© **FM Forum Business Solutions GmbH**
A-1200 Wien, Dresdner Straße 45
E-Mail: kundenservice@forum-media.at

Antrag auf vorläufige Obsorgeregelung nach § 107 Abs 2 AußStrG

Gebühreneinzug:
Konto: …
Bank: …

Rechtsanwältin Mag. Barbara Briefer
Gumpendorfer Straße 83/4
1060 Wien

An das
Bezirksgericht Meidling
Schönbrunner Straße 222–228/3/5. OG
1120 Wien

GZ …

Wien, am 15.10.2020

Pflegschaftssache:	**Mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015**
Antragsteller:	Karl Bukowski, geb 02.03.1975 Rubinsteingasse 11/12, 1120 Wien
Vertreten durch:	Mag. Barbara Briefer Rechtsanwältin Gumpendorfer Straße 83/4 1060 Wien Prozess- und Geldvollmacht erteilt: gem § 19a RAO verlangt der gefertigte Anwalt die Bezahlung sämtl Kosten zu seinen Handen
Antragsgegnerin:	Margarete Schwarz, geb 07.01.1977 Weissgasse 6/11, 1120 Wien
Wegen:	Obsorge, vorläufige Obsorge

Antrag

2-fach
1 Beilage

I.

In außen bezeichneter Pflegschaftssache gebe ich zunächst bekannt, dass ich Mag. Barbara Briefer, Rechtsanwältin in 1060 Wien, Gumpendorfer Straße 83/4, mit meiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt habe und ich ersuche um Kenntnisnahme sowie Zustellung sämtlicher gerichtlicher Schriftstücke zu Handen meiner ausgewiesenen

Vertreterin.

II.

Die Antragsgegnerin und ich sind Eltern der mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015.

Wir waren nie verheiratet, sondern haben von Sommer 2014 bis Anfang September 2016 in einer Lebensgemeinschaft gelebt. Nach ihrer Geburt haben wir für Tamara die Obsorge beider Elternteile vereinbart.

Meine Beziehung mit der Kindesmutter ist bedauerlicherweise gescheitert, als unsere Tochter rund eineinhalb Jahre alt war, seither leben wir getrennt.

Eine Vereinbarung vor Gericht hinsichtlich des hauptsächlichen Aufenthaltes von Tamara ist jedoch ebenso wenig erfolgt wie eine beschlussmäßige Regelung.

In weiterer Folge wurden die Kontakte dann dergestalt außergerichtlich vereinbart bzw gelebt, daß ich Tamara an zwei Nachmittagen pro Woche (Dienstag und Donnerstag) sowie an jedem zweiten Wochenende samstags und sonntags ohne Übernachtungen sehen konnte.

Seit Ende August hat die Kindesmutter dann aber begonnen, jeden Kontakt zwischen Tamara und mir zu unterbinden und dies zunächst mit vermeintlichen Erkrankungen unserer Tochter begründet.

In weiterer Folge räumte sie jedoch ein, dass ein von ihr konsultierter „Heiler“ ihr von Kontakten zwischen mir und Tamara „abgeraten“ habe, da ich von „bösen Geistern besessen“ wäre und dies einen Einfluss auf unsere Tochter mit sich bringe. Dies hätte sich auch schon dadurch manifestiert, dass Tamara regelmäßig über Bauchschmerzen klage, was der Kinderarzt so zwar nicht erkennen hätte wollen, aber ihr von dem „Heiler“ bestätigt worden wäre. Auch wolle sie Tamara von dem von ihr bislang besuchten Kindergarten abmelden, da sie auch hier einen „schlechten Einfluss“ auf unsere Tochter sehe.

Ich habe nunmehr große Sorge, dass die Kindesmutter derzeit nicht in der Lage ist, sich in einer dem Kindeswohl unserer Tochter entsprechenden Art und Weise zu verhalten, ihre Bedürfnisse zu erkennen und sich um sie zu kümmern, sodass ich mich angesichts all dieser Umstände und Geschehnisse nun zur gegenständlichen Antragstellung gezwungen sehe.

Beweis: Einzuholende Stellungnahme des Amtes für Jugend und Familie
Im Bedarfsfall einzuholendes kinderpsychologisches Sachverständigengutachten
Psychiatrisches Sachverständigengutachten betreffend die Kindesmutter, dessen Einholung ich beantrage
PV

Aus den genannten Gründen stelle ich sohin den

Antrag,

1. die Obsorge für die mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015, allein auf mich zu übertragen; in eventu auszusprechen, dass der hauptsächliche Aufenthalt der mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015, unter Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge hinkünftig von der Kindesmutter, zu mir verlegt werde;
2. die Obsorge für die mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015, vorläufig allein auf mich zu übertragen, in eventu auszusprechen, dass der hauptsächliche Aufenthalt der mj Tamara Bukowski, geb 03.01.2015, vorläufig zu mir verlegt werde und dieser Entscheidung vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zuzuerkennen.

…
Karl Bukowski

Anmerkungen:

1 Grundsätzlich sind **beide Elternteile** mit der Obsorge für ein mj Kind 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 (§ 177 Abs 1 ABGB). Sind die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so ist an sich allein die Mutter mit der Obsorge betraut. Die Eltern können aber vor dem Standesbeamten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer Belehrung über die Rechtsfolgen einmalig bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist (§ 177 Abs 2 ABGB).

2 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 (§ 177 Abs 4 ABGB).

Wird die Ehe oder die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst, so bleibt die Obsorge beider Eltern an sich aufrecht (§ 179 Abs 1 S 1 ABGB); die Eltern haben vor Gericht allerdings eine **Vereinbarung** darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird (§ 179 Abs 2 ABGB). Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, hat das Gericht eine **Entscheidung** entsprechend § 180 ABGB zu treffen.

3 Wurde die Obsorge iSv § 180 Abs 2 ABGB bereits endgültig geregelt, so kann in weiterer Folge jeder Elternteil, sofern sich die **Verhältnisse maßgeblich geändert** haben, bei Gericht eine Neuregelung der Obsorge beantragen (§ 180 Abs 3 S 1 ABGB).

Die nachträgliche Änderung einer bestehenden Obsorgeregelung setzt zwar 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 (8 Ob 152/17m iFamZ 2018/49 = Zak 2018/280).

4 Wenngleich nicht ausdrücklich angeführt, gilt **§ 180 Abs 3 ABGB** – dem Zweck der Regelung entsprechend – auch für den Fall, wonach zwar die vereinbarte Obsorge beider Elternteile aufrecht erhalten werden soll, aber – wie hier – über den Antrag eines Elternteils zu entscheiden ist, der eine hauptsächliche Betreuung des Minderjährigen in seinem Haushalt anstrebt (5 Ob 118/17i iFamZ 2017/208 = EF-Z 2018/55). Eine derartige Bestimmung des Aufenthaltsorts setzt daher gleichfalls (bloß) eine „wesentliche Änderung der Verhältnisse“ voraus, nicht aber eine Gefährdung des Kindeswohls iSd § 181 ABGB (3 Ob 212/14v).

5 **Gefährden** die Eltern darüber hinaus durch ihr Verhalten das Wohl des minderjährigen Kindes, so hat das Gericht, von wem immer es angerufen wird, die zur Sicherung des Wohles des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen. Besonders darf das Gericht die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise, auch gesetzlich vorgesehene Einwilligungs- und Zustimmungsrechte, entziehen **(§ 181 Abs 1 ABGB)**. Die gänzliche oder teilweise Entziehung der Pflege und Erziehung oder der Verwaltung des Vermögens des Kindes schließt die Entziehung der gesetzlichen Vertretung in dem jeweiligen Bereich mit ein; die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen kann für sich allein entzogen werden, wenn die Eltern oder der betreffende Elternteil ihre übrigen Pflichten erfüllen (§ 181 Abs 3 ABGB). Durch eine Verfügung nach § 181 darf das Gericht die Obsorge aber nur so weit beschränken, als dies zur Sicherung des Wohles des Kindes nötig ist (§ 182 ABGB).

Wichtige Kriterien bei der Beurteilung des Kindeswohls werden von § 138 ABGB definiert.

6 § 107 Abs 2 AußStrG regelt – in Konkretisierung des § 181 Abs 1 ABGB – vorläufige Entscheidungen in Verfahren über die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte (ErläutRV 2004 dB 24. GP, 38): Gem **§ 107 Abs 2 AußStrG** hat das Gericht die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönliche Kontakte nach Maßgabe des Kindeswohls, insbesondere zur Aufrechterhaltung der verlässlichen Kontakte und zur Schaffung von Rechtsklarheit, auch **vorläufig** einzuräumen oder zu entziehen.

Nach Absicht des Gesetzgebers sollen die Pflegschaftsgerichte verhalten werden, schon dann eine vorläufige Entscheidung zu treffen, wenn zwar für die endgültige Entscheidung noch weitergehende Erhebungen (zB die Einholung eines Sachverständigengutachtens) notwendig sind, aber eine rasche Regelung der Obsorge oder der persönlichen Kontakte, die für die Dauer des Verfahrens Klarheit schafft, das Kindeswohl (bloß) fördert (ErläutRV 2004 dB 24. GP, 38). Dabei kann es sich etwa um die vorläufige Einräumung (auch begleiteter) Besuchskontakte zu einem Elternteil handeln, wenn sonst eine Entfremdung des Kindes zu diesem Elternteil eintreten wird, oder generell um die vorläufige Regelung der Obsorge oder der persönlichen Kontakte im Zusammenhang mit der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Eltern, wenn dadurch eine Beruhigung der Situation für das Kind zu erwarten ist (ErläutRV 2004 dB 24. GP, 38).

Mit dieser Regelung sollten nach dem Willen des Gesetzgebers die Voraussetzungen für die Erlassung vorläufiger Maßnahmen in dem Sinn reduziert werden, dass diese nicht mehr erst bei akuter Gefährdung des Kindeswohls, sondern bereits zu dessen Förderung erfolgen dürfen (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP, 38). Es geht also nunmehr explizit um eine **Kindeswohlförderung statt der bisherigen bloßen Gefahrenabwehr**. Bei § 107 Abs 2 AußStrG idF KindNamRÄG 2013 kommt es sohin auf eine akute Gefährdung des Kindeswohls nicht mehr an (RIS-Justiz RS0129538).

7 Ausdrücklich vom Gesetz als dem Kindeswohl dienlich wird zunächst die **Aufrechterhaltung verlässlicher Kontakte** benannt. Das zweite im Gesetz genannte Beispiel für eine Kindeswohlförderung soll eine vorläufige Maßnahme **„zur Schaffung von Rechtsklarheit“** sein.

Gemeint ist damit, dass mit einer vorläufigen Maßnahme während einer Phase des familiären Umbruchs – etwa in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen der Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern – eine gewisse Klärung obsorgerechtlicher Zuständigkeiten erfolgen soll (5 Ob 144/14h iFamZ 2014/216). § 107 Abs 2 AußstrG erlaubt also auch eine vorläufige Obsorgeentscheidung nach Maßgabe des Kindeswohls, zur Schaffung von Rechtsklarheit (6 Ob 170/16t Zak 2017/75 = iFamZ 2017/35 [Fucik]).

Möglich soll damit nach der Rsp auch die einstweilige Regelung einer sog Doppelresidenz des Kindes entsprechend einer bereits über Jahre hinweg tatsächlich erfolgten annähernd gleichteiligen Betreuung aus Anlass eines Antrages des unehelichen Vaters, die gemeinsame Obsorge beider Eltern anzuordnen, sein (RIS-Justiz RWZ0000196).

8 Die Gründe für vorläufige Maßnahmen nach § 107 Abs 2 AußStrG sind im Gesetz aber **nicht abschließend** aufgezählt (*Einberger*, aaO, § 107 AußStrG Rz 13), so ist es etwa auch zulässig, im Rahmen einer Provisorialmaßnahme nach dieser Bestimmung die Obsorge den Eltern ganz oder teilweise zu entziehen und dem K-JHT zu übertragen (vgl 7 Ob 94/18a).

9 Auch eine vorläufige Entziehung der Obsorge stellt einen Grundrechtseingriff dar und erfordert daher eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** (*Einberger*, aaO, § 107 AußStrG Rz 13 mwN).

10 Aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit von Entscheidungen nach § 107 Abs 2 AußStrG kann die Entscheidung an sich auf Grundlage eines **reduzierteren Tatsachensubstrats** getroffen werden; ansonsten für eine Endentscheidung erforderliche Erhebungen können hier unterlassen werden, weil ansonsten ja gleich endgültig entschieden werden könnte (*Höllwerth* in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht, 2016, 649). Dies soll nach hA aber nicht bedeuten, dass bloß parate Bescheinigungsmittel aufgenommen werden sollen – je mehr es nicht um die Abwehr einer Kindeswohlgefährdung sondern um eine bloße Förderung des Kindeswohls geht, wird ein umfangreicheres Verfahren angezeigt sein (*Einberger*, aaO, § 107 AußStrG Rz 14). Nach den Materialien soll aber auch gerade in eilbedürftigen Fällen die Familiengerichtshilfe dem Gericht rasch die Grundlagen für die vorläufige Entscheidung liefern können (ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP, 38).

11 Da die Bestimmungen der EO über einstweilige Verfügungen auf vorläufige Maßnahmen nach § 107 Abs 2 AußStrG keine Anwendung finden, und demnach auch ein Widerspruch nach § 397 EO nicht möglich ist, ist bei einer allfälligen Einschränkung des rechtlichen Gehörs aber ein strenger Maßstab anzulegen (*Einberger*, aaO, § 107 AußStrG Rz 15f).

Zu beachten ist allerdings, dass sich durch eine vorläufige Obsorgezuteilung die Problematik ergeben kann, dass damit allenfalls Fakten geschaffen werden und einer späteren endgültigen Obsorgezuteilung in gewissem Maße vorgegriffen wird (5 Ob 144/14h iFamZ 2014/216). § 107 Abs 2 AußStrG ist daher jedenfalls mit **Augenmaß** anzuwenden (EFSlg 152.134; EFSlg 148.176; EFSlg 144.502).

12 Entscheidungen nach § 107 Abs 2 AußStrG kommt **vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit** zu, sofern das Gericht diese nicht ausschließt (§ 107 Abs 2 S 3 AußStrG).

Wenn das Gericht im Einzelfall die Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit seiner Entscheidung ausschließt, muss es diese Vorgangsweise begründen (*Beck*, aaO, § 107 AußStrG Rz 47). Im Übrigen soll § 44 AußStrG entsprechend gelten § 107 Abs 2 S 4 AußStrG), dh dass eine Änderung der Entscheidung über die Aberkennung der (vorläufigen) Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit nur dann erfolgen darf, wenn andernfalls – iSd § 44 Abs 1 Satz 1 AußStrG – „erhebliche Nachteile“ drohen, die auch bei Erfolg eines Rechtsmittels nicht mehr beseitigt werden könnten (*Höllwerth* in *Gitschthaler*, KindNamRÄG 2013, 215; EFSlg 148.185; EFSlg 152.139). Die Entscheidung über die Zuerkennung kann geändert werden, insbesondere wenn einem Rekurswerber erheblichere Nachteile drohen, die bei einem Erfolg

seines Rekurses nicht beseitigt werden könnten. Für solche Entscheidungen ist nach der Vorlage des Rechtsmittels das Rechtsmittelgericht zuständig (§ 44 Abs 1 AußStrG). Gegen Entscheidungen über die vorläufige Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit an sich ist ein Rechtsmittel jedenfalls nicht zulässig (§ 44 Abs 2 AußStrG).

13 Vorläufige Maßnahmen iSv § 107 Abs 2 AußStrG können **nur bis zur endgültigen Entscheidung** über die Obsorge bzw das Kontaktrecht getroffen werden (5 Ob 258/11v iFamZ 2012/92 = EF-Z 2012/131; 7 Ob 43/03d mwN; 3 Ob 74/09t, Zak 2009/383). Denkbar wäre auch eine ausdrückliche zeitliche **Befristung** (*Einberger*, aaO, 107 AußStrG Rz 16 mwN). Damit endet ihre Wirksamkeit jedenfalls mit der Rechtskraft der endgültigen Obsorgeregelung (7 Ob 153/18b Zak 2018/665 = iFamZ 2018/199).

14 Auch im Fall einer **Rückziehung** des ursprünglich gestellten Antrages ist die Provisorialverfügung aufzuheben (*Einberger*, aaO, § 107 AußStrG Rz 16).

15 In Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte findet **kein Kostenersatz** statt (§ 107 Abs 5 AußStrG). Im Verfahren außer Streitsachen kommt eine analoge Anwendung des § 40 Abs 1 ZPO nicht in Betracht (RIS-Justiz RS0131610).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass für **Sachverständigengebühren**, die im Rahmen von Pflegschaftsverfahren häufig einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Verfahrenskosten ausmachen können, § 2 Abs 1 GEG gilt:

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens in Obsorgeangelegenheiten ist regelmäßig im Interesse aller verfahrensbeteiligten Personen, also einschließlich des Kindes (LGZ Wien EFSlg 159.154). Soweit ersichtlich wird in der zweitinstanzlichen Rsp mit Ausnahme jener des LG Salzburg davon ausgegangen, dass mehrere Ersatzpflichtige anteilig haften, also keine Haftung zur ungeteilten Hand eintritt (außer für mehrere Personen innerhalb derselben Parteiseite (LG Eisenstadt EFSlg 159.158).

Auf die Möglichkeit der Beantragung von **Verfahrenshilfe**, vor allem für idR vermögens- und einkommenslose mj Kinder sei in diesem Zusammenhang hingewiesen.