kann bzw dem Kindeswohl entspricht, erscheint somit aus pädagogischer Sicht gerechtfertigt.

4. In welchen Fällen erscheint die angeordnete gemeinsame Obsorge nicht angebracht?

4.1. Fehlende Erziehungsfähigkeit oder Krankheit eines Elternteils, Gewalt, Vernachlässigung

Zu denken ist dabei zunächst an jene Fälle, in denen ein Abgehen von der gemeinsamen Obsorge aufgrund der **fehlenden Erziehungsfähigkeit** eines Elternteils bzw der Gefährdung des Kindes in Betracht kommt, wie etwa bestimmte Formen (und Schweregraden) von psychischen Erkrankungen eines Elternteils, insb Suchterkrankungen, intellektuelle Beeinträchtigungen bzw Lernbehinderung, Kindeswohlgefährdungen durch Vernachlässigung, Misshandlung des Kindes oder des anderen Elternteils und (sexueller) Missbrauch.¹⁴ Manche dieser Gefährdungsmomente, zB eine psychische Erkrankung eines Elternteils, können in einer aufrechten Partnerschaft durch den anderen Elternteil „abgedeckt“ werden, wenn dieser dem Kind ausreichend Stabilität und Sicherheit vermitteln kann.¹⁵ Dadurch kann eine Beschränkung oder Entziehung der Obsorge erst mit der Trennung der Eltern virulent werden.

¹³ Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 438.

¹⁴ Dazu zB Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 450–461; Figdor, Welche Gründe sprechen gegen die Obsorge beider Eltern? iFamZ 2011, 131 (131 ff).

¹⁵ Wienerrotther, Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung, in *Amt der Österreichischen Landesregierung* (Hrsg), Soziale Diagnose. Methoden zur Standortbestimmung von Kindern und Jugendlichen 6.

Außerdem können Gefährdungsmomente erst aufgrund der Trennungskonflikte der Eltern und der Art der Austragung dieser Konflikte entstehen. Studien zeigen, dass im Verlauf von Trennungen teilweise wechselseitige, dh von Männern und Frauen ausgeübte körperlich aggressive Auseinandersetzungen, die aber vereinzelt und wenig verletzungsträchtig bleiben, keine Seltenheit sind. Solche **situativen Gewalthandlungen** sind weit überwiegend vorübergehende Ausdrucksformen der Enttäuschung, Wut und Hilflosigkeit, die mit dem Scheitern der Partnerschaft verbunden sind. Davon abzugrenzen ist die **schwere oder wiederholte Partnerschaftsgewalt**, die zu jenen Fallgruppen gezählt wird, bei denen die gemeinsame elterliche Sorge in einen Widerspruch zum Kindeswohl gerät.¹⁶

Freilich ist es in vielen Fällen sehr schwierig, die Erlebnisbegründetheit des Vorwurfs der Partnergewalt, das eventuell bestehende Wiederholungsrisiko und die Belastung des Kindes als Entscheidungskriterien für oder gegen die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge zu klären; dieses Unterfangen wird sehr oft ohne eindeutiges Ergebnis enden.

4.2. Bestimmte Formen und Schweregrade der Konflikte zwischen den Eltern

Als weitere Fallgruppe, bei der fraglich ist, ob die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Obsorge in Widerspruch zum Kindeswohl gerät, wird in der Literatur die Gruppe der **hochkonflikthaften Eltern** beschrieben. Als „hochkonflikthaft“ gelten Eltern jedoch *nicht* schon, wenn sie in der Trennungs- bzw Scheidungsphase heftige Konflikte miteinander haben und/oder sich nicht über die künftige Obsorge oder Betreuung der Kinder einigen können, wie dies bei den Elterngruppen der Fall ist, die bisher beschrieben wurden.¹⁷ Als hochkonflikthaft gelten Eltern erst, wenn „ihre Konflikte über mehrere Jahre anhalten, gerichtliche und außergerichtliche Maßnahmen, die auf Konfliktklärung und Interessenausgleich abzielen und die eine Fokussierung auf die Bedürfnisse betroffener Kinder begünstigen sollen, ohne nachhaltig befriedigende Wirkung bleiben und selbst kleinere Konflikte nicht ohne Mitwirkung des Gerichts oder anderer professioneller Helfer geregelt werden können.“¹⁸ Der Anteil der Familien, deren Konflikthaftigkeit dieses Ausmaß erreicht, wird auf **höchstens 10 % aller Trennungsfamilien** geschätzt.¹⁹

In diesen Fällen wird von einigen eine Strategie empfohlen, die Berührungspunkte der Eltern möglichst zu minimieren und sich gerade *nicht* um Kooperation

¹⁶ Kindler/Fichtner, Die gemeinsame elterliche Sorge aus der Sicht der Bindungs- und Scheidungsforschung, FPR 2008, 140; Walper/Fichtner, Psychosoziale Auswirkungen, in Walper/Fichtner/Normann, Konfliktfamilien 94 f.

¹⁷ Die Befragung der Eltern im Rahmen der Evaluationsstudie erfolgte relativ kurz nach der Ehescheidung (neun bis elf Monate), also noch in der unmittelbaren Nachscheidungsphase.

¹⁸ Kindler/Fichtner, FPR 2008, 140.

¹⁹ Zur Entstehung, Charakteristika und Hilfen bei hochkonflikthaften Trennungen s Fichtner, iFamZ 2013 (in Planung).

zu bemühen, sondern „Disengagement“ zu betreiben. Um dieses Ziel zu erreichen, soll die rechtliche Verantwortung der Eltern für die Kinder klar getrennt werden.

So plausibel dieses Konzept für manche Fallkonstellationen ist, darf es doch nicht als Generallösung verstanden werden: Denn erstens hängt der Erfolg insb außergerichtlicher Maßnahmen bei dieser Elterngruppe sehr von der **Qualität** dieser Maßnahmen ab; zweitens ist die Frage zu stellen, ob die durch „Disengagement“ und Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil erreichte Beruhigung der elterlichen Konflikte nicht durch einen folgenden kompletten Kontaktabbruch erkauft wird (die Folgen für die Kinder wären dann abzuwägen); schließlich ist zu bedenken, welchen Anteil gerade **Ängste vor dem Verlust** der Obsorge bzw der Kinder selbst an der Aufrechterhaltung der Konflikte haben, wodurch die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge uU eher zu einer Befriedung beitragen könnte.²⁰

Dennoch ist nachvollziehbar, dass die gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils in dieser Fallgruppe sehr genau zu prüfen ist.

4.3. Schikanöse Ausübung der Elternrechte

Oftmals wird (wie auch die österreichische Evaluationsstudie gezeigt hat) von Eltern selbst oder Fachkräften als Argument gegen die gemeinsame Obsorge ins Treffen geführt, dass Eltern nicht miteinander reden bzw kooperieren können. Die qualitative Untersuchung im Rahmen der Evaluationsstudie hat jedoch gezeigt, dass die Art und Weise, in der Mütter und Väter ihre Rollen als Elternteile nach der Scheidung ausfüllen und für die Kinder sorgen, genauso unterschiedlich ist wie während aufrechter Ehe und das Ausmaß an erforderlicher „Gemeinsamkeit“ bei der gemeinsamen Obsorge oft überschätzt wird. Auch das Problem divergierender Elternentscheidungen in Angelegenheiten des Kindes ergibt sich in der Praxis seltener, als vermutet wird.²¹

Allerdings gibt es mE einen Fall, in dem die Obsorge gegen den Willen des Elternteils aufgrund der mangelnden Bereitschaft und Fähigkeit zur Kooperation **nicht angebracht** erscheint: wenn der getrennt lebende Elternteil seine Obsorge-rechte anhaltend **missbräuchlich**, in einer den hauptbetreuenden Elternteil schikanierenden Weise wahrnimmt und damit den (Erziehungs-)Alltag des hauptbetreuenden Elternteils massiv beeinträchtigt. Zu denken ist dabei an getrennt lebende Elternteile, die permanent anrufen, übermäßig Informationen über das Kind einfordern, das Handeln des Hauptbetreuenden vorwurfsvoll (ungerechtfertigt) kritisieren sowie gegenüber Dritten (zB Schule) schlecht machen, in Entscheidungsfragen justament eine andere Position einnehmen und eine sachorientierte Kooperation verweigern.

²⁰ In dieser Hinsicht könnten die österreichische und die deutsche Gesetzeslage möglicherweise etwas anders akzentuierte Voraussetzungen schaffen: In Österreich ist die Gefahr des tatsächlichen Verlusts der Obsorge wesentlich größer.

²¹ Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 538–545, 448.

Es handelt sich in solchen Fällen nicht lediglich um Meinungsverschiedenheiten über Erziehung oder Elternkooperation, sondern um eine (wenn auch eventuell unbewusste) **Konfliktstrategie**: Die Sachentscheidungen werden dazu benützt, dem anderen Elternteil zu schaden. Freilich ist auch dieser Vorwurf genau zu prüfen, zB hinsichtlich der Frage, wie veränderlich dieses Verhalten durch Aufklärung und Beratung ist und ob die Art und das Ausmaß, in dem der hauptbetreuende Elternteil den anderen beteiligt, angemessen erscheint.

4.4. Entführungsgefahr

Die Ablehnung der gemeinsamen Obsorge kann in einer – berechtigten oder nicht berechtigten – Befürchtung gründen, dass der andere Elternteil nach der Trennung bzw Scheidung das gemeinsame Kind ins Ausland bringt. Mit der Alleinobsorge ist das Recht verbunden, allein über die Reisedokumente des Kindes zu verfügen bzw auch den Reisepass des Kindes vom nicht obsorgeberechtigten Elternteil, sofern er sich bei diesem befindet, einzufordern, wodurch eine „Entführung“ des Kindes wesentlich schwerer zu bewerkstelligen wäre.²² Auch im Fall der gemeinsamen Obsorge kann ein derartiges eigenmächtiges Vorgehen eines Elternteils widerrechtlich sein und ein Rückstellungsverfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen nach sich ziehen.²³ Aber wahrscheinlich ist es einem mitobsorgeberechtigten Elternteil leichter möglich, das Kind ins Ausland zu verbringen. Bis es wieder zurückgebracht werden kann, vergeht eine – angesichts der Dramatik der Situation – nicht unbeträchtliche Zeit. Insofern scheint eine „Absicherung“ eines Elternteils gegen eine solche antizipierte Gefahr durch Beantragung der Alleinobsorge legitim. Schwierig einzuschätzen ist jedoch, wie realistisch diese Gefahr tatsächlich ist. Mitunter liegen dieser Sorge nämlich auch jene wahrnehmungsverzerrenden Spaltungsprozesse zugrunde, die dazu führen, die ehemalige Partnerin bzw den ehemaligen Partner als existenziell bedrohlich zu erleben.

