

# TE OGH 2020/1/22 3Ob159/19g

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.01.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Roch als Vorsitzenden sowie den Hofrat Priv.-Doz. Dr. Rassi, die Hofrättinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek und den Hofrat Mag. Pertmayr als weitere Richter in der Pflegschaftssache des minderjährigen A\*\*\*\*\*, geboren \*\*\*\*\* 2014, vertreten durch seine Mutter J\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Jürgen Payer, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Vater G\*\*\*\*\*, vertreten durch Hornek Hubacek Lichtenstrasser Epler Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Obsorge und Kontaktrecht, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Mutter gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 25. Juni 2019, GZ 42 R 97/19d-176, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 29. Jänner 2019, GZ 2 PS 75/16g-140, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben. Der Beschluss des Erstgerichts wird im Punkt I. bestätigt und in seinen Punkten II. 1., II. 4., II. 6, II. 7. und II. 8. wie folgt abgeändert:

II. 1. Das Kontaktrecht des Minderjährigen A\*\*\*\*\*, geboren \*\*\*\*\* 2014, zu seinem Vater G\*\*\*\*\* wird in der Weise geregelt, dass der Vater den Minderjährigen am zweiten Wochenende eines jeden Monats, beginnend am Wochenende des 9. Februar 2019, zu folgenden Zeiten unbegleitet betreut, wobei die Wochenenden in Wien oder Athen stattzufinden haben: (...)

II. 4. (entfällt)

II. 6. Die Mutter hat dem Vater spätestens eine Woche vor dem Kontaktwochenende die genauen Übergabeorte in Wien oder Athen bekanntzugeben.

II. 7. Die Mutter ist verpflichtet, A\*\*\*\*\* pünktlich zu übergeben und zu übernehmen.

II. 8. Der Vater ist verpflichtet, A\*\*\*\*\* pünktlich zu übernehmen und zurückzubringen.

## Text

Begründung:

Die Eltern des derzeit fünfjährigen Buben waren nie verheiratet. Der Vater, französischer Staatsbürger, wohnhaft in Frankreich und dort beruflich und familiär verankert, kümmerte sich von Geburt an um seinen Sohn, soweit es die Mutter, österreichische Staatsbürgerin, zuließ und bemühte sich stets, zu seinem Sohn Kontakt herzustellen. Er ist stets bereit, auch kurzfristig nach Wien zu reisen, um für seinen Sohn da zu sein. Das Kind, dessen Obsorge der Mutter nach § 177 Abs 2 ABGB allein zukam, lebt seit der Geburt im Haushalt der Mutter vorerst in Wien, dann im ersten

Halbjahr 2018 in den USA und zuletzt (Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz: 29. Jänner 2019) in Athen, wobei die Wohnung in Wien nie aufgegeben, sondern bei Aufenthalten in Wien weitergenutzt wurde. Dem Haushalt der Mutter gehören weiters deren Lebensgefährte und ihre derzeit im 14. Lebensjahr befindliche Tochter aus einer geschiedenen Ehe an.

Der Vater ist zu einer sachlichen Kommunikation mit der Mutter fähig und bereit und verlässlich per E-Mail oder telefonisch erreichbar. Die Mutter lehnt eine Kommunikation mit dem Vater immer wieder einseitig ab, sie ist aber zu einem Mindestmaß an Kommunikation mit ihm fähig. Eine Kommunikation zwischen den Eltern ist „jedenfalls möglich“ und für das Wohl des Kindes auch wichtig.

Im Jahr 2017 fanden in Wien begleitete Kontakte im Mai, Juni, Juli, September, Oktober, November und Dezember für je rund zwei Stunden statt, die allesamt sehr positiv verliefen. Es folgten weitere begleitete Kontakte in Wien, trotz Bemühungen des Vaters erst im März 2018 und Juni 2018 für jeweils zwei Stunden, die ebenso harmonisch verliefen. Anlässlich der Tagsatzung am 5. September 2018 kam es zu zwei begleiteten Kontakten mit äußerst positivem Verlauf. Die ersten unbegleiteten Kontakte erfolgten in Wien am 20., 21. und 22. Dezember 2018 über je drei bzw vier Stunden.

