

# TE OGH 2018/1/26 8Ob152/17m

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.01.2018

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrekursgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner, den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Brenn, die Hofrätin Mag. Korn und den Hofrat Dr. Stefula als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj A\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, und der mj C\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, wohnhaft bei ihrer Mutter Mag. S\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch die Piccolruaz & Müller Anwaltspartnerschaft in Bludenz, über den außerordentlichen Revisionsrekurs des Vaters Mag. C\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch Birnbaum Toperczer Pfannhauser, Rechtsanwälte in Wien, wegen Obsorge, gegen den Beschluss des Landesgerichts Feldkirch als Rekursgericht vom 12. Oktober 2017, GZ 3 R 226/17h-114, mit dem der (angefochtene) Beschluss des Bezirksgerichts Bludenz vom 30. Juni 2017, GZ 5 Ps 251/14y-109, berichtigt durch den Beschluss vom 11. August 2017 (ON 110), bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben; die Pflegschaftssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

## **Text**

Begründung:

Mit Beschluss des Bezirksgerichts Klosterneuburg vom 25. 6. 2014, GZ \*\*\*\*\*, wurde die Ehe der Eltern im Einvernehmen geschieden. Die beiden Kinder, die 12-jährige A\*\*\*\*\* und die 9-jährige C\*\*\*\*\*, entstammen der Ehe. Aufgrund der Regelung in der Scheidungsvereinbarung kommt die Obsorge für die beiden Kinder beiden Eltern zu, wobei sich der Ort der hauptsächlichen Betreuung im Haushalt der Mutter befindet. Anlässlich der Scheidung haben die Eltern auch die Ausübung der Kontakte durch den Vater vereinbart.

Nach dem Verkauf der ehemaligen Ehewohnung in Klosterneuburg (im November 2014) ist die Mutter mit den Kindern nach Bludenz übersiedelt. Aus diesem Grund trafen die Eltern in der Tagsatzung vom 16. 2. 2015 eine modifizierte vergleichsweise Regelung zur Ausübung der vorläufigen Kontakte durch den Vater. Zu den konkreten Modalitäten der Kontakte sowie zu den Herbstferien schlossen sie im Rahmen eines von der Familiengerichtshilfe durchgeführten Clearings einen Vergleich, der mit Beschluss vom 8. 8. 2016 pflegschaftsgerichtlich genehmigt wurde.

In der Tagsatzung vom 16. 2. 2015 beantragten beide Eltern jeweils die Übertragung der alleinigen Obsorge. Diese Anträge zogen sie in der Tagsatzung vom 19. 1. 2016 wieder zurück. Mit Eingabe vom 16. 9. 2016 beantragte die Mutter neuerlich die Aufhebung der beiderseitigen Obsorge und die Übertragung der alleinigen Obsorge an sie. Der Vater

sprach sich gegen diesen Antrag aus.

Das Erstgericht gab dem Antrag der Mutter statt, hob die beiderseitige Obsorge der Eltern auf und sprach aus, dass mit Rechtskraft des Beschlusses die alleinige Obsorge für die beiden Kinder der Mutter zukomme (Pkt 2 des Spruchs). In den Spruchpunkten 3 bis 5 wurde die Ausübung der Kontakte durch den Vater in den Sommerferien, an den verlängerten Wochenenden sowie in den Weihnachtsferien festgelegt. Im Hinblick auf die mangelnde Gesprächsbasis der Eltern sei davon auszugehen, dass die beiderseitige Obsorge nicht mehr dem Kindeswohl entspreche. Dies folge auch aus der räumlichen Distanz zwischen den Eltern und der nur spärlichen Kontakte des Vaters mit den Kindern unter der Woche. Aus diesem Grund seien die Erziehungs- und Betreuungsmaßnahmen des Vaters nicht ausreichend gegeben. Eine Beteiligung der Eltern an der Betreuung über Skype, SMS und E-Mail sei nicht ausreichend. Die Festlegung der Kontakte beruhe auf dem grundsätzlichen Einvernehmen der Eltern.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Die Voraussetzungen zur Ausübung der beiderseitigen Obsorge seien im Hinblick auf die räumliche Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern nicht gegeben. Hinzu komme das hohe Konflikt niveau der Eltern und ihre Unfähigkeit zur direkten Kommunikation. Es fehlten auch Anzeichen dafür, dass sich die Kommunikations- bzw Kooperationsfähigkeit der Eltern innerhalb absehbarer Zeit wieder verbessern würde. Der Umstand, dass die Eltern in den vergangenen drei Jahren nur vor Gericht oder unter Beteiligung der Familiengerichtshilfe das Einvernehmen hätten finden können, rechtfertige die Beibehaltung der beiderseitigen Obsorge nicht. Es fehlten auch Anhaltspunkte dafür, dass die Weigerung der Mutter zur Kommunikation bzw Kooperation schuldhaft erfolge. Eine gesetzliche Vorgabe dahin, dass die Obsorgeentscheidung erst nach Anordnung von Maßnahmen nach § 107 Abs 3 AußStrG getroffen werden dürfe, bestehe nicht. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil die Frage, ob ein für die Ausübung der beiderseitigen Obsorge erforderliches Mindestmaß an Kommunikation und Kooperation zwischen den Eltern gegeben sei, den Einzelfall betreffe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters, mit dem er vor allem die Beibehaltung der beiderseitigen Obsorge und zudem eine Klarstellung hinsichtlich der Ausübung seiner Kontakte anstrebt.