4.5. Nachhaltige Vernachlässigung von Obsorgepflichten

Häufig wird argumentiert, der andere Elternteil wolle zwar die **Obsorgerechte**, zeige aber kein Interesse, sich auch **tatsächlich** um das Kind zu kümmern. Begründet wird dies oft damit, dass sich dieser Elternteil auch bisher nur wenig an der Erziehung und Betreuung des Kindes beteiligt habe. Dazu ist anzumerken, dass die diesbezüglichen Binschätzungen von Müttern und Vätern selbst in aufrechten Partnerschaften teilweise weit auseinanderklaffen und das Erleben der Lieb- und Interesselosigkeit des getrennt lebenden Elternteils dem Kind gegen-

²² Barthin Fenyves/Kerschner/Vonkitch, *Klang*, ABGB³ (2008) § 146b Rz 5.

²³ Näheres dazu s bei *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ nach dem KindNamRÄG 2013, iFamZ. 2013, 31; sowie den ausführlichen Beitrag in diesem Buch, xx.

über auch einer durch die eigenen Empfindungen veränderten Wahrnehmung des hauptbetreuenden Elternteils entspringen kann, die nicht mit dem Erleben des Kindes übereinstimmen muss. Außerdem ist ein resignativer oder aggressiver Rückzug des getrennt lebenden Elternteils aus der Beziehung und Verantwortung für das Kind oft gerade die Folge des Gefühls, von dieser Verantwortung ausgeschlossen zu sein. Und schließlich zeigte die Evaluationsstudie, dass Regelmäßigkeit und Exklusivität der Besuchskontakte zu einer bis dahin nicht erreichten Intensität der Beziehung zwischen dem Kind und dem getrennt lebenden Elternteil führen können.

Sollte jedoch ein Elternteil tatsächlich seine mit der Obsorge einhergehenden Pflichten nachhaltig nicht wahrnehmen, insb. indem er sich als für das Kind unverlässlich und nicht verfügbar erweist, wäre ein Abgehen von der gemeinsamen Obsorge in Betracht zu ziehen.

Eine Spezialfrage ist dabei die Beteiligung an der Versorgung des Kindes durch die **Zahlung des Unterhalts**. § 180 Abs 2 ABGB idF KindNamRÄG 2013 führt die Leistung des gesetzlichen Unterhalts explizit als ein Entscheidungskriterium für die endgültige Obsorgeregelung (nach Ablauf der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung) an. **Objektiv** betrachtet ist es einleuchtend, die Verlässlichkeit des anderen Elternteils im Hinblick auf die Zahlung des Unterhalts als Indikator für seine tatsächliche Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme anzusehen. (Es handelt sich auch um ein relativ einfach zu überprüfendes Kriterium.) Das Problem dabei ist, dass **subjektiv** – aus der Sicht der getrennt lebenden Elternteile – die unregelmäßige Zahlung des Kindesunterhalts oder die Weigerung, sich an zusätzlichen Kosten zu beteiligen, oftmals **kein Ausdruck mangelnden Interesses** am Kind oder der fehlenden Bereitschaft ist, sich an der Fürsorge zu beteiligen, sondern als einzige Möglichkeit gesehen wird, sich gegen (vermeintliche) Repressionen des hauptbetreuenden Elternteils zur Wehr zu setzen. Wenn es – durch Beratung und Aufklärung – gelingt, diese schädliche „Verquickung“ in den Köpfen mancher getrennt lebender Elternteile aufzulösen, kann sich die Bereitschaft zur tatsächlichen Beteiligung an der Verantwortung für das Kind mitunter rasch verbessern.

5. Welche Möglichkeiten eröffnet das KindNamRÄG 2013 im Umgang mit (hoch-)konflikthaften Eltern?

Fallbeispiel

Welche zusätzlichen Möglichkeiten wären dem Gericht zur Verfügung gestanden, hätte das Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren von Familie N ein paar Jahre später, nach Inkrafttreten des KindNamRÄG 2013, stattgefunden?

Zunächst hätte Erziehungsberatung (eventuell bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Verfahren) von der RichterIn angeordnet werden können. So musste sie auf eine diesbezügliche Vereinbarung der Eltern hinwirken.

5.1. Erziehungsberatung

Beide Eltern haben das Angebot der Erziehungsberatung schließlich gerne angenommen. Das ist nicht immer der Fall, zeigt aber, dass viele Eltern, gerade auch in sehr konflikthaften Trennungs- und Scheidungssituationen, ein Bedürfnis nach Unterstützung haben, selbst wenn diese zunächst unfreiwillig erfolgt. Allerdings müssen sie die Erziehungsberatung tatsächlich als Unterstützung wahrnehmen und nicht primär als Versuch, sie zur Vernunft zu bringen oder eigene Bestrebungen aufzugeben. Dafür sind mE drei Aspekte ganz entscheidend:

Erstens eine **klare Position der Beraterin zu Fachfragen**, zB der Frage, welche entwicklungspsychologischen Folgen das Aufwachsen eines Kindes ohne einen Elternteil oder in einer dauerhaft konflikthaften familiären Spannungssituation nach sich ziehen kann.

Gleichzeitig muss sich die Beraterin um die emotionale Situation der Eltern kümmern und versuchen, die den Konflikten **zugrunde liegenden emotionalen Bedürfnisse der Eltern** wirklich zu verstehen. Die Eltern müssen spüren können, dass die Beraterin diese emotionalen Bedürfnisse der Eltern nach Abgrenzung (von der Expartnerin bzw dem Expartner), „einen Schlussstrich zu ziehen“, sich für das zugefügte Leid zu revanchieren, den eigenen Selbstwert wieder aufzubauen, sich die Liebe der Kinder zu sichern usw, als völlig normale seelische Regungen betrachtet und ihnen respektvoll und nicht mit Kritik begegnet.

Drittens muss es der Beraterin gelingen, eine **Vertrauensbeziehung** herzustellen, die es ermöglicht, gemeinsam mit den Eltern nach zugrunde liegenden Motiven ihres Handelns zu suchen, sodass sie ein Stück weit bewusster werden. Die Bedürfnisse und Ängste der Eltern erhalten einen Raum, in dem sie bestehen dürfen und über sie nachgedacht werden kann. Sind diese Gefühle und Wünsche einmal bewusst, stehen den Betroffenen ganz andere Möglichkeiten zur Verfügung, damit umzugehen, und der Denk- und Handlungsspielraum erweitert sich. Manche Ängste (zB die Liebe der Kinder an die Expartnerin bzw den Expartner zu verlieren) werden durch pädagogische Aufklärung entlastet, Kränkungen vielleicht durch die Reflexion über mögliche Gründe bestimmter Handlungsweisen der Expartnerin bzw des Expartners erträglicher. Viele Eltern (wie die Erfahrung zeigt, nicht nur jene mit besonderem Reflexionsvermögen) sind dann in der Lage, sich anders, nämlich unter Einbeziehung fachlicher Erwägungen, mit ihrer eingeschlagenen Haltung zu beschäftigen.²⁴

Fallbeispiel

Als es wieder Konflikten um die Ausübung der Besuchskontakte gibt, kommt Frau N mit den Worten in die Erziehungsberatung: „Ich kann nicht mehr! Ich weiß, dass die Kinder ihren Vater brauchen, und ich sehe ja auch, wie sehr sie

²⁴ S dazu Figdor, Aufklärung und Deutung, in Eggert-Schmid Noerr/Hirmke-Wessels/Krebs, Ende 143 f.

ihn vermissen. Aber ich schaffe das nicht mehr. Die Besuchskontakte sind so anstrengend für mich! Es geht mir vorher schon schlecht, und wenn wieder etwas war, erhole ich mich tagelang nicht. Ich will nicht mehr. Ich werde die Kontakte abbrechen. Wenn die Kinder groß sind, sollen sie sich das selbst mit dem Vater regeln.“

Die Beraterin antwortet ihr, dass sie und jeder, der sieht, wie sehr sie unter der Situation leidet, ihre Entscheidung verstehen könne, dass sie aber – abgesehen davon, dass es für die Kinder eine Katastrophe wäre, was sie aber selbst wisse – nicht glaube, dass Frau N die Belastung durch die noch immer vorhandene innere Verstrickung mit dem Exmann dadurch „loswerde“, dass sie die äußere Beziehung zu ihm kappe. Frau N nickt und beginnt zu weinen.

Sie hat die Kontakte der Kinder zum Vater nicht abgebrochen. Mit der Zeit konnten sich die Eltern wieder eine Gesprächsbasis erarbeiten, die es ihnen ermöglichte, die Kontakte der Kinder zum Vater selbständig zu regeln.

Die RichterIn hätte auch die Möglichkeit gehabt, den Antrag der Mutter auf Übertragung der Alleinobsorge abzuweisen und die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge anzuordnen, wenn sie zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass diese dem Kindeswohl besser entspricht.

Die RichterIn hätte vielleicht auch in Erwägung gezogen, vor der endgültigen Obsorgeentscheidung eine Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung²⁵ einzuleiten.

5.2. Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung

Anhand dieses Fallbeispiels wird deutlich, dass es in den meisten Fällen nicht genügen wird, eine Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einzuleiten und dann bloß zu warten, welche Erfahrungen die Eltern machen. Mit diesem Vorgehen wären sogar große **Gefahren für das Kind** verbunden:

Dass nämlich Eltern die vorläufige elterliche Verantwortung als Phase sehen, in der es darum geht, Beweise **gegen** das Funktionieren der gemeinsamen Obsorge und/oder **gegen** die Bereitschaft und Befähigung des anderen, sich gut um das Kind zu kümmern, zu sammeln und derartige negative Erfahrungssituationen auch aktiv herzustellen. Solche Anstrengungen machen auch nicht Halt vor der Instrumentalisierung und Manipulation der Kinder. Im schlimmsten Fall könnte die Phase der vorläufigen Elternschaft sogar Hochkonflikthaftigkeit produzieren. (Aus diesem Grund wurde und wird an der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung viel Kritik geübt.)

Sollte das Gericht zur Einschätzung kommen, dass es dem Kindeswohl dienlich ist, eine vorläufige elterliche Verantwortung anzuordnen, so müsste diese mE re-

²⁵ S. dazu Barth/Jelinek, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12.

- **Kontrolle und Evaluierung:** Die Aufgabe der Kontrolle des Prozesses, um mögliche Gefahren für das Kind durch ein Eskalieren der elterlichen Konflikte zu minimieren, und die Evaluierung der in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung gemachten Erfahrungen könnte mE die **Familiengerichtshilfe** übernehmen.
- **Stützung des Kindes:** Um die Kinder in die Lage zu versetzen, sich ein Stück weit vom elterlichen Konflikt abzugrenzen, ihre eigenen Wünsche bezüglich der Gestaltung der Beziehung zu beiden Eltern (wieder) zu erspüren und um den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes im Verfahren eine Stimme zu verleihen, empfiehlt sich das Instrument des **Kinderbeistands**.

6. Zusammenfassung

Das KindNamRÄG 2013 führt vermutlich in vielerlei Hinsicht nicht gerade zu Vereinfachungen, insb nicht für die Gerichte. Aber diese gestiegenen Anforderungen entsprechen der Komplexität der Realität von (Scheidungs-)Familien besser als die bisherigen gesetzlichen Regelungen. Insofern steht dem Preis der gestiegenen Anforderung ein hoher Wert gegenüber, nämlich die Eröffnung neuer Chancen für die Kinder. Der Schlüssel zur Bewältigung dieser Anforderungen wird in der vernetzten Zusammenarbeit der Familiengerichte mit außergerichtlichen Institutionen und Fachkräften liegen. Der „Brückenschlag“ dazu könnte von der neu geschaffenen Institution der Familiengerichtshilfe ausgehen.