Das Erstgericht sprach jeweils über Antrag des Vaters aus, dass die Obsorge für den Minderjährigen künftig beiden Eltern gemeinsam zukomme, wobei die hauptsächliche Betreuung im Haushalt der Mutter festgelegt wurde. Das Kontaktrecht des Vaters wurde ab Februar 2019 zusammengefasst so geregelt, dass einmal monatlich eine unbegleitete Betreuung durch den Vater (seit August 2019) von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 17:00 Uhr, stattzufinden hat, und zwar abwechselnd jeweils einmal in Wien oder Athen (je nach vorher bekannt zu gebendem Wunsch der Mutter) und das andere mal in Frankreich (an einem vom Vater mitzuteilenden Ort), unter näherer Regelung von Einzelheiten zu den wechselseitig erforderlichen Mitteilungen. Der Vater ist verpflichtet, die Flugkosten für das Kind und für die Mutter (oder eine andere Begleitperson) nach Frankreich und zurück sowie die Kosten einer Unterkunft der Begleitperson in Frankreich zu bezahlen, bis der Minderjährige die Reisebegleitung der Fluglinie für allein reisende Minderjährige in Anspruch nehmen kann. Unbekämpft blieb die Regelung des Ferienkontaktrechts des Vaters (je eine Woche zu Weihnachten und in den Semester- oder Osterferien; drei Wochen im Sommer). Nur der Kontaktrechtsregelung wurde vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zuerkannt.

Das Erstgericht ging von dem eingangs dargestellten, auf das Wesentlichste zusammengefassten Sachverhalt aus und folgerte rechtlich: Eine ausreichende Kooperationsfähigkeit beider Eltern für eine gemeinsame Obsorge sei gegeben; wenn ein Elternteil zwar zur Kooperation fähig sei, diese aber verweigere, so könne dies der gemeinsamen Obsorge nicht entgegen gehalten werden. Hier kommunizierten die Eltern bisher vorwiegend per E-Mail, was grundsätzlich ausreiche, wobei der Vater – wie er dies im Verfahren immer wieder gezeigt habe – es sich einrichten könne, auch kurzfristig anzureisen und sich auch persönlich an der Obsorge zu beteiligen. Die Mutter, die dazu in der Lage sei, werde nun ihre Bereitschaft zu zeigen haben, die Rolle des Vaters ernst zu nehmen und ihre Haltung diesem gegenüber zu überdenken. Durch die angeordneten, dem Kind und der Mutter zumutbaren Wochenenden in Frankreich solle es dem Minderjährigen ermöglicht werden, auch die väterliche Familie und das Lebensumfeld des Vaters kennenzulernen und eine entsprechende Nahebeziehung zu seinem leiblichen Vater aufzubauen. Der Vater habe für die damit verbundenen Kosten aufzukommen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Mutter nicht Folge und ließ den ordentlichen Revisionsrekurs mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG nicht zu. Die Voraussetzungen für eine gemeinsame Obsorge der Eltern seien erfüllt; entgegen der Ansicht der Mutter sei es nicht erforderlich und nach der Aktenlage hier auch nicht sinnvoll, der Entscheidung darüber eine „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ vorzuschanzen. Beide Eltern müssten an ihrer Kommunikation arbeiten. Das Kontaktrecht bringe zwar die Schwierigkeit mit sich, dass das Kind alle zwei Monate verreisen müsse, und auch die Verpflichtung der Mutter, daran entsprechend mitzuwirken, wobei ihr eine zeitintensive Anreise zugemutet werde; das sei „nicht optimal“, aber im konkreten Fall trotzdem eine „gute (Übergangs-)Lösung“.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Mutter mit dem Antrag, Spruchpunkt I (gemeinsame Obsorge) zu „beheben“, in eventu dahin abzuändern, dass eine „Phase der vorläufigen Regelung der elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB bestimmt“ werde, und die Spruchpunkte II. 1., II. 7. und II. 8. dahin abzuändern, dass die (ansonsten unbekämpften) monatlichen Kontaktwochenenden ausschließlich in Wien oder in Athen (und nicht in Frankreich) stattfinden, wobei es dem Vater auch frei stehe, mit dem Kind während längerer Kontaktzeiten nach Frankreich zu reisen.

