

# **Die Obsorge nach dem Entwurf zum Kindschaftsrechts - Änderungsgesetz 2012 - eine kritische Würdigung**

Diplomarbeit

Zur Erlangung des Grades einer Magistra der Rechtswissenschaft an der  
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz

Eingereicht bei:

o.Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Von

Natascha Baumann

Werndorf, September 2012

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht verwendet und die den benützten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Werndorf, September 2012

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS.....</b>	<b>I</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....</b>	<b>III</b>
<b>1 EINLEITUNG.....</b>	<b>1</b>
<b>2 OBSORGE - GELTENDE RECHTSLAGE.....</b>	<b>3</b>
<b>2.1 Begriffsdefinition.....</b>	<b>3</b>
<b>2.2 Grundsätze.....</b>	<b>4</b>
2.2.1 Einvernehmen.....	4
2.2.2 Kindeswohl.....	5
2.2.3 Gewaltverbot.....	8
<b>2.3 Inhalt.....</b>	<b>9</b>
2.3.1 Pflege und Erziehung.....	9
2.3.2 Vermögensverwaltung.....	13
2.3.3 Vertretung.....	15
<b>2.4 Obsorgeberechtigte.....</b>	<b>16</b>
<b>2.5 Obsorge nach Scheidung, Aufhebung, Nichtigklärung.....</b>	<b>20</b>
<b>3 NEUERUNGEN UND ENTWICKLUNGEN.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 <i>Zaunegger</i> gegen Deutschland, EGMR 3.12.2009 Nr. 22028/04..</b>	<b>26</b>
3.1.1 Sachverhalt.....	26
3.1.2 Exkurs- deutsche Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung.....	28
3.1.3 Rechtliche Würdigung des EGMR.....	31
3.1.4 Reaktionen auf das Urteil.....	36
3.1.4.1 Lehre.....	36

3.1.4.2 Rechtsprechung.....	41
3.1.4.3 Gesetzgeber.....	42
<b>3.2 Sporer gegen Österreich, EGMR 3.2.2011 Nr 35637/03.....</b>	<b>47</b>
3.2.1 Sachverhalt.....	47
3.2.2 Rechtliche Würdigung des EGMR.....	48
3.2.3 Reaktionen auf das Urteil.....	49
3.2.3.1 Lehre.....	49
3.2.3.2 Rechtsprechung.....	51
3.2.3.3 Gesetzgeber.....	54
<b>4 OBSORGE NACH DEM KINDSCHAFTSRECHTS -</b>	
<b>ÄNDERUNGSGESETZ 2012.....</b>	<b>55</b>
<b>5 KRITISCHE WÜRDIGUNG.....</b>	<b>69</b>
<b>6 RESUMEE.....</b>	<b>79</b>
<b>JUDIKATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>80</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>84</b>
<b>ANHANG.....</b>	<b>89</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage(n)
BlgNr	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw	beispielsweise
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
bzw	beziehungsweise
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaft
EFSIg	Ehe- und Familienrechtliche Entscheidungen
E-FZ	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidung
f	und der/die/das folgende
ff	und der/die folgenden

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
FN	Fußnote
FuR	Familie und Recht
gem	gemäß
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JRP	Journal für Rechtspolitik
Kap	Kapitel
KBB	Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger
KindRÄG	Kindschaftsrechts- Änderungsgesetz
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtsachen
mE	meines Erachtens
MRK	Menschenrechtskonvention

nF	neue Fassung
NLMR	Newsletter Menschenrechte
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der österreichischen Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RdM	Recht der Medizin
RGBI	Reichsgesetzblatt
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl/ziffer
StGB	Strafgesetzbuch
SV	Sachverständiger
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TaKomm	Taschenkommentar
U	Urteil
UVS-Slg	Entscheidungssammlung des Unabhängigen Verwaltungssenats
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl	vergleiche

Z	Zahl/Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfRV-LS	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Leitsatz)



## 1 Einleitung

Zwar sind im ersten Halbjahr 2012 die Eheschließungen um 5,6 % gestiegen<sup>1</sup>, doch wurden im Jahr 2011 immer noch 31.522 uneheliche Kinder geboren; dies entspricht einer Unehelichenquote von 40,4 %. Seit Jahrzehnten steigt die Quote der unehelichen Kinder.<sup>2</sup>

Auf Grund dieser Ergebnisse und Zahlen ist es notwendig, sich die Frage zu stellen, ob das geltende Obsorgerecht noch zeitgemäß ist oder doch einer Anpassung bedarf.

Nach geltendem Recht kommt die Obsorge für ein uneheliches Kind der Mutter alleine zu. Doch möchten sich immer mehr Väter an der Obsorge für ihr Kind beteiligen, wobei sie aber auf die Zustimmung der Kindesmutter angewiesen sind.

Die Alleinobsorge der Mutter und die Ungleichbehandlung unehelicher Väter gegenüber verheirateten bzw geschiedenen Vätern war Gegenstand einer Entscheidung des EGMR gegen Deutschland.<sup>3</sup> Denn auch in Deutschland kommt der Mutter die Alleinobsorge für ein uneheliches Kind zu, sofern sie einer Sorgeerklärung nicht zustimmt.

Im Jahr 2011 erging auch gegen Österreich<sup>4</sup> eine Entscheidung des EGMR, in der dieser festgestellt hat, dass es auf Grund einer fehlenden Überprüfungsmöglichkeit der Obsorgezuteilung zu einer Diskriminierung unehelicher Väter kommt.

---

<sup>1</sup> Laut Pressemitteilung der Statistik Austria vom 27.8.2012 stieg die Zahl der Eheschließungen um 5,6% zum Vorjahr für den Zeitraum Jänner-Juni, [http://www.statistik.at/web\\_de/presse/066415](http://www.statistik.at/web_de/presse/066415) (Stand 21.9.2012).

<sup>2</sup> Laut Statistik Austria, [http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/bevoelkerung/demographische\\_masszahlen/demographische\\_indikatoren/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_masszahlen/demographische_indikatoren/index.html) (Stand 21.9.2012).

<sup>3</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger* gegen Deutschland, Nr 22028/04 iFamZ 2010/1, 10 = ÖJZ MRK 2010/2, 138 = EF-Z 2010/37, 68 = NLMR 2009, 348 = ecolex 2010, 303 = ÖJZ 2010/15, 141 (*Deixler-Hübner*) = EuGRZ 2010, 42 = JRP 2010, 51 (*Khakzadeh-Leiler*).

<sup>4</sup> EGMR U 3.2.2011, *Sporer* gegen Österreich, Nr 35637/03 EF-Z 2011/33, 56 = Zak 2011/80, 48 = iFamZ 2011/52, 61 = UVS-Slg 2011/68, 43 = NLMR 2011, 35 = ÖJZ MRK 2011/3, 525.

Diese Entscheidungen waren ausschlaggebend für ein Reformdenken in Österreich. Nach mehreren Diskussionen und Sitzungen einer eigens einberufenen Arbeitsgruppe „Obsorge und Besuch“ konnte im Februar 2011 ein Entwurf für ein neues Kindschaftsrechts- Änderungsgesetz 2012<sup>5</sup> veröffentlicht werden.

Mit der folgenden Arbeit soll dieser Entwurf näher vorgestellt werden. Zuerst wird die geltende Rechtslage der Obsorge erörtert, um in weiterer Folge die Unterschiede, die das neue KindRÄG 2012 mit sich bringt, zu verdeutlichen (vgl Kap 2). Im Anschluss daran werden die beiden Entscheidungen des EGMR, die ausschlaggebend für die Neuerungen waren, sowie die Reaktionen auf diese besprochen. Dabei gibt es einen Exkurs zur deutschen Rechtslage um das Urteil und die Argumentation des EGMR besser verstehen zu können (vgl Kap 3). Im Anschluss wird der Entwurf des KindRÄG 2012 vorgestellt. Abschließend wird das KindRÄG 2012 in Kapitel 5 einer kritischen Würdigung unterzogen, in der sowohl dessen Vorteile, als auch einige verbesserungswürdige Aspekte aufgezeigt werden.

---

<sup>5</sup> Bundesgesetz, mit dem das Kindschaftsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und das Außerstreitgesetz sowie das Ehegesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2012 – KindRÄG 2012) [www.gw.justiz-debakel.com/forum/download/file.php?id=3592](http://www.gw.justiz-debakel.com/forum/download/file.php?id=3592) (Stand 21.9.2012).

## 2 Obsorge - Geltende Rechtslage

### 2.1 Begriffsdefinition

Der Begriff „Obsorge“ wurde mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989<sup>6</sup> ins ABGB eingeführt, und löste den bis dahin verwendeten Begriff der „elterlichen Gewalt“ ab.<sup>7</sup>

Gemäß § 144 ABGB umfasst die Obsorge die Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und Vertretung des minderjährigen Kindes in diesen Bereichen, und allen anderen Angelegenheiten.

Dabei versteht das Gesetz die unter dem Begriff der Obsorge zusammengefassten Befugnisse nicht als Rechte der mit der Obsorge betrauten Personen, sondern vielmehr als Ausdruck der Verantwortung gegenüber dem Kind. Verdeutlicht wird dieser Gedanke vor allem durch die sprachliche Fassung des § 145 ABGB, der nicht mehr davon spricht, dass die Obsorge dem Berechtigten „zukommt“, sondern, dass dieser mit der Obsorge „betraut ist“.<sup>8</sup>

Mit der Neuformulierung des § 144 ABGB durch das KindRÄG 2001<sup>9</sup> wurde klargestellt, dass bei der Obsorge zwischen einem Innen- und einem Außenverhältnis zu unterscheiden ist. Das Innenverhältnis betrifft die tatsächliche Betreuung des Kindes, zum Beispiel in Form von Wickeln oder der Pflege im Krankheitsfall sowie die Versorgung des Kindes, zB mit Nahrung oder Kleidung, und die Verwaltung seines Vermögens. Demgegenüber steht das Außenverhältnis, das terminologisch durch die Formulierung „gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen“, also Pflege, Erziehung und Vermögensverwaltung, zum Ausdruck kommt, und alle Vertretungshandlungen gegenüber Dritten umfasst. Somit ist das Außenverhältnis als Befugnis der Obsorgebetrauten zu qualifizieren, für das minderjährige, und somit nicht voll geschäftsfähige Kind, verbindliche Erklärungen gegenüber Dritten abgeben zu

---

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 15.März 1989 über die Änderung des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz- KindRÄG) BGBl 1989/162.

<sup>7</sup> *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> (2011) 198.

<sup>8</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 23, 33; LGZ Wien 3 R 405/05k EFSlg 110.751.

<sup>9</sup> Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001- KindRÄG 2001 BGBl I 2000/135.

können. Bedeutung erlangt diese Unterscheidung, wenn Außen- und Innenkompetenz nicht zusammenfallen, vor allem im Falle des § 145a ABGB, wenn nämlich die mit der Obsorge betraute Person selbst bloß beschränkt geschäftsfähig ist, sowie im Falle des § 176 Abs 3 ABGB, wenn das Gericht bloß die gesetzliche Vertretung entzieht.<sup>10</sup>

Die Obsorge erfasst nur minderjährige Personen.<sup>11</sup> Gemäß § 172 ABGB erlischt die Obsorge mit der Volljährigkeit des Kindes. Mit Eintritt der Volljährigkeit ist der gesetzliche Vertreter dazu verpflichtet, dem Kind dessen Vermögen, sowie sämtliche dessen Person betreffenden Urkunden und Nachweise zu übergeben.

## 2.2 Grundsätze

Bei der Ausübung der Obsorge sollen die Eltern bzw obsorgeberechtigten Personen (siehe Kapitel 2.4) einvernehmlich vorgehen. Dabei steht an oberster Stelle das Wohl des Kindes. Zusätzlich normiert § 146 ABGB ein Gewaltverbot.

### 2.2.1 Einvernehmen

Bei der Erfüllung ihrer Obsorgepflichten sollen die Eltern (bzw sonstigen Obsorgebetrauten) einvernehmlich vorgehen. Das bedeutet, dass sich ein Elternteil, soweit zumutbar, um das Einvernehmen mit dem anderen zu bemühen hat. Dieses Einvernehmlichkeitsgebot bezieht sich jedoch bloß auf das Innenverhältnis, weswegen gegenüber Dritten eine Vertretungshandlung im Sinne

---

<sup>10</sup>ErlRV 296 BlgNr 21. GP 50f; *Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemein Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 267<sup>3</sup> (2008) § 144 Rz 15; *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2012) § 144 Rz 2; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar I<sup>4</sup> (2011) § 144 Rz 1; *Hopf in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup> (2010) § 144 Rz 1; *Pichler in Fenyves/Welser* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemein Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht<sup>3</sup> (2000) § 144 Rz 5; *Verschraegen in Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I<sup>3</sup> (2005) §144 Rz 1; *Weitzenböck in Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar (2010) § 144 Rz 2.

<sup>11</sup>§ 172 Abs 1 iVm § 21 Abs 2 ABGB; *Schwarzl*, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (2001) 19 (20).

des § 154 Abs 1 ABGB auch dann wirksam ist, wenn intern Uneinigkeit herrscht oder das Einvernehmen gar nicht erst gesucht wurde.<sup>12</sup>

Sollte in wichtigen Angelegenheiten kein Einvernehmen erzielt werden, kann gemäß § 176 Abs 2 ABGB, bei Kindeswohlgefährdung, eine Entscheidung des Pflsgerichts von jedem Elternteil erwirkt werden. In allen sonstigen Angelegenheiten kommt es auf das Zuvorkommen eines Elternteils an. Im Falle widerrufbarer Erklärungen können solche durch eine nachfolgende Rechtshandlung des anderen Elternteils jedoch ersetzt oder geändert werden.<sup>13</sup> Ob es sich jedoch um eine „wichtige Angelegenheit“ iSd § 176 Abs 2 ABGB handelt, ist stets anhand des Einzelfalles zu beurteilen.<sup>14</sup>

### 2.2.2 Kindeswohl

Oberste Maxime im Kindschaftsrecht ist das Wohl des Kindes. Besonders zum Ausdruck kommt dieser Grundgedanke in § 21 ABGB, der minderjährige Kinder unter den besonderen Schutz des Gesetzes stellt, sowie in § 137 ABGB, der normiert, dass die Eltern für die Erziehung ihrer minderjährigen Kinder zu sorgen, und überhaupt ihr Wohl zu fördern haben. Oberster Grundsatz im Kindschaftsrecht ist somit das Wohl des Kindes.<sup>15</sup> Trotz dieser besonderen Stellung des Kindeswohls findet sich im Gesetz keine genaue Definition dieses Begriffes, es handelt sich vielmehr um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, um so den verschiedenen Dimensionen des Kindeswohls gerecht werden zu können.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 144 Rz 18; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 144 Rz 4; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 144 Rz 13; *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 144 Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (2003) § 144 Rz 3; *Verschraegen* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 144 Rz 7; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 144 Rz 8.

<sup>13</sup> OGH 3Ob 3/11d Zak 2011/653, 352 = EF-Z 2011/131, 219 = RdM-LS 2011/69, 234 = iFamZ 2011/227, 310 = JBl 2011, 700; *Verschraegen* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 144 Rz 10; aA *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 144 Rz 14; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 144 Rz 5; *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VI:Familienrecht<sup>2</sup> (2010) Rz 12/5.

<sup>14</sup> *Pichler*, Das neue Kindschaftsrecht, ÖA 1978, 21 (26).

<sup>15</sup> *Fucik*, Das Spannungsfeld zwischen Kindeswohl und Elternrecht aus der Sicht des Pflsgerichtsrichters, ÖA 1996, 43 (43); *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485, 530 (487).

<sup>16</sup> *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> §178a Rz 1.

Auch der OGH möchte diesen Begriff in seinen Entscheidungen nicht genau definieren. Er teilt vielmehr die Ansicht *Schwimanns*<sup>17</sup>, wonach der Begriff des Kindeswohls mehrere Dimensionen hat und das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen des Kindes umfasst. Grundlage für dessen Verwirklichung sind Elternliebe, Fürsorge und die Vermittlung von Geborgenheit.<sup>18</sup>

Zwar heißt es bereits in den Erläuterungen zur RV aus dem Jahr 1975, mit der die Rechtstellung des ehelichen Kindes neu geordnet werden soll, dass der Begriff des Kindeswohls durch die damalige Rechtsprechung als klar abgesteckt bezeichnet werden kann, und der neue Gesetzesentwurf ohnehin nur bereits Bestehendes weiterentwickeln würde. Laut den Erläuterungen wird dem Grundsatz des Kindeswohls bereits schon dann entsprochen, wenn die Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes gefördert und dessen Ausbildung in Schule und Beruf gewährleistet werden.<sup>19</sup> Aus heutiger Sicht kann man mE sagen, dass der Begriff sowohl damals, als auch heute nicht genau definiert werden kann. Das Gesetz bietet einige Anhaltspunkte, die zu berücksichtigen sind, doch wird jede Entscheidung immer vom konkreten Einzelfall abhängig sein.

Einen Anhaltspunkt stellt § 178a ABGB dar, der für die Beurteilung des Kindeswohls einige Kriterien aufstellt, die zu berücksichtigen sind. Unter anderem nimmt er dabei Bezug auf die Persönlichkeit des Kindes, sowie dessen Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungen. Zusätzlich sollen aber auch die Lebensverhältnisse der Eltern nicht außer Acht gelassen werden. Dies bedeutet zwar die Vorrangigkeit des Kindeswohls, jedoch sind Einschränkungen insbesondere durch die finanziellen Möglichkeiten der Eltern, sowie deren Bildungsstand, Erziehungs-, Pflege- und Aufsichtsmöglichkeiten oder deren gesellschaftlichen Stellung durchaus möglich.<sup>20</sup> Zusätzlich gibt es noch weitere anerkannte rechtliche Kriterien, wie zB die Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen, die innere

---

<sup>17</sup> *Schwimann* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>2</sup> (1997) § 178a Rz 1.

<sup>18</sup>ua OGH 1 Ob 628/86 SZ 59/184 = JBl 1987, 39 = ÖA 1987, 53; OGH 1 Ob 2396/96a EFSIlg 83.835 = EFSIlg 84.218 = EFSIlg 85.150 = EFSIlg 85.152 = ZfRV 1997, 203.

<sup>19</sup> ErlRV 60 BlgNr 14. GP 15.

<sup>20</sup> *Schüch*, Das österreichische Kindschaftsrecht - ein Kurzkommentar für Praktiker, ÖA 1980, 31 (56).

Bindung des Kindes oder die positive Beziehung des Kindes zu beiden Eltern, die die Beurteilung des Kindeswohls erleichtern sollen.<sup>21</sup> Weitere Anhaltspunkte für das Wohl des Kindes finden sich zB in §§ 140 (Unterhalt), 146 (Pflege des Kindes, Berücksichtigung seines Willens), 146a (Folgepflicht des Kindes), 149 (Vermögensverwaltung) ABGB.

Um den Gedanken des Kindeswohls auch im formellen Recht zu verankern, normiert § 13 Abs 2 AußstrG die Pflicht, Verfahren, die einen Pflegebefohlenen betreffen, so zu führen, dass dessen Wohl bestmöglich gewahrt wird.