Literaturverzeichnis

- Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*, ABGB³ (2008) § 146b Rz 5.
Barth/Jelinek, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12.
Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung (2012).
Barth-Richtarz/Figdor, Was bringt die gemeinsame Obsorge? (2008).
Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, *Journal of Family Psychology* 2002, 91.
Dietrich/Paul, Hoch strittige Elternsysteme, in *Weber/Schilling* (Hrsg), Eskalierte Elternkonflikte (2006) 16.
Fichner, Hilfen bei Hochkonflikthaftigkeit? ZKJ 2012, 46.
Figdor, Zwischen Aufklärung und Deutung, in *Eggert-Schmid Noerr/Hirmke-Wessels/Krebs* (Hrsg), Das Ende der Beziehung? Frauen Männer, Kinder in der Trennungsphase (1994) 143.
Figdor, Welche Gründe sprechen gegen die Obsorge beider Eltern? iFamZ 2011, 131.

²⁸ Lediglich das (Nicht-)Zustandekommen bzw die Anzahl der stattgefundenen Termine kann dem Gericht mitgeteilt werden.

gelmäßig von weiteren (außergerichtlichen) Maßnahmen begleitet werden und mit einer (eventuell auch mehrmaligen) (Rechts-) Belehrung durch das Gericht beginnen. In dieser Belehrung müsste die Richterin den Zweck der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung deutlich machen und dabei insb das **Wohlverhaltensgebot** herausstreichen. Die Eltern müssten das Gericht mit dem Verständnis verlassen, dass ihnen Verstöße gegen das Wohlverhaltensgebot – sollte es zu keiner einvernehmlichen Regelung durch die Eltern kommen – bei der endgültigen Entscheidung schaden können. Das Wohlverhaltensgebot kennen, so jedenfalls mein Eindruck aus der Beratung (hoch-)konflikthafter Eltern, viele Eltern nicht. Natürlich wird eine Disziplinierung der Eltern dadurch nicht in jedem Fall und insb nicht dauerhaft erreicht werden können (weswegen auch an wiederholte Termine zu denken ist). Aber ich glaube, dass Richterinnen bzw Richter mitunter ihre diesbezügliche Autorität Eltern gegenüber unterschätzen.

Weitere (außergerichtliche) Maßnahmen müssten folgende Stoßrichtungen verfolgen:

- **Information und Aufklärung der Eltern:** über die gesetzlichen Rahmenbedingungen der gemeinsamen Obsorge sowie der Alleinobsorge,²⁶ über faktische Gestaltungsmöglichkeiten der (gemeinsamen) Elternschaft nach der Scheidung (zB über verschiedene Kooperations- und Betreuungsmodelle im Rahmen der gemeinsamen Obsorge²⁷), über die emotionalen Bedürfnisse und Nöte von Kindern angesichts der elterlichen Trennung und mögliche Langzeitfolgen für die Kinder; Diese Aufgabe könnte sowohl von Erziehungs-/Elternberatungsstellen als auch von der Familiengerichtshilfe übernommen werden.
- **Arbeit an den Wahrnehmungen, Haltungen und Verhaltensweisen der Eltern:** Beratung, die primär an die Vernunft der Eltern appelliert bzw gleich zu Beginn eine kooperative Haltung der Eltern einfordert („sich an einen Tisch setzen und gemeinsam eine gute Lösung für das Kind finden“), wird in vielen Fällen erfolglos bleiben. Die eigene emotionale Situation der Eltern müsste in den Beratungsprozess gerade ein- und nicht davon ausgeschlossen werden; dies macht oftmals ein zunächst getrenntes Beratungssetting für beide Elternteile nötig. Wichtig dafür, dass sich Eltern auf diesen Prozess einlassen können, erscheint mir, dass die Erziehungs-/Elternberatung, die diese Aufgabe übernimmt, dem Gericht gegenüber nicht zur Berichterstattung über den Verlauf der Beratung verpflichtet ist.²⁸

²⁶ Es hat sich nämlich gezeigt, dass Informationsdefizite und falsche Vorstellungen über die gemeinsame Obsorge (zB dass die Kinder im Fall der gemeinsamen Obsorge zu gleichen Teilen bei beiden Eltern leben [müssen] und jede Entscheidung gemeinschaftlich getroffen werden muss) dazu führen, dass Eltern diese ablehnen (Barth-Richtarz/Figdor, Gemeinsame Obsorge).

²⁷ Eine Darstellung von vier verschiedenen Kooperations- und Betreuungsmodellen findet sich bei Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft 310–332.

- **Kontrolle und Evaluierung:** Die Aufgabe der Kontrolle des Prozesses, um mögliche Gefahren für das Kind durch ein Eskalieren der elterlichen Konflikte zu minimieren, und die Evaluierung der in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung gemachten Erfahrungen könnte mE die **Familiengerichtshilfe** übernehmen.
- **Stützung des Kindes:** Um die Kinder in die Lage zu versetzen, sich ein Stück weit vom elterlichen Konflikt abzugrenzen, ihre eigenen Wünsche bezüglich der Gestaltung der Beziehung zu beiden Eltern (wieder) zu erspüren und um den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes im Verfahren eine Stimme zu verleihen, empfiehlt sich das Instrument des **Kinderbeistands**.

6. Zusammenfassung

Das KindNamRÄG 2013 führt vermutlich in vielerlei Hinsicht nicht gerade zu Vereinfachungen, insb nicht für die Gerichte. Aber diese gestiegenen Anforderungen entsprechen der Komplexität der Realität von (Scheidungs-)Familien besser als die bisherigen gesetzlichen Regelungen. Insofern steht dem Preis der gestiegenen Anforderung ein hoher Wert gegenüber, nämlich die Eröffnung neuer Chancen für die Kinder. Der Schlüssel zur Bewältigung dieser Anforderungen wird in der vernetzten Zusammenarbeit der Familiengerichte mit außergerichtlichen Institutionen und Fachkräften liegen. Der „Brückenschlag“ dazu könnte von der neu geschaffenen Institution der Familiengerichtshilfe ausgehen.

Literaturverzeichnis

- Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*, ABGB³ (2008) § 146b Rz 5.
Barth/Jelinek, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12.
Barth-Richtarz, Gemeinsame Elternschaft nach der Scheidung (2012).
Barth-Richtarz/Figdor, Was bringt die gemeinsame Obsorge? (2008).
Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, *Journal of Family Psychology* 2002, 91.
Dietrich/Paul, Hoch strittige Elternsysteme, in Weber/Schilling (Hrsg), *Eskalierte Elternkonflikte* (2006) 16.
Fichtner, Hilfen bei Hochkonflikthaftigkeit? ZKJ 2012, 46.
Figdor, Zwischen Aufklärung und Deutung, in Eggert-Schmid Noerr/Hirmke-Wessels/Krebs (Hrsg), *Das Ende der Beziehung? Frauen Männer, Kinder in der Trennungsphase* (1994) 143.
Figdor, Welche Gründe sprechen gegen die Obsorge beider Eltern? iFamZ 2011, 131.

²⁸ Lediglich das (Nicht-)Zustandekommen bzw die Anzahl der stattgefundenen Termine kann dem Gericht mitgeteilt werden.

- Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ nach dem KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 31.
- Johnston/Kline/Tschann*, On-Going Post-Divorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody, American Journal of Orthopsychiatry 1989, 576.
- Jurczyk/Walper*, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Vorgezogener Endbericht (2010).
- Kindler/Fichtner*, Die gemeinsame elterliche Sorge aus der Sicht der Bindungs- und Scheidungsforschung, FPR 2008, 140.
- Walper/Fichtner*, Zwischen den Fronten. Psychosoziale Auswirkungen von Elternkonflikten auf Kinder, in *Walper/Fichtner/Normann* (Hrsg), Hochkonfliktvolle Trennungsfamilien (2011) 95.
- Wienerroither*, Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung, in *Amt der Oberösterreichischen Landesregierung* (Hrsg), Soziale Diagnose. Methoden zur Standortbestimmung von Kindern und Jugendlichen 6.

Doppelresidenz und Psychologisches Gutachten

Fragestellungen zur Doppelresidenz finden sich zunehmend auch in psychologischen Gutachten. Dabei werden – so wie auch bei anderen Fragestellungen – im Wesentlichen sechs Variablen untersucht:

1. Logistische/organisatorische/räumliche Voraussetzungen der Familie
2. Elterliche Erziehungsfähigkeit
3. Elterliche Kooperation und Konfliktverhalten
4. Eltern-Kind-Beziehungen
5. Entwicklungsstand und persönliche Voraussetzungen des Kindes
6. Kindlicher Wille

Ad 1. Logistische/organisatorische/räumliche Voraussetzungen der Familie

Betrachtet wird, ob die notwendigen logistischen/organisatorischen/räumlichen Voraussetzungen vorhanden sind, um eine Doppelresidenz empfehlen zu können. Hierzu zählt u.a. die **Wohnortnähe**, die sowohl für das Kind, als auch die gesamte Familie praktikabel sein muss. Ein fixer Richtwert ist diesbezüglich nicht vorhanden. Ebenso müssen in beiden Haushalten die **räumlichen Gegebenheiten** passen (u.a. eigenes Bett, eigener privater Bereich für das Kind), sodass sich das Kind bei beiden Eltern zu Hause fühlen kann.

Ad 2. Elterliche Erziehungsfähigkeit

Die Einschätzung der elterlichen Erziehungsfähigkeit nimmt in Pflegschaftsgutachten stets eine zentrale Rolle ein. *Dettenborn/Walter* (2015) definieren diese folgendermaßen: „Erziehungsfähigkeit bedeutet, an den Bedürfnissen und Fähigkeiten eines Kindes orientierte Erziehungsziele und Erziehungseinstellungen auf der Grundlage angemessener Erziehungskenntnisse ausbilden und unter Einsatz ausreichender persönlicher Kompetenzen in der Interaktion mit dem Kind in **kindeswohl dienliches Erziehungsverhalten** umsetzen zu können.“

Im Rahmen psychologischer Gutachten werden u.a. folgende Bereiche eingeschätzt, die von einem Kontinuum optimaler Erziehungsfähigkeit bis zu völliger Erziehungsunfähigkeit reichen können:

- Elterliche Feinfühligkeit;
- Fähigkeit von Eltern, ihr Kind zu pflegen und zu versorgen;
- Vermittlung von Regeln und Werten;
- Grenzsetzungs- und Förderkompetenz;
- Bindungstoleranz.

Um eine Doppelresidenz empfehlen zu können, müssen beide Elternteile über **hinreichende erzieherische und betreuerische Kompetenzen in sämtlichen Erziehungsbereichen** verfügen. Eine Kindeswohlgefährdung (Erziehungsunfähigkeit in einem oder mehreren Bereichen) darf bei keinem Elternteil vorliegen.

