

## **Erwartungen zur Implementierung der Gemeinsamen Obsorge in Österreich**

Projekt im Auftrag der Gemeinde Wien (MA 57, Frauenförderung und Koordinierung von Frauenangelegenheiten)

Projektabschlussbericht: Christa Pelikan

Diese Studie stellt die Entstehung und die Ausformung des österreichischen Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 2001 (KindRÄG 2001) vor den Hintergrund der großen historischen und internationalen (vor allem europäischen) Entwicklungen im Bereich der rechtlichen Regelung der Eltern-Kind-Beziehungen nach einer Scheidung oder Trennung.

### **Europäische Entwicklungslinien**

Diese Entwicklungslinien verlaufen von einem Zustand, der durch die väterliche Gewalt in der Form der ‚munt‘ als Bestandteil der Hausherrschaft gekennzeichnet ist, über deren Weiterwirken als väterliches Alleinvertretungsrecht, ihr Aufbrechen durch Forderungen der Gleichberechtigung von Frauen und der Schaffung der vollen Übertragung von Pflege und Erziehung zusammen mit der rechtlichen Vertretung an einen Elternteil im Gefolge einer Scheidung bis hin zu Bestrebungen einer Stärkung der subjektiven Rechte der Kinder innerhalb dieser Verhältnisse und innerhalb des Nachscheidungs geschens. Dazwischen liegt die hier im Zentrum der Aufmerksamkeit stehende Phase der fortschreitenden Etablierung von Modellen einer gemeinsamen nahehelichen elterlichen Sorge. Dabei folgt zumeist auf eine erste Stufe, die die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge – auf Antrag beider Eltern eröffnet – eine weitere, auf der die rechtlich abgesicherte gemeinsame elterliche Sorge nach einer Scheidung oder Trennung zum Regelfall wird.

Diese übergreifenden Trends finden sich – mit gewissen Modifikationen – in allen den von uns näher betrachteten Ländern: Deutschland, Schweiz, Schweden (bzw. den nordischen Ländern) und England (und Wales).

In Österreich folgte die Rechtsgeschichte ebenfalls diesen Grundzügen: 1977 wurde im Zuge der Familienrechtsreformen und der Beseitigung männlicher Vormachtstellung eine Regelung geschaffen, gemäß der bei einer Scheidung einem und nur einem Elternteil die gesamte Obsorge übertragen wurde, der andere behielt ein Besuchs(Kontakt)Recht. In der Folge wurden jedoch die in den 80er-Jahren einsetzenden Bestrebungen, eine gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung als Option zu eröffnen, von der Rechtsprechung und schließlich vom Verfassungsgerichtshof abgewehrt

Mit dem *Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2001* realisierte dann Österreich – nach einem stecken gebliebenen Reformentwurf von 1999 und knapp nach der Schweiz, wo mit Beginn des Jahr 2000 ein Antragsmodell in Kraft trat – die letzte Stufe der skizzierten

Entwicklung; dies allerdings in einer sehr eigenwilligen Ausformung. Über den Umgang damit haben die ExpertInnengespräche Auskunft gegeben.

### **Rechtswissenschaftliche und sozialwissenschaftliche Diskurse**

Die eingehende Betrachtung der Rechtsentwicklung in Deutschland, die für Österreich immer wieder als richtungweisend bezeichnet wurde, und vor allem der sie begleitenden intensiven Auseinandersetzungen, bietet einen Einstieg in eine systematische Darstellung der Diskurse um die gemeinsame elterliche Sorge. Der Blick auf die Schweiz, die skandinavischen Länder und auf England ergänzt und differenziert diese Darstellung dann weiter.

1/ In Deutschland, der Schweiz und in Österreich *wird die Auseinandersetzung vorwiegend mit juristischen Argumenten geführt*. Sie kreisen um die Rechtsprinzipien der Parteien- und Elternautonomie, um Gleichbehandlung und Non-Diskriminierung und um Fragen der Kompatibilität mit Internationalen Konventionen.