Mit ihrer – vom Obersten Gerichtshof freigestellten – Revisionsrekursbeantwortung beantragt die Mutter, den Revisionsrekurs des Vaters zurückzuweisen, in eventu, diesem den Erfolg zu versagen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Rekursgerichts zulässig, weil sich die Entscheidung über den Antrag der Mutter auf Übertragung der alleinigen Obsorge als noch nicht spruchreif erweist. Dementsprechend ist der Revisionsrekurs im Sinn des subsidiären Aufhebungsantrags berechtigt.

1. Der Vater beschwert sich in seinem außerordentlichen Revisionsrekurs vor allem darüber, dass die Vorinstanzen die Frage, ob zwischen den Eltern künftig eine Gesprächsbasis hergestellt werden kann, nicht ausreichend geprüft hätten. Insbesondere sei verabsäumt worden, auf die Mittel des § 107 Abs 3 AußStrG Bedacht zu nehmen und derartige Maßnahmen in die Betrachtung miteinzubeziehen.

Damit ist der Vater im Recht. Für die Aufhebung der beiderseitigen Obsorge reicht die ermittelte Tatsachengrundlage nicht aus.

2.1 Nach der Rechtslage nach dem KindNamRÄG 2013 soll die Obsorge beider Eltern den Regelfall darstellen. Besteht eine halbwegs normale familiäre Situation zwischen den Eltern und auch zwischen den Eltern und dem Kind, so gelangt dieser Grundsatz zur Anwendung (8 Ob 7/15k; 8 Ob 40/15p; 8 Ob 146/15a).

Für die Anordnung der beiderseitigen Obsorge ist die Beurteilung maßgebend, ob die Interessen des Kindes auf diese Weise am besten gewahrt werden können. Die beiderseitige Obsorge setzt eine Beteiligung beider Eltern an der Betreuung des Kindes voraus. Dementsprechend erfordert die Teilnahme an den Betreuungsaufgaben einen Mindestkontakt des jeweiligen Elternteils zum Kind.

Zudem ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine sinnvolle Ausübung der Obsorge beider Eltern ein gewisses Mindestmaß an Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit sowie an der entsprechenden Bereitschaft der Eltern voraussetzt. Um Entscheidungen möglichst übereinstimmend im Sinn des Kindeswohls treffen zu können, ist es erforderlich, in entsprechend sachlicher Form Informationen auszutauschen und Entschlüsse zu fassen. Es ist notwendig, dass Erziehungs- und Betreuungsmaßnahmen besprochen werden, die Bedürfnisse und Wünsche des

Kindes möglichst übereinstimmend beurteilt werden und sich die darauf beziehenden Entscheidungen der Elternteile nicht regelmäßig widersprechen (8 Ob 40/15p). Nach diesen Grundsätzen ist eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob bereits derzeit eine entsprechende Gesprächsbasis zwischen den Eltern vorhanden ist, oder ob in absehbarer Zeit mit einer solchen gerechnet oder eine solche hergestellt werden kann. Zur Herstellung der erforderlichen Gesprächsbasis ist bei ausreichender Aussicht auf Erfolg auch auf die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Mittel des § 107 Abs 3 AußStrG zurückzugreifen. Zudem ist zu beachten, dass vor allem ein die Alleinobsorge anstrebender Elternteil die Kooperation und Kommunikation nicht schulhaft verweigern oder erschweren darf, weil er es ansonsten in der Hand hätte, die Belassung bzw Anordnung der beiderseitigen Obsorge einseitig zu verhindern (8 Ob 7/15k; 8 Ob 146/15a).

2.2 Im Anlassfall ist die regelmäßige Betreuung der Kinder durch den Vater gewährleistet. Die Beteiligung beider Eltern an der Betreuung der beiden Kinder ist damit gegeben. Der Hinweis des Rekursgerichts auf die Entscheidung 8 Ob 40/15p überzeugt nicht. Nach dem dort maßgebenden Sachverhalt fehlt es überhaupt an den persönlichen Mindestkontakte zwischen dem Vater und einem der beiden Kinder.

2.3 Im Anlassfall sind auch beide Eltern zur Ausübung der Obsorge geeignet und es entspricht die Obsorge beider Eltern dem Kindeswohl. Während das jüngere Kind lieber bei der Mutter leben möchte, konnte sich das ältere Kind nicht entscheiden.

Diese Gesichtspunkte sprechen klar für die Beibehaltung der beiderseitigen Obsorge.

2.4 Die direkte Kommunikation zwischen den Eltern ist derzeit schwierig und findet nur spärlich statt. Die Eltern kommunizieren aber über E-Mail. Auch Vereinbarungen zu den Betreuungswochenenden des Vaters erfolgten via E-Mail. Immerhin ist es unter Anleitung des Gerichts und der Familiengerichtshilfe bereits mehrfach gelungen, Vereinbarungen über die Obsorge und die Betreuung zustande zu bringen.

Diesem Tatsachensubstrat lässt sich ein Mindestmaß an Kommunikation zwischen den Eltern und deren Fähigkeit entnehmen, zumindest unter fachkundiger Begleitung und Anleitung im Interesse der Kinder einvernehmlich vorzugehen. Schwierigkeiten im gegenseitigen Umgang und Probleme in der Kommunikation sind für einen Obsorgestreit mehr oder weniger typisch (vgl 8 Ob 146/15a).

3.1 Zur künftigen Entwicklung hat das Erstgericht zwar festgestellt, es sei nicht zu erwarten, dass sich die Gesprächsbasis der Eltern in Zukunft verbessern würde. Dabei hat es das Erstgericht – und ebenso das Rekursgericht – jedoch unterlassen, auf die in § 107 Abs 3 AußStrG vorgesehenen Maßnahmen Bedacht zu nehmen und diese in die Beurteilung miteinzubeziehen.

Vor der Beantwortung der Frage, ob vom Regelfall der beiderseitigen Obsorge abgewichen werden darf, hat bei ausreichender Aussicht auf Erfolg eine fachkundige Beurteilung dahin zu erfolgen, ob die Anordnung von Maßnahmen iSd § 107 Abs 3 AußStrG eine Verbesserung der Gesprächssituation und die Herstellung einer ausreichenden Kommunikationsbasis erwarten lässt. An die angesprochene Aussicht auf Erfolg sind keine strengen Anforderungen zu stellen; sie ist im Zweifel – und so auch im Anlassfall – zu bejahen. Bei der in Rede stehenden fachkundigen Beurteilung ist auch auf die Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit sowie auf die Bereitschaft des jeweiligen Elternteils, im Interesse der Kinder zu kooperieren, abzustellen. Ist die Kooperationsfähigkeit objektiv gegeben und scheitert die Kooperation vorwiegend an der Bereitschaft eines Elternteils, so kann dies im Allgemeinen nicht für die Übertragung der Alleinobsorge auf den die Kooperation verweigernden Elternteil ins Treffen geführt werden. Dies gilt vor allem dann, wenn der andere Elternteil zur Kooperation fähig und auch ernsthaft gewillt ist.

3.2 In diesem Zusammenhang führte das Rekursgericht selbst an, dass während der letzten drei Jahre zumindest unter Beteiligung des Gerichts oder der Familiengerichtshilfe das Einvernehmen zwischen den Eltern gefunden werden konnte. Die Eltern sind fachkundiger Beratung im Interesse der Kinder somit offenbar zugänglich. Soweit das Rekursgericht weiters auf das (offenbar negative) Ergebnis angeblich erfolgter Interventionen von dritter Seite hinweist, mangelt es nicht nur an einer Begründung, sondern zudem an einer nachvollziehbaren Tatsachengrundlage.

3.3 Zum Thema der fehlenden direkten Besprechungen zwischen den Eltern ergibt sich aus der Beweiswürdigung des Erstgerichts, dass die Mutter Anrufe durch den Vater blockierte. Das Verweigern ihrer Mitwirkung kann nicht zugunsten der alleinigen Obsorge der Mutter ins Treffen geführt werden. Mit dem Hinweis, dass für die Beurteilung, ob die Weigerung der Mutter schulhaft erfolge, Anhaltspunkte fehlten, legt das Rekursgericht selbst einen sekundären Feststellungsmangel offen.

4. Die Vorinstanzen begründeten ihre Entscheidung vor allem auch mit der großen räumlichen Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern und damit, dass eine Kommunikation mittels SMS und E-Mail nicht ausreiche.

Richtig ist zwar, dass in der Entscheidung 2 Ob 240/14d (im Rahmen der Zurückweisung eines außerordentlichen Revisionsrekurses) ausgeführt wurde, die Rechtsansicht des Rekursgerichts, wonach die zwischen den Eltern ausschließlich per SMS und E-Mail geführte Kommunikation keine Basis sei, um den Anforderungen einer „gemeinsamen“ Obsorge gerecht zu werden, sodass diese nicht im Kindeswohl liege (vgl 4 Ob 88/14s), halte sich im Rahmen der Judikatur. Die darin zitierte Entscheidung 4 Ob 88/14s hatte jedoch die Unfähigkeit der Eltern, anders als durch gereizte E-Mails und Textnachrichten miteinander zu kommunizieren, zum Gegenstand.

Allgemein besteht kein Grundsatz, wonach eine Kommunikation der Eltern per SMS und E-Mail für eine sinnvolle Ausübung einer beiderseitigen Obsorge nicht genüge. Vielmehr kommt es in der Kommunikation zwischen den Eltern als Grundlage für eine verantwortungsvolle Kooperation in erster Linie auf die jeweilige Bereitschaft zum Informationsaustausch und nicht auf die Art der Nachrichtenübermittlung an. Auch mittels E-Mails kann durchaus auf einer sachlichen Ebene miteinander kommuniziert werden (vgl 10 Ob 22/16g).

5. Im Anlassfall ist weiters zu berücksichtigen, dass bereits bisher – aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Eltern – die beiderseitige Obsorge festgelegt ist und aufgrund des zugrunde liegenden Antrags der Mutter vom 16. 9. 2016 eine nachträgliche Änderung erfolgen soll. In einem solchen Fall ist ein Antrag auf Neuregelung der Obsorge gemäß § 180 Abs 3 ABGB nur bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zulässig (RIS-JustizRS0128809). Die nachträgliche Änderung einer bestehenden Obsorgeregelung, wie sie die Mutter nunmehr anstrebt, setzt zwar – entgegen RIS-Justiz RS0127207 und anders als eine Sicherungsverfügung nach § 181 ABGB – keine Gefährdung des Kindeswohls voraus. Die Änderung der Verhältnisse muss aber derart gewichtig sein, dass das zu berücksichtigende Postulat der Erziehungskontinuität in den Hintergrund tritt (Hopfin KBB5 § 180 ABGB, Rz 15; vgl auch Weitzenböck in Schwimann/Kodek4 § 180 ABGB, Rz 44).

Mit dem Vorliegen eines gewichtigen Grundes für die Änderung der bisherigen Obsorgeregelung haben sich die Vorinstanzen ebenfalls nicht inhaltlich auseinandergesetzt.

6. Insgesamt mangelt es für die Beurteilung der Frage, ob mit einer für die Ausübung der Obsorge beider Eltern erforderlichen Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft in Erziehungs- und Betreuungsfragen in absehbarer Zeit gerechnet werden kann, an einer ausreichenden Tatsachengrundlage. Aufgrund sekundärer Feststellungsmängel müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen daher aufgehoben werden.

Im fortgesetzten Verfahren ist – nach Einholung eines Sachverständigengutachtens – konkret festzustellen, ob zwischen den Eltern eine ausreichende Kooperations- und Kommunikationsbasis unter Heranziehung der Mittel des § 107 Abs 3 AußStrG hergestellt werden kann. Ebenso ist das wechselseitige Bemühen der Eltern, auf den jeweiligen anderen Elternteil zuzugehen und dessen Beitrag bei der Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung zuzulassen, festzustellen und zu klären, welcher Beitrag dem jeweiligen Elternteil im Fall eines Scheiterns der Herstellung der nötigen Gesprächsbasis zukommt. Schließlich ist zu prüfen, ob ein

– dem Änderungsantrag der Mutter zugrunde liegender – gewichtiger Grund eingetreten ist, der sich im Interesse der Kinder derart gravierend auf die bisherige Obsorgeregelung auswirkt, dass diese nicht mehr aufrechterhalten werden kann.

7. Zu den Kontakten strebt der Vater im Wesentlichen nur Klarstellungen zum Beginn und zum Ende der Kontakte an den verlängerten Wochenenden sowie während der Weihnachtsferien an. Diesem Bestreben kann nicht mit dem Hinweis auf mangelnde Beschwer oder auf die grundsätzliche Einigung der Eltern entgegengetreten werden. Vielmehr werden diese Anregungen mit den Eltern zu erörtern und im Fall eines Klarstellungsinteresses zu berücksichtigen sein.

#### **Textnummer**

E120753

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0080OB00152.17M.0126.000

#### **Im RIS seit**

02.03.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

17.12.2018

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)