Angemerkt wird, dass diese Forderung jedoch in gleichem Maß für das Residenzmodell mit regelmäßigen Elternkontakten gilt. Im Falle einer möglichen Kindeswohlgefährdung müssten Kontakte auch bei dieser Variante begleitet, z.B. in einem Besuchsausschuss, erfolgen.

Ad 3. Elterliche Kooperation und Konfliktverhalten

In der psychologischen Begutachtung haben wir es häufig mit **hochstrittigen Elternpaaren** zu tun. Diese zeichnen sich durch fortgesetzte Konflikte, intensive Gerichtsverfahren, eine wenig produktive Kommunikation, sowie geringe Kooperationsbereitschaft aus. In der psychologischen Fachliteratur herrscht Einigkeit darüber, dass fortgesetzte elterliche Konflikte für Kinder eine massive psychische Belastung darstellen, die umso höher ist, je stärker sie selbst in die elterlichen Auseinandersetzungen involviert sind. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, wie in solch hochkonflikthaften Konstellationen aus Sicht des Kindeswohls umgegangen werden soll. Viele Autoren empfehlen als letzte Konsequenz in derart konflikthaften Fällen, Kontakte zu einem Elternteil stark einzuschränken, um das Kind zu entlasten. Diese Empfehlung führt in der Konsequenz oft dazu, dass Kontakte zu einem Elternteil zur Gänze abbrechen.

Im Rahmen einer psychologischen Begutachtung wird der befasste Gutachter/die befasste Gutachterin das **elterliche Konfliktverhalten** (z.B. Art und Weise, wie Auseinandersetzungen ausgetragen werden, insbesondere in Hinblick auf die Involvierung des Kindes), sowie das **elterliche Kooperationsverhalten** (z.B. Umgang mit Informationsübermittlung, Vereinbarungen und Entscheidungen) genau überprüfen. Ebenso wird er/sie die Konflikt- bzw. Kooperationsgeschichte des Elternpaares erheben und darlegen, zu welchen Formen

der Kooperation die Eltern in der Vergangenheit – unter bestimmten Bedingungen – fähig waren.

Zweifellos ist es so, dass **Kooperatives Co-Parenting**, bei dem Eltern gut miteinander sprechen und kooperieren, gemeinsam für ihre Kinder planen und sich wechselseitig unterstützen, als ideale Form des elterlichen Miteinanders gesehen wird. Die Forschung gibt jedoch Hinweis darauf, dass diese Form des Miteinanders von vielen Trennungseltern auch mithilfe intensiver Beratungen nie erreicht wird. Die Mehrzahl der Eltern ist jedoch in der Lage, das sogenannte „**Parallel-Parenting**“ zu praktizieren, welches Eltern und Kinder in der Folge deutlich entlastet. Hierbei braucht es insgesamt nur wenig Kooperation und Kommunikation, trotzdem werden die Folgen des praktizierten Elternverhaltens für die Kinder als „gut“ beschrieben.

In Hinblick auf die Empfehlung einer Doppelresidenz kann festgestellt werden, dass eine gute elterliche Kommunikation und Kooperation keine notwendige Voraussetzung für die wechselseitige Betreuung eines Kindes darstellt. Allerdings sollten beide Eltern eine **zumindest basale Bereitschaft** mitbringen, **miteinander zu kooperieren und zu kommunizieren** (z.B. Austausch wichtiger Informationen, das Kind betreffend, welcher auch schriftlich erfolgen kann). Zentral erscheint die **elterliche Fähigkeit/Bereitschaft, ihr Kind aus den eigenen Konflikten herauszuhalten** und diese nicht über das Kind und in dessen Anwesenheit auszutragen. Gelingt dies, so ist eine Doppelresidenz möglich. Gelingt dies hingegen nicht, so ist eine Reduzierung des Kontakts zu einem Elternteil oft die einzige Alternative.

Ad 4. Eltern-Kind-Beziehungen

Ein besonders bedeutsamer Teil familienrechtlicher Fragestellungen betrifft Bindungen und Beziehungen. *Dettenborn/Walter (2015)* definieren Bindungen dabei folgendermaßen: „Bindungen sind der Kern intensiver emotionaler Beziehungen mit spezifischen Interaktionen zwischen Kindern und nahe stehenden Personen; die deshalb oft auch als Bezugspersonen oder Bindungspersonen genannt werden“. Auf die **Bedeutung haltgebender vertrauensvoller Beziehungen für die Entwicklung von Kindern** (Schutzfaktoren) weist vor allem die Bindungstheorie eindrucksvoll hin. Ebenso ist mittlerweile unumstritten, dass **Beziehungsbrüche zu wichtigen Bezugspersonen als Risikofaktoren** gelten und möglichst verhindert werden sollten.

In der psychologischen Begutachtung geht es in einem ersten Schritt v.a. darum, die **bisherige Beziehungsgeschichte des Kindes zu Mutter und Vater** detailliert zu erheben (z.B. Intensität gemeinsamer Interaktionserfahrungen; Übernahme von Elternverantwortung und

Sorge für das Kind; etwaige Beziehungsunterbrechungen). Des Weiteren wird die **Qualität der Beziehung zu den Eltern** erhoben (z.B. Gefühle, die füreinander empfunden werden; ob Eltern ihren Kindern in Problem- oder Kammersituationen als Ansprechpersonen dienen; mögliche Konflikte innerhalb der Eltern-Kind-Beziehung; emotionale Präferenzen).

In Hinblick auf mögliche sachverständige Empfehlungen kann festgestellt werden, dass sich Kontaktregelungen für die Nachtrennungsfamilie an der Realität der familiären Beziehungsgestaltung vor Trennung/Scheidung orientieren und Kindern die **Möglichkeit** geben sollten, **ihre Beziehungen zu wichtigen Menschen in möglichst ähnlicher Form fortzusetzen**. Ist von einem Familienbild auszugehen, in dem sich beide Eltern engagiert in die Betreuung ihrer Kinder einbringen, sich gleichwertig für diese verantwortlich fühlen und von diesen auch als emotional verfügbare Ansprechpersonen wahrgenommen werden, so kann ein Doppelresidenzmodell in Betracht gezogen werden.

Ad 5. Entwicklungsstand und persönliche Voraussetzungen des Kindes

Alter und Entwicklungsstand des Kindes spielen bei der Gestaltung von Kontaktmodellen stets eine entscheidende Rolle, weil sich die Bedürfnislagen der Kinder stetig verändern und dies wiederkehrende Anpassungen erforderlich macht. Eine besonders schwierig zu beantwortende Frage ist, ab welcher Altersstufe das Doppelresidenzmodell zu empfehlen ist. Die aktuelle Forschungslage hierzu ist noch eher spärlich, weshalb auf allgemeine Erkenntnisse der Bindungs- und Entwicklungspsychologie zurückgegriffen werden muss.

Diese sehen **Doppelresidenzregelungen in der vorsprachlichen Phase von Kindern** (d.h. bis zum Alter von zwei oder drei Jahren) insgesamt **eher kritisch**, wenngleich sie in Einzelfällen, z.B. wenn eine gleichermaßen intensive Beziehung zu beiden Eltern besteht, durchaus möglich ist (vgl. *Sroufe, 2011*). Empfohlen werden statt dessen Residenzregelungen mit hochfrequenten Kontakten zum nicht betreuenden Elternteil, die täglich bis jeden zweiten Tag stattfinden sollten.

Ab dem Alter von ca. 4 Jahren wird die Doppelresidenz aus entwicklungspsychologischer Sicht als gut praktikierbar angesehen, wobei das Alter des Kindes bei der jeweiligen Wechselfrequenz berücksichtigt werden muss. Ein wöchentlicher Wechsel kann im Allgemeinen ab dem Schulalter empfohlen werden.

Ad 6. Wille des Kindes

Der Beurteilung des Kindeswillens kommt in der psychologischen Begutachtung im PflEGschaftsverfahren eine besondere Bedeutung zu. Nach *Dettenborn (2014)* bezeichnet der Kindeswille „die altersgemäß stabile und autonome Ausrichtung des Kindes auf erstrebte, persönlich bedeutsame Zielzustände“. Um vom Vorliegen eines Kindeswillens ausgehen zu können, müssen nach *Dettenborn* vier Mindestkriterien (**Zielorientierung, Intensität, Stabilität, Autonomie**) erfüllt sein. Das Gewicht des Kindeswillens als Kriterium des Kindeswohls ist dabei als umso größer anzusehen, je ausgeprägter diese vier Merkmale sind – immer vorausgesetzt, dass es sich nicht um einen selbstgefährdenden Kindeswillen handelt. (Selbstgefährdend wäre ein Kindeswille dann, wenn dessen Befolgen Lebensbedingungen herstellen würde, die im Missverhältnis zur objektiven Bedürfnislage des Kindes stehen.)

Bei Willensäußerungen von Kindern in Bezug auf eine Doppelresidenzregelung – sei es, dass diese gewünscht oder abgelehnt wird – wird sich das fachliche Vorgehen im Rahmen einer psychologischen Begutachtung nicht von dem üblichen Vorgehen unterscheiden. Neben der Erfassung der beschriebenen Mindestkriterien werden auch die vom Kind vorgebrachten Gründe (z.B. für oder gegen eine Doppelresidenz) erfragt und bewertet. In manchen Fällen bewähren sich Regelungen auf Probe, um Modalitäten ausprobieren und diffuse Unsicherheiten abbauen zu können. Aus psychologischer Sicht erscheint es jedenfalls sinnvoll, dem Kindeswillen – v.a. bei älteren Schulkindern und Jugendlichen – **so weit als möglich zu folgen, sofern es sich nicht um einen selbstgefährdenden Kindeswillen handelt**. Zum einen stärkt dies die Selbstwirksamkeitsüberzeugungen beim Kind, zum anderen werden negative Bumerangeffekte dadurch möglichst vermieden.

Literaturverzeichnis

Dettenborn, H. (2014). Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte. 4. Auflage. München: Reinhardt.

Dettenborn, H., Walter, E. (2015). Familienrechtspsychologie. 2. Auflage. München: Reinhardt.

Sroufe, A., McIntosh, J. (2011). Divorce and Attachment Relationships: The Longitudinal Journey. *Family Court Review*, Vol. 49 No. 3, 464-473.

Die Position des Domizilelternteils und der Streit ums Geld

I. Der verfassungsrechtlich geschützte Hauptwohnsitz

Festlegung des Hauptwohnsitzes

Art 6 B-VG. (3) Der Hauptwohnsitz einer Person ist dort begründet, wo sie sich in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, hier den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen zu schaffen; trifft diese sachliche Voraussetzung bei einer Gesamtbetrachtung der beruflichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebensbeziehungen einer Person auf mehrere Wohnsitze zu, so hat sie jenen als Hauptwohnsitz zu bezeichnen, zu dem sie das überwiegende Naheverhältnis hat.