2/ *Der Einfluss der Humanwissenschaften* und der Forschungen, die hier zum Thema Eltern-Kind-Beziehungen im Zusammenhang von Scheidung und Trennung durchgeführt wurden, auf die Rechtsentwicklung geschah auf zwei Wegen:

2.1/ Der vor allem von der US-amerikanischen Scheidungsforschung (dann auch von deutschen AutorInnen) vorgetragene *Grundsatz, wonach das für die Kinder immer schwer belastende Ereignis einer Scheidung der Eltern besser bewältigt werden kann, wenn die Kontakte zu beiden Eltern aufrecht erhalten bleiben, hatte hohe Überzeugungskraft*, nicht nur für die im Feld tätigen Professionen, sondern auch in der breiten Öffentlichkeit und bei den Eltern selbst. Hinsichtlich dieses Grundsatzes ist der Konsens also faktisch lückenlos und er beeinflusste seit den 80er-Jahren nachhaltig den Umgang mit dem Ereignis der Trennung und Scheidung

2.2/ Die Details dieser *Scheidungsforschung* wurden hingegen nur *selektiv rezipiert*. Manche wurden einfach zur Seite geschoben und übersehen. Das trifft auch auf den Befund zu, dass *die rechtliche Form der Nachscheidungsorge für die Befindlichkeit des Kindes bedeutungslos* ist und dass dafür andere Faktoren, die äußeren Lebensumstände und das psychische Befinden des betreuenden Elternteils maßgeblich sind. Ein anderes, in mehreren Studien immer wieder bestätigtes Ergebnis, dass nämlich für das Kind vor allem das Erlebnis des Elternkonflikts belastend ist und dass von daher die faktische Kooperation wichtiger ist als detaillierte Besuchsrechtsregelungen, wird ebenfalls nur zögernd zur Kenntnis genommen.

3/ Die großen anhaltenden *Kontroversen* sind dort aufgebrochen, wo es um die *Funktion und die Leistungen des Rechts*, des Scheidungs- und Kindschaftsrechtes geht.

3.1/ Die „alte“ Auffassung, nach der die Bestimmungen über die naheheliche Obsorge als eine *Konfliktregel* dienen, die den Ex-PartnerInnen große innere und informelle Gestaltungsmöglichkeiten belässt, nicht zuletzt eine gemeinsame Verantwortungsübernahme für das Kind, wurde dabei weitgehend abgelöst von einer Sichtweise, die dem *Recht die Aufgabe des Leitbilds*, der gesellschaftlichen Orientierung bis hin zur *Verhaltenssteuerung* zuschreibt. Vor allem die bewusstseinsbildende Funktion stößt auf breite Akzeptanz.

3.2/ Diese Auffassung geht dann auch einher mit einer Sichtweise, nach der die Alleinobsorge eines Elternteiles *den Ausschluss und die Entrechtung* des anderen zwingend nach sich zieht. Umgekehrt wird an die Erhaltung der Rechtsposition dadurch, dass an der elterlichen Sorge so wie bei aufrechter Ehe festgehalten wird, die Hoffnung geknüpft, damit die Väter wieder heimzuholen, oder „aus der Reserve zu locken“. Die empirischen Befunde, die zur Abstützung dieser Vermutung dienen können, sind allerdings wenig eindeutig.

3.3/ Schließlich weist das Argument, das in Deutschland ebenfalls herangezogen wurde, um 1998 vom *Antragsmodell zum Regelmodell* überzugehen, in dieselbe Richtung: Mit dem Wegfall der Notwendigkeit, überhaupt eine Entscheidung über die Obsorge im Zusammenhang mit einer Scheidung zu treffen, könnten Konflikte, die sich darüber ergeben würden, vermieden und außerdem Eltern zur gemeinsamen Verantwortung hingeführt werden. Vor allem gegen diese Regelfall-Lösung war lange Zeit angekämpft worden und der größere Teil der Stimmen - nicht nur von feministischer Seite sondern auch von anderen RechtswissenschaftlerInnen - hatte eine ganze Reihe von juristischen und soziologischen Argumenten ins Treffen geführt. Von daher erstaunt, dass die Regelfall-Lösung sich schließlich durchgesetzt hat. Einiges spricht dafür, dass hier doch die Lobby der Vätervertreter ihren Einfluss erfolgreich zur Geltung gebracht hat.

### **Das KindRÄG 2001 – das österreichische Modell der Obsorge beider Eltern nach der Scheidung**

Im Kontext der einschlägigen Gesetzgebung der untersuchten Länder bietet die österreichische Lösung für die „gemeinsame elterliche Sorge“ eine spezifische Variante.

1/ Was gemeinhin als gemeinsame Obsorge bezeichnet wird, ist nichts anderes als die Fortsetzung der während der Ehe bestehenden Obsorge-Verhältnisse einschließlich der hier geltenden Alleinvertretungs- und Alleinentscheidungsbefugnis in allen Angelegenheiten des Kindes – sowohl der alltäglichen als auch der schwerwiegenden.

2/ Was als Regelmodell daherkommt (und in dem Satz manifest ist, dass die Scheidung selbst nichts an der elterlichen Obsorge ändert), hat kaum praktische Bedeutung, weil bei einvernehmlichen Scheidungen eine Elternvereinbarung vorzulegen ist, die sich für eine von drei Möglichkeiten der nahehelichen Obsorge ausspricht und im Fall einer streitigen Scheidung ebenfalls eine Vereinbarung zu suchen ist, andernfalls es zu einer

amtswegigen Entscheidung über die Betrauung mit der Obsorge kommt. Es gibt also kein Weiterbestehen der Obsorge beider Eltern ohne eine zumindest implizite gemeinsame Willenserklärung.

3/ Schließlich hat man durch das Erfordernis der Einigung auf einen „hauptsächlichen Aufenthaltsort“ (oder ein „Heim erster Ordnung“) des Kindes bei Weiterbestehen der Obsorge beider Eltern eine Konfliktregel geschaffen - für den Fall, dass es zu einander widersprechenden Alleinentscheidungen und unauflösbaren Konflikten kommt.

Man könnte sagen, dass dieses österreichische Modell, so man es sich nur genau genug ansieht, zwar nicht das ist, was es vorgibt zu sein, dass es jedoch auf diese Weise geeignet ist, einem Großteil der im Zuge der Auseinandersetzung im Nachbarland gegen das Regelmodell ins Treffen geführten Argumente auszuweichen. Was es hingegen sehr wohl leistet, ist, erst einmal den Vätern die Erfahrung der „Entrechtung“ durch eine notwendige Entscheidung zur Alleinsorge zu ersparen; es wirkt als ein „Väterbeschwichtigungsgesetz“.

Im übrigen kann alles beim alten bleiben, die geschlechtsspezifische Rollenteilung wird nicht angetastet, sondern rechtlich festgeschrieben und perpetuiert.

### **Die ExpertInnengespräche**

Es wurden Gespräche geführt mit RichterInnen der Wiener Bezirksgerichte Favoriten, Döbling und Floridsdorf (insgesamt 11), mit SozialarbeiterInnen, PsychologInnen und RechtsfürsorgerInnen der für diese Bezirke zuständigen Ämter für Jugend und Familie (6), schließlich mit VertreterInnen der Kinder- und Jugendanwaltschaft, des Frauennotrufs und der Männerberatungsstelle.

Der größere Teil unserer InterviewpartnerInnen unter den RichterInnen und SozialarbeiterInnen steht den *Inhalten der Gesetzesreform durchaus positiv* gegenüber. Über sein Zustandekommen, das verkürzte Begutachtungsverfahren nach einem lange und heftig geführten Kampf für und wider die gemeinsame Obsorge, die dadurch entstandenen *Missverständnisse und Fehlinformationen* wurde allerdings vor allem von den RichterInnen Klage geführt. Einige haben auf ein solches Gesetz gewartet, einige erklärten, dass sie zu den SkeptikerInnen gehört hätten, sich jedoch mit der Fassung, die das Gesetz jetzt gefunden hätte (vor allem der „Konfliktregel“ des „hauptsächlichen Aufenthaltsortes“) ganz gut arrangieren könnten; einige wenige bleiben skeptisch zurückhaltend oder kritisch ablehnend. Dies geschah in einem Fall angesichts einer Charakterisierung des Gesetzes als Etikettenschwindel, das weit davon entfernt sei, Gemeinsamkeit der Obsorge zu bewirken oder zu befördern.

Dies war auch die einzige unserer richterlichen GesprächspartnerInnen, die sich der von allen anderen geteilten Sichtweise des Gesetzes - als zumindest im Sinne einer Orientierungshilfe nützlich - nicht anschließen konnte.

Die Meinungsbildung zum Thema „gemeinsame Obsorge“ ist bei RichterInnen und auch bei SozialarbeiterInnen - wiederum mit vereinzelt Ausnahmen - stärker von ihrer beruflichen Erfahrung, der Art, wie sie die Parteien wahrnehmen und diese Wahrnehmungen verarbeiten, geprägt, als von systematisch erworbenem außerrechtlichem Wissen. Aber auch für sie gilt, was bereits als genereller Trend festgestellt wurde: Die Überzeugung von der Wünschbarkeit fortwährender Beziehungen des Kindes zu seinen beiden Eltern ist bei allen vorhanden.