Im Falle der Kindeswohlgefährdung, wobei dieser Begriff objektiv betrachtet werden muss und nicht von einem Verschulden der Eltern abhängig ist, kommt § 176 ABGB zur Anwendung.<sup>22</sup> Laut OGH setzt eine Kindeswohlgefährdung iSd § 176 Abs 1 ABGB nicht geradezu einen Missbrauch der elterlichen Befugnisse voraus, sondern liegt vielmehr schon dann vor, wenn die elterlichen Pflichten (objektiv) nicht erfüllt bzw (subjektiv) gröblich vernachlässigt worden sind, oder die Eltern durch ihr gesamtes Verhalten das Kindeswohl gefährden.<sup>23</sup> Somit hat er zB entschieden, dass eine Kindeswohlgefährdung auch dann vorliegt, wenn der obsorgeberechtigte Elternteil Misshandlungen des Kindes durch seinen Lebensgefährten duldet, auch wenn er selbst keine Handlungen setzt.<sup>24</sup>

§ 176 ABGB regelt den Entzug bzw die Einschränkung der Obsorge, und ermöglicht es dem Gericht, alle für das Wohl des Kindes nötigen Verfügungen zu treffen. Dabei sind die Maßnahmen des Gerichts vielzählig und einzelfallabhängig. So hat es zB die Möglichkeit, gesetzlich vorgesehene Einwilligung- und Zustimmungsrechte zu entziehen oder zu ersetzen. Eine Entziehung oder Einschränkung der Obsorge soll nur als äußerste Notmaßnahme verfügt werden, weil dies den größten Eingriff in die Familienautonomie darstellt.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983) 176ff.

<sup>22</sup> Fucik, ÖA 1996, 44; LG Salzburg 21 R 63/05v EFSlg 110.865 = EFSlg 110.885 = EFSlg 110.854 = EFSlg 110.873; LGZ Wien 43 R 85/05a EFSlg 110.854.

<sup>23</sup> ErlRV 60 BlgNr 14. GP 33; OGH 4 Ob 547/80 SZ 53/142; OGH 7 Ob25/11v iFamZ 2011/142,197.

<sup>24</sup> OGH 6 Ob 48/10t EF-Z 2010, 150.

<sup>25</sup> Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 176 Rz 30.

In engem sachlichen Zusammenhang mit dem Wohl des Kindes steht das in § 145b ABGB normierte Wohlverhaltensgebot. Dieses besagt, dass jeder der in einer rechtlichen Beziehung zu dem Kind steht, bei der Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten zur Wahrung des Kindeswohls alles zu unterlassen hat, was das Verhältnis des minderjährigen Kindes zu anderen Berechtigten beeinträchtigt oder die Ausübung deren Rechte und Pflichten erschwert. Gedacht wurde dabei zB an die Unterlassung herabwürdigender oder beleidigender Äußerungen oder gar Gewalttätigkeiten gegenüber dem anderen Elternteil, sowie an die Vereinnahmung oder Aufhetzung des Kindes oder Versuche, über das Kind Einzelheiten des Privatlebens des anderen Elternteils zu erfahren.<sup>26</sup>

Dieses Gebot richtet sich an alle mit der Obsorge betrauten Personen und mit dem Kind in einer Rechtsbeziehung Stehenden, und bietet dem Minderjährigen zusätzlichen Schutz. Es dient dazu, das Kind vor unnötigen Belastungen bzw vor negativen Auswirkungen zu schützen. Bei einem Verstoß kommen die §§ 148 Abs 2 und 253 ABGB zur Anwendung, welche als Konsequenzen die Einschränkung des Rechtes auf persönlichen Verkehr, sowie die Übertragung der Obsorge an eine andere Person vorsehen. Sollte durch das Verhalten einer obsorgebetrauten Person auch das Wohl des Kindes beeinträchtigt werden, hat das Gericht gem § 176 Abs 1 die nötigen Verfügungen zu treffen.<sup>27</sup>

### 2.2.3 Gewaltverbot

In § 146a ABGB normiert das Gesetz eine allgemeine Folgepflicht des Kindes. Diese ist dahingehend zu verstehen, dass das Kind die rechtmäßigen und kindeswohlgerechten Anordnungen der Obsorgeberechtigten zu befolgen hat. Demgegenüber steht das Recht der Obsorgeberechtigten auf Durchsetzung ihrer Anordnungen.<sup>28</sup>

Bei der Ausübung dieses Rechtes haben die obsorgebetrauten Personen auf das Alter, die Entwicklung und die Persönlichkeit des Kindes Bedacht zu nehmen.

---

<sup>26</sup>ErlRV 296 BlgNr 21. GP 53; LGZ Wien 42 R 281/05t EFSlg 110.755 = EFSlg 110.777 = EFSlg 110.799 = EFSlg 110.807.

<sup>27</sup>*Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 199; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530.

<sup>28</sup>*Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar (2007) § 146a ABGB Rz 2; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 146a Rz 1; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 146a Rz 1; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 146a Rz 1.



Unter allen Umständen sind ihnen die Anwendung von Gewalt sowie die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides untersagt. Demnach ist jede unzumutbare, dem Kindeswohl entgegenstehende Behandlung untersagt. Es werden nicht bloß Körperverletzungen und die Zufügung körperlicher Schmerzen ausgeschlossen, sondern alle die Menschenwürde des Kindes verletzenden Handlungen, unabhängig vom subjektiven Empfinden des Kindes. Ziel dieser Bestimmung ist eine gewaltfreie Erziehung.<sup>29</sup> Nur wenn die Maßnahme dem Schutz des Kindeswohls dient und dieses vor Schäden jeglicher Art beschützt, kann die Anwendung von Gewalt gerechtfertigt sein. ZB das Wegreißen von einer befahrenen Fahrbahn oder von einem heißen Ofen.<sup>30</sup>

## 2.3 Inhalt

Wie bereits erwähnt, umfasst der Begriff der Obsorge, die Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und Vertretung des minderjährigen Kindes.

### 2.3.1 Pflege und Erziehung

Bei der Pflege und Erziehung des Kindes geht es um dessen Wohlbefinden und Entwicklung.<sup>31</sup> § 146 ABGB versucht die beiden Begriffe beispielhaft zu umschreiben. Demnach versteht man unter dem Begriff der Pflege „besonders die Wahrung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht“. Die Erziehung betrifft „besonders die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes, sowie dessen Ausbildung und Beruf“. Bei der Pflege handelt es sich vorwiegend um die täglichen Betreuungsleistungen, wie zB die Versorgung mit Nahrung, das Anziehen von Kleidern als auch regelmäßige ärztliche Kontrollen.

---

<sup>29</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 146a Rz 3; Hopf in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 146a Rz 2f; Pichler in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup> § 146a Rz 1; Weitzenböck in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 146a Rz 3; OGH 1 Ob 2078/96m ZfRV 1996/85.

<sup>30</sup>Pichler in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup> § 146a Rz 2.

<sup>31</sup>Hinteregger, Familienrecht<sup>3</sup> 210.

Auch die unmittelbare Aufsicht des Kindes wird zur Pflege gezählt. Dabei haben die Eltern das Kind seinem Alter und seiner Reife gemäß, sowohl bei seiner Freizeitgestaltung, als auch bei Vorbereitungen für die Schule zu beaufsichtigen.<sup>32</sup>

Die Erziehung des Kindes stellt vorwiegend auf die Förderung seiner Anlagen, Neigungen und Fähigkeiten ab. Dabei gibt das Gesetz kein bestimmtes Erziehungsziel vor, doch sollten dem Kind die tragenden Grundsätze und Werte unserer Gesellschaft vermittelt werden.<sup>33</sup>

Neben den Anlagen und Fähigkeiten des Kindes, sind auch bei der Pflege und Erziehung die Lebensverhältnisse, also die Leistungsfähigkeit und sonstigen Lebensumstände der Eltern zu berücksichtigen. Doch wird vor allem in diesem Bereich eine Anspannungstheorie, ähnlich dem Anspannungsgrundsatz des § 140 ABGB, vertreten, wonach die Eltern „nach ihren Kräften“ zu der Entwicklung ihres Kindes beizutragen haben, und somit auch eine weitergehende Förderung als jene, die sie genossen haben, verlangt werden kann.<sup>34</sup>

Zur Pflege und Erziehung zählt man auch die Förderung der Ausbildung in Schule und Beruf. Demnach muss das Kind mindestens die Pflichtschule besuchen und soll von den Eltern über mögliche Berufs- und Weiterbildungsmöglichkeiten aufgeklärt werden.<sup>35</sup>

In diesem Zusammenhang hat das mündige Kind die Möglichkeit das Gericht anzurufen, sollten die Eltern die Meinung des Minderjährigen betreffend seiner Ausbildung nicht berücksichtigen. § 147 ABGB spricht von einem „erfolglosen Vortragen der Meinung“, worunter zu verstehen ist, dass das Kind seinen Ausbildungswunsch gegenüber seinen Vertretungsbefugten im Bereich der Pflege und Erziehung ernstlich und bestimmt geäußert hat, diese ihn zur Kenntnis

---

<sup>32</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 146 Rz 6; *Gitschthaler* in *Schwimann*, ABGB I<sup>4</sup> § 146 Rz 3; *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup>, § 146 Rz 2; *Verschraegen* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 146 Rz 2,3.

<sup>33</sup>*Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 146 Rz 3; *Gitschthaler* in *Schwimann*, ABGB I<sup>4</sup> § 146 Rz 4; *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 146 Rz 2; *Verschraegen* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 146 Rz 4; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 146 Rz 1.

<sup>34</sup>*Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 146 Rz 2; *Verschraegen* in *Schwimann*, ABGB I<sup>3</sup> § 146 Rz 5; ähnlich *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup> § 146 Rz 5,6.

<sup>35</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 146 Rz 9; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 146 Rz 5; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 146 Rz 6; *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup> § 146 Rz 5.

genommen haben, aber jenem Wunsch ablehnend gegenüberstehen, was sich durch Schweigen, Untätigkeit oder widersprüchliche Erklärungen zeigen kann.<sup>36</sup>

Mit dem KindRÄG 2001 wurde ein neuer Absatz 3 an den § 146 ABGB angefügt, der die Berücksichtigung des Kindeswillens zum Ziel hat, und eine Ergänzung für die §§ 146a und 146b ABGB ist.<sup>37</sup>

§ 146 Abs 3 ABGB enthält einen gesetzlichen Auftrag, wonach die Eltern bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder auf deren Willen Rücksicht nehmen müssen. Dabei kommt es auf deren Urteils- und Einsichtsfähigkeit an. Dies bedeutet, dass der Wille des Kindes umso bedeutsamer ist, je mehr es den Grund und die Bedeutung einer Maßnahme einzusehen, und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag.<sup>38</sup>

Eine Grenze für die Berücksichtigung des Kindeswillens muss dort gezogen werden, wo dieser dem Wohl des Kindes oder den Lebensverhältnissen der Eltern entgegenstehen würde.<sup>39</sup>

Zur Sicherung und Durchsetzung von Pflege und Erziehung zählt es, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht demjenigen zu, der im Innenverhältnis mit der Pflege und Erziehung betraut ist. Sollte dieses Recht mehreren Personen zukommen, haben diese einvernehmlich vorzugehen.<sup>40</sup>

Diesem Recht kommt absoluter Schutz zu. Es ist somit gegen jeden durchsetzbar der dem zuwiderläuft.<sup>41</sup> Es ist aber nur insoweit ein absolutes Recht des erziehungsberechtigten Elternteils, als Pflege- und Erziehungsmaßnahmen noch

---

<sup>36</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 147 Rz 4; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 147 Rz 2; *Nademeinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 147 Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> § 147 Rz 2.

<sup>37</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 53.

<sup>38</sup> *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 532.

<sup>39</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 28, 54.

<sup>40</sup>Barth in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 146b Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 146b Rz 1, 2; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 146b Rz 1; *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang<sup>3</sup> § 146b Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 146b Rz 1.

<sup>41</sup> OGH 3 Ob 505/96 JBl 1998, 243 = *JUS Z/2407* = *SZ 70/163* = *ZfRV 1998*, 79 = *EFSlg 83.030* = *EFSlg 84.440* = *EFSlg 84.442*.

nötig und erfolgsversprechend sind. Demnach ist auf den konkreten Einzelfall, und auf die Bedürfnisse des Kindes in diesem Bereich abzustellen.<sup>42</sup>

Zur Pflege und Erziehung im weiteren Sinn zählt die Einwilligung in medizinische Behandlungen. § 146c ABGB knüpft, wie bereits § 146 Abs 3 ABGB, an die Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Kindes an. Soweit diese vorliegt, hat das Kind in Bezug auf die medizinischen Heilbehandlungen das Selbstbestimmungsrecht und kann Einwilligungen nur selbst erteilen. Die Urteils- und Einsichtsfähigkeit liegt dann vor, wenn das Kind den Grund und die Bedeutung der Behandlung einsehen, und seinen Willen dieser Einsicht gemäß bestimmen kann.<sup>43</sup> Dabei bezieht sich die Einsichtsfähigkeit auf die Bedeutung und die Folgen des Eingriffs, die Urteilsfähigkeit stellt dagegen darauf ab, ob das minderjährige Kind das subjektive Risiko des Eingriffes für sich bewerten kann.<sup>44</sup> Die Einsichtsfähigkeit wird umso eher vorliegen, je geringfügiger der Eingriff ist, und je besser der behandelnde Arzt seinen Informations- und Aufklärungspflichten nachkommt.<sup>45</sup>

Das Gesetz sieht sogar für mündige Minderjährige eine Zweifelsregel vor, wonach im Zweifel die Einsichts- und Urteilsfähigkeit vermutet wird. Sollte diese jedoch verneint werden, bedarf es stets der Zustimmung des mit der Vertretung im Bereich der Pflege und Erziehung betrauten Obsorgeberechtigten.<sup>46</sup>

Zusätzlich zur Einwilligung des minderjährigen Kindes ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters jedenfalls dann erforderlich, wenn die Behandlung gewöhnlich mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder der Persönlichkeit verbunden ist. Dies wird dann angenommen, wenn die Beeinträchtigung mit einer schweren Körperverletzung iSd § 84 StGB verglichen werden kann, etwa wenn eine länger als vierundzwanzig Tage andauernde Gesundheitsschädigung die Folge ist.<sup>47</sup>

Eine Ausnahme in diesem Zusammenhang sieht § 146c Abs 3 ABGB vor, wonach bei sogenannter „Gefahr im Verzug“, wenn also die Behandlung so

---

<sup>42</sup> OGH 1 Ob 662/82 ÖA 1983, 101.

<sup>43</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 29.

<sup>44</sup> *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VI<sup>2</sup> Rz 12/15.

<sup>45</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 54.

<sup>46</sup> *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 531f.

<sup>47</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 55.

dringend notwendig ist, dass die Einholung der Genehmigung das Leben des Kindes gefährden würde oder mit der Gefahr einer schweren Schädigung verbunden wäre, die Einwilligung des minderjährigen Kindes, sowie die Zustimmung des Vertretungsbefugten nicht erforderlich sind.

Das Selbstbestimmungsrecht des Kindes, sowie die Vertretungsbefugnis der Eltern, finden dort eine Grenze, wo es um medizinische Maßnahmen, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit des minderjährigen Kindes zum Ziel haben, geht. Denn in diesen Fällen statuiert § 146d ABGB ein „zivilrechtliches Verbot“.<sup>48</sup>

### 2.3.2 Vermögensverwaltung

Die Eltern (oder sonstigen Obsorgebetrauten) haben die Pflicht das Vermögen des minderjährigen Kindes zu verwalten. Der Vermögensbegriff ist sehr weit gefasst und umfasst nicht bloß Kapitalvermögen, sondern alle geldwerten Rechte einer Person, so etwa auch Liegenschaften, Fahrnisse, Unternehmen, Immaterialgüterrechte sowie Forderungen. Die Eltern haben nicht nur den Vermögensstamm, sondern auch dessen Erträge im Einvernehmen zu verwalten.<sup>49</sup> Dabei bezieht sich das Einvernehmen nur auf das Innenverhältnis, Rechtshandlungen gegenüber Dritten bleiben davon unberührt. Nur für Vertretungshandlungen iSd § 154 Abs 3 ABGB, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, ist die Zustimmung beider Elternteile, sowie eine gerichtliche Genehmigung für deren Wirksamkeit notwendig. Dazu gehören ua die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, die Gründung, der Erwerb, die Umwandlung, Veräußerung oder Auflösung eines Unternehmens.<sup>50</sup>

Bei der Ausübung der Verwaltung wird von den Eltern die „Sorgfalt ordentlicher Eltern“ verlangt. Dabei handelt es sich um einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab, wonach die Eltern gegenüber ihren Kindern nicht bloß für ihre eigenen

---

<sup>48</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 56.

<sup>49</sup> LGZ 43 R 296/96i, EFSlg 81.060; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 149 Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> §§149-150 Rz 1; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I<sup>3</sup> §§ 149, 150 Rz 1; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§149, 150 Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 149 Rz 1, 2.

<sup>50</sup> *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VI<sup>2</sup> Rz 12/22; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 149, 150 Rz 2.

Fähigkeiten und Gebräuche eintreten müssen, sondern für die Sorgfalt ordentlicher und pflichtbewusster Eltern haften.<sup>51</sup>

Zweck der Vermögensverwaltung ist es, dieses in seinem Bestand zu erhalten und wenn möglich zu vermehren, sofern das Wohl des Kindes damit in Einklang steht.<sup>52</sup> Die Beachtung des Kindeswohls dient dazu, auf die Bedürfnisse des Kindes Rücksicht zu nehmen und es somit möglich zu machen, auch das eigene Vermögen zur bestmöglichen Befriedigung aktueller Bedürfnisse des Kindes heranzuziehen.<sup>53</sup> Demnach bedarf es einer Abwägung zwischen der gegenwärtigen Investition in die Förderung seiner Fähigkeiten, Talente, Neigungen und Bedürfnisse, und den Vorteilen der späteren Verfügbarkeit der Vermögensmasse.<sup>54</sup>

Auch aus dem Vermögen des Kindes sind die laufenden Kosten der Erhaltung, und alle Aufwendungen im Rahmen des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes zu bezahlen. Das restliche Vermögen wird zur Bestreitung des Kindesunterhalts gemäß § 140 Abs 3 ABGB herangezogen. Jedoch wird der Stamm des Vermögens nur dann angegriffen, wenn sowohl Eltern, als auch Großeltern, auf welche die Unterhaltungspflicht übergehen würde sollten die Eltern zur Leistung nicht imstande sein, den Unterhalt des Kindes nicht bestreiten können.<sup>55</sup>

Um die Vermögensvermehrung gewährleisten zu können, schreibt § 149 ABGB vor, dass das Geld des Minderjährigen nach den Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeld angelegt werden soll, wobei die §§ 230 ff beispielhaft einige Anlegungsformen aufzählen, ua Spareinlagen, den Erwerb von Wertpapieren, die Gewährung von Darlehen oder den Erwerb von Liegenschaften. Eine gerichtliche Überwachung kommt nur in jenen Fällen zur Anwendung, in denen dem

---

<sup>51</sup>Ua *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 150 Rz 4; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 149, 150 Rz 3.

<sup>52</sup>*Fucik*, Die Vermögensverwaltung nach dem KindRÄG 2001. Vom Obervormund zur Missbrauchskontrolle in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts 35 (36); *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 213.

<sup>53</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 58.

<sup>54</sup> OGH 2 Ob 128/10b Zak 2011/126, 73 = JBl 2011, 300 = EF-Z 2011/96, 151; *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup>, § 150 Rz 3.

<sup>55</sup>*Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 150 Rz 5; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 149, 150 Rz 7,8; aA *Fischer-Czermak*, ABGB ON, § 149 Rz 4 wonach die Unterhaltungspflicht der Großeltern erst dann zum Tragen kommt, wenn dem Kind die Heranziehung seines Vermögensstammes nicht zumutbar ist.