- 1 Die österreichische Rechtsordnung definiert den Begriff des Hauptwohnsitzes an mehreren Stellen. Gem Art 6 Abs 3 B-VG ist er dort begründet, wo sich eine Person in der Absicht niedergelassen hat, den **Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen** zu schaffen. Eine Hauptwohnsitzmeldung entfaltet Tatbestandswirkung für die Frage, welcher Ort als Hauptwohnsitz einer Person gilt, sodass von einem Hauptwohnsitz idS auch dann auszugehen ist, wenn die Bezeichnung zu Unrecht erfolgt ist.

Hingegen sind für die Frage, ob ein Aufenthalt als **gewöhnlicher Aufenthalt** anzusehen ist, dessen Dauer und Beständigkeit sowie andere Umstände persönlicher oder beruflicher Art zu berücksichtigen, die dauerhafte Beziehungen zwischen einer Person und ihrem Aufenthalt anzeigen. Der Aufenthalt einer Person bestimmt sich aber ausschließlich nach tatsächlichen Umständen und hängt weder von der Erlaubtheit noch von der Freiwilligkeit ab.¹

II. Elterliches Wohnortbestimmungsrecht und Doppelresidenz

Bestimmung des Wohnorts

§ 162 ABGB. (2) Haben die Eltern vereinbart oder das Gericht bestimmt, welcher der obsorgeberechtigten Elternteile das Kind hauptsächlich in seinem Haushalt betreuen soll, so hat dieser Elternteil das alleinige Recht, den Wohnort des Kindes zu bestimmen.

(3) Ist nicht festgelegt, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll, so darf der Wohnort des Kindes nur mit Zustimmung beider Elternteile oder Genehmigung des Gerichts in

¹ Zum Unterschied zwischen dem Hauptwohnsitz idS Art 6 Abs 3 B-VG und dem gewöhnlichen Aufenthalt s insb VfGH 11. 3. 2015, E 1264/2014.

das Ausland verlegt werden. Das Gericht hat bei der Entscheidung über die Genehmigung sowohl das Kindeswohl zu beachten als auch die Rechte der Eltern auf Schutz vor Gewalt, Freizügigkeit und Berufsfreiheit zu berücksichtigen.

A. (Keine) Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes (§ 162 Abs 2 und 3 ABGB)

- 2 Die Wohnortbestimmung ist eine **Maßnahme der Pflege und Erziehung** im Innenverhältnis **im Rahmen der Obsorge**, welche die Eltern möglichst einvernehmlich wahrnehmen sollen. Nach den Gesetzesmaterialien² soll § 162 Abs 2 und 3 ABGB die Bestimmung des Wohnorts des Kindes - der nach Beendigung des Zusammenlebens der Eltern wesentliche Bedeutung zukommt - regeln und insoweit „Klarheit schaffen“.
- 3 Wenn und sobald die Eltern eine Vereinbarung getroffen haben, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt hauptsächlich betreut, oder das Gericht die Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils festgelegt hat, kommt diesem Elternteil nach dem Gesetzeswortlaut des **§ 162 Abs 2 ABGB** das alleinige Recht zu, den Wohnort des Kindes zu bestimmen.

Ist hingegen nicht festgelegt, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll, darf der Wohnort des Kindes gem **§ 162 Abs 3 ABGB** nur im Einvernehmen oder mit Genehmigung des Gerichts ins Ausland verlegt werden. Das Gericht hat bei dieser Entscheidung im Genehmigungsverfahren sowohl das Kindeswohl zu beachten als auch die Rechte der Eltern auf Schutz vor Gewalt, Freizügigkeit und Berufsfreiheit zu berücksichtigen.

Für die Rechtsfolgen maßgebend ist daher die Beurteilung, ob die Vereinbarung oder gerichtliche Anordnung eines Doppelresidenzmodells unter § 162 Abs 2 ABGB oder § 162 Abs 3 ABGB fällt.

B. Der Meinungsstand zu § 162 Abs 2 ABGB

- 4 Nach den **Erläuterungen zur Regierungsvorlage**³ soll die alleinige Entscheidungsbefugnis des Domizilelternteils gem § 162 Abs 2 ABGB trotz Mitobsorge des anderen Elternteils auch für eine Verlegung des Wohnorts des Kindes ins Ausland gelten.⁴ Der Gesetzgeber habe „mit dieser zentralen Bestimmung“ ein „Auseinanderdriften“ von (Betreuungs-)Pflichten und -Rechten der getrennt lebenden Eltern vermeiden und

² ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 23.

⁴ Ebenso LGZ Wien 43 R 351/13f EFSlg 137.632: Auch bei Aufrechterhaltung der gemeinsamen Obsorge nach Trennung der Eltern steht jenem Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, das Recht auf Wohnortbestimmung allein zu; dies gilt auch für einen Umzug des Kindes ins Ausland. Vgl aber 9 Ob 8/14p EF-Z 2014/104 (*Nademleinsky*); 2 Ob 153/14k EF-Z 2015/11 (*Beck*); s dazu Rz 6.

Rechtsstreitigkeiten über den Wohnort eines Kindes möglichst eindämmen wollen.⁵ Während in den Fällen des § 162 Abs 2 ABGB „eindeutig nur ein Elternteil das Recht“ habe, „den Wohnort des Kindes zu bestimmen“, müsse in einer weiteren Bestimmung - § 162 Abs 3 ABGB - für die übrigen Fälle vorgesorgt werden.

Im Fall eines Umzugs ins Ausland setze sich der mit dem Kind umziehende Elternteil der Gefahr aus, dass ihm der andere, in den Fällen des § 162 Abs 3 ABGB definitionsgemäß auch mit der Obsorge betraute Elternteil vorwerfe, den Tatbestand des unrechtmäßigen Verbringens eines Kindes im Sinn des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ) verwirklicht zu haben. Der verbringende Elternteil könne diesen Vorwurf recht leicht entkräften, wenn er eine Zustimmungserklärung des anderen oder einen Gerichtsbeschluss vorweisen könne; sonst könne dies zu langwierigen binationalen Verfahren führen. Die Klärung der Umzugsfrage vorweg sei nicht nur für einen offenen, die Interessen beider Elternteile am wichtigen kontinuierlichen Kontakt mit dem Kind berücksichtigenden Umgang, sondern auch zur Vermeidung von das Kind in höchstem Maß irritierenden, der Kontinuität der Erziehung und somit zentralen Gesichtspunkten des Kindeswohls abträglichen Konflikten geboten. Da Grund für einen Umzug ins Ausland auch (physische und psychische) Gewalt in der Familie sein könne, habe das Gericht bei der Entscheidung über die Erteilung bzw Versagung der Genehmigung auch diese Umstände zu berücksichtigen, auch deshalb, weil von Kindern miterlebte Gewalt zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führe. Überdies habe das Gericht bei dieser Entscheidung auch die grundrechtlich verankerten Rechte auf Freizügigkeit und Berufsfreiheit zu berücksichtigen.

- 5 Der **Justizausschuss**⁶ stellte klar, dass der Domizilelternteil den anderen Elternteil von dem bevorstehenden Umzug rechtzeitig zu informieren und sich um dessen Zustimmung zu bemühen habe. Dies ergebe sich in Fällen der Obsorge beider Eltern aus § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB, wonach die Eltern die Obsorge, soweit tunlich und möglich, einvernehmlich wahrzunehmen haben. Lehne der andere Elternteil den Umzug ab, habe der Domizilelternteil diese Äußerung nach § 189 Abs 1 letzter Satz und Abs 5 ABGB zu berücksichtigen, wenn dies dem Wohl des Kindes besser entspreche. Darüber hinaus habe der andere Elternteil auch die Möglichkeit, bei Gericht einen Antrag auf Einschränkung oder Entziehung der Obsorge nach § 180 ABGB bzw § 181 ABGB zu stellen.

Verletze der Domizilelternteil diese ihm in § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB auferlegten Pflichten, greife er dadurch widerrechtlich in die Obsorge des anderen Elternteils ein. Dadurch werde nach Ansicht des Justizausschusses insb der **Tatbestand des widerrechtlichen Verbringens** oder Zurückhaltens eines Kindes gem HKÜ erfüllt.

- 6 Auch nach der **Rechtsprechung des OGH** hat sich der Domizilelternteil im Hinblick auf das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 Abs 2 ABGB **um eine Zustimmung des anderen Elternteils zu bemühen und bei Ablehnung nach § 189 Abs 1 letzter Satz und Abs 5 ABGB dessen Äußerung zu berücksichtigen**, wenn dies dem Wohl des Kindes besser

⁵ Zur Korrektur dieses Rechtsverständnisses mit sog. Ausschussfeststellung des Justizausschusses s Rz 5.

⁶ JAB 2087 BlgNR 24. GP 3.

entspreche.⁷ Aus § 162 Abs 3 Satz 1 ABGB könne nicht der Schluss gezogen werden, dass bei Obsorge beider Eltern und Feststehen eines hauptsächlich betreuenden Elternteils dieser allein auch über einen Umzug des Kindes ins Ausland entscheiden dürfe.

§ 162 Abs 2 ABGB ist daher dahin zu verstehen, dass der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind aufgrund einer Vereinbarung der Eltern oder einer gerichtlichen Anordnung hauptsächlich betreut wird, den Wohnort des Kindes **unter Einhaltung der Vorgaben des § 189 Abs 1 ABGB** ins Ausland verlegen darf.

- 7 Auch nach der **überwiegenden Lehre**⁸ muss der Domizilelternteil **den anderen Elternteil zumindest vom geplanten Umzug informieren**, weil eine solche Übersiedlung eine wichtige Angelegenheit iSd § 189 Abs 1 Z 1 ABGB ist, zu der sich der andere Elternteil äußern darf. Dieser hat dadurch auch die Möglichkeit, auf der Grundlage des § 107 Abs 3 Z 4 und 5 AußStrG im Rahmen eines Obsorge- oder Kontaktregelungsverfahrens zur Sicherung des Kindeswohls ein gerichtliches Verbot der Ausreise des Domizilelternteils mit dem Kind und die Abnahme der Reisedokumente des Kindes als Maßnahmen zu verlangen, die einen überstürzten und dadurch kindeswohlgefährdenden Umzug des Kindes ins Ausland verhindern können. **Ohne solche Verständigung** stellt die Verlegung des Wohnorts des Kindes ins Ausland bei Obsorge beider Eltern einen **Sorgerechtsbruch im Sinn des HKÜ** dar und macht die Vorgehensweise des Domizilelternteils nach dem Verständnis dieses Abkommens widerrechtlich.
- 8 Einigkeit besteht in der Literatur darüber, dass die sog. Ausschussfeststellung des Justizausschusses unzutreffend ist, soweit dieser davon ausgeht, dass sich der Domizilelternteil im Hinblick auf das Einvernehmlichkeitsgebot des § 137 Abs 2 ABGB um eine Zustimmung des anderen Elternteils bemühen müsse.

Das Einvernehmlichkeitsgebot kann nicht die Ausübung von Rechten beschränken, die das Gesetz einem Elternteil allein zuweist. Im Fall des § 162 Abs 2 ABGB übt der Domizilelternteil insoweit ein ihm allein zustehendes Obsorgesegment aus; daher ist die Heranziehung des § 189 Abs 1 Z 1 ABGB geboten und erforderlich.⁹ Ein beabsichtigter Umzug mit dem Kind ins Ausland ist jedenfalls eine „wichtige Angelegenheit“ iS dieser Bestimmung und löst die Pflicht des Domizilelternteils aus, den anderen Elternteil rechtzeitig über das Vorhaben zu informieren und dessen Äußerung zu berücksichtigen.

Im Übrigen gilt für eine solche Wohnsitzverlegung selbstverständlich das Kindeswohl (§ 138 ABGB) als entscheidendes Kriterium.

⁷ 9 Ob 8/14p EF-Z 2014/104 (*Nademleinsky*); 2 Ob 153/14k EF-Z 2015/11 (*Beck*). Zu den einzelnen Fallkonstellationen einer zulässigen oder iS des HKÜ widerrechtlichen Mitnahme des Kindes ins Ausland vgl ausführlich *Fucik/Miklau*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und HKÜ, iFamZ 2013, 31; *Beck*, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 1315.

⁸ *Fucik/Miklau*, iFamZ 2013, 31; *dies*, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek*, Handbuch (2013) 169; *Beck*, Kindschaftsrecht² (2013) Rz 783; wohl auch *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar⁴ (2013) § 162 ABGB Rz 5; aA (Übersiedlung ohne Verständigung sei ein Verstoß gegen § 189 ABGB, mache die Wohnortverlegung aber nicht widerrechtlich iSd HKÜ) *Beclin* in *Gitschthaler* (Hrsg.), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013) 207.

⁹ Ebenso LG Salzburg 21 R 115/14d EFSIlg 141.143. Zu Regelungen in Scheidungsfolgenvereinbarungen mit ausdrücklicher Verpflichtung des Domizilelternteils, ohne Zustimmung des anderen Elternteils den Aufenthalt des Kindes nicht ins Ausland zu verlegen, vgl auch *Nademleinsky*, EF-Z 2014/104 (Entscheidungsanmerkung; Wert „zweifelhaft“); s dazu § 177 Abs 4 Satz 2 ABGB: Der das Kind hauptsächlich betreuende Elternteil muss mit der gesamten Obsorge betraut sein.

- 9 In der Entscheidung **6 Ob 149/16d** hob der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und trug dem Erstgericht die **Bestimmung des Domizilelternteils** auf. Bei dieser Entscheidung werde das Erstgericht „im Sinne der zweitinstanzlichen Rsp (LG Salzburg)¹⁰ und der Literatur (*Gitschthaler*, EF-Z 2016/91 [Entscheidungsanmerkung]) spruchmäßig zum Ausdruck zu bringen haben, dass es sich bei dessen Haushalt (lediglich) um einen **nominellen Anknüpfungspunkt im Sinn der Entscheidung des VfGH**“ handle. Das Gericht könnte dabei „unter Berücksichtigung der Ausführungen des VfGH etwa konkret oder beispielhaft jene Aufgabenbereiche ausdrücklich benennen, die an diesen Haushalt anknüpfen sollen“. Die vom Rekursgericht in dem der Entscheidung 3 Ob 121/16i zugrunde liegenden Fall gewählte Formulierung („soweit gesetzliche Bestimmungen an eine hauptsächliche Betreuung des Kindes im Haushalt eines Elternteils anknüpfen“, komme diese der Mutter zu) sei jedoch zu weit gefasst, weil diese „über die vom VfGH explizit angeführten wie (etwa die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes, dh eher verwaltungsbehördliche) Rechtsfolgen“ hinausgehe und „möglicherweise auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 Abs 2 ABGB erfassen“ würde.¹¹

III. Kindesunterhalt bei (annähernd) gleichteiliger Betreuung

§ 231 ABGB. (1) Die Eltern haben zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen.

(2) Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet dadurch seinen Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre.

A. Geldunterhaltspflicht des Elternteils, in dessen Haushalt nicht der Hauptwohnsitz des Kindes ist

- 10 Gem § 231 Abs 1 ABGB sind die Eltern zur anteiligen Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen, altersabhängigen Bedürfnisse des Kindes nach ihrer Leistungsfähigkeit und ihren sonstigen Lebensverhältnissen verpflichtet. Der Elternteil, der das Kind in seinem Haushalt betreut, leistet nach § 231 Abs 2 ABGB dadurch seinen Unterhaltsbeitrag, während der andere Elternteil, mit dem das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, zu Geldunterhaltszahlungen verpflichtet ist.¹² Das Gesetz

¹⁰ EF-Z 2016/91 (*Gitschthaler*); vgl dazu Teil 1 der Tagungsunterlage, Rz 49.

¹¹ Zur Absicht des Gesetzgebers, der mit der Verpflichtung der Eltern zur Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes gerade nicht nur verwaltungsbehördliche Rechtsfolgen regeln wollte, vgl *Beck*, iFamZ 2015, 264; *Brenn*, EvBl-LS 2016/150 (Entscheidungsanmerkung); s Teil 1 der Tagungsunterlage, Rz 13 f, 16 ff.

¹² Ebenso ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 26. Zur örtlichen Gerichtszuständigkeit für Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder s § 109 JN iVm § 114 Abs 1 JN.

wertet also **Kinderbetreuung im eigenen Haushalt grundsätzlich als vollen Unterhaltsbeitrag** des betreuenden Elternteils und stellt sie der Leistung von Geldunterhalt gleich.¹³ Dabei kommt es nicht auf die Obsorge, sondern auf die tatsächliche Betreuung des Kindes an.

An dieser Rechtslage ist durch das KindNamRÄG 2013 keine Änderung eingetreten.

- 11** Unterhaltsentscheidungen sind stets Ermessensentscheidungen; daher können allgemein verbindliche, gleichsam rechenformelmäßige **Prozentsätze** für Abschläge für überdurchschnittliche Betreuungsleistungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils nicht festgelegt werden, sondern nur den **Charakter einer Orientierungshilfe** haben und zur Gleichbehandlung ähnlich gelagerter Fälle beitragen.¹⁴

B. Zusammenhang zwischen Kontaktrecht und Geldunterhalt

1. „Übliches“ Ausmaß der persönlichen Kontakte

- 12** Betreut und versorgt der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind im Rahmen des **üblichen Kontaktrechts** in seinem Haushalt, hat dies keine Auswirkungen auf seine Unterhaltspflicht. Die mit der Ausübung solcher Kontakte verbundenen Kosten des Unterhaltspflichtigen können die Unterhaltsbemessung nach § 231 ABGB grundsätzlich¹⁵ nicht schmälern. „**Üblich**“ **is dieser Rsp** ist nach wie vor ein Kontaktrecht von zwei Tagen in 14-tägigen Abständen sowie vier Wochen in den Ferien, daher etwa an **80 Tagen pro Jahr**.¹⁶ Auch die Ausübung eines Wochenendbesuchsrechts in 14-tägigen Abständen samt halbtägiger Betreuung einmal pro Woche wurde noch nicht als eine über das übliche Kontaktrecht erheblich hinausgehende Betreuungsleistung angesehen.¹⁷ Nur ein solches Ausmaß überschreitende persönliche Kontakte können zu einer Reduzierung des Geldunterhaltsanspruchs des Kindes führen.

2. Die „10 % - Judikatur“

- 13** Wenn sich die Eltern die Betreuung des Kindes in einem Ausmaß teilen, das (ganz klar)¹⁸ über den Rahmen der üblichen Besuchskontakte des Elternteils hinausgeht, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält und der daher geldunterhaltspflichtig ist, war nach der Rsp bei Reduzierung seiner Geldunterhaltsverpflichtung nicht von den Aufwendungen

¹³ 5 Ob 2/12y EF-Z 2012/163 (*Gitschthaler*); 6 Ob 55/16f. Betreuung umfasst die altersabhängige Versorgung des Kindes in einem üblichen Umfang, insb Unterkunft, Verpflegung, Versorgung mit Kleidung und Bedarfsartikeln, Reinigung der Kleidung und Wäsche, Beaufsichtigung, Erziehung, Überwachung der schulischen Verpflichtungen, Pflege bei Krankheit.

¹⁴ RIS-Justiz RS0047419, RS0047460 (T4), RS0128043.

¹⁵ Eine Ausnahme ist nur in jenen Fällen zu machen, in denen ein unterhaltspflichtiger Elternteil seiner Kontaktpflicht nicht nachkommen könnte, ohne den eigenen Unterhalt zu gefährden; vgl dazu zuletzt 4 Ob 150/16m.

¹⁶ 10 Ob 17/15w mwN; 1 Ob 158/15i iFamZ 2015/201 (*Neuhauser*); 6 Ob 55/16f.

¹⁷ 1 Ob 209/08d.

¹⁸ 8 Ob 69/15b.

des Unterhaltspflichtigen, sondern ausschließlich von den **ersparten Aufwendungen des (überwiegend) betreuenden Elternteils** (zB durch Lebensmittel, Wäsche, Freizeitaktivitäten, Taschengeld) auszugehen.¹⁹ Die Betreuung des Kindes in einem zweiten Haushalt führt für sich allein nicht zur Verringerung der außerhalb der Betreuung liegenden weiteren Bedürfnisse; Fixkosten, insb Wohnungskosten sind von der Anwesenheit des Kindes im Haushalt unabhängig.

Welcher Elternteil Hauptbezugsperson und welcher Mitbetreuender ist, ergab sich bei gemeinsamer Obsorge bereits aus der **Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes** bzw dessen tatsächlicher Betreuung. Dies sollte bezogen auf den Kontaktzeitraum auch dann gelten, wenn das Kind längere Zeit beim anderen Elternteil aufhältig war.²⁰

- 14 Nach stRsp kann „ein die übliche Dauer überschreitendes Kontaktrecht“ zu einer **Reduzierung der Geldunterhaltspflicht** führen.²¹ Dabei wurde die pauschale **Verringerung der Geldunterhaltspflicht um 10 % pro wöchentlichem Betreuungstag, der über das übliche Ausmaß (= 1 Tag pro Woche) hinausgeht**, gebilligt.²²

Je stärker sich die Situation einer gleichwertigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern annähert, desto weniger wird aber ein Prozentabzug pro zusätzlichem Kontakttag den wechselseitigen Leistungen der Eltern gerecht. Dies ist schon deshalb plausibel, weil (echte) Betreuung in zwei Haushalten zu einer gewissen Steigerung des Gesamtaufwands wegen doppelt notwendiger Versorgungsstrukturen führt.²³

- 15 Die **10 %-Judikatur** ist aufgrund der Entwicklung der Rsp in den letzten Jahren **nur mehr anzuwenden, wenn das Kind maximal ein zeitliches Ausmaß von ca. 130 Tagen pro Jahr beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil verbringt**.

Dies entspricht einem **Betreungsverhältnis von durchschnittlich 5,5 : 1,5 bis 4,5 : 2,5 Tagen pro Woche**. Nur in diesen Fällen wird heute eine Reduzierung des errechneten Geldunterhaltsanspruchs um rund 10 % pro wöchentlichem, über das „übliche Ausmaß“ hinausgehenden Betreuungstag als angemessen angesehen. Die Ausübung des „üblichen“ Kontaktrechts bleibt bei dieser Unterhaltsermittlung außer Betracht.

Beispiel:

Das Kind ist regelmäßig zwei Tage pro Woche beim Vater und verbringt mit ihm drei Wochen Ferien pro Jahr.

Grundunterhalt 360 € mtl.

Berechnung: 49 (verbleibende) Wochen x 2 Tage + 21 Tage = 119 Tage.
Gegenüber „üblichen“ Kontakten ist das Umgangsrecht um 39 Tage pro Jahr erhöht.

39 Tage : 52 Wochen = 0,75 Tage pro Woche.

Unterhaltsminderung um 7,5 %, daher € 333, gerundet somit 330 € mtl.

¹⁹ Vgl RIS-Justiz RS0047452 [T1, T9], RS0047460.

²⁰ 10 Ob 17/15w mwN; 1 Ob 158/15i iFamZ 2015/201 (Neuhauser).

²¹ RIS-Justiz RS0047452.

²² RIS-Justiz RS0047419 (T20), RS0128043 (T2).

²³ 5 Ob 2/12y EF-Z 2012/163 (Gitschthaler); idS schon (ansatzweise) 3 Ob 222/02x.

C. Unterhaltsbemessung bei (etwa) gleichteiliger Kinderbetreuung

1. Betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell

- 16 Gem § 231 Abs 2 Satz 1 ABGB leistet der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem das Kind betreut wird, dadurch seinen Beitrag. Wenn die - einander bei Abklärung der konkreten Unterhaltspflicht gegenüberzustellenden - **Betreuungsleistungen zwischen den Eltern gleichmäßig verteilt** sind, besteht kein unterhaltsrechtlich privilegierter Elternteil, der allein durch seine Betreuungsleistungen die Unterhaltspflicht erfüllt und daher keine Geldunterhaltsverpflichtung zu decken hat.
- 17 Nach dem sog. **betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell** besteht **bei gleichwertigen bedarfsdeckenden Betreuungs- und Naturalunterhaltsleistungen** getrennt lebender Eltern kein Geldunterhaltsanspruch des Kindes gegen einen der beiden Elternteile, wenn deren maßgebliche Einkommen annähernd gleich hoch sind. In allen anderen Fällen steht dem Kind weiterhin ein **Restgeldunterhaltsanspruch** gegen den leistungsfähigeren und/oder weniger betreuenden Elternteil zu, der das unterhaltsrechtliche Betreuungsverhältnis bzw den geringeren Lebensstandard, an dem das Kind beim anderen Elternteil partizipieren kann, ausgleicht.²⁴

2. Gleichteilige Betreuung – gleich hohes Einkommen

- 18 **Ab wann von gleichwertigen Betreuungsleistungen der Eltern** die Rede sein kann, ist angesichts der Vielfalt familiärer Lebens- und Betreuungsmodelle nicht mit einem starren Prozentsatz festzulegen. Nach der Rsp des OGH liegt eine etwa **gleichteilige Betreuung** (schon) dann vor, **wenn kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Gesamtbetreuung durchführt**.²⁵

In diesem Fall ist nicht mehr mit prozentuellen Abschlägen für zusätzliche Betreuungstage vorzugehen, sondern das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell mit der Konsequenz anzuwenden, dass nur bei erheblich unterschiedlichen Einkünften der Eltern Ausgleichszahlungen im Zusammenhang mit den Unterhaltsansprüchen des Kindes in Betracht kommen.

In dem der Entscheidung 8 Ob 69/15b²⁶ zugrundeliegenden Sachverhalt betreute der geldunterhaltspflichtige Vater das Kind an durchschnittlich 124 von 365 Tagen im Jahr oder (aufgerundet) zu 34 %. Sein Anteil an der Betreuungszeit liegt damit genau an der in der Entscheidung 4 Ob 16/13a gezogenen Grenze für den Wechsel zwischen „Prozentabzugsmethode“ und „betreuungsrechtlichem Unterhaltsmodell“. Der OGH

²⁴ 4 Ob 16/13a EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*); 6 Ob 11/13f; 10 Ob 17/15w; 1 Ob 158/15i iFamZ 2015/201 (*Neuhauser*); 8 Ob 69/15b EF-Z 2016/39 (*Gitschthaler*). Vgl dazu auch *Gitschthaler*, Neue Betreuungsmodelle – neue Unterhaltsmodelle, EF-Z 2010/122; *ders*, Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell bei Einkommensdifferenzen – Einige Ergänzungen zur Entscheidung 1 Ob 158/15i, EF-Z 2016/3.

²⁵ 4 Ob 16/13a EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*); 10 Ob 17/15w; 6 Ob 55/16f. Beide Elternteile betreuen das Kind im Schnitt jeweils mehr als 2,5 Tage pro Woche.

²⁶ EF-Z 2016/39 (*Gitschthaler*).

billigte die Entscheidung des Rekursgerichts, auf diesen Sachverhalt (noch) die erste Methode anzuwenden, und betonte auch hier, dass allgemein verbindliche Prozentsätze für überdurchschnittliche Betreuungsleistungen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils nicht bestehen könnten, weil Unterhaltsentscheidungen stets Ermessensentscheidungen sind. Unter den im Anlassfall vorliegenden Voraussetzungen begründete der von den Vorinstanzen gewählte 30 %-Abzugs keine unvertretbare Fehlbeurteilung.

- 19 Ein **gleich hohes Einkommen** der Eltern ist dann gegeben, wenn die nach unterhaltsrechtlichen Gesichtspunkten bemessungsrelevanten Einkünfte eines Elternteils jene des anderen nicht beträchtlich übersteigen, wobei Unterschiede bis zu einem Drittel hinzunehmen sind²⁷ (als Basis dieses Vergleichs ist dabei das niedrigere Einkommen heranzuziehen)²⁸ bzw beide Eltern über Einkünfte verfügen, die jeweils zu Unterhaltsansprüchen des Kindes über der Obergrenze²⁹ führen.³⁰

Liegt eine als gleichwertig anzusehende Betreuung vor, sind daher die Einkommen beider Eltern festzustellen. Die Unterhaltsbelastung ist im Verhältnis von Leistungsfähigkeit und Übernahme der Betreuungsaufgaben auf beide Eltern aufzuteilen. Eine **Geldunterhaltspflicht ist nicht auszumessen**, wenn

- beide Eltern über ein annähernd gleich hohes Einkommen verfügen oder
- zwar deutliche Einkommensunterschiede vorliegen, aber das Einkommen jedes Elternteils zu Unterhaltsansprüchen des Kindes über der altersabhängigen Obergrenze für Kindesunterhalt führt.³¹

3. Gleich hohe Zahlungen für Aufwendungen

- 20 Im Fall der gleichteiligen Betreuung des Kindes durch beide Eltern (wenn also kein Elternteil mindestens zwei Drittel der Betreuung durchführt) sind nicht nur die mit der Betreuung zusammenhängenden **alltäglichen Kosten** (einschließlich Taschengeld), sondern auch die **zusätzlich bedarfsdeckenden Aufwendungen** mit Unterhaltscharakter (Kleidung, Schuhe, Schulkosten, Sportsachen, größere, längerlebige Anschaffungen usw) zu gleichen Teilen zu tragen, soweit sie Unterhaltscharakter haben. Andernfalls entsteht dem Kind weiterhin ein **Rest-Geldunterhaltsanspruch** gegen den leistungsfähigeren Elternteil zu; dieser soll den geringeren Lebensstandard, an dem das Kind bei anderen Elternteil teilhaben kann, ausgleichen. Die von einem Elternteil erbrachten Naturalleistungen sind dann insofern auf einen Geldunterhaltsanspruch anzurechnen, als die Aufwendungen des einen Elternteils jene des anderen Elternteils im Verhältnis zur Betreuungssituation übersteigen.³²

²⁷ 4 Ob 16/13a EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*).

²⁸ Beträgt die Unterhaltsbemessungsgrundlage des einen Elternteils 1.800 € mtl, darf jene des anderen Elternteils bis zu 2.400 € mtl ausmachen (*Gitschthaler*, EF-Z 2016/3).

²⁹ Der sog. Unterhaltsstopp bedeutet, dass Kindern ein höherer Unterhaltsbetrag als der zweifache bzw zweieinhalbfache Regelbedarf – unabhängig von weiteren Einkünften des Unterhaltspflichtigen – nicht zuerkannt wird. Die aktuellen Durchschnittsbedarfsätze werden zB auf www.jugendwohlfahrt.at veröffentlicht.

³⁰ 6 Ob 11/13f; 10 Ob 17/15w; 1 Ob 158/15i iFamZ 2015/201 (*Neuhauser*).

³¹ 10 Ob 17/15w.

³² 4 Ob 16/13a EF-Z 2013/115 (*Gitschthaler*).

Im Verfahren sind daher Feststellungen zu treffen, wer im maßgeblichen Zeitraum das Kind in welchem Umfang tatsächlich betreute und wer welche Sachaufwendungen für das Kind bestritt. Dazu muss nicht unbedingt ein Beleg für alle Ausgaben vorhanden sein, sofern plausible und glaubwürdige Angaben der Eltern vorliegen.³³

4. Betreuungsrechtliches Unterhaltsmodell bei erheblichen Einkommensunterschieden

- 21 In zahlreichen Anlassfällen für OGH-Entscheidungen verfügten die Elternteile über annähernd gleiche Einkommen. In der Entscheidung 1 Ob 158/15i befasste sich der OGH ausführlich mit der Unterhaltsbemessung für ein Kind, dessen Eltern zwar **Betreuungsleistungen in (annähernd) gleichem Ausmaß** erbrachten, **aber deutlich unterschiedliche Einkommen** hatten. Der OGH schloss sich dabei dem Vorschlag *Neuhausers*³⁴ an, der folgendes Berechnungsbeispiel zur Ermittlung der Geldunterhaltsleistung angeführt hatte:

Bei einer Unterhaltsbemessungsgrundlage des Vaters in Höhe von 2.000 € monatlich und der Mutter von 1.200 € mtl errechne sich nach der Prozentwertmethode ein Unterhaltsanspruch eines 10 Jahre alten Kindes gegenüber dem Vater von 400 € mtl und gegenüber der Mutter von 240 € mtl. Diese Beträge seien (wegen der hälftigen Betreuungsleistungen beider Elternteile) jeweils auf 200 € mtl gegenüber dem Vater und 120 € mtl gegenüber der Mutter zu halbieren, sodass dem Vater der **Differenzbetrag** von 80 € mtl **als Geldunterhaltsleistung** aufzuerlegen sei, wodurch dem Kind auch in Zeiträumen, in denen dieses bei der Mutter lebe, eine Teilhabe am höheren Einkommen des Vaters ermöglicht werde.