Der Vater beantragt in seiner Revisionsrekursbeantwortung, das Rechtsmittel zurückzuweisen, hilfsweise, ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist (in Bezug auf die Kontaktrechtsregelung) zulässig, aber nur teilweise berechtigt.

Vorangestellt sei, dass gemäß Art 8 Brüssel Ila-VO für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; ein Aufenthaltswechsel während des Verfahrens entzieht die Zuständigkeit auch für höhere Instanzen grundsätzlich nicht (5 Ob 80/16z); maßgeblich sind auch für weitere Instanzen im ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltsstaat die Aufenthaltsverhältnisse bei Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens (Rauscher in Rauscher, EuZPR-EuIPR, Art 8 Brüssel Ila-VO, Rz 9).

I. Zur gemeinsamen Obsorge ist der Mutter Folgendes zu entgegnen:

I. 1. Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem KindNamRÄG 2013 soll seither die Obsorge beider Elternteile (eher) die Regel sein (RS0128811). Auch wenn das Gesetz keine näheren Kriterien dafür aufstellt, ob eine Alleinobsorge eines Elternteils oder eine Obsorge beider Elternteile anzutreten ist, so kommt es doch darauf an, welche Form der Obsorge dem Wohl des Kindes besser entspricht. Eine sinnvolle Ausübung der Obsorge beider setzt ein gewisses Mindestmaß an Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit beider Elternteile 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. Es ist also eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob bereits jetzt eine entsprechende Gesprächsbasis zwischen den Eltern vorhanden ist oder ob zumindest in absehbarer Zeit mit einer solchen gerechnet werden kann (RS0128812). Bei der Beurteilung des Kindeswohls in Bezug auf die Obsorge darf nicht nur von der momentanen Situation ausgegangen werden, sondern es sind auch Zukunftsprognosen zu stellen (RS0048632). Die Betrauung beider Elternteile mit der Obsorge (oder auch die Belassung einer solchen Obsorgeregelung) kann in allen Fällen des § 180 Abs 1 (und Abs 3) ABGB idF KindNamRÄG 2013 auch gegen den Willen beider oder gegen den Willen eines Elternteils angeordnet werden (RS0128810).

I. 2. Die Obsorge war hier vor der angefochtenen Entscheidung weder vom Gericht noch durch Vereinbarung „endgültig geregelt“ (vgl § 180 Abs 3 Satz 1 ABGB), sondern der Mutter kam nach der gesetzlichen Regelung des § 177 Abs 2 Satz 1 ABGB die Alleinobsorge zu. Der Antrag des Vaters auf Festlegung der Obsorge beider Elternteile bedurfte somit nicht einer maßgeblichen Änderung der Verhältnisse gemäß § 180 Abs 3 Satz 1 ABGB (vgl 6 Ob 148/19m).

I. 3. Schon nach dem klaren Wortlaut des § 180 Abs 1 ABGB ist eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung nur in Fällen zu treffen, in denen dies dem Wohl des Kindes entspricht, sie ist daher keinesfalls zwingende Voraussetzung für eine endgültige Entscheidung über die Obsorge (10 Ob 53/16s; RS0128813 [T1, T2]). Soweit die Mutter zwecks Darstellung der Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung unterstellt, Streitigkeiten um die künftige Erziehung würden in Hinkunft noch offener ausgetragen werden, notwendige Entscheidungen würden mangels Einigung von den Eltern boykottiert oder verhindert werden, entfernt sie sich mit diesen Mutmaßungen vom festgestellten Sachverhalt.

I. 4. Da sich faktisch an den Lebensverhältnissen des Kindes durch die Festlegung der hauptsächlichen Betreuung des Kindes im Haushalt der Mutter nichts ändert, ist die Berufung auf den Grundsatz der Kontinuität der Erziehung nicht nachvollziehbar.

I. 5. Welchen Einfluss der Umstand, dass die Eltern schon seit der Geburt des Kindes getrennt leben, auf die Interessen des Kindes im gegebenen Zusammenhang haben soll, ist nicht erkennbar. Davon, dass es sich beim Vater um eine dem Kind „nicht nur persönlich, sondern auch hinsichtlich des gesamten Kulturreises fremde Person“ handelt, kann aktuell keine Rede sein. Abgesehen davon, dass sich beide Eltern und ihr Sohn ohnehin jeweils im europäischen Kulturraum aufhalten, schließt die Tatsache, dass die Eltern in großer Entfernung voneinander oder in unterschiedlichen Ländern leben, die Zulässigkeit der gemeinsamen Obsorge nicht generell aus. Die für eine beiderseitige Obsorge vorauszusetzende Beteiligung beider Eltern an der Betreuung des Kindes, die für eine Teilnahme an den Betreuungsaufgaben einen Mindestkontakt des jeweiligen Elternteils zum Kind erfordert (8 Ob 152/17m), ist im Hinblick auf die aktuelle Regelung des Kontaktrechts (noch ausreichend) gegeben, dies unabhängig davon, wo das Kontaktrecht auszuüben ist.

I. 6. Zur Problematik der Kommunikation zwischen den Eltern übersieht die Mutter, dass die – hier gegebene – Konstellation, bei der die Fähigkeit dazu auf beiden Seiten gegeben ist, die Kooperation aber vorwiegend an der Bereitschaft eines Elternteils (hier der Mutter) scheitert, im Allgemeinen nicht für die Übertragung bzw Belassung der Alleinobsorge auf den die Kommunikation und Kooperation verweigernden oder erschwerenden Elternteil ins Treffen geführt werden kann. Denn er hätte es ansonsten in der Hand, die Belassung bzw Anordnung der beiderseitigen Obsorge einseitig zu verhindern (RS0128812 [T11]). Dies gilt vor allem dann, wenn der andere Elternteil – wie hier der Vater – zur Kooperation nicht nur fähig, sondern auch ernsthaft gewillt ist. Schwierigkeiten im gegenseitigen Umgang und Probleme in der Kommunikation sind aber für einen Obsorgestreit mehr oder weniger typisch und verlangen (auch hier) von beiden dazu fähigen Eltern, diese im Interesse des Wohles ihres Kindes zu überwinden.

Es besteht auch kein Grundsatz, dass eine Kommunikation der Eltern per SMS und E-Mail für eine sinnvolle Ausübung der beiderseitigen Obsorge nicht genüge, weil die Art der Nachrichtenübermittlung nicht im Vordergrund steht (vgl 5 Ob 185/19w; RS0128812 [T22]). Auch mittels E-Mails kann durchaus auf sachlicher Ebene miteinander kommuniziert werden (8 Ob 152/17w = RS0132055 [T1]). Die anders lautende Judikatur (vgl RS0128812 [T3, T7, T12]) wird nicht aufrecht erhalten.

Da nach dem Sachverhalt eine (ausreichende) Kommunikation zwischen den Eltern „jedenfalls möglich“ und für das Wohl des Kindes auch wichtig ist, ist die Ansicht der Vorinstanzen, auch die (derzeit) nicht unproblematische Kommunikation zwischen den Eltern stehe einer gemeinsamen Obsorge nicht entgegen, und die damit implizit verbundene Erwartung einer Verbesserung im konkreten Einzelfall nicht zu beanstanden.

I. 7. Daher hat es bei der von den Vorinstanzen angeordneten gemeinsamen Obsorge bei hauptsächlicher Betreuung im Haushalt der Mutter zu bleiben.

II. Zum Kontaktrecht des Vaters (Wochenenden am Wohnort des Vaters in Frankreich) hat der Senat Folgendes erwogen:

II. 1. Grundsätzlich kann nach der Rechtsprechung der zur Pflege und Erziehung berechtigte Elternteil, selbst wenn er finanziell dazu imstande wäre, nicht verpflichtet werden, das Kind, das sich ständig im Ausland aufhält, dem anderen Elternteil – allein um ihm den persönlichen Verkehr mit seinem Kind zu erleichtern (oder zu ermöglichen) – an einem bestimmten Ort (im Inland) zuzuführen; der Kontaktberechtigte hat vielmehr selbst das Kind von dessen ständigem Aufenthaltsort abzuholen und dorthin zurückzubringen (RS0048002).

II. 2. Im Hinblick auf den Vorrang des Kindeswohls kann allerdings in Ausnahmefällen ein Kontaktrecht auch in der Form eingeräumt werden, dass der obsorgeberechtigte Elternteil das Kind dem Kontaktberechtigten zu bringen hat, wofür nicht nur psychologische Aspekte bestimmen, sondern noch eine Reihe weiterer, vor allem wirtschaftlicher und organisatorischer Faktoren zu beachten sind, die eine Regelung praktikabel machen; zum Beispiel bei weiten Entfernungen das Transportproblem und der mit den Fahrten verbundene Zeitaufwand und in diesem Zusammenhang auch finanzielle und berufliche Rücksichten (3 Ob 84/11s mwN; RS0049002 [T7]). Auch in der Lehre ist es anerkannt, dass (nur) besondere Umstände Ausnahmen vom Grundsatz rechtfertigen können, dass der Besuchsberechtigte selbst das Kind von dessen ständigem Aufenthaltsort abzuholen und dorthin zurückzubringen hat (Fischer-Czermak in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON1.05 § 187 Rz 6; Nademleinsky in Schwimann/Kodek5, § 187 Rz 15).

Den bisher zu solchen Ausnahmen entschiedenen Fällen lagen allerdings Sachverhalte zugrunde, in denen der für den betreuenden Elternteil mit einem solchen „Transport“ des Kindes verbundene Aufwand vergleichsweise gering war, oder andere Aspekte zu berücksichtigen waren: So hatte in der Entscheidung 3 Ob 84/11s die betreuende Mutter den (damals achtjährigen) Minderjährigen nicht zum Vater (in die Schweiz) zu begleiten, sondern das Kind war (nur) zu dem ihrem Wohnort nahegelegenen Flughafen zu bringen und von dort wieder abzuholen, und zwar pro Jahr an insgesamt sechs Tagen (Weihnachten, Semesterferien oder Ostern, Sommer), die überwiegend Samstage, den Palmsonntag und den Christtag betrafen. In der Entscheidung 7 Ob 285/04v wurde die Mutter verpflichtet, jeden zweiten Freitag (bis längstens 16:00 Uhr) die beiden Minderjährigen zum (im Inland gelegenen) Wohnort des besuchsberechtigten Vaters zu bringen, wobei dieser die beiden jeweils am Sonntag bis spätestens 19:00 Uhr zur Mutter zurück zu bringen hatte. Zu 7 Ob 134/02k wurde festgehalten, dass den Eltern nur unter besonderen Umständen ein Besuchsrecht in der Form eingeräumt werden könne, dass ihnen die Pflegeeltern das Kind bringen müssen, so etwa, wenn es den Pflegeeltern doch und (wie im konkreten Fall wegen einer körperlichen Behinderung des Vaters) leichter als den Eltern zumutbar wäre, diese Fahrten mit dem Kind auf sich zu nehmen.

II. 3. Eine auch nur annähernd vergleichbare Ausnahmesituation liegt aber hier nicht vor und kann auch nicht mit Rücksichtnahme auf die Besonderheit der Familie des Minderjährigen und der Kostenübernahme durch den Vater gerechtfertigt werden. Zu Recht weist die Mutter auf die schon zeitlich unzumutbare Belastung durch die Verpflichtung, alle zwei Monate an einem Wochenende Flüge von mehreren Stunden, verbunden mit einem (mindestens zweitägigen) Aufenthalt in Frankreich unternehmen zu müssen. Das gilt ebenso für die ihr eingeräumte Alternative, eine andere Begleitperson dafür zu organisieren. Offenkundig sind auch die damit verbundenen Probleme der Mutter mit der Betreuung ihrer schulpflichtigen, noch unmündigen Tochter während dieser Abwesenheiten. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Notwendigkeit der Begleitung des Minderjährigen nur bis zu dessen 5. Geburtstag bestehen wird bzw. bestanden hat. Denn es steht nur fest, dass „die meisten Fluglinien eine Reisebetreuung für allein reisende Minderjährige ab 5 Jahren anbieten“; ob dies auch für jene Fluglinie gilt, die für die Flüge nach und von Frankreich gewählt wird, ist somit gar nicht gesichert. Wenngleich der Minderjährige nach den Feststellungen an Reisen gewöhnt ist, sind seine bisher erlebten Reisen doch stets in Begleitung seiner Mutter (und seiner Halbschwester), also im Familienkreis erfolgt. Daher kann hier ohne nähere Prüfung des Kindeswohls in diesem Zusammenhang, die zu dieser Frage unterblieb, nicht – wie die Vorinstanzen dies unterstellten – davon ausgegangen werden, dass einem im 6. Lebensjahr befindlichen Kind bereits Flüge ohne Begleitung vertrauter Personen zumutbar wären. Ebenso wenig kann der Mutter ohne weiteres die Übergabe eines noch nicht einmal schulpflichtigen Kindes in die Obhut einer dem Kind völlig fremden Reisebetreuung für mehrstündige Flüge auferlegt werden, selbst wenn es sich dabei um geschulte Personen handeln sollte.

In ihrem Revisionsrekurs gesteht die Mutter dem Vater im Übrigen zu, den Sohn allenfalls auch während längerer Kontaktzeiten seinerseits mit nach Frankreich zu nehmen. Außerdem ist hier das dem Vater eingeräumte, von der Mutter nicht in Frage gestellte Ferienkontaktrecht, das jeweils größere Zeiträume (zwischen einer und drei Wochen) zusätzlich zu den Kontaktwochenenden vorsieht, in Verbindung mit der – im Revisionsrekursverfahren ebenfalls nicht mehr bekämpften – Anordnung regelmäßiger Videotelefonkontakte an den Wochenenden ohne Kontaktrecht geeignet, dem Kind das Lebensumfeld sowie die väterliche Familie hinreichend vertraut zu machen und eine entsprechende Nahebeziehung aufzubauen und zu festigen.

II. 4. Es liegen somit keine tragfähigen Gründe für das Abgehen vom Grundsatz vor, dass der Kontaktberechtigte selbst das Kind von dessen ständigem Aufenthaltsort abzuholen und dorthin zurückzubringen hat. Der angefochtene Beschluss war deshalb in diesem Sinn abzuändern, wobei zu berücksichtigen war, dass auch die Punkte II.4. und II.6. des Beschlusses des Erstgerichts davon betroffen sind.

**Textnummer**

E127215

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0030OB00159.19G.0122.000

**Im RIS seit**

05.02.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

19.07.2021

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