Vermögen des minderjährigen Kindes eine unbewegliche Sache angehört oder der Wert des Vermögens 10.000 € wesentlich übersteigt.<sup>56</sup>

### 2.3.3 Vertretung

§ 144 ABGB hält ausdrücklich fest, dass den Obsorgeträgern auch die Befugnis zukommt, das minderjährige Kind „in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten.“ Gesetzliche Vertretung bedeutet, für das Kind verbindliche Rechtshandlungen vorzunehmen.<sup>57</sup>

Die Geschäftsfähigkeit des Kindes richtet sich nach allgemeinem Zivilrecht, wobei zwischen einem Kind (unter 7 Jahren), einem unmündigen Minderjährigen (zwischen 7 und 14 Jahren) und einem mündigen Minderjährigen (zwischen 14 und 18 Jahren) zu unterscheiden ist. Kinder unter 7 Jahren sind vollkommen geschäftsunfähig. Sie können bloß altersübliche Geschäfte abschließen, die durch die Erfüllung ihrer Pflichten wirksam werden. Unmündige und mündig Minderjährige sind beschränkt geschäftsfähig. Ihre Rechtsgeschäfte benötigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters; bis dahin sind diese schwebend unwirksam.<sup>58</sup>

Wie bei allen Angelegenheiten der Obsorge trifft die Eltern auch bei der Vertretung die Pflicht einvernehmlich, iSd § 144 ABGB, vorzugehen. Jedoch gilt diese Bestimmung nur für das Innenverhältnis, da im Bereich der Vertretung der Grundsatz der Alleinvertretung herrscht.<sup>59</sup>

Dies dient dazu, im Rechtsverkehr für klare und sichere Verhältnisse zu sorgen, sowie dem Schutz Dritter. Demnach ist es auch unerheblich, ob zwischen den beiden Elternteilen im Innenverhältnis Einvernehmen besteht. Nur bei einer Rechtshandlung des § 154 Abs 2 ABGB hängt dessen Wirksamkeit von der Zustimmung des anderen Elternteiles ab.<sup>60</sup> Dabei sind diese besonderen

---

<sup>56</sup> *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 213f.

<sup>57</sup> *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 214.

<sup>58</sup> § 865 iVm § 151 ABGB; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Recht I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht<sup>13</sup> (2006) 54 ff.

<sup>59</sup> *Ent*, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ 1978, 177 (185).

<sup>60</sup> ErlRV 60 BlgNr 14. GP 30f.

Rechtshandlungen taxativ im Gesetz aufgezählt und können nicht erweitert werden.<sup>61</sup>

Eine weitere Durchbrechung erfährt der Grundsatz der Alleinvertretung durch den § 154 Abs 3 ABGB, der zusätzlich zur Zustimmung des anderen Elternteils noch eine gerichtliche Genehmigung vorsieht.

Für die Vertretung des minderjährigen Kindes in zivilgerichtlichen Verfahren erfährt § 154 ABGB eine Ergänzung durch § 154a ABGB. Dieser sieht vor, dass nur ein Elternteil alleine befugt ist das Kind zu vertreten, um widersprechende Prozesserkklärungen zu vermeiden und eine geordnete Verfahrensführung ermöglichen zu können. Bei mangelnder Einigung der Eltern kommt das Vertretungsrecht demjenigen Elternteil zu, der die erste Verfahrenshandlung setzt.<sup>62</sup>

## 2.4 Obsorgeberechtigte

§ 144 ABGB geht von dem Regelfall aus, dass die Obsorge von beiden Eltern im Einvernehmen ausgeübt wird.

Doch muss unterschieden werden, ob es sich um ein eheliches oder ein uneheliches Kind handelt. Denn bei einem unehelichen Kind kommt die Obsorge gemäß § 166 ABGB nur der Mutter zu. Dies bringt in einigen Fällen Vorteile. So braucht die Mutter bspw in Angelegenheiten des § 154 Abs 2 ABGB nicht die Zustimmung des anderen Elternteils für dessen Rechtswirksamkeit.<sup>63</sup>

Wenn aber auch der uneheliche Vater ganz, oder auch nur in bestimmten Angelegenheiten mit der Obsorge betraut werden soll, bedarf es einer eigenen Vereinbarung zwischen den Eltern des unehelichen Kindes. Zusätzlich zu dieser Vereinbarung ist eine Genehmigung des Gerichts nötig, welches diese bei

---

<sup>61</sup> Ent, NZ 1978, 186.

<sup>62</sup> Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 154a Rz 1,2; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 154a Rz 1, 3; Hopf in KBB, ABGB<sup>3</sup> § 154a Rz 1; Nademleinsky in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 154a Rz 1,2; Stabentheiner in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> §§ 154, 154a Rz 18; Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 154a Rz 1; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-TaKomm § 154a Rz 1.

<sup>63</sup> Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 166 Rz 2; Haberl in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 166 Rz 2; Pfurtscheller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 166 Rz 2; Pichler in Fenyves/Welser, Klang<sup>3</sup> § 166 Rz 1.



Kindeswohrentsprechung zu erteilen hat.<sup>64</sup> Trotz einer solchen Vereinbarung gründet sich die Obsorge der Mutter auf § 166 ABGB, weshalb diese auch nicht beschränkt werden kann.<sup>65</sup>

Zu beachten ist, dass eine gemeinsame Obsorge nur zwischen den Eltern des Kindes vorgesehen ist. Demnach zwischen der Mutter und dem Vater. Mutter ist gemäß § 137b ABGB die Frau, die das Kind geboren hat, Vater ist derjenige, dessen Vaterschaft entweder auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 163 festgestellt wurde, oder der ein Anerkenntnis<sup>66</sup> gemäß § 163c ABGB abgegeben hat. Somit wäre eine Obsorgevereinbarung zwischen der Mutter und ihrem Lebensgefährten, oder zwischen der Mutter und einem Pflegeelternanteil unzulässig.<sup>67</sup>

§ 167 ABGB knüpft die gemeinsame Obsorge an den Aufenthaltsort des Kindes. Solange die Eltern in häuslicher Gemeinschaft leben, kann die gemeinsame Obsorge vereinbart werden. Sollten die Eltern jedoch getrennt leben, muss in die Obsorgevereinbarung ein hauptsächlicher Aufenthaltsort des Kindes aufgenommen werden. Dabei ist auch zu beachten, dass der Vater, wenn sich das minderjährige Kind hauptsächlich bei ihm aufhalten soll, immer mit der gesamten Obsorge betraut werden muss („Domizilelternanteil“<sup>68</sup>).

Wie bereits erwähnt, ist eine gemeinsame Obsorge nur durch eine Vereinbarung beider Elternteile möglich, und somit nicht gegen den Willen der Mutter durchsetzbar. Aus diesem Grund gibt es besonders in diesem Bereich heftige Diskussionen und Reformvorschläge.<sup>69</sup> Uneheliche Väter wollen nicht mehr gänzlich vom Willen der Mutter abhängig sein und fordern eine Möglichkeit,

---

<sup>64</sup> *Stabentheiner*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Überblick, NZ 1995, 49 (52).

<sup>65</sup> *Gründler*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701 (714); *Pfurtscheller* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 167 Rz 11, 22; aA *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 167 Rz 3 wonach auf Grund der Gleichstellung von Vater und Mutter gem § 137 Abs 3 ABGB eine Beschränkung der Rechte der Mutter dann zulässig sein muss, wenn sich das Kind hauptsächlich beim Vater aufhält.

<sup>66</sup> Vgl OGH 1 Ob 236/05w ÖJZ-LSK 2006/73 = ÖJZ-LSK 2006/74 = EvBl 2006/56 S 326 - EvBl 2006,326 = *Koppensteiner*, FamZ 2006,60 = EF-Z 2006/24 S 48 (*Huber*) - EF-Z 2006,48 (*Huber*) = FamZ 2006/8 S 15 (*Fucik/Zemanek*) - FamZ 2006,15 (*Fucik/Zemanek*) = RZ 2006,153 EÜ176, 177 - RZ 2006 EÜ176 - RZ 2006 EÜ177 = ÖA 2006,120 S73 - ÖA 2006 S73 = *Aichinger*, EF-Z 2009/3 S 5 - *Aichinger*, EF-Z 2009,5.

<sup>67</sup> *Haberl* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 167 Rz 1; *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 167 Rz 1; *Pfurtscheller* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 167 Rz 4.

<sup>68</sup> *Hopf* in *KBB*, ABGB<sup>3</sup> §§177-177a Rz 3, 5.

<sup>69</sup> ZB Entwurf zum KindRÄG 2012.

auch ohne Zustimmung der Mutter die gemeinsame Obsorge oder gar die Alleinobsorge zu erlangen. Diesem Wunsch könnte mit dem neuen Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2012 entsprochen werden, das in seinem Entwurf ein Antragsrecht für denjenigen vorsieht, der nicht mit der Obsorge betraut ist. (Näheres in Kapitel 4)

Sollte keine gemeinsame Obsorge zwischen den Eltern vereinbart werden, kommen dem Vater des unehelichen Kindes das Recht auf persönlichen Verkehr gem § 148 ABGB und die Informations- und Äußerungsrechte des § 178 ABGB zu.

Das Recht auf Kontakt wird ausschließlich in § 148 ABGB behandelt. Dabei sieht es weder feste Rahmenbedingungen noch fixe Regeln vor, was den Gerichten einen weiten Spielraum, und die Möglichkeit auf individuelle Fälle eingehen zu können, gibt. Oberster Maßstab ist natürlich auch hier, sowie im gesamten Kindschaftsrecht, das Kindeswohl. Als Zweck des Besuchsrechts wird die Aufrechterhaltung einer auf Blutsverwandtschaft beruhenden Beziehung zwischen Eltern und Kind, sowie die Verhinderung der Entfremdung gesehen. Des Weiteren soll dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit eingeräumt werden, sich über den Gesundheitszustand und die Erziehung des Kindes zu informieren.<sup>70</sup>

Bei der Ausübung des Besuchsrechts trifft den betreuenden Elternteil eine so genannte „Unterstützungspflicht“. Demnach soll das Kind auf den Besuch ohne jegliche negative Beeinflussung vorbereitet werden.<sup>71</sup>

Dass das Besuchsrecht als Recht verstanden wird, kommt vor allem in der Entscheidung des OGH 5 Ob 243/02 z zum Ausdruck, wonach den Eltern das Besuchsrecht nicht bloß zu „gewähren“ ist, sondern es vielmehr ein anerkanntes,

---

<sup>70</sup> OGH 7 Ob 102/06k Zak 2006/494, 292 = ÖA 2006, U 480 = ÖJZ-LSK 2006/253 = EF-Z 2006/51, 91 = FamZ 2006/71, 200 = ÖA 2006, U 501 = ÖJZ EvBl 2007/1, 22 = RZ 2007/EÜ 5, 24 = EFSlg 113.445 = EFSlg 113.718 = EFSlg 113.450 = EFSlg 113.443 = EFSlg 113.446 = EFSlg 113.444 = EFSlg 113.716 = EFSlg 113.717 = EFSlg 113.447 = EFSlg 113.710 = EFSlg 113.713; 8 Ob 33/06w EFSlg 113.710 = EFSlg 113.713; LG Wels 21 R 137/05d EFSlg 110.707 = EFSlg 110.808 = EFSlg 110.708 = EFSlg 110.809 = EFSlg 110.771 = EFSlg 110.706 = EFSlg 110.767 = EFSlg 110.580 = EFSlg 110.585 = EFSlg 110.620 = EFSlg 110.710 = EFSlg 110.712 = EFSlg 110.766 = EFSlg 110.772 = EFSlg 110.774; LGZ Wien 42 R 10/05i EFSlg 110.766 = EFSlg 110.772 = EFSlg 110.774; LGZ Wien 44 R 88/05z EFSlg 110.768 = EFSlg 110.806 = EFSlg 110.764.

<sup>71</sup> OGH 8 Ob 59/09y EF-Z 2010/65, 105 = iFamZ 2010/55, 78; *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 219; *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VI<sup>2</sup> Rz 12/50.

wechselseitiges Menschenrecht der Kinder und der Eltern sei. Demnach ersetzt auch die „faktische Gewährung“ eines Besuchsrechts nicht das Recht des besuchsberechtigten Elternteils auf eine gerichtlich angemessene Besuchsregelung.<sup>72</sup>

Über das Ausmaß des Besuchsrechts gibt das Gesetz keine Anhaltspunkte. Demnach sollen die Gerichte eine Entscheidung iSd Kindeswohls treffen. Die Rechtsprechung kommt zu dem Erkenntnis, dass das Ausmaß des Besuchsrechts stets eine Einzelfallentscheidung sein muss, wobei dessen Zweck, sowie die Persönlichkeit des Kindes, dessen Alter, Entwicklung, Wünsche, Bedürfnisse, aber auch die Lebensverhältnisse der Eltern berücksichtigt werden müssen.<sup>73</sup>

Auch im Bereich des Besuchsrechts sind mit dem neuen KindRÄG 2012 Neuerungen angedacht. Dabei sollen das Ausmaß des Besuchsrechts und dessen Zweck erstmals in den Gesetzestext aufgenommen werden. (Näheres Kapitel 4)

Zusätzlich zum Besuchsrecht stehen dem unehelichen Vater auch Informations- und Äußerungsrechte zu. In diesem Bereich sind uneheliche Väter den ehelichen Vätern seit dem KindRÄG 2001 gleichgestellt.

Demnach soll bspw die Mutter in wichtigen Angelegenheiten des § 154 Abs 2 und 3 ABGB, obwohl sie diese alleine rechtswirksam entscheiden kann, rechtzeitig den Vater verständigen, um diesem die Möglichkeit zu geben, sich zu geplanten Maßnahmen in angemessener Frist zu äußern, wobei das Äußerungsrecht nicht gleichzustellen ist mit einem Zustimmungsrecht. Doch ist der geäußerte Wunsch immer dann zu berücksichtigen, wenn dieser dem Wohl des Kindes eher gerecht wird.<sup>74</sup>

Zu den wichtigen Angelegenheiten iSd § 178 ABGB zählen weiters nicht bloß harmlose Erkrankungen oder eine längere Abwesenheit vom gewöhnlichen

---

<sup>72</sup> OGH 5 Ob 243/02z ÖA 2003, K 10 = ÖA 2003, 230 = EFSlg 100.197 = EFSlg 100.198 = EFSlg 100.201 = EFSlg 100.202 = EFSlg 100.204 = EFSlg 100.221 = EFSlg 100.222 = EFSlg 100.228 = EFSlg 103.056; OGH 7 Ob 27/01y EFSlg 96.467 = EFSlg 96.479 = EFSlg 96.502 = EFSlg 96.529 = EFSlg 96.541; LGZ Wien 44 R 88/05z EFSlg 110.768 = EFSlg 110.806 = EFSlg 110.764; LG Salzburg 21 R 225/05t EFSlg 110.797 = EFSlg 110.764 = EFSlg 110.791.

<sup>73</sup> LGZ Wien 42 R 249/07i EFSlg 116.847 = EFSlg 116.839 = EFSlg 116.850.

<sup>74</sup> *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 220.

Aufenthaltort, sondern auch ein Schulwechsel oder ein längerer Sprachaufenthalt im Ausland.<sup>75</sup>

Das Ausmaß des Informationsrechts hängt davon ab, wie die persönliche Beziehung und der persönliche Kontakt zwischen dem unehelichen Vater und seinem Kind sind. Sollte kein persönlicher Kontakt mit dem Kind, trotz Willen des nicht obsorgeberechtigten Elternteils, zustande kommen, hat dieser ein Informationsrecht auch in minder wichtigen Angelegenheiten, wie etwa dem fortlaufendem Schulerfolg sowie Fortschritte im Sport oder der Musikausbildung, nicht jedoch in Bereichen des täglichen Lebens.<sup>76</sup>

Implizit enthält der § 178 ABGB nicht bloß ein Informations- und Äußerungsrecht, sondern auch ein Fragerecht. Dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil muss es gestattet sein, sich über die schulischen sowie außerschulischen Interessen, Begabungen und Neigungen seiner Kinder informieren zu können.<sup>77</sup>

Bei einer ernstlichen Gefährdung des Kindeswohls sieht § 178 ABGB in seinem Abs 3 vor, dass das Gericht die Informations- und Äußerungsrechte (wohl auch das darin beinhaltete Fragerecht) einschränken oder gar ganz entziehen kann.

Auch im Bereich der Informations- und Äußerungsrechte soll das KindRÄG 2012 Neuerungen und Verbesserungen bringen. Dieses sieht in seinem Entwurf eine Festschreibung von elterlichen Aufgaben und Mindestrechten vor, die für denjenigen Elternteil gelten, der nicht mit der Obsorge des Kindes betraut ist. (näheres Kapitel 4)

## **2.5 Obsorge nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe**

Die Regelungen für die Obsorge nach der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe finden sich in den §§ 177 ff ABGB. Da für die

---

<sup>75</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 68.

<sup>76</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 68; *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 178 Rz 6,7; *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 178 Rz 19; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 178 Rz 12; *Deixler-Hübner in Loderbauer* (Hrsg), Kinder- und Jugendrecht<sup>4</sup> (2011) 77f; aA *Hopf in KBB*, ABGB<sup>3</sup> § 178 Rz 2, der den Schulerfolg sehr wohl als wichtige Angelegenheit einstuft. Demnach muss der obsorgeberechtigte Elternteil dem anderen die Möglichkeit bieten, sich einen Überblick über den Fortgang der schulischen oder sonstigen Ausbildung verschaffen zu können; die bloße Zeugnisübermittlung genügt dabei nicht.

<sup>77</sup> *Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 178 Rz 11.

Aufhebung und Nichtigerklärung der Ehe dieselben Regelungen gelten wie bei der Scheidung, werden diese beiden Fälle, zur besseren Lesbarkeit, im Folgenden nicht weiterhin angeführt.

§ 177 ABGB sieht seit dem KindRÄG 2001 ausdrücklich vor, dass nach der Scheidung die gemeinsame Obsorge beider Elternteile ex lege vorerst aufrecht bleibt. Vorerst deshalb, weil die Obsorge beider Elternteile nur dann fortbestehen kann, wenn diese eine Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes treffen und diese vom Gericht genehmigt wird.<sup>78</sup>

Nach der Scheidung kommt den Eltern bei der Vereinbarung über die Obsorge ein großer Gestaltungsspielraum zu.

Folgende Konstellationen sind möglich:<sup>79</sup>

Wenn zum Zeitpunkt der Scheidung beide Elternteile mit der gesamten Obsorge betraut waren, kann diese Regelung aufrecht bleiben, sofern sich die Eltern auf einen hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes einigen können. Zusätzlich bedarf es noch der Genehmigung des Gerichts, die zu erteilen ist, wenn sie dem Kindeswohl entspricht.

Dieser hauptsächliche Aufenthaltsort dient dazu, dem Kind ein „Heim erster Ordnung“ sowie eine Hauptbezugsperson, und somit eine gewisse Kontinuität zu geben. Dabei ging der Gesetzgeber von dem sogenannten Eingliederungsmodell, anstelle des Wechselmodells aus, wonach das Kind eine stabile Umgebung genießen und nicht ständig seinen Wohnort wechseln soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der „hauptsächliche“ Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen ist; es kommt dabei auf das Überwiegen an. Eine Regelung, bei der sich das Kind zu gleichen Teilen bei beiden Elternteilen aufhalten soll, widerspricht dem Gesetzeswortlaut.<sup>80</sup>

Dem Dispositionsgrundsatz der Eltern ist nur dahingehend eine Grenze gesetzt, dass derjenige Elternteil, bei dem sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll, mit der gesamten Obsorge zu betrauen ist. Dies soll gewährleisten, dass das Kind von

---

<sup>78</sup> *Gründler*, ÖJZ 2001, 702.