Das Abstellen auf die Einkommenshöhe der Eltern allein greife zu kurz, weil damit sonstige Lebensumstände, insb weitere Sorgepflichten, nicht in die Beurteilung einfließen würden. Träfen den Vater im genannten Beispiel drei weitere Sorgepflichten für Kinder im Alter von 13, 15 und 17 Jahren, betrage der Unterhaltsanspruch des 10-Jährigen nach der Prozentwertmethode gegenüber dem Vater wie auch gegenüber der Mutter 240 € mtl, sodass dem Vater dann keine Geldunterhaltsleistung aufzuerlegen wäre. Wesentlich sei daher nicht nur die Einkommenssituation der Eltern, sondern der **Vergleich der (fiktiv) zu ermittelnden Geldunterhaltsansprüche**, wodurch auch die Bedachtnahme auf unterhaltsrechtlich relevante sonstige Lebensumständen der Eltern, insb weitere Sorgepflichten, möglich werde.

- 22 Bei der Bedarfsdeckung mittels Naturalleistungen durch beide Elternteile ist im Fall von Einkommensunterschieden zu beachten, dass das Kind lediglich in der Zeit, in der es sich in Betreuung des besser verdienenden Elternteils befindet, an dessen **aus dem höheren Einkommen resultierenden gehobenen Lebensstandard** teilhaben kann. Hingegen ist ihm in der Zeit, in der es sich beim schlechter verdienenden Elternteil in Betreuung befindet, die Teilnahme am Lebensstandard des besser verdienenden Elternteils (anders als bei

³³ LGZ Wien 44 R 567/09x EFSlg 122.611, 44 R 640/12m EFSlg 137.929.

³⁴ In *Schwimann*, ABGB-TaKom³ § 231 Rz 250 f; ders in *Schwimann/Kodek*⁴ § 231 ABGB Rz 489 f.

zusammenlebenden Eltern) nicht möglich. In diesem Fall hat das Kind gegenüber dem besser verdienenden Elternteil daher einen dessen Betreuungsleistungen **ergänzenden angemessenen Geldunterhaltsanspruch**, der ermöglichen soll, dass das Kind während der Betreuung im Haushalt des schlechter verdienenden Elternteils am Lebensstandard des anderen weiterhin teilnehmen kann.³⁵

Dieser ist dadurch zu ermitteln, dass

- (fiktiv) die Geldunterhaltsansprüche des Kindes jeweils nach der Prozentwertmethode (unter Berücksichtigung allfälliger weiterer Sorgepflichten) zu berechnen sind,
- die Familienbeihilfe im Verhältnis der (fiktiv) ermittelten Geldunterhaltsansprüche aufzuteilen und der entsprechende Anteil vom Geldunterhaltsanspruch gegenüber jenem Elternteil abzuziehen ist, der die Familienbeihilfe nicht bezieht,
- die so ermittelten Beträge zu saldieren sind und
- der so errechnete Restbetrag zu halbieren ist.³⁶

- 23 Bei der Berechnung des Restgeldunterhaltsanspruchs gegen den leistungsfähigeren Elternteil** ist die mögliche Teilhabe an dessen Lebensstandard – gemessen an seinem Einkommen – der möglichen Teilhabe an jenem des anderen Elternteils – gemessen an dessen Einkommen – gegenüberzustellen. Der Geldausgleich des besser verdienenden Elternteils für die Zeit, in der das Kind beim anderen Elternteil ist und daher an seinem höheren Lebensstandard nicht teilnehmen kann, kommt jedenfalls nur bis zur Unterhaltsobergrenze (in Bezug auf das Einkommen des besser verdienenden Elternteils) in Betracht.³⁷

Beispiel:³⁸

Einkünfte Mutter 1.140 € mtl, Vater 2.250 € mtl. Das Kind wird annähernd gleichteilig von beiden Eltern betreut.

Geldunterhaltsanspruch des Kindes (18 %) gegenüber der Mutter (gerundet) 205 € mtl und gegenüber dem Vater 405 € mtl.

Halbierung der Beträge, weil die Betreuung zu 50 % im Haushalt der Mutter und zu 50 % im Haushalt des Vaters erfolgt: 102,50 € mtl – 202,50 € mtl.

Differenzbetrag von 100 € mtl ist als restlicher Geldunterhaltsanspruch für die Zeit der Betreuung des Kindes im Haushalt der Mutter und damit zum Ausgleich der verminderten Teilnahme am besseren Lebensstandard des Vaters festzusetzen.

- 24 Tatsächlich erbrachte Naturalleistungen** wie Taschengeld oder Handykosten dürfen vom ermittelten Ergänzungs-Geldunterhaltsanspruch nicht in Abzug gebracht werden. Hinsichtlich der mit der Betreuung zusammenhängenden Kosten kann ein nach der Prozentwertmethode zustehender Unterhaltsanspruch nicht zweimal gekürzt werden,

³⁵ 1 Ob 158/15i; vgl auch 7 Ob 145/04f.

³⁶ 1 Ob 158/15i.

³⁷ 7 Ob 145/04f; 1 Ob 158/15i.

³⁸ Das Beispiel vernachlässigt zur Ermöglichung einer vereinfachten Darstellung der hier im Vordergrund stehenden Rechtsfrage die gebotene Anrechnung der Familienbeihilfe.

einmal wegen der teilweisen Betreuung und ein weiteres Mal durch die Anrechnung solcher Naturalleistungen.³⁹

Beispiel (Sachverhalt und Begründung aus der Entscheidung 1 Ob 158/15i):

Das Kind verbringt abwechselnd jeweils eine Woche bei der Mutter und beim Vater und hält sich auch in den Ferien jeweils im gleichen zeitlichen Umfang bei beiden Elternteilen auf. Damit liegt eine gleichzeitige Betreuungssituation der Eltern vor. Die bedarfsdeckenden Naturalleistungen, insb Bekleidung, Schulartikel, Sportausrüstung, elektronische Geräte udgl werden nach den Feststellungen von beiden Elternteilen „fast“ zu gleichen Teilen erbracht. Die Leistungen an Pflege und Erziehung sowie sonstigem Naturalunterhalt werden von den Eltern im gleichen Ausmaß vorgenommen. Beide Eltern erbringen daher die Betreuungs- und Versorgungsleistungen gegenüber dem Kind sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch im Leistungsumfang in gleichwertiger Weise.

Durchschnittliche Nettoeinkommen des Vaters (inkl anteiliger Sonderzahlungen) ca 6.310 € mtl, Nettoeinkommen der Mutter 1.625 € mtl. Das Einkommen des Vaters übersteigt jenes der Mutter somit um ein Mehrfaches. Die Familienbeihilfe wird zur Gänze von der Mutter bezogen.

(Fiktiver) Unterhaltsanspruch des Kindes (unter Zugrundelegung eines Prozentsatzes von 20 %) gegenüber der Mutter in Höhe von 325 € mtl und gegenüber dem Vater in Höhe des Zweieinhalbfachen des Regelbedarfs (372 € mtl x 2,5 = 930 € mtl).

Die Mutter bezieht Familienbeihilfe von 136,20 € monatlich. Ausgehend vom Verhältnis der fiktiven Unterhaltsansprüche des Kindes gegenüber Vater und Mutter von 3:1 ist die Familienbeihilfe im Umfang von drei Viertel (102,15 €) von 930 € abzuziehen, sodass der fiktive Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber den Vater rund 828 € mtl beträgt.⁴⁰

Dieser Betrag ist nunmehr – weil die Betreuung jeweils die Hälfte der Zeit im Haushalt der Mutter und des Vaters erfolgt – zu halbieren und dem halben Unterhaltsanspruch des Kindes gegen die Mutter gegenüberzustellen. Der so ermittelte Differenzbetrag entspricht dem vom Vater zu leistenden Ausgleichsbetrag für die Zeit der Betreuung des Kindes im Haushalt der Mutter und der damit für das Kind verbundenen verminderten Teilnahme an seinem Lebensstandard.

Halber Unterhaltsbeitrag des Vaters von 414 € mtl minus halber Unterhaltsbeitrag der Mutter von rund 162 € mtl - Differenz 252 € mtl = „ergänzender“ rechnerischer Geldunterhaltsbeitrag des Vaters. Da Unterhalt nicht exakt zu berechnen, sondern zu bemessen ist, beträgt der verbleibende Geldunterhaltsanspruch des Kindes gegenüber dem Vater 260 € mtl.

³⁹ 1 Ob 158/15i; vgl auch 3 Ob 222/02x; 10 Ob 17/15w.

⁴⁰ Der OGH hat in 1 Ob 158/15i die Familienbeihilfe in Höhe von 136,20 € mtl berücksichtigt. *Gitschthaler* (EF-Z 2016/3) kritisiert die Entscheidung insoweit, als nach der Rsp zur Anrechnung der Transferleistungen nicht nur die Familienbeihilfe, sondern auch der Kinderabsetzbetrag nach § 33 Abs 2 EStG anzurechnen sei. Dieser hätte (für 3 Kinder) im Anlassfall 58,40 € betragen, sodass nach Auffassung *Gitschthalers* zwischen den Eltern tatsächlich 194,60 € aufzuteilen gewesen wären.

E. Anspruch auf Familienbeihilfe

§ 2 FLAG. (2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. (...)

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 2a FLAG. (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

- 25 Die Haushaltszugehörigkeit des Kindes hängt davon ab, in wessen Wohnung dieses regelmäßig nächtigt. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Eine **Aufteilung der Familienbeihilfe nach Maßgabe des tatsächlichen Aufenthalts des Kindes** ist rechtlich nicht möglich.⁴¹
- 26 Beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell ist die Familienbeihilfe im Verhältnis der (fiktiv) zu ermittelnden Geldunterhaltsansprüche des Kindes gegenüber beiden Elternteilen aufzuteilen.⁴²

Literatur

Beck, Obsorgezuweisung neu, in *Gitschthaler* (Hrsg.), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013)-175;

Beck, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? Verfassungsrecht, Doppelresidenz und ein Plädoyer für eine Gesetzesreform, iFamZ 2015, 17;

Beck, Doppelresidenz: Der Vorhang zu und alle Fragen offen? Die Entscheidung des VfGH zur gleichwertigen Betreuung eines Kindes durch beide Eltern und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Familiengerichte, iFamZ 2015, 264;

⁴¹ UFS Wien 21.6.2013, RV/0959-W/13 EF-Z 2014/60 (Beck).

⁴² 1 Ob 158/15i; vgl zu diesem Ansatz *Neuhauser in Schwimann*, ABGB-TaKomm³ § 231 Rz 251; idS nunmehr auch *Gitschthaler*, EF-Z 2013/115 (Entscheidungsanmerkung).

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

Fötschl, Sorgerecht und internationale Kindesentführung – Ein Beitrag zur Systematik der Sorgerechte nach HKÜ bei Verbringung von Kindern aus und nach Österreich, EF-Z 2014/67;

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

Fucik/Miklau, Aufenthaltsbestimmung, Wohnortwechsel und Rückstellung nach dem HKÜ, in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg.), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (Linde, 2013) 165;

Gitschthaler, Neue Betreuungsmodelle – neue Unterhaltsmodelle, EF-Z 2010/122;

Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ (Manz, 2015);

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

Neuhauser in *Schwimann/Kodek* (Hrsg.), ABGB-Praxiskommentar (LexisNexis, 2011), § 231 ABGB;

Neuhauser in *Schwimann* (Hrsg.), ABGB-Taschenkommentar (LexisNexis, 2015), § 231 ABGB.