Vor dem Hintergrund dieses Verständnisses gab es aber doch einige Stimmen, die darauf beharrten, ein solches Gesetz sei nicht notwendig gewesen, weil die Praxis einer gemeinsamen elterlichen Verantwortung nicht von Rechtsformen der Obsorge gesteuert werde, sondern von anderen gesellschaftlichen und politischen Faktoren.

So haben sowohl die VertreterInnen der Kinder- und Jugendanwaltschaft, des Frauennotrufs und der Männerberatung Kritik an der im *KindRÄG sich abbildenden Verrechtlichung von Nahbeziehungen*, von Liebes- und Sorgebeziehungen gesprochen. Solche Beziehungen in die Form von Rechtsansprüchen zu kleiden und mit entsprechender Durchsetzungsmacht auszustatten, laufe der Natur dieser Beziehungen zuwider und resultiere in einer zunehmenden Aufrüstung von Ex-Partnern mit den Waffen des Rechts und in der Folge in völliger Erstarrung der Fronten, zwischen denen das Kind in psychischer Hinsicht zerrieben wird.

*Die Forderungen der Väter* sind vor allem für die RichterInnen ein prägender Faktor; ihre Wahrnehmung kann jedoch zu sehr unterschiedlichen Reaktionen führen: von manchen wird hinter der Forderung nach mehr Rechten und nach mehr Teilhabe vorwiegend der Wunsch nach mehr Kontrolle der Frau vermutet und entsprechend skeptisch auf deren Verstärkung reagiert, anderen erscheinen die Erfahrung einer mit der Übertragung der Alleinsorge einhergehenden „unverdienten“ Entrechtung und Ausgrenzung nachvollziehbar und berücksichtigungswürdig.

*Die Befürchtungen der Mütter* werden zwar als bestehend anerkannt; hier laufen aber die Aussagen großteils darauf hinaus, dass angesichts der Konstruktion des Gesetzes, das eine Obsorge beider Eltern nur als vom beidseitigen Willen getragen installieren und aufrecht erhalten kann, diese Befürchtungen wenig gerechtfertigt seien. Zumindest werde kaum ein neues und zusätzliches Instrument zur Ausübung von Druck und Repression durch die Väter geschaffen.

Hier sind die SozialarbeiterInnen stärker geneigt, die unter der Oberfläche wirksamen Bedrängungen zu sehen, die durch die rechtlichen Vorkehrungen nicht außer Kraft gesetzt seien. Es muss auch erwähnt werden, dass die Vertreterin des Frauennotrufs auf die mit den verstärkten Informationsrechten des nichtbetreuenden Elternteils einhergehenden „neuen“ rechtlich abgestützten Möglichkeiten der Kontrolle von Frauen, die sich aus einem von Gewalttätigkeit gekennzeichneten Verhältnis gelöst haben, hingewiesen hat.

Zum *Thema der Kinderrechte* gab es eher zurückhaltende bis ablehnende Stellungnahmen – sowohl von RichterInnen, die sich oft für die Aufgabe der Anhörung der Kinder nicht genügend ausgebildet sehen, als auch von Seiten der PsychologInnen, die durch eine falsch verstandene und falsch praktizierte Einbeziehung des Kindes dessen Überforderung und Überlastung fürchten. Die Kinder- und Jugendanwaltschaft vertritt hier eine andere Position.

*Erste Erfahrungen* deuten darauf hin dass

- 1/ *sich wenig ändert*, was die Vereinbarungen über die Obsorge bei einer einvernehmlichen Scheidung betrifft: es sind weiterhin überwiegend die Mütter, die die alleinige Obsorge behalten; zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt es nicht mehr als 10-15% von Vereinbarungen über eine Obsorge beider Eltern, bei der dann auch der hauptsächliche Aufenthaltsort bei der Mutter vereinbart wird.
- 2/ Auch die Zahl der Fälle, die sich „angestellt“ haben, oder die nun nach einer bereits stattgefundenen Scheidung die Obsorge beider Eltern wollen, ist (noch) nicht groß.
- 3/ Von Vätern, die nun versuchen, eine „gemeinsame Obsorge“ durchzusetzen, kamen zwar Anfragen und Ankündigungen „aber es hat noch keiner hierher gefunden“, wie es eine der RichterInnen ausdrückte.
- 4/ Umgekehrt gibt es auch vereinzelt Hinweise darauf, dass die neue rechtliche Option im Sinne eines Kommunikationsmediums genutzt wird und von Frauen tatsächlich mehr Verantwortungsübernahme von Vätern eingefordert wird.