<sup>79</sup> *Ferrari*, Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Reform des Kindschaftsrechts (53) 55ff; *Gründler*, ÖJZ 2001, 703ff; *Maurer*, Kinder & Scheidung<sup>2</sup> (2012) 123 ff.

<sup>80</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 65f.

einem Elternteil hauptsächlich betreut wird, und dieser nicht durch die Vereinbarung bei der umfassenden Betreuung eingeschränkt wird.<sup>81</sup> Treffen die Eltern nur eine Vereinbarung über den hauptsächlichlichen Aufenthaltsort des Kindes, bleibt die Obsorge des anderen Elternteiles zur Gänze aufrecht.<sup>82</sup>

Der hauptsächlichliche Aufenthaltsort des Kindes hat auch Auswirkungen auf andere Bereiche des Kindschaftsrechts. So hängt mit dem Aufenthaltsort unmittelbar das Besuchsrecht nach § 148 ABGB zusammen. Demnach kommt das Besuchsrecht demjenigen Elternteil zu, der nicht mehr mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt lebt. Auch im Bereich des Kindesunterhalts ist der Aufenthaltsort ausschlaggebend. Denn gem § 140 ABGB leistet derjenige, der das Kind in seinem Haushalt betreut, dadurch seinen Unterhaltsbeitrag (Naturalunterhalt). Ihm steht auch die gesetzliche Familienbeihilfe angerechnet<sup>83</sup> zu. Der andere Elternteil hat den Unterhalt in Form einer Geldleistung zu erbringen (Geldunterhalt).<sup>84</sup>

Sollten sich die Eltern nach der Scheidung nicht innerhalb angemessener Frist auf einen hauptsächlichlichen Aufenthaltsort des Kindes einigen können, oder entspricht diese Einigung nicht dem Wohl des Kindes, darf das Gericht die Genehmigung für die Vereinbarung nicht erteilen. Dieses hat dann zu versuchen, eine gütliche Einigung zwischen den Eltern herzustellen. Ist dies aussichtslos, hat es nur die Möglichkeit von Amts wegen die Obsorge einem Elternteil alleine zu übertragen; eine gemeinsame Obsorge ist dann nicht mehr möglich.

Die Eltern haben nach der Scheidung auch die Möglichkeit, die Obsorge eines Elternteils auf gewisse Bereiche zu beschränken. Auch in diesem Fall müssen sie sich gem § 177 ABGB auf einen hauptsächlichlichen Aufenthaltsort des Kindes einigen und berücksichtigen, dass derjenige, der das Kind in seinem Haushalt betreut, stets mit der gesamten Obsorge betraut werden muss.

Eine weitere Option die den Eltern offen steht, ist es, die gesamte Obsorge auf einen Elternteil alleine zu übertragen. Auch dies muss iSd Kindeswohls sein und vom Gericht genehmigt werden.

---

<sup>81</sup> *Hinteregger*, Familienrecht<sup>5</sup> 208.

<sup>82</sup> *Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform* 63.

<sup>83</sup> OGH 1 Ob 84/04s SZ 2004/100 = EFSIlg 106.969 = EFSIlg 106.970 = EFSIlg 107.406 = EFSIlg 108.280.

<sup>84</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 66; *Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform* 61.

Waren zum Zeitpunkt der Scheidung nicht beide Elternteile mit der gesamten Obsorge betraut, steht es ihnen offen, diese Regelung beizubehalten, oder nun beide Elternteile mit der gesamten Obsorge zu betrauen. Dabei kann gem § 177 Abs 1 ABGB die Obsorge eines Elternteiles auch wieder auf gewisse Bereiche beschränkt werden. Im Fall der gemeinsamen Obsorge müssen sich die Eltern wieder auf einen hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes einigen und dies vom Gericht genehmigen lassen.

Theoretisch wäre es auch möglich die alleinige Obsorge des anderen Elternteiles zu vereinbaren, doch wird dies mE nicht sehr häufig vorkommen, da in meinen Augen ein Elternteil nicht gerne seine Rechte bezüglich seines Kindes aufgibt. Außerdem wird man wohl auch all jene Gründe berücksichtigen müssen, aus denen dem anderen Elternteil zuerst die Obsorge entzogen wurde.

Eine kleine Besonderheit gibt es im Bereich der einvernehmlichen Scheidung, wo § 55a EheG vorschreibt, dass die Eltern eine „schriftliche Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthaltsort oder die Obsorge [...] und die Unterhaltspflicht hinsichtlich ihrer gemeinsamen Kinder [...]“ schließen müssen. Demnach muss der hauptsächliche Aufenthaltsort des Kindes bereits in den Scheidungsvergleich aufgenommen werden. Eine Einigung über den Kontakt mit dem Kind kann vorbehalten werden.<sup>85</sup>

Da bei der einvernehmlichen Scheidung den Elternteilen der gleiche Gestaltungsspielraum bei der Obsorge wie bei der Scheidung aus anderen Gründen bzw aus Verschulden zusteht, wird an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verwiesen.<sup>86</sup>

Wenn die Eltern des Kindes sich nicht bloß vorübergehend trennen, sieht § 177b ABGB vor, dass ihnen dieselben Möglichkeiten wie bei der Scheidung zukommen sollen. Jedoch mit der Ausnahme, dass das Gericht nur auf Antrag eines Elternteiles tätig wird. Trennen sich also die Eltern, ohne dass jemand einen Antrag bei Gericht stellt, bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht, ohne dass es einer Vereinbarung bedarf, da das Gericht nicht von Amts wegen tätig wird.

---

<sup>85</sup> Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 177 Rz 2; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-TaKomm § 177 Rz 1.

<sup>86</sup> Gründler, ÖJZ 2001, 710.

Somit ist auch eine Festlegung des hauptsächlichen Aufenthalts des Kindes nicht notwendig.

Zusätzlich steht den Eltern auch die Möglichkeit offen, eine Vereinbarung iSd § 177 ABGB zu treffen. Sie können somit die Obsorge auf einen Elternteil alleine übertragen, die gemeinsame Obsorge vereinbaren oder die Obsorge desjenigen, der das Kind nicht in seinem Haushalt betreut, beschränken. In den letzten beiden Fällen bedarf es wiederum einer Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes. Zusätzlich muss diese Vereinbarung der Eltern vom Gericht genehmigt werden. Es steht auch jedem Elternteil zu, einen Antrag auf Alleinobsorge beim Gericht zu stellen.<sup>87</sup>

An eine getroffene Vereinbarung sind die Eltern aber nicht für immer gebunden. § 177 Abs 1 HS 2 ABGB eröffnet ihnen die Möglichkeit der Abänderung bestehender Regelungen. Die Änderung muss jedoch in Zusammenhang mit der Trennung der Eltern stehen und darf nicht der Umgehung einer gerichtlichen Anordnung dienen oder dem Gesetz widersprechen.<sup>88</sup>

Für den Fall, dass sich uneheliche Eltern auf Dauer trennen, verweist der § 167 ABGB auf die §§ 177, 177a ABGB. Demnach kommt es zu einer Gleichstellung zwischen ehelichen und unehelichen Paaren. Einzig der § 177b ABGB kommt nicht zur Anwendung. Das bedeutet, dass das Gericht bei der Trennung der unehelichen Eltern auch ohne den Antrag eines Elternteiles, also von Amts wegen, tätig werden muss. Demnach muss es auch die Obsorge auf einen Elternteil alleine übertragen, wenn sich diese nicht innerhalb angemessener Frist auf einen hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes einigen können oder dieser gegen das Wohl des Kindes spricht. Des Weiteren ist es auch nicht möglich, die gesamte Obsorge auf den unehelichen Vater zu übertragen und jene der Mutter in gewissen Bereichen einzuschränken.<sup>89</sup>

Zusammenfassend ist nun festzuhalten, dass den Eltern im Falle der Scheidung ein großer Gestaltungsspielraum bezüglich der Obsorge ihrer minderjährigen Kinder zukommt.

---

<sup>87</sup> Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform 65f.

<sup>88</sup> Feil/Marent, Familienrecht § 177 Rz 6; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> § 177 Rz 16; Gründler, ÖJZ 2001, 707.

<sup>89</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 63; Ferrari in Ferrari/Hopf, Reform 66f; Gründler, ÖJZ 2001, 714.



So besteht die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge beider Elternteile, wenn diese sich über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes einig sind, sie können jedoch auch eine Vereinbarung dahingehend treffen, dass die Obsorge desjenigen, der nicht mit dem Kind in gemeinsamen Haushalt lebt in gewissen Bereichen der Obsorge beschränkt wird oder gar eine Alleinobsorge vereinbaren. Sobald ihre Vereinbarung dem Wohl des Kindes entspricht, ist diese vom Gericht zu genehmigen.

Erst wenn sich die Eltern nicht in angemessener Frist einigen oder diese Einigung gerade nicht dem Wohl des Kindes entspricht, wird das Gericht tätig und versucht eine gütliche Einigung herbeizuführen. Nur wenn ihm dies nicht gelingt, muss es die Obsorge auf einen Elternteil alleine übertragen.

Meiner Meinung nach ist die gesetzliche Regelung, wonach die gemeinsame Obsorge nach Scheidung der Eltern ex lege aufrecht bleiben soll eher kritisch zu betrachten. Denn auch wenn sich die Eltern in Bezug auf den Aufenthalt des Kindes einigen können, spricht dies noch nicht dafür, dass sie sich auch in allen anderen Angelegenheiten betreffend das Kind einigen können. Die Obsorge des Kindes ist geprägt von dem einvernehmlichen Vorgehen der Eltern. Doch stellt sich mir die Frage, ob es für zwei Personen, deren Ehe gescheitert ist, die voneinander enttäuscht wurden und aufeinander wütet sind, möglich ist, alle Streitigkeiten beiseite zu lassen und stets im Sinne des Kindes und dessen Wohl zu handeln.

### 3 Neuerungen und Entwicklungen

In diesem Kapitel werde ich nun auf die Entwicklungen im Bereich der Obsorge näher eingehen.

Denn besonders seit dem Urteil des EGMR gegen Deutschland (siehe Kapitel 3.1) und das später ergangene Urteil gegen Österreich (siehe Kapitel 3.2) sind im Bereich der Obsorge heftige Diskussionen entstanden wie diese reformiert bzw optimiert werden könnte.

Zu diesem Zweck wurde im Bundesministerium für Justiz eine eigene Arbeitsgruppe „Obsorge und Besuch“ eingerichtet, die im Oktober 2010 ihre Arbeit aufnahm. Seit dem fanden mehrere Sitzungen der Arbeitsgruppe statt und am 28. Februar 2011 konnten die ersten Ergebnisse in Form eines Entwurfes eines neuen Kindschaftsrechts- Änderungsgesetzes 2012 veröffentlicht werden.

Doch bevor ich nun auf diesen Entwurf näher eingehe, werde ich die beiden EGMR Entscheidungen erörtern, die Anstoß für Neuerungen in diesem Bereich brachten.

#### 3.1. *Zaunegger* gegen Deutschland, EGMR 3.12.2009 Nr. 22028/04<sup>90</sup>

##### 3.1.1 Sachverhalt

1995 kam die uneheliche Tochter von *Zaunegger* und dessen damaligen Lebensgefährtin zur Welt. Nach einer insgesamt fünfjährigen Beziehung trennten sich die Eltern im August 1998, woraufhin die Tochter bis 2001 in der Wohnung des Vaters lebte. Die Mutter bezog eine andere Wohnung im selben Gebäude. Nach der Trennung haben die Eltern keine gemeinsame Sorgeerklärung für ihre

---

<sup>90</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger* gegen *Deutschland*, Nr 22028/04 iFamZ 2010/1, 10 = ÖJZ MRK 2010/2, 138 = EF-Z 2010/37, 68 = NLMR 2009, 348 = eolex 2010, 303 = ÖJZ 2010/15, 141 (*Deixler-Hübner*) = EuGRZ 2010, 42 = JRP 2010, 51 (*Khakzadeh-Leiler*).

Tochter abgegeben, weswegen die Kindesmutter gem § 1626a Abs 2 BGB<sup>91</sup> die alleinige elterliche Sorge für diese erhielt.<sup>92</sup>

Im Jänner 2001 zog die Tochter in die Wohnung der Mutter und es kam zwischen ihr und dem Vater zu Streitigkeiten bezüglich des Umgangs mit ihr. Erst unter Mithilfe des Jugendamtes konnte zwischen ihnen eine Einigung erzielt werden. Diese sah vor, dass dem Vater ein Umgangsrecht von insgesamt 4 Monaten im Jahr seit Juni 2001 zustand. Doch dies war ihm nicht genug. Nachdem die Mutter einer gemeinsamen Sorgeerklärung für die Tochter nicht zustimmen wollte, stellte der Vater beim Amtsgericht Köln einen Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge.<sup>93</sup>

Dies wies jedoch den Antrag mangels Grundlage für eine gemeinsame elterliche Sorge ab. In seiner Begründung führte es aus, dass nach deutschem Recht eine gemeinsame Sorge für ein uneheliches Kind nur in drei Fällen möglich wäre - entweder bei einer gemeinsamen Sorgeerklärung der Eltern, bei einer Eheschließung, oder bei einer gerichtlichen Anordnung gem § 1672 Abs 1 BGB, bei der es der Zustimmung des anderen Elternteiles bedarf - doch liege im vorliegenden Fall keine dieser Varianten vor.<sup>94</sup>

Auch die Beschwerde an das Oberlandesgericht Köln blieb erfolglos. Diese wurde mit derselben Begründung zurückgewiesen.<sup>95</sup> Das OLG Köln bezog sich dabei auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. Jänner 2003<sup>96</sup>. In diesem Urteil hat das BVerfG § 1626a BGB als verfassungskonform erachtet. Demnach verstößt die rechtliche Zuteilung eines unehelichen Kindes zur Mutter nicht gegen das in Art 6 Abs 2 GG<sup>97</sup> verankerte Elternrecht des Vaters. Es liegt im Interesse des Kindes, ihm ab der Geburt eine Bezugsperson zu geben, die für dieses auch rechtverbindliche Handlungen vornehmen kann.<sup>98</sup> Der Gesetzgeber

---

<sup>91</sup>(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896, RGBI 195, BGBI III 4 Nr 400-2 idF vom 2.1.2002 BGBI 42.

<sup>92</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 8.

<sup>93</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 9.

<sup>94</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 10.

<sup>95</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 11.

<sup>96</sup> BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003,

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129\\_1bv1002099.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129_1bv1002099.html). (Stand 21.9.2012)

<sup>97</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 21. Juli 2010 (BGBl. I S. 944).

<sup>98</sup> BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003 Absatz-Nr 46, 52.

kann bei Eltern unehelicher Kinder nicht wie bei Eltern ehelicher Kinder, die sich durch das Eingehen ihrer Ehe dazu verpflichtet haben Verantwortung für ihre Kinder gemeinsam zu übernehmen, davon ausgehen, dass diese auch in häuslicher Gemeinschaft leben und gemeinsam die Verantwortung für ihre Kinder tragen wollen und können.<sup>99</sup> Des Weiteren stehe den Eltern des unehelichen Kindes ohnehin die Möglichkeit offen, bereits bei der Geburt eine Sorgeerklärung abzugeben und somit die gemeinsame Sorge für das Kind zu begründen.<sup>100</sup>

In weiterer Folge wurde eine Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht von diesem ohne Angabe von Gründen abgelehnt.<sup>101</sup>

Da nun der innerstaatliche Instanzenzug gem Art 35 EMRK erschöpft war, stand *Zaunegger* der Weg zum EGMR offen. Dort brachte er am 15. Juni 2004 eine Beschwerde gegen die Republik Deutschland gem Art 34 EMRK ein und machte damit geltend, dass die innerstaatlichen Gerichte sein Recht auf Achtung des Familienlebens iSd Art 8 EMRK verletzt, und ihn als unverheirateten Vater diskriminiert hätten (Art 14 EMRK).<sup>102</sup>

### 3.1.2 Exkurs: Deutsche Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung

In Bezug auf uneheliche Kinder ist die deutsche Rechtslage sehr ähnlich zu der in Österreich. Die „elterliche Sorge“ für Kinder wird in den §§ 1626 ff. BGB geregelt. Dort ist vorgesehen, dass die Eltern die Pflicht und das Recht haben für ihr minderjähriges Kind zu sorgen.

Die elterliche Sorge für uneheliche Kinder regeln §§ 1626 und 1626a BGB.

§ 1626a BGB lautet:

*Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen*

*„(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie*

---

<sup>99</sup> BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003 Absatz-Nr 48.

<sup>100</sup> BVerfG, 1 BvL 20/99 vom 29.1.2003 Absatz-Nr 54.

<sup>101</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 12.

<sup>102</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 1, 3.

1. erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärung),  
oder
2. einander heiraten.  
(2) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.“

Demnach haben die Eltern unehelicher Kinder die Möglichkeit, die gemeinsame Sorge für ihr Kind zu erhalten, indem sie eine Sorgeerklärung abgeben. Dabei muss bloß der Wille zur gemeinsamen Sorge erkennbar sein. Eine genaue Regelung über die Ausübung der Obsorge kann nicht zum Inhalt der Erklärung gemacht werden. Es ist auch nicht nötig, dass die Sorgeerklärung von beiden Elternteilen gemeinsam abgegeben wird, ihre Erklärungen müssen nur inhaltlich übereinstimmen. Zu beachten ist, dass die Sorgeerklärung bestimmt sei muss. Demnach muss sie sich auf ein konkret bezeichnetes Kind beziehen.<sup>103</sup>

Des Weiteren können die Eltern nur die gesamte gemeinsame Sorge vereinbaren. Eine Beschränkung auf einige Teilbereiche ist unzulässig.<sup>104</sup>

Zur Begründung der gemeinsamen Sorge sind keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen. Es bedarf weder des Zusammenlebens der Eltern, noch einer Kindeswohlprüfung.<sup>105</sup>

Zusätzlich bleibt den Eltern auch noch die Möglichkeit zu heiraten. Mit der Heirat kommt es ex lege zu einer Wandlung der Alleinsorge der Mutter in eine gemeinsame Sorge beider Eltern.<sup>106</sup> Dem nicht sorgeberechtigten Elternteil kann die Sorge aber nur in jenem Ausmaß zukommen, welches bis zur Eheschließung der sorgeberechtigten Mutter zukam.<sup>107</sup>

Ergänzt wird die Bestimmung des § 1626a BGB durch § 1672 BGB.

---

<sup>103</sup> Huber in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8 Familienrecht II<sup>6</sup> (2012) § 1626a Rz 5; *Michalski/Döll* in *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer* (Hrsg), Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III<sup>13</sup> (2011) § 1626a Rz 5; *Veit* in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3<sup>3</sup> (2012) § 1626a Rz 6.

<sup>104</sup> Huber in *Säcker/Rixecker*, BGB II<sup>6</sup> § 1626a Rz 6.

<sup>105</sup> Huber in *Säcker/Rixecker*, BGB II<sup>6</sup> § 1626a Rz 16, 17; *Veit* in *Bamberger/Roth*, BGB 3<sup>3</sup> § 1626a Rz 9, 10.

<sup>106</sup> Huber in *Säcker/Rixecker*, BGB II<sup>6</sup> § 1626a Rz 22.

<sup>107</sup> Huber in *Säcker/Rixecker*, BGB II<sup>6</sup> § 1626a Rz 19; *Michalski/Döll* in *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer*, BGB II<sup>13</sup> § 1626a Rz 7; *Veit* in *Bamberger/Roth*, BGB 3<sup>3</sup> § 1626a Rz 13.

Dieser besagt:

*„(1) Leben die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Abs. 2 der Mutter zu, so kann der Vater mit Zustimmung der Mutter beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn die Übertragung dem Wohl des Kindes dient.*

*(2) Soweit eine Übertragung nach Absatz 1 stattgefunden hat, kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils mit Zustimmung des anderen Elternteils entscheiden, dass die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zusteht, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. [...]“*

§ 1672 BGB eröffnet dem Vater die Möglichkeit, die vollständige oder teilweise Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge zu beantragen.

Voraussetzung dafür ist, dass die Eltern getrennt leben, der Vater einen Antrag stellt, die Mutter der Übertragung zustimmt und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht.<sup>108</sup> Dem Wohl des Kindes entspricht die Übertragung der Sorge dann, wenn diese dem Kind überwiegend Vorteile bringt. Die bloße Begründung, die Übertragung schade dem Kind nicht, rechtfertigt diese nicht. In Zweifelsfällen bleibt die alleinige Sorge der Mutter aufrecht.<sup>109</sup>

Sofern alle Voraussetzungen des Absatz 1 erfüllt sind, und die elterliche Sorge übertragen wurde, kann ein Elternteil alleine einen Antrag auf gemeinsame Sorge beim Familiengericht stellen. Dabei muss der andere Elternteil dieser zustimmen und die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl entsprechen. Dabei sind jedoch nur negative Einflüsse auf das Kindeswohl zu beachten, da durch die gemeinsame Sorge dem Kind eine zweite Bezugsperson gegeben wird, und nicht wie nach Absatz 1 zuerst genommen.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup>Huber in Säcker/Rixecker, BGB II<sup>6</sup> § 1672 Rz 1; Michalski/Döll in Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, BGB II<sup>13</sup> § 1672 Rz 3; Veit in Bamberger/Roth, BGB 3<sup>3</sup> § 1672 Rz 2.

<sup>109</sup>Michalski/Döll in Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, BGB II<sup>13</sup> § 1672 Rz 6.

<sup>110</sup>Huber in Säcker/Rixecker, BGB II<sup>6</sup> § 1672 Rz 2, 26; Michalski/Döll in Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, BGB II<sup>13</sup> § 1672 Rz 7; Veit in Bamberger/Roth, BGB 3<sup>3</sup> § 1672 Rz 18, 19, 21.

Die Möglichkeit der gemeinsamen Sorge für uneheliche Kinder soll diesen die gleichen Bedingungen für ihre seelische und körperliche Entwicklung verschaffen wie ehelichen Kindern.<sup>111</sup>

Sollte jedoch keine der oben genannten Voraussetzungen auf die unehelichen Eltern zutreffen, kommt der Auffangtatbestand des § 1626a Abs 2 BGB zur Anwendung und die Sorge für das Kind wird der Mutter alleine übertragen.<sup>112</sup>

### 3.1.3 Rechtliche Würdigung des EGMR

Mit seiner Beschwerde an den EGMR machte *Zaunegger* geltend, dass durch die Abweisung des gemeinsamen Sorgerechts für seine Tochter, sein Recht nach Art 8 EMRK<sup>113</sup> auf Achtung des Familienlebens verletzt worden wäre und, dass die Anwendung von § 1626a Abs 2 BGB eine ungerechtfertigte Diskriminierung unverheirateter Väter wegen des Geschlechts und im Vergleich zu geschiedenen Vätern iSd Art 14<sup>114</sup> iVm Art 8 EMRK darstelle.<sup>115</sup>

Die Republik Deutschland vertrat die Auffassung, dass es notwendig sei, die unterschiedlichen Lebensverhältnisse, in die Kinder von unehelichen Eltern geboren werden, zu berücksichtigen und es aus diesem Grund unabdingbar sei, einem Kind bereits mit der Geburt einen gesetzlichen Vertreter zur Seite zu stellen. Es diene der Rechtssicherheit, das Sorgerecht für das Kind der Mutter zuzuordnen, da diese bereits mit der Geburt feststehe. Dass für die gemeinsame Sorge gem § 1626a Abs 2 BGB die Zustimmung des anderen Elternteils notwendig ist, lässt sich damit erklären, dass dieser Regelung der Gedanke des Einvernehmens zugrunde liegt. Wenn sich Eltern nicht einmal auf eine gemeinsame Sorgeerklärung einigen können, sei es sehr wahrscheinlich auch in anderen Angelegenheiten betreffend die Ausübung der Sorge für das Kind, keine

---

<sup>111</sup> Veit in *Bamberger/Roth*, BGB 3<sup>3</sup> § 1626a Rz 1.

<sup>112</sup> Huber in *Säcker/Rixecker*, BGB II<sup>6</sup> § 1626a Rz 27; Michalski/Döll in *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer*, BGB II<sup>13</sup> § 1626a Rz 8; Veit in *Bamberger/Roth*, BGB 3<sup>3</sup> § 1626a Rz 16.

<sup>113</sup> Art 8 EMRK lautet: „1. Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens [...] 2. Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist [...]“.

<sup>114</sup> Art 14 EMRK lautet: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts [...] zu gewährleisten.“.

<sup>115</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 3, 28.

Einigung zu erzielen, was wiederum negative Auswirkungen auf das Wohl des Kindes haben könnte.<sup>116</sup>

Diese Zustimmung der Mutter sei in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um das Ziel, das Wohl des Kindes bestmöglich zu schützen, verwirklichen zu können.

Da der EGMR nicht die abstrakte deutsche Rechtslage prüfen darf, sondern bloß die konkrete Anwendung der Normen auf den Beschwerdeführer, sei zusätzlich die Vereinbarung bezüglich des Umgangs mit der Tochter, die unter Mithilfe des Jugendamtes zustande kam, zu berücksichtigen. Demnach stand dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht im Ausmaß von insgesamt 4 Monaten im Jahr zu, wodurch er die Möglichkeit erhielt an dem Leben seiner Tochter teilzunehmen. Durch diese Regelung sei er weder gegenüber der Mutter diskriminiert, noch gegenüber verheirateten bzw geschiedenen Vätern ungleich behandelt worden. Man könne die Situation von Mutter und Vater nicht völlig gleich beurteilen, da bei unverheirateten Eltern der Vater nicht immer sofort feststeht.

Abschließend brachte die Republik Deutschland vor, dass auf Grund dieses Rechtsstreites eine gemeinsame Sorge wohl von internen Konflikten überschattet sei, die dem Wohl des Kindes entgegenstehen könnten.<sup>117</sup>

Dem brachte *Zaunegger* folgendes entgegen: Es könne für das Wohl des Kindes nicht förderlich sein, wenn der Vater, der sich in der Vergangenheit um sein Kind gekümmert hat, keine Möglichkeit hat die gemeinsame Sorge für dieses zu erlangen, und bezieht sich dabei auf die Zeit vor 2001, als seine Tochter bei ihm lebte. Es sei eine bloße Vermutung dahingehend aufgestellt worden, dass eine gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter abträglich für das Kindeswohl sei, da eine konkrete Prüfung nach der geltenden deutschen Rechtslage nicht nötig war, ohne Zustimmung der Mutter gibt es keine gemeinsame Sorge. Des Weiteren wurde auch seine Tochter nicht in dem Verfahren gehört. *Zaunegger* brachte vor, auf Grund von Vorurteilen rechtlich benachteiligt worden zu sein. Der Gesetzgeber unterstelle unehelichen Vätern, nicht genauso gut für ihre

---

<sup>116</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 29.

<sup>117</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 31.



Kinder sorgen zu können wie es uneheliche Mütter tun, doch übersieht dieser dabei die ansteigende Zahl von unehelichen Paaren, die gemeinsam die Sorge für ihre Kinder ausüben wollen. Es darf nicht auf Grund einiger instabiler Beziehungen und Erfahrungen generell darauf geschlossen werden, dass uneheliche Väter nicht geeignet sind für ihre Kinder zu sorgen.<sup>118</sup>

Dem Argument der Rechtssicherheit von Seiten der Republik Deutschland brachte *Zaunegger* entgegen, dass in der vorliegenden Rechtssache niemals Unsicherheit bezüglich der Vaterschaft bestand, er stand von Anfang an als Vater des Kindes fest.

Auch dem Argument, eine Mutter sei auf Grund der Geburt besser geeignet für das Kind zu sorgen, konnte er nichts abgewinnen. Doch liegt für ihn das Problem des geltenden Rechts nicht darin, dass die Mutter eines unehelichen Kindes die Sorge für dieses ex lege übertragen bekommt, sondern vielmehr darin, dass der Vater keine Möglichkeit hat diese Entscheidung zu ändern. Es sei einem unehelichen Vater nicht möglich eine Entscheidung iSd § 1672 Abs 1 BGB herbeizuführen, auch wenn die Mutter die Zustimmung zur gemeinsamen Sorgeerklärung vollkommen willkürlich verweigert. Vor allen in den Fällen, in denen der Vater ein gutes Verhältnis zu dem Kind pflegt und über längere Zeit Umgang hatte, wird das Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt.

Abschließend hielt *Zaunegger* fest, durch das anwendbare deutsche Recht ohne hinreichenden Grund wegen seines Geschlechts und als unverheirateter Vater diskriminiert worden zu sein. Des Weiteren habe er keine Möglichkeit, die fehlende Zustimmung der Kindesmutter zur gemeinsamen Sorgeerklärung durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen, wobei doch eine gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes entsprechen würde.<sup>119</sup>

Der EGMR führte zu den Vorbringen der Parteien folgendes aus:

Vorweg sei festzuhalten, dass der in Art 8 EMRK verwendete Begriff der Familie auch „de facto Familienbeziehungen“ umfassen kann, und nicht bloß auf ehelich gegründete Beziehungen abstellt, sofern die Beteiligten in einer nichtehelichen

---

<sup>118</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 32.

<sup>119</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 33.

Gemeinschaft zusammenleben. Mit der Geburt wird ein uneheliches Kind Teil dieser „Familienbeziehung“. Ob nun ein „Familienleben“ iSd Art 8 EMRK vorliegt, ist anhand konkreter Tatsachen zu beurteilen. Zu berücksichtigen sind ua eine tatsächliche und enge Beziehung zu dem Kind, ein nachweisbares Interesse des Vaters an seinem Kind oder auch sein Bekenntnis vor bzw nach der Geburt zu dem Kind.<sup>120</sup> Auf Grund des festgestellten Sachverhalts konnte der EGMR im vorliegenden Fall von einem „Familienleben“ iSd Art 8 EMRK ausgehen.<sup>121</sup>

Da nun der Anwendungsbereich des Art 8 EMRK eröffnet ist, kommt auch eine Verletzung des Art 14 EMRK in Frage, da dieser nur einen Schutz vor Ungleichbehandlungen für durch die EMRK garantierte Rechte bietet. Er stellt bloß eine Ergänzung der übrigen materiellrechtlichen Bestimmungen dar und existiert nicht für sich alleine.<sup>122</sup>

Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR ist eine ungleiche Behandlung iSd Art 14 EMRK dann diskriminierend, wenn es für diese keine sachlichen und vernünftigen Gründe gibt. Demnach ist eine Ungleichbehandlung vor allem dann diskriminierend, wenn diese kein legitimes Ziel verfolgt, oder die zur Zielerreichung verwendeten Mittel unverhältnismäßig sind.<sup>123</sup> Vor allem bei einer ungleichen Behandlung auf Grund des Geschlechtes oder ehelicher und nichtehelicher Geburt setzt der EGMR einen hohen Maßstab an und sieht nur schwerwiegende Gründe für eine Ungleichbehandlung als mit der Konvention vereinbar. Dasselbe gilt für einen unehelichen gegenüber einem ehelichen Vater.<sup>124</sup>

Bezogen auf den vorliegenden Fall hat der Gerichtshof festgestellt, dass die deutschen Gerichte das Recht sachgemäß angewandt haben. Es war ihnen auf Grund der geltenden Rechtslage nicht möglich zu prüfen, ob eine gemeinsame Sorge dem Kindeswohl dienlich wäre. Der Kern des Problems liege darin, dass

---

<sup>120</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 37.

<sup>121</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 40.

<sup>122</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 35, 42.

<sup>123</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 49.

<sup>124</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 51.

eine gemeinsame Sorge für ein Kind gegen den Willen der Mutter prima facie als dem Kindeswohl abträglich angesehen wird.<sup>125</sup>

Mit der Regelung des § 1626a BGB, wonach der Mutter das alleinige Sorgerecht für das uneheliche Kind zukommt und somit ein gesetzlicher Vertreter bestimmt ist, wird das Ziel verfolgt, das Wohl eines unehelichen Kindes zu schützen. Auf Grund der unterschiedlichen Lebensverhältnisse in die die Kinder oft geboren werden, ist es in Ermangelung einer gemeinsamen Sorgeerklärung gerechtfertigt, der Mutter die Sorge für das Kind zu übertragen. Demnach liegt ein von Art 14 EMRK gefordertes, legitimes Ziel vor.<sup>126</sup>

Doch ist zu berücksichtigen, dass *Zaunegger* ein sehr gutes Verhältnis zu seiner Tochter pflegte, über 5 Jahre mit ihr zusammengelebt hat und ab der Geburt als Vater feststand. Auf Grund dieser Tatsachen war für den EGMR nicht erkennbar, warum eine gemeinsame Sorge gegen den Willen der Mutter prima facie dem Kindeswohl widersprechen sollte.

Auf Grund des Sachverhalts und der getroffenen Feststellungen hat der EGMR als Recht erkannt, dass es im vorliegenden Fall zu einer Diskriminierung kam.

Der grundsätzliche Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung der Zuteilung der Alleinsorge an die Mutter stehe in einem unangemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Ziel, das Wohl des unehelichen Kindes zu schützen, und führt so zu einer Ungleichbehandlung von Vätern außerehelich geborener Kinder im Vergleich zu Müttern und geschiedenen Vätern.<sup>127</sup>

Somit hat der EGMR eine Verletzung des Art 14 iVm Art 8 EMRK durch die Bundesrepublik Deutschland festgestellt.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 47.

<sup>126</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 52, 55.

<sup>127</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 57,63.

<sup>128</sup> EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04 Z 73.

### 3.1.4. Reaktionen auf das Urteil

#### 3.1.4.1 Lehre

Positiv äußert sich *Henrich*<sup>129</sup> zu dem Urteil. Er sieht eine Verletzung des Art 14 iVm Art 8 EMRK darin, dass es den Gerichten nicht möglich ist, die elterliche Sorge dem Kindeswohl entsprechend zu regeln, wenn sich ein unverheiratetes Paar trennt. Doch gerade wenn es um das Wohl des Kindes geht, darf man nicht unterscheiden, ob dessen Eltern verheiratete waren oder nicht. Aus diesem Grund sei es notwendig, dem Vater die Möglichkeit zu geben, bei Gericht eine Sorgerechtsregelung beantragen zu können, bei deren Beurteilung dieselben Maßstäbe herangezogen werden müssten, wie bei einer Trennung von Eheleuten. Demnach bleibt es den Gerichten überlassen, welche Lösung sie für die beste halten, und können auch so auf die vom EGMR angesprochenen verschiedenen Lebensverhältnisse in die uneheliche Kinder geboren werden, Rücksicht nehmen. Doch oberstes Entscheidungskriterium muss das Wohl des Kindes sein und nicht die Ehe der Eltern.

*Löhnig*<sup>130</sup> reagierte auf die Entscheidung des EGMR, indem er drei mögliche Lösungsansätze für den Gesetzgeber herausgearbeitet und analysiert hat, um die Ungleichbehandlung von unehelichen Vätern zu verhindern.

Zum einen nennt er die „kleine Lösung“, wonach eine fehlende Zustimmung der Kindesmutter zur gemeinsamen Sorge auf Antrag des Vaters durch einen gerichtlichen Beschluss ersetzt werden soll, sofern eine Alleinsorge der Mutter nicht besser für das Wohl des Kindes wäre.

Als zweite Variante sieht er eine „Mischlösung“, bei der es ex lege zu einer gemeinsamen Sorge der Eltern kommen soll, wenn diese zum Zeitpunkt der Geburt in einem gemeinsamen Haushalt leben. Denn in all jenen Fällen würde das Kind in eine eheähnliche Lebensgemeinschaft geboren, die eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes rechtfertigt.

---

<sup>129</sup> *Henrich*, Gerichtentscheidungen Nr 47, FamRZ 2010, 103 (107f).

<sup>130</sup> *Löhnig*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, 338 (339ff).

Als dritte Möglichkeit sieht er eine „große Lösung“ vor, bei der es zu einer Abschaffung der Sorgeerklärung, und einer gemeinsamen Sorge kraft Gesetzes in allen Fällen kommen soll. Voraussetzung hierfür wäre nur, dass der Vater des Kindes entweder durch eine Anerkenntniserklärung oder eine gerichtliche Entscheidung feststeht.

*Löhnig* bevorzugt die dritte Variante der „großen Lösung“, und begründet dies damit, dass sich Gerichtsverfahren – egal ob zur Begründung oder zur Beendigung der gemeinsamen Sorge – nicht vermeiden lassen werden. Des Weiteren könne so Streit verhindert und das gewünschte Leitbild der Eltern, die sich gemeinsam um ihr Kind kümmern, verwirklicht werden.

Doch ich finde, eine gemeinsame Sorge kraft Gesetzes in jedem Fall, stellt nicht die optimale Lösung dar. Es müsse vielmehr den Elternteilen, iS der Selbstbestimmung, überlassen bleiben, ob sie eine gemeinsame Sorge für das Kind haben möchte. Diese darf ihnen nicht gegen deren Willen aufgezwängt werden.

Auch *Khakzadeh-Leiler*<sup>131</sup> begrüßt das Urteil des EGMR. Sie ist der Meinung, die Ungleichbehandlung *Zauneggers* im Verhältnis zu Müttern und verheirateten Vätern sei offensichtlich. Sie stimmt dem EGMR auch dahingehend zu, dass es nachvollziehbar sei, der Mutter das Sorgerecht für das uneheliche Kind zuzuweisen. Denn mit der Eheschließung haben verheiratete Väter zum Ausdruck gebracht, die Verantwortung für gemeinsame Kinder übernehmen zu wollen. Auf Grund fehlender Anhaltspunkte kann diese Vermutung bei unehelichen Paaren nicht aufgestellt werden.

Doch auch der abweichenden Meinung des Richters *Schmitt*<sup>132</sup>, wonach der weite Beurteilungsspielraum bei Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder durch die gesetzlichen Regelungen und die darauf beruhende Gerichtsentscheidung nicht überschritten worden sei, steht *Khakzadeh-Leiler* nicht ablehnend gegenüber. Denn auch sie ist der Meinung, eine gemeinsame Sorge könne nur dann dem Kindeswohl entsprechen, wenn beide Eltern dafür sind, da diese ein

---

<sup>131</sup>*Khakzadeh-Leiler*, Obsorge für uneheliche Kinder, JRP 2010, 51 (53ff).

<sup>132</sup>EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger* gegen *Deutschland*, Nr 22028/04, abweichende Meinung von Richter Schmitt Z 2.

gewisses Maß an Kooperationswillen und Konsensfähigkeit voraussetzt. Sobald ein Elternteil der gemeinsamen Sorge ablehnend gegenübersteht, können Konflikte, welche dem Kindeswohl abträglich sind, nicht ausgeschlossen werden.

*Khakzadeh-Leiler* nimmt in ihrem Aufsatz auch Bezug auf die österreichische Rechtslage, und kommt zu der Erkenntnis, dass es nach dem geltenden Recht noch immer Konstellationen gibt, in denen es zu einer Diskriminierung unverheirateter Väter kommen kann. Diese werden immer noch anders behandelt als unverheiratete Mütter oder verheiratete Väter. Für die gemeinsame Obsorge bedarf es stets der Zustimmung der Kindesmutter, da der Gesetzgeber der Meinung ist, eine gemeinsame Obsorge könne nur dann dem Kindeswohl entsprechen, wenn beide Eltern sich über diese einig sind.

*Khakzadeh-Leiler* vertritt die Meinung, dass dieser Grundgedanke in Österreich auch konsequent verwirklicht wird, indem eine gemeinsame Obsorge ohne Zustimmung des anderen Elternteils gesetzlich gar nicht vorgesehen ist. Doch findet sich auch im österreichischen Recht keine Rechtfertigung für die fehlende gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit des „Veto-Rechts“ der Mutter.

Auch *Deixler-Hübner*<sup>133</sup> hat versucht aus der Entscheidung des EGMR Schlüsse für die österreichische Rechtslage zu ziehen. Dabei hält sie zu Beginn fest, dass die Entscheidung *Zaunegger gegen Deutschland* nicht 1:1 auf Österreich umgelegt werden kann, selbst wenn auch hier der Mutter die Alleinobsorge für ein uneheliches Kind zukommt. Doch unterscheidet sich die österreichische Rechtslage von der deutschen schon dadurch, dass eine Vereinbarung über die gemeinsame Obsorge immer einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen wird, ob diese dem Wohl des Kindes entspricht. Des Weiteren haben österreichische Gerichte, im Gegensatz zu den deutschen, nicht die Möglichkeit, nach Wegfall des Einvernehmens, die alleinige Obsorge eines Elternteils aufrechtzuerhalten, nur weil eine gemeinsame Obsorge dem Wohl des Kindes besser dienen würde.

Für *Deixler-Hübner* liegt die Rechtfertigung der Alleinzuzuweisung der Obsorge an die Mutter in der Rechtsicherheit. Sie meint, eine verpflichtende gemeinsame Obsorge bereits mit dem Zeitpunkt der Geburt läge weder im Interesse des

---

<sup>133</sup>*Deixler-Hübner*, Auswirkungen der Entscheidung des EGMR zur Verletzung der Rechte unehelicher Väter auf die österreichische Rechtslage, ÖJZ 2010, 141 (142f).

Kindes noch wäre diese Regelung praxisgerecht. Denn der Kindesmutter stehe immer noch das höchstpersönliche Recht zu, den Vater nicht anzugeben, und könne somit eine verpflichtende gemeinsame Obsorge ohnehin umgehen.

Zu berücksichtigen seien jedoch auch jene Fälle, in denen die Vaterschaft bereits anerkannt wurde und der Vater mit dem Kind und der Mutter in einem gemeinsamen Haushalt lebt. Bei dieser Konstellation könnte die fehlende Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge mangels Zustimmung der Mutter mit Art 8 und 14 EMRK unvereinbar sein.

Auch *Reiter*<sup>134</sup> versucht aus der Entscheidung des EGMR Schlüsse für Österreich zu ziehen. Seiner Meinung nach ist es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht bedenklich, die Obsorge für ein uneheliches Kind gem § 166 ABGB der Mutter alleine zu übertragen. Selbst wenn man das Elternrecht des Vaters verfassungskonform auslegt, kommt man nicht zu dem Ergebnis, ihn ab festgestellter Vaterschaft mit der Obsorge für das Kind betrauen zu müssen.

Den rechtlichen Ausführungen des EGMR entnimmt *Reiter*, dass dem unehelichen Vater allerdings eine Möglichkeit eröffnet werden muss, die gemeinsame Sorge zu erhalten, die unabhängig vom Einverständnis der Mutter ist. Für ihn sollte eine gemeinsame Obsorge immer dann angeordnet werden, wenn diese dem Kindeswohl entspricht.

Des Weiteren schlussfolgert *Reiter* aus der Entscheidung des EGMR, dass auch bei einem Abgehen von einer vereinbarten gemeinsamen Obsorge das aus Art 8 EMRK abgeleitete Elternrecht verletzt werde, und dies zwangsläufig zu deren Aufhebung gem § 177a Abs 2 ABGB führen würde. Demnach bedürfe es in Österreich einem eigenen Verfahren, indem überprüft wird, ob bei mangelndem Einvernehmen die gemeinsame Obsorge dem Kindeswohl nicht doch am besten entsprechen würde.

Zweifelnd steht er jedoch der Ansicht gegenüber, dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil sollte zusätzlich zu den Fällen des § 176 ABGB ein Instrumentarium geboten werden, mit welchem er die alleinige Obsorge für das Kind immer dann

---

<sup>134</sup>*Reiter*, Obsorge auf dem Prüfstand- der EGMR („*Zaunegger*“), das deutsche Bundesverfassungsgericht und mögliche Lehren daraus für Österreich, EF-Z 2010/153, 228 (229f).

erhalten soll, wenn dies das Beste für das Kindeswohl wäre. Dafür sieht er keinen sinnvollen praktischen Anwendungsbereich.

Auch *Ferrari*<sup>135</sup> versuchte das Urteil des EGMR auf die österreichische Rechtslage umzulegen, und kam zu dem Entschluss, § 167 ABGB in seiner geltenden Fassung, dürfte wohl einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhalten. Ihrer Meinung nach bedarf es sowohl aus verfassungsrechtlicher Sicht, als auch aus Sicht des Kindesinteresses und der europäischen Entwicklung auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung, einer Novellierung dieser Bestimmung. In weiterer Folge unterscheidet sie zwei mögliche Grundmodelle für eine Reform der Obsorge unehelicher Kinder: Zum einen die Alleinobsorge der Mutter mit Korrekturmöglichkeiten, und zum anderen die Obsorge beider Eltern ex lege mit Korrekturmöglichkeiten.

Bei dem Modell der Alleinobsorge der Mutter mit Korrekturmöglichkeiten kommt der Mutter ab der Geburt des Kindes die alleinige Obsorge zu. Dem Vater ist aber ab dem Zeitpunkt seiner festgestellten Vaterschaft ein Zugang zur Obsorge zu gewähren, der auch ohne Zustimmung der Mutter gerichtlich durchgesetzt werden kann. Auf Grund von Gleichheitserwägungen müsste auch der Mutter das Recht zustehen eine gerichtliche Änderung der Obsorgeverhältnisse herzustellen.

Das zweite Modell, die Obsorge beider Eltern ex lege mit Korrekturmöglichkeiten, sieht vor, dass die Obsorge für uneheliche Kinder den Eltern ab der Geburt gemeinsam zusteht, sofern der Vater als solcher feststeht. Bis zur Feststellung der Vaterschaft wäre die Mutter allein obsorgeberechtigt. Sollte die gemeinsame Obsorge nicht der Lebenssituation der Eltern oder dem Wohl des Kindes entsprechen, stünde ihnen noch die Korrekturmöglichkeit offen. Diese Variante hätte die Vorteile, dass es zu einer Gleichbehandlung beider Elternteile bezüglich der Korrekturmöglichkeit käme und zu einer Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kindern.

---

<sup>135</sup> *Ferrari*, Obsorge für uneheliche Kinder- zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Neugestaltung, in *Boric/Lurger/Schwarzenegger/Terlitzka* (Hrsg), *Öffnung und Wandel - Die internationale Dimension des Rechts II*. Festschrift für Willibald Posch zum 65. Geburtstag (2011) 147 (152 ff).



Ferrari möchte keinen konkreten Vorschlag für eine Reformierung unterbreiten, doch könnte sie sich vorstellen, dass die „Obsorge neu“ folgendermaßen aussieht: Mit der Geburt erhält die Mutter die Alleinobsorge für das Kind. Erst auf Antrag eines Elternteils kann das Gericht die Eltern gemeinsam mit der ganzen oder mit einem Teil der Obsorge betrauen, sofern dies dem Kindeswohl entspricht. An Stelle des Antrags wäre für sie auch eine Erklärung denkbar, wonach beide mit der Obsorge betraut werden sollen. Dabei sollte dem anderen Elternteil ein befristetes Widerspruchsrecht zur Verfügung stehen. Auch eine Übertragung der Obsorge an den unehelichen Vater müsse möglich sein, sofern eine gemeinsame Obsorge nicht in Betracht kommt und dies besser für das Wohl des Kindes erscheint.

Jedoch sollten dem Gericht möglichst weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten zustehen, die eine Entscheidung sowohl iSd Kindeswohls als auch iSd Interessen beider Eltern gewährleistet.

Dieser Lösungsvorschlag kommt den Ergebnissen der Arbeitsgruppe Obsorge und Besuch sehr nahe. (Näheres siehe Kapitel 4)

#### 3.1.4.2 Rechtsprechung

Auch die Rechtsprechung reagierte auf das Urteil des EGMR und wich in seiner Entscheidung vom 21. Juli 2010<sup>136</sup> von seiner früheren Argumentation<sup>137</sup> ab. Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Erkenntnis, dass die momentane Rechtslage eine Diskriminierung unehelicher Väter darstellt. Es hat beschlossen, § 1626a Abs 1 Nr 1 und § 1672 Abs 1 BGB sind nicht mit Art 6 Abs 2 GG vereinbar.

Dazu führte er folgendes aus: Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Gesetzgeber die alleinige Sorge für ein uneheliches Kind zuerst der Mutter überträgt. Des Weiteren muss einem unehelichen Vater nicht ab festgestellter Vaterschaft die gemeinsame Sorge mit der Mutter eingeräumt werden. Doch wird in das Elternrecht des unehelichen Vaters unverhältnismäßig eingegriffen, wenn

---

<sup>136</sup>BVerfG, 1 BvR 420/09 vom 21.7.2010, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721\\_1bvr042009.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr042009.html) (Stand 21.9.2012).

<sup>137</sup>S FN 86.

er auf Grund der Weigerung der Mutter, der gemeinsamen oder alleinigen Sorge zuzustimmen, nicht die Möglichkeit bekommt, diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen.<sup>138</sup>

Auf Grund dieser Ausführungen fasste das Bundesverfassungsgericht einen Beschluss<sup>139</sup>, wonach der § 1626a BGB mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass das Familiengericht den Eltern auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge, oder einen Teil dieser gemeinsam überträgt, soweit zu erwarten ist, dies entspreche dem Kindeswohl.

Des Weiteren ist § 1672 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass das Familiengericht dem Vater, auf Antrag eines Elternteils, die elterliche Sorge oder einen Teil dieser überträgt, soweit eine gemeinsame elterliche Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass dies dem Kindeswohl am besten entspricht.

#### 3.1.4.3 Gesetzgeber

Auch das deutsche Bundesministerium der Justiz reagierte, und veröffentlichte einen „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern“<sup>140</sup>.

Auslöser dafür waren sowohl die Entscheidung des EGMR im Fall *Zaunegger* gegen Deutschland, als auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Juli 2010.

Mit dem neuen Gesetz soll dem Vater die Möglichkeit gegeben werden, die Mitsorge für sein uneheliches Kind auch dann zu erhalten, wenn die Mutter keine Erklärung zur gemeinsamen Sorge abgibt. Des Weiteren soll er auch gerichtlich überprüfen lassen können, ob ihm die elterliche Sorge bzw ein Teil der elterlichen Sorge, auch ohne Zustimmung der Kindesmutter allein zu übertragen ist.

---

<sup>138</sup> BVerfG, 1 BvR 420/09 vom 21.7.2010, Absatz-Nr 36.

<sup>139</sup> Beschluss des BVerfG vom 21.7.2010 – 1 BvR 420/09.

<sup>140</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE\\_Elterliche\\_Sorge.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE_Elterliche_Sorge.pdf?__blob=publicationFile) (Stand 21.9.2012).

Durch den neuen Gesetzesentwurf werden die Zugangsmöglichkeiten zur gemeinsamen elterlichen Sorge für den unehelichen Vater erweitert. Das Familiengericht wird insoweit in die Entscheidung über die gemeinsame Sorge miteinbezogen, als es diese auf Antrag eines Elternteils auf beide überträgt. Oberster Leitgedanke in jedem Verfahren betreffend die gemeinsame elterliche Sorge ist das Wohl des Kindes. Sofern eine gemeinsame Sorge dem Wohl des Kindes nicht widerspricht, ist diese zu übertragen. Es handelt sich dabei bloß um eine negative Kindeswohlprüfung. Diese wurde vom Gesetzgeber gewählt, da ein Kind grundsätzlich ein Bedürfnis hat eine Beziehung zu beiden Elternteilen aufzubauen.

Positiv zu erwähnen ist, dass das neue Gesetz sowohl auf Kinder anzuwenden wäre, die nach Inkrafttreten des Gesetzes geboren werden, als auch auf all jene, die bereits geboren wurden.

Auch auf das Verfahren nimmt der neue Entwurf Einfluss. Das Familiengericht soll in einem beschleunigten Verfahren entscheiden. Sofern die Mutter nach Antrag des Vaters auch kein Vorbringen erstattet, weswegen die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl abträglich sei, greift die gesetzliche Vermutung, wonach eine gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht, und die Entscheidung des Familiengerichts soll sogar in einem vereinfachten Verfahren ergehen. Durch diese gesetzliche Vermutung wird die Spannung zwischen reiner Antragslösung und automatischer gemeinsamer Sorge kraft Gesetzes gelockert und dem Kindeswohlgedanken am besten entsprochen.<sup>141</sup>

Zu den einzelnen Neuerungen:

§ 1626a BGB<sup>142</sup> soll dahingehend geändert werden, dass zusätzlich zu den Möglichkeiten der Sorgeerklärung und der Heirat eine gemeinsame Sorge

---

<sup>141</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, 1,15.

<sup>142</sup> idF des Entwurf: „(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),

2. wenn sie einander heiraten oder

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der

begründet werden kann, indem diese vom Familiengericht übertragen wird. Dabei bleibt dem Vater die Wahl, ob er zuerst versucht eine Sorgeerklärung abzugeben, in der Hoffnung, die Mutter würde dieser zustimmen, oder ob er sich gleich an das Familiengericht wendet. Dabei steht dem Familiengericht die Möglichkeit offen, nur einen gewissen Teil der Sorge beiden Eltern gemeinsam zu übertragen.

Um die gemeinsame Sorge zu erhalten, bedarf es eines Antrages eines Elternteils. Denn es steht beiden Elternteilen offen, so die Alleinobsorge der Mutter zu korrigieren.

Voraussetzung für die Übertragung der gemeinsamen Sorge ist eine festgestellte Vaterschaft, entweder durch eine Anerkenntniserklärung oder eine gerichtliche Entscheidung. Zusätzlich hat das Familiengericht immer das Wohl des Kindes zu beachten. Sofern die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht, soll es zu einer gemeinsamen Sorge kommen. Wie bereits erwähnt, bedarf es bloß einer negativen Kindeswohlprüfung. Es sind keine Feststellungen notwendig, in denen aufgezeigt wird, eine gemeinsame Sorge wäre für das Kind dienlicher. Denn der Gesetzgeber vertritt die Ansicht, eine gemeinsame Sorge entspreche den Bedürfnissen des Kindes am besten.

Um die gemeinsame Sorge abwenden zu können, steht dem anderen Elternteil noch die Möglichkeit offen, ein Vorbringen zu erstatten, in dem er Gründe dargetut, die der gemeinsamen Sorge entgegenstehen. Sollte ihm dies nicht gelingen oder gibt er keine Stellungnahme ab, greift die gesetzliche Vermutung, wonach die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht. Sollten auch dem Gericht keine Gründe bekannt sein, die gegen eine gemeinsame Sorge sprechen, kommt es zu einer Übertragung dieser.<sup>143</sup>

Auch § 1671 BGB soll geändert werden, § 1672 BGB in weitere Folge aufgehoben.

---

*gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.*

*(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.“*

<sup>143</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung 15,21ff.

Mit der Neuregelung des § 1671 BGB<sup>144</sup> soll dem Vater, auch ohne Zustimmung der Mutter die Möglichkeit offen stehen, die Alleinsorge erlangen zu können. Nunmehr bedarf es für eine Übertragung nicht mehr einer vorausgehenden Übertragung der Alleinsorge von der Mutter auf den Vater. Es gibt zwei Varianten. Zum einen kann der Vater einen Antrag stellen und auf die Zustimmung der Mutter hoffen. Sollte diese die Zustimmung erteilen und auch das Kind, sofern es das 14. Lebensjahr erreicht hat, der gemeinsamen Sorge nicht widersprechen, bedarf es noch einer negativen Kindeswohlprüfung, bevor die elterliche Sorge auf den Vater übertragen werden kann. Diese gerichtliche Kontrolle gewährleistet, dass Eltern ein bestehendes Sorgerechtsverhältnis nicht durch bloßen Konsens abändern können. Die Differenzierung zwischen § 1671 Abs 1 Nr 1 BGB-E und § 1671 Abs 2 Nr 1 BGB-E lässt sich dadurch rechtfertigen, dass es im zweiten Fall zu einem völligen Austausch der elterlichen Bezugsperson für das Kind kommt und so eine gerichtliche Kontrolle in Form der negativen Kindeswohlprüfung unabdingbar ist.

Zum anderen kann ihm die alleinige Sorge, oder Teiler dieser, immer dann übertragen werden, wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht. Dabei ist die Übertragung unabhängig von der Zustimmung der Mutter. Damit wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt, wonach das Elternrecht eines Vaters verletzt ist, wenn ihm nicht die Chance gegeben wird gerichtlich überprüfen lassen zu können, ob es aus Gründen des Kindeswohls nicht angebracht wäre, ihm die Alleinsorge zu übertragen. So kann gewährleistet

---

<sup>144</sup> idF des Entwurfs: (1) *Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit*  
1. *der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, das Kind hat das vierzehnte Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder*  
2. *zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.*  
(2) *Leben Eltern nicht nur vorübergehend getrennt und steht die elterliche Sorge nach § 1626a Absatz 3 der Mutter zu, so kann der Vater beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit*  
1. *die Mutter zustimmt, es sei denn, die Übertragung widerspricht dem Wohl des Kindes oder das Kind hat das vierzehnte Lebensjahr vollendet und widerspricht der Übertragung, oder*  
2. *eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und zu erwarten ist, dass die Übertragung auf den Vater dem Wohl des Kindes am besten entspricht.*  
(3) *Ruht die elterliche Sorge der Mutter nach § 1751 Absatz 1 Satz 1, so gilt der Antrag des Vaters auf Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach § 1626a Absatz 2 als Antrag nach Absatz 2. Dem Antrag ist stattzugeben, soweit die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Vater dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.*  
(4) *Den Anträgen nach den Absätzen 1 und 2 ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.“*

werden, dass in jenen Fällen, in denen eine gemeinsame Sorge der Eltern wegen mangelnder Kooperation und Beeinträchtigung des Kindeswohls ausscheidet, immer der am besten geeignete Elternteil mit der Sorge für das Kind betraut wird. In weiterer Folge kommt es dabei zu einer Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern, da keine Gründe für eine Ungleichbehandlung ersichtlich sind.<sup>145</sup>

Mit diesem Entwurf soll es beiden Elternteilen ermöglicht werden, den anderen mit Hilfe des Familiengerichtes in die gemeinsame Sorge einzubinden. Zusätzlich soll dem Vater der Zugang zur Alleinsorge für sein uneheliches Kind auch ohne die Zustimmung der Mutter eröffnet werden, sofern eine gemeinsame Sorge nicht in Betracht kommt und die Übertragung dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Wann dieser Gesetzesentwurf endgültig in Kraft treten wird ist noch unklar. Er wurde am 4. Juli 2012 vom Kabinett beschlossen und muss nunmehr noch vom Bundestag und vom Bundesrat verabschiedet werden.<sup>146</sup>

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist, dass der deutsche Gesetzgeber diese Reaktion auf das Urteil des EGMR zeigt. Denn bereits das deutsche BVerfG hat festgestellt, dass die EMRK in der deutschen Rechtsordnung nur im Rang eines einfachen Bundesgesetzes steht und somit unter dem deutschen GG. Doch hat es auch ausgeführt, dass die EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des deutschen GG zu berücksichtigen ist. Auf Grund der Rangordnung ist es umso bemerkenswerter, dass eine Entscheidung des EGMR zu einer grundlegenden Gesetzesänderung in Deutschland geführt hat bzw führt.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung 26f.

<sup>146</sup> [http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/_node.html) (Stand 21.9.2012).

<sup>147</sup> BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004, Absatz-Nr 32, 47, 62  
[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html) (Stand 21.9.2012).

### 3.2 *Sporer* gegen Österreich, EGMR 3.2.2011 Nr 35637/03<sup>148</sup>

Auch die Republik Österreich war in ein Verfahren vor dem EGMR verwickelt, in dem es um die Diskriminierung unverheirateter Väter beim Sorgerecht ging.

#### 3.2.1 Sachverhalt

Im Jahr 2000 kam das uneheliche Kind von *Sporer* zur Welt. Die Lebenssituation der Eltern sah so aus, dass die Kindesmutter in einer separaten Wohnung als Mieterin von *Sporer* lebte, *Sporer* selbst bewohnte mit seiner langjährigen Lebenspartnerin und deren Sohn eine eigene Wohnung im selben Haus.

Im ersten Jahr kümmerten sich die Eltern abwechselnd um ihr Kind und nahmen nacheinander Erziehungsurlaub. Erst als die Mutter 2002 aus der Wohnung auszog, stellte der Vater bei Gericht einen Antrag auf Übertragung der alleinigen Obsorge gem § 176 ABGB mit der Begründung, die Mutter sei unreif und nicht in der Lage sich um ihr Kind zu kümmern. Um den Zustand der Mutter einzuschätzen, einigte man sich einen Sachverständigen heranzuziehen. Bis zu einer endgültigen Entscheidung einigten sich die Eltern darauf, dass das Kind mit jedem Elternteil jeweils eine halbe Woche verbringt.

Der engagierte Kinderpsychiater kam zu dem Entschluss, die Mutter sei unreif und derzeit nicht in der Lage gewesen sich um das Kind zu kümmern. Da der Vertreter des Jugendamtes dem widersprach wurde ein weiterer Sachverständige herangezogen, der zu dem Ergebnis kam, die Mutter würde weder mangelnde Reife, noch emotionale Instabilität aufweisen und könne sich darum um ihr Kind kümmern. Auf Antrag des Vaters wurde ein dritter Sachverständiger angerufen, der die Meinung des zweiten SV bestätigte und bei einem Verbleib des Kindes bei der Mutter keine Gefährdung des Kindeswohls sah.

Auf Grund der fehlenden Kindeswohlgefährdung war eine Übertragung der Obsorge auf den unehelichen Vater nicht möglich und die alleinige Obsorge kam gem § 166 ABGB der Mutter zu. Dieses Urteil wurde in zweiter Instanz bestätigt, eine außerordentliche Revision blieb erfolglos.

---

<sup>148</sup> EGMR U 3.2.2011, *Sporer* gegen Österreich, Nr 35637/03 EF-Z 2011/33, 56 = Zak 2011/80, 48 = iFamZ 2011/52, 61 = UVS-Slg 2011/68, 43 = NLMR 2011, 35 = ÖJZ MRK 2011/3, 525.

Da der innerstaatliche Instanzenzug nun ausgeschöpft war, wandte sich *Sporer* mit der Begründung an den EGMR, er sehe sich als uneheliche Vater zum einen gegenüber der Mutter diskriminiert, weil er ohne ihre Zustimmung keine Möglichkeit hat das gemeinsame Sorgerecht zu erhalten, zum anderen gegenüber verheirateten und geschiedenen Vätern diskriminiert, die nach der Trennung bzw Scheidung das gemeinsame Sorgerecht aufrecht erhalten können. Somit sah er sich in seinem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK iVm Art 14 EMRK verletzt und diskriminiert.<sup>149</sup>

(Die Behauptung in seinem Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 EMRK verletzt worden zu sein, bleibt hier unberücksichtigt.)

### 3.2.2 Rechtliche Würdigung des EGMR

Vorweg betont der EGMR, wie bereits in der Entscheidung *Zaunegger* gegen Deutschland, dass der Anwendungsbereich des Art 8 EMRK auch bei „de facto-Familienbeziehungen“ eröffnet ist. Die Frage, ob es sich um eine Familie iSd Art 8 EMRK handelt, ist eine Tatsachenfrage und kann anhand der persönlichen Bindung sowie dem Interesse des Vaters an seinem Kind, sowohl vor, als auch nach der Geburt, gemessen werden. Im vorliegenden Fall hat der Vater nach der Geburt Karenzurlaub genommen. Des Weiteren erhielt das Kind den Nachnamen des Vaters und hielt sich bis zur Entscheidung des Sorgerechtsstreites jeweils eine halbe Woche bei ihm auf, weswegen ein Familienleben iSd Art 8 EMRK zu bejahen war.

Danach ging der EGMR auf die geltende österreichische Rechtslage ein, und erkannte in den Normen eine Kategorisierung der Eltern. Zum einen unterscheidet unser ABGB zwischen den ehelichen Eltern, denen während ihrer Ehe die Obsorge gemeinsam zusteht. Selbst nach Trennung oder Scheidung bleibt diese aufrecht. Zum anderen gäbe es die unehelichen Eltern, bei denen die Obsorge für ein uneheliches Kind der Mutter alleine übertragen wird. Eine gemeinsame Obsorge kommt nur in Betracht, wenn die Eltern einen Antrag stellen und diese im Sinne des Kindeswohls ist. Ohne Zustimmung der Mutter sei es allerdings

---

<sup>149</sup> *Nademleinsky*, EGMR verurteilt Österreich wegen Ausschlusses unehelicher Väter von der Obsorge ungeachtet des Kindeswohls, EF-Z 2011/33, 56.



nicht möglich eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, in der überprüft wird, ob eine gemeinsame Obsorge nicht besser für das Wohl des Kindes wäre. Dem Vater bleibe nur die Möglichkeit einen Antrag auf alleinige Obsorge zu stellen, die ihm jedoch nur dann übertragen wird, wenn die Mutter das Wohl des Kindes gefährdet.

Genau diese Ungleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Vätern prangerte der EGMR an. Denn mangels Zustimmung der Mutter war es den Gerichten nach geltender Rechtslage nicht möglich zu überprüfen, ob eine gemeinsame Obsorge dem Kindeswohl dienen würde. Des Weiteren konnte es nicht überprüfen, welcher Elternteil besser für die Ausübung der Obsorge geeignet wäre. Es blieb ihm nur die Prüfung, ob die Mutter gem § 176 ABGB das Wohl des Kindes gefährden würde, was mittels zwei Sachverständigengutachten verneint wurde.

Im vorliegenden Fall war es für den Gerichtshof nicht ersichtlich, warum *Sporer*, der ab dem Zeitpunkt der Geburt seiner Vaterrolle gerecht wurde, keine gerichtliche Überprüfungsöglichkeit wie jenen Vätern zustand, die sich von der Kindesmutter getrennt haben oder scheiden ließen. In dieser Ungleichbehandlung sah der EGMR eine Verletzung von Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK.<sup>150</sup>

### 3.2.3 Reaktionen auf das Urteil

#### 3.2.3.1 Lehre

*Klaar*<sup>151</sup> äußerte sich zu der Entscheidung des EGMR kritisch. Ihrer Ansicht nach bedarf es in Österreich keiner Gesetzesänderung im Bereich der Obsorge. Der Fall *Sporer* gegen Österreich wäre ihrer Meinung nach so ungewöhnlich und ausgefallen, weswegen mit einer ähnlichen Sachverhaltskonstellation in Zukunft nicht zu rechnen sei, und aus diesem Grund die am Kindeswohl orientierte Rechtslage nicht geändert werden soll.

---

<sup>150</sup> *Nademleinsky*, EF-Z 2011/33, 56.

<sup>151</sup> *Klaar*, Ausschluss einer gerichtlichen Einzelfallprüfung der Obsorgeregelung diskriminiert den Vater eines unehelichen Kindes, iFamZ 2011/52, 61 (62f).

Sie begründete ihre Äußerung dahingehend, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, vor allem im Familienrecht, widerstreitende Interessen zu ordnen. Dabei sah der österreichische Gesetzgeber das Wohl des Kindes als wichtigstes zu schützendes Rechtsgut an. Und um dieses zu schützen, ist es durchaus legitim, nach der Geburt eines unehelichen Kindes die Mutter mit dessen Obsorge zu betrauen. In diesem Punkt sind sich *Klaar* und der EGMR noch einig.

Nur wenn die beiden Elternteile miteinander verheiratet sind, geht der Gesetzgeber von dem zur Obsorgeausübung notwendigen Einvernehmen zwischen diesen aus, weswegen eine gemeinsame Obsorge kraft Gesetzes gerechtfertigt scheint. Doch bei unverheirateten Eltern kann das Gesetz diese Vermutung bezüglich des Einvernehmens nicht aufstellen. Vielmehr könnte man aus dem Zustand der Ehelosigkeit den Schluss ziehen, dass zumindest ein Elternteil diese enge Bindung und die damit verbundenen Verpflichtungen nicht eingehen möchte. Somit soll diesen Eltern die gemeinsame Obsorge nur dann zukommen, wenn sie diese auch vereinbaren. Sollten die Eltern diesbezüglich keine Einigung zustande bringen, impliziert ihre Unfähigkeit in diesem Bereich die Unfähigkeit die Obsorge einvernehmlich auszuüben.

*Klaar* vertritt die Ansicht, eine kindeswohlgerichte Obsorge mehrerer Personen sei nur dann möglich, wenn diese sich sowohl über Erziehungsziele und -methoden einig sind, als auch die Bereitschaft zeigen, differenzierte Auffassungen diesbezüglich zu diskutieren und abweichende Erziehungsmethoden des anderen zu akzeptieren. Dies trifft auch auf uneheliche Eltern zu. Nur so kann gewährleistet werden, dass das Kind nicht zur „Kampfzone“ wird, in der die Eltern versuchen noch nicht überwundene Partnerschaftskonflikte auszutragen oder den Expartner zu kränken indem zB einer versucht den anderen von der Richtigkeit seiner Erziehungsmethode zu überzeugen. Dies würde nur zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls führen.

Aus diesen Gründen ist es auch gerechtfertigt, dass nach geltendem österreichischen Recht, eine gemeinsame Obsorge nur vereinbart, aber nicht gerichtlich angeordnet werden kann.

Zusätzlich führt *Klaar* an, dem nichtobsorgeberechtigten Elternteil stünde ohnehin ein Besuchsrecht in einem dem Kind altersgemäßem Ausmaß zu.

Da durch das geltende österreichische Recht das Wohl des Kindes am besten geschützt ist, bedarf es ihrer Meinung nach keiner Gesetzesänderung im Bereich der Obsorge für uneheliche Kinder.

Ich kann die Auffassung und Argumentation von *Klaa*r zwar teilweise verstehen, aber nicht immer ganz nachvollziehen. Ich finde sie verallgemeinert in ihren Beispielen zu sehr, vor allem wenn sie davon ausgeht, dass auf Grund der Ehelosigkeit darauf geschlossen werden kann, ein Elternteil möchte die mit einer Ehe verbundenen Pflichten nicht eingehen. Ich bin der Meinung, eine Ehe ist heutzutage nicht mehr notwendig, um eine Einigkeit oder gemeinsame Verpflichtung zeigen zu wollen.

*Klaa*r führt in ihrer Anmerkung auch an, sie befinde es nicht für gut, wenn „Zufallsväter“, die weder mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben, noch sich jemals wirklich darum gekümmert haben, das Recht bekommen sollen, eine gemeinsame Obsorge beantragen zu können. Doch möchte ich gerne den „Zufallsvater“ sehen, der freiwillig die Pflichten und die Kosten für ein Kind übernimmt, das er niemals haben wollte und um welches er sich bis jetzt auch nie gekümmert hat. Ich glaube nicht, dass einer dieser Väter eine gemeinsame Obsorge überhaupt anstreben wird.

### 3.2.3.2 Rechtsprechung

Auch der Verfassungsgerichtshof regierte sowohl auf das Urteil *Sporer* gegen Österreich als auch auf *Zaunegger* gegen Deutschland.

Anlass war ein Antrag des Landesgerichts für Zivilrechtsachen Wien, das den ersten Satz des § 166 ABGB in seiner geltenden Fassung als unvereinbar mit Art 8 und 14 EMRK erachtet hat, und diesen somit, in Anlehnung an das Urteil *Sporer* gegen Österreich, auf seine Verfassungskonformität prüfen ließ.

Das LGZ Wien hatte folgenden Fall zu beurteilen:

Im Februar 2006 wurde die uneheliche Tochter des Antragstellers geboren, der bis 2009 mit der Kindesmutter eine Lebensgemeinschaft führte. Im Dezember 2009 beantragte dann der Vater die Übertragung der alleinigen Obsorge auf ihn,

da sich die Mutter nicht um ihr Kind kümmere. Außerdem habe die Kindesmutter die Tochter vom Kindergarten abgemeldet, weswegen sie seither vormittags immer bei der Großmutter sei, die auf Grund ihres Geisteszustandes nicht in der Lage sei sich angemessen um das Kind zu kümmern. Somit sei sowohl das psychische, als auch das physische Wohl des Kindes beeinträchtigt. Des Weiteren wäre die Alleinobsorge des Vaters ein ausdrücklicher Wunsch des Kindes. Der Antrag des Vaters auf die alleinige Obsorge wurde mit der Begründung zurückgewiesen, ein Gutachten hätte ergeben, die Beibehaltung der derzeitigen Obsorgeverhältnisse würde nicht dem Wohl des Kindes schaden.

Der Verfassungsgerichtshof zog in seiner Entscheidung sowohl Parallelen zum Urteil *Zaunegger* gegen Deutschland als auch zum Fall *Sporer* gegen Österreich, wobei er festhält, er sei gem Art 46 EMRK verpflichtet, nur jene Urteile des EGMR zu befolgen, in denen Österreich auch Partei ist. Aus diesem Grund ist er in dem anhängigen Verfahren dazu verpflichtet, einen konventionskonformen Zustand herbeizuführen.

Der VfGH sieht sich dazu verpflichtet, die im Fall *Sporer* gegen Österreich vom EGMR getroffenen Feststellungen zu übernehmen, wonach eine mangelnde gerichtliche Kontrolle der Alleinobsorge der Mutter gem § 166 erster Satz ABGB konventionswidrig ist. Aus diesem Grund hebt er in seiner Entscheidung vom 28.6.2012<sup>152</sup> den ersten Satz des § 166 ABGB „Mit der Obsorge für das uneheliche Kind ist die Mutter allein betraut“ als verfassungswidrig auf. Er begründet seine Entscheidung folgendermaßen:

Die Regelung des § 166 erster Satz ABGB ist für sich gesehen nicht verfassungswidrig. Denn das von ihr verfolgte Ziel, dem unehelichen Kind eine gesetzliche Vertretung zur Seite zu stellen und gleichzeitig die vielen verschiedenen Lebenssituationen in die uneheliche Kinder geboren werden, zu berücksichtigen, ist wichtig und legitim. Doch kann diese Regelung - im Einklang mit den Feststellungen des EGMR im Fall *Sporer* gegen Österreich - nur dann mit Art 14 iVm Art 8 EMRK vereinbar sein, wenn es eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit gibt, die es dem unehelichen Vater ermöglicht, die Obsorge nicht nur in jenen Fällen zu erlangen in denen die Kindesmutter ihre

---

<sup>152</sup> VfGH 28.06.2012, G 114/11 iFamZ 2012/161.

Zustimmung erteilt, sondern auch in all jenen, in denen die Obsorge des Vaters dem Wohl des Kindes am besten entsprechen würde.

Doch steht einem unehelichen Vater solch eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit nach geltendem Recht nicht zu. Auch § 176 ABGB bietet keine gesetzliche Grundlage für eine konventionskonforme Überprüfung und eine mögliche, von § 166 erster Satz ABGB abweichende Regelung.

Demnach kommt es durch § 166 erster Satz ABGB zu einer sachlich ungerechtfertigten Benachteiligung eines unehelichen Vaters sowohl gegenüber der Kindesmutter, als auch gegenüber ehelichen Vätern. Folge dessen verstößt § 166 erster Satz ABGB gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK und war aufzuheben.

Diese Aufhebung tritt mit 31.1.2013 in Kraft. Somit bleibt dem Gesetzgeber noch ein knappes halbes Jahr für eine gesetzliche Neuregelung.

*Ferrari*<sup>153</sup> stellt Überlegungen dahingehend an, was passieren würde, sollte der Gesetzgeber keine Neuregelung bis Ende Jänner 2013 schaffen. Denn in ihren Augen hat das LG Linz den Anfechtungsgegenstand nicht weit genug gezogen. Denn sollte § 166 erster Satz ABGB wegfallen, käme der § 166 zweiter Satz ABGB iVm § 144 ABGB zur Anwendung, wonach beide Elternteile ex lege mit der Obsorge für ihr uneheliches Kind betraut wären, und es bliebe kein Anwendungsbereich mehr für den § 167 Abs 1 erster und zweiter Satz ABGB. Denn Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit, sowie die des § 167 Abs 2 ABGB, ist eine vorrangende alleinige Obsorge der Mutter. Demnach stehen § 166 erster Satz und § 167 erster und zweiter Satz ABGB in einem untrennbaren Zusammenhang, weswegen der Anfechtungsumfang nicht genau durchdacht und unzureichend ist.

---

<sup>153</sup> *Ferrari*, Aufhebung der alleinigen Obsorge der Mutter für uneheliche Kinder, iFamZ 2012/161, 223 (224ff).

### 3.2.3.3 Gesetzgeber

Bereits im Jahr 2010 hat das Bundesministerium für Justiz reagiert, und eine Arbeitsgruppe „Obsorge und Besuch“ eingerichtet, um Neuerungen in diesem Bereich zu erarbeiten und diskutieren. Erster Fortschritt war der Entwurf für ein bereits erwähntes Kindschaftsrechts- Änderungsgesetz 2012. Dieses soll vor allem Neuerungen im Bereich der Obsorge nach der Scheidung und bei der Obsorge für uneheliche Kinder bringen. Dabei war es ein Anliegen, die Position der Kinder zu stärken und dies auch im Gesetz zum Ausdruck zu bringen. Zusätzlich sollte im Bereich des Kindschaftsrechts das Alter des Kindes stärker Berücksichtigung finden. Des Weiteren wurde eine gesetzliche Definition für den Begriff des Gewaltverbots diskutiert.<sup>154</sup> Als oberster Leitgedanke soll, wie auch bisher, das Wohl des Kindes stehen. Diskutiert wurde im Bereich der Obsorge nach Scheidung darüber, ob eine gemeinsame Obsorge nach der Scheidung nur noch dann aufgehoben werden soll, wenn diese dem Wohl des Kindes widerspricht. Im Bereich der Obsorge für uneheliche Kinder sollte weiterhin möglich sein, den unehelichen Vater mittels Vereinbarung an der Obsorge zu beteiligen. Sollte dies nicht möglich sein, sollte ihm zusätzlich ein Antragsrecht zustehen um die Obsorge erlangen zu können. Nach längeren Diskussionen wurde im Februar 2011 ein erster Entwurf veröffentlicht.

---

<sup>154</sup>Sitzungsbericht der Arbeitsgruppe Obsorge und Besuch vom 18.10.2010 <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c94848525f84a63012c173a7bdb239b.de.0/sitzungsberichte-sammler.pdf> (Stand 21.9.2012).

## 4 Obsorge nach dem Kindschaftsrechts- Änderungsgesetz 2012

Durch das KindRÄG 2012 erfährt das dritte Hauptstück des ABGB einige Änderungen.

Im Folgenden werden die Neuerungen des materiellen Rechts des KindRÄG 2012 für die Obsorge näher vorgestellt.

Zuerst wird der § 137 ABGB neu formuliert. Dieser lautet in der Fassung des Entwurfs:

*„§ 137. (1) Eltern und Kinder haben einander beizustehen, mit Achtung und Anstand zu begegnen, zueinander Kontakt zu halten und erforderlichenfalls einander Unterhalt zu leisten. Sie haben sich so zu verhalten, dass das Verhältnis zwischen dem Kind und jedem Elternteil und zwischen den Elternteilen nicht beeinträchtigt wird. Die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter sind, soweit nicht anderes bestimmt ist, gleich.*

*(2) Eltern haben das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge und Geborgenheit zu gewähren, ein gedeihliches Heranwachsen zu ermöglichen sowie die Obsorge wahrzunehmen. Minderjährige Kinder haben sie in ihrer Person zu respektieren. Die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig.*

*(3) In allen Angelegenheiten, die die Obsorge oder den persönlichen Verkehr betreffen, ist das Wohl des minderjährigen Kindes (Kindeswohl) als oberster Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen. Bei der Beurteilung des Kindeswohls sind insbesondere zu berücksichtigen*

- 1. die Bedürfnisse, Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes;*
- 2. der Anspruch des Kindes auf Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung;*
- 3. das Bedürfnis des Kindes nach engen und guten Kontakten zu beiden Elternteilen;*
- 4. die Meinung des Kindes in Abhängigkeit von dessen Verständnis und der Fähigkeit zur Meinungsbildung;*
- 5. die Beeinträchtigung, die das Kind durch die Um- und Durchsetzung einer seinem Willen zuwiderlaufenden Maßnahme erleidet;*
- 6. das Risiko für das Kind oder für seine Familienmitglieder, Übergriffen ausgesetzt, entführt oder festgehalten zu werden oder sonst zu Schaden zu kommen;*
- 7. das wirtschaftliche Wohlergehen des Kindes und die Wahrung seiner Rechte, Ansprüche und Interessen, sowie*

*8. die Lebensverhältnisse des Kindes und seiner Umgebung, insbesondere seiner Eltern.*<sup>155</sup>

Durch die Umgestaltung des § 137 ABGB sollen die grundlegenden Ziele und Werte des Kindschaftsrechts im Gesetz verankert werden. Dies wird unter anderem durch die neue Überschrift deutlich, die nun „Allgemeine Grundsätze und Kindeswohl“ lautet an Stelle von „Allgemeine Rechte und Pflichten“.

In § 137 ABGB nF werden die Stellung der Eltern sowie deren Pflichten genauer umschrieben. Zum einen müssen sie von den Minderjährigen respektiert werden, zum anderen werden ihnen Ziele und Mittel bezüglich der Obsorge vorgegeben. Sie sollen das Wohl ihrer minderjährigen Kinder fördern und ihnen ein gedeihliches Heranwachsen ermöglichen. Dies soll mittels Fürsorge und Geborgenheit unter Ausschluss jeglicher Gewalt und Zufügung seelischen oder körperlichen Leides erreicht werden.

Sehr zu begrüßen ist, dass das Wohl des Kindes als „oberster Gesichtspunkt“ angesehen wird. Zwar nimmt der Gesetzgeber auch mit diesem KindRÄG keine genaue Definition dieses Begriffs in das Gesetz auf, doch gibt es nun mehrere Punkte, die bei dessen Beurteilung zu berücksichtigen sind. Neu ist zB der Anspruch des Kindes auf Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung. Dies nimmt Bezug auf die emotionalen Bedürfnisse des Kindes. Außerdem soll dem Bedürfnis des Kindes nach engem und gutem Kontakt zu beiden Elternteilen entsprochen werden. Dieser Punkt steht im Einklang mit dem neuen § 148 ABGB der eine Besuchsregelung in einem festgesetzten Ausmaß vorsieht. (siehe unten)

Auch die Regelung des Absatz 1 steht damit in Zusammenhang, wonach sich sowohl Eltern als auch Kinder so zu verhalten haben, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern sowie den Eltern untereinander nicht beeinträchtigt wird.

Zusätzlich soll bei jeder dem Kindeswillen entgegenstehenden Entscheidung bedacht werden, welche negativen Folgen diese für das Kind haben könnte. Dies stellt meiner Ansicht nach einen Appell an die Eltern dar, ihren eigenen

---

<sup>155</sup> § 137 ABGB idF des Entwurfs.



Egoismus beiseite zu lassen und die Wünsche des Kindes in den Vordergrund zu rücken.

Des Weiteren soll immer das Risiko eines möglichen Übergriffes, einer Entführung oder einer Freiheitsentziehung für das Kind oder ein Familienmitglied berücksichtigt werden. Hierdurch soll das Kind vor jeglichem Schaden geschützt werden. Diese Regelung erachte ich als übertrieben. (siehe kritische Würdigung unten)

Auch das wirtschaftliche Wohlergehen sowie die Wahrung seiner Rechte, Ansprüche und Interessen sind bei der Beurteilung des Wohls des Kindes zu berücksichtigen.

Von § 178a ABGB aF unverändert übernommen wurde die Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten sowie die Lebensverhältnisse der Eltern, weswegen dieser mit dem neuen KindRÄG überflüssig wird und entfällt. Übersehen wurde dabei die Berücksichtigung der Persönlichkeit des Kindes in den neuen § 137 ABGB aufzunehmen, die sich auch an keiner anderen Stelle des Gesetzes im Zusammenhang mit dem Wohl des Kindes findet. Doch ist die Aufzählung des neuen § 137 ABGB nicht abschließend, was durch das „insbesondere“ zum Ausdruck kommt. So kann immer noch auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden und die Persönlichkeit des Kindes weiterhin berücksichtigt werden.

*„§ 144. (1) Jeder Elternteil ist unter Wahrung des Wohles des Kindes im Rahmen der Obsorge dem minderjährigen Kind gegenüber verpflichtet,*

*1. das Kind zu pflegen und zu erziehen,*

*2. soweit erforderlich den Wohnsitz und den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen sowie dem Kind die erforderliche medizinische und soziale Betreuung zu gewähren;*

*3. einen den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden persönlichen Verkehr des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern;*

*4. soweit erforderlich das Vermögen des Kindes zu verwalten;*

*5. das Kind in der Pflege und Erziehung, der Vermögensverwaltung und in sonstigen Angelegenheiten zu vertreten und*

*(2) Soweit dies zur Erfüllung der Obsorge erforderlich ist, kommen den Eltern die entsprechenden Rechte zu.*

*(3) Bei Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Obsorge sollen die Eltern einvernehmlich vorgehen.*<sup>156</sup>

Durch die Neuformulierung des § 144 ABGB wird noch deutlicher gemacht, dass die Obsorge eine Pflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern ist. Denn diese sind dazu „verpflichtet“, das minderjährige Kind zu pflegen, zu erziehen, den Aufenthaltsort zu bestimmen und für dessen medizinische und soziale Betreuung zu sorgen. Weiterhin haben sie das Vermögen des Kindes zu verwalten und dieses in jeglichen Angelegenheiten zu vertreten.

Durch die Aufzählung der Verpflichtungen wird der Aufgabenbereich der Eltern näher ausgeführt. Zu beachten ist jedoch die Neuformulierung „soweit erforderlich“ bezüglich der Aufenthaltsbestimmung und der Vermögensverwaltung des Kindes. Hierbei stellt sich die Frage nach dem Inhalt des Erfordernisses. (siehe Kritische Würdigung)

*„§ 148. (1) Lebt ein Elternteil mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, so haben das Kind und dieser Elternteil das Recht auf regelmäßigen und den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden persönlichen Verkehr. Die Ausübung des persönlichen Verkehrs sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils die Ausübung dieses Rechtes in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise zu regeln. Die Regelung hat die Herstellung und Intensivierung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen. Dabei hat das Gericht insbesondere das Alter, die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung zu berücksichtigen. Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, hat der persönliche Verkehr zu einem schulpflichtigen Kind das Ausmaß von mindestens zwei Tagen innerhalb von zwei Wochen sowie in den Ferien eine Woche im Winter und zwei Wochen im Sommer zu erreichen.*

*(2) Derjenige Elternteil, der mit dem minderjährigen Kind im gemeinsamen Haushalt lebt, hat die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern. Das Gericht hat nötigenfalls, insbesondere wenn dieser andere Elternteil seine Verpflichtung aus § 137 Abs. 1 zweiter Satz nicht erfüllt, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr einzuschränken oder zu untersagen.*

*(3) Zwischen Enkeln und ihren Großeltern gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend. Die Ausübung des Rechtes der Großeltern ist jedoch auch so weit einzuschränken*

---

<sup>156</sup> §144 ABGB idF des Entwurfs.

*oder zu untersagen, als sonst das Familienleben der Eltern (eines Elternteils) oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde.*

*(4) Wenn der persönliche Verkehr des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten dem Wohl des Kindes dient, hat das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder des Dritten, sofern dieser zu dem Kind in einem familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung des persönlichen Verkehrs nötigen Verfügungen zu treffen. Solche Verfügungen hat es auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.“<sup>157</sup>*

In § 148 ABGB nF wird das Besuchsrecht für jene Fälle neu geregelt, in denen das Kind nicht mit beiden Elternteilen in einem gemeinsamen Haushalt lebt.

Demnach haben das Kind sowie dieser Elternteil ein Recht auf regelmäßigen und den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden, persönlichen Verkehr. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass das Kind und dessen Wohl im Vordergrund stehen.

Es wird ein gesetzliches Ausmaß festgelegt, wonach für ein schulpflichtiges Kind 2 Tage, alle 2 Wochen sowie jeweils eine Woche in den Winterferien und zwei Wochen in den Sommerferien vorgesehen sind. Durch die Formulierung „sofern nicht besondere Umstände vorliegen“ bleibt jedoch Platz für die Berücksichtigung von Einzelfällen. Denn diese Regelung stellt nur ein Richtmaß dar. Bei der Beurteilung was gut für das Kind ist, hat das Gericht vor allem das Alter, die Bedürfnisse und dessen Wünsche zu berücksichtigen. Zusätzlich muss die Intensität der bisherigen Beziehung zwischen Elternteil und Kind beachtet werden, um nicht einen der beiden durch die Festlegung des Besuchsrechts auszugrenzen oder gar zu überfordern.

Durch die Neufassung des Besuchsrechts wurde die ständige Rechtsprechung des OGH<sup>158</sup> gesetzlich verankert, wonach ein Besuchsrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen sowie vier Wochen in den Ferien üblich sind.

Erstmals hat der Gesetzgeber ausdrücklich das Ziel des Besuchsrechts normiert, nämlich die Herstellung und Intensivierung des besonderen Naheverhältnisses

---

<sup>157</sup> § 148 ABGB idF des Entwurfs.

<sup>158</sup> OGH 6 Ob 20/97b ÖA 1998, F 149 = ÖA 1998, F 158 = EFSIlg 83.185 = EFSIlg 83.195 = EFSIlg 83.197 = EFSIlg 83.199 = EFSIlg 85.696.

zwischen Eltern und Kind, die nicht an eine häusliche Gemeinschaft gebunden ist.

Neu ist auch, dass der Absatz 2 nF nicht länger Bezug auf das in § 145b ABGB aF normierte Wohlverhaltensgebot nimmt, sondern auf den § 137 Abs 1 Satz 2 ABGB nF. Doch stellt sich hierbei die Frage, ob es sich dabei um einen gleichwertigen Ersatz handelt. In Bezug auf den persönlichen Verkehr ist die Bestimmung des § 137 Abs 1 Satz 2 ABGB nF ausreichend. Denn auch dieser normiert eine Pflicht, wonach die Eltern alles zu unterlassen haben was die Beziehung zu dem Kind bzw untereinander beeinträchtigen könnte. Und, dass das Wohl des Kindes oberste Priorität hat, wurde bereits zu Beginn des dritten Hauptstückes des ABGB deutlich gemacht, weswegen es einer weiteren Wiederholung nicht bedarf.

Der Absatz 4 wird dahingehend geändert, dass aus der negativen Formulierung eine positive wird. Nun ist der persönliche Verkehr zu einen Dritten immer dann zu gewähren, wenn dieser für das Wohl des Kindes dienlich ist. Des Weiteren steht nun auch dem Dritten das Recht zu, einen Antrag bei Gericht zu stellen, die nötigen Verfügungen bezüglich der Regelung des persönlichen Verkehrs zu treffen, sofern dieser zu dem Kind in einem verwandtschaftlichen Verhältnis steht bzw gestanden ist.

Als Reaktion auf die Urteile des EGRM in den Fällen *Zaunegger* gegen Deutschland und *Sporer* gegen Österreich wird vor allem die Obsorge für uneheliche Kinder neu geregelt. Aus diesem Grund wurde der § 167 ABGB reformiert und ein neuer § 167a ABGB eingefügt.

*„§ 167. (1) Die Mutter und der Vater des unehelichen Kindes können, sofern keine entgegenstehende gerichtliche Entscheidung vorliegt, in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind. Die Bestimmung wird wirksam, sobald die Erklärungen beider Elternteile dem Standesbeamten zugekommen sind. Leben die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft, so gilt § 177 Abs. 2 und 3 entsprechend. Soll das Kind im Haushalt beider Eltern oder im Haushalt des Vaters hauptsächlich betreut werden, so muss auch dieser, vorbehaltlich des § 145a, mit der gesamten Obsorge betraut sein.*

*(2) Beantragt ein Elternteil die Aufhebung der Obsorge beider Eltern, so gilt § 177a Abs. 1 entsprechend.*<sup>159</sup>

*„§ 167a. (1) Insoweit ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, kann er bei Gericht beantragen, mit der Obsorge betraut zu werden. Das Gericht hat nach Maßgabe des Wohles des Kindes auszusprechen, ob die Mutter oder der Vater allein oder beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind. Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut und leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, so hat das Gericht festzulegen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen soll.*

*(2) § 177c ist entsprechend anzuwenden.*<sup>160</sup>

§ 167 ABGB nF ermöglicht es den unverheirateten Eltern mittels übereinstimmender Willenserklärung die Obsorge für ihre Kinder gemeinsam auszuüben. Dazu bedarf es einer öffentlichen bzw öffentlich beglaubigten Urkunde, die dem Standesbeamten übermittelt wird, in der die Eltern die gemeinsame Obsorge vereinbaren. Dazu bedarf es keiner gerichtlichen Genehmigung mehr. Sobald die Urkunde dem Standesbeamten zukommt, sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut. Auch eine gerichtliche Prüfung dahingehend, ob eine gemeinsame Obsorge dem Wohl des Kindes am besten entspricht, gibt es nicht mehr. Hier vertritt der Gesetzgeber wohl dieselbe Ansicht wie der deutsche Gesetzgeber, wonach eine gemeinsame Sorge in jeden Fällen den Bedürfnissen des Kindes am besten entspricht. (siehe oben)

Einzige Voraussetzung ist, dass die Eltern in einer häuslichen Gemeinschaft leben.

Durch die Formulierung „sofern keine entgegenstehende gerichtliche Entscheidung vorliegt“ soll verdeutlicht werden, dass die Eltern durch bloße Willensübereinstimmung eine gerichtliche Entscheidung nicht umgehen können.

Sollten die Eltern nicht in einer häuslichen Gemeinschaft leben, aber dennoch die gemeinsame Obsorge anstreben, haben sie nach § 177 Abs 2 und 3 ABGB nF vorzugehen. Demnach haben die Eltern zwei Optionen: entweder sie schließen vor Gericht eine Vereinbarung darüber, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut werden soll, oder sie legen dem Gericht einen

---

<sup>159</sup> § 167 ABGB idF des Entwurfs.

<sup>160</sup> § 167a ABGB idF des Entwurfs.

Betreuungsplan vor, wonach das Kind in den Haushalten beider Elternteile betreut werden soll, und beide Betreuungsleistungen in wesentlichem Umfang übernehmen wollen.

Demnach bedarf es keines hauptsächlichen Aufenthaltsortes des Kindes mehr – dem noch 2001 verpönten Wechselmodell sind Tür und Tor geöffnet.

Auf Antrag eines Elternteils kann die gemeinsame Obsorge auch wieder aufgehoben werden. (Da in diesem Fall § 177a Abs 1 ABGB nF sinngemäß gilt siehe unten)

§ 167a ABGB nF trägt der Rechtsprechung des EGMR Rechnung. Zwar bleibt § 166 ABGB erhalten, und die Obsorge für ein uneheliches Kind wird zuerst der Mutter übertragen, doch ermöglicht es nun § 167a ABGB nF dem Elternteil, der nicht mit der Obsorge für das Kind betraut ist, unabhängig von der Zustimmung des anderen Elternteils die Obsorge zu erhalten. Die geschlechtsneutrale Formulierung macht deutlich, dass dieses Recht sowohl dem unehelichen Vater, als auch der unehelichen Mutter zusteht, selbst wenn diese Fälle eher gering sein werden.

Dazu bedarf es bloß des Antrags eines Elternteils. Sodann wird ein gerichtliches Verfahren eingeleitet, indem zu prüfen ist, welche Obsorgeform dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Dabei kann das Gericht die Obsorge einem Elternteil alleine übertragen oder die gemeinsame Obsorge beider Elternteile anordnen. Im zweiten Fall hat das Gericht auch zu bestimmen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt zu betreuen hat, sofern zwischen den Eltern keine häusliche Gemeinschaft besteht.

Somit hat nun der nicht obsorgeberechtigte Elternteil die Möglichkeit auch ohne Zustimmung des anderen die Obsorge zu erlangen. Es bedarf zu deren Erlangung auch keiner vorangehenden Kindeswohlgefährdung. Zusätzlich wird mit der gerichtlichen Überprüfung sichergestellt, dass die beste Entscheidung für das Wohl des Kindes getroffen wird.

Eine weitere Änderung bringt das KindRÄG 2012 für die Obsorge nach Auflösung der Ehe der Eltern:

*„§ 177. (1) Wird die Ehe der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, 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) In jedem Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, muss, vorbehaltlich des § 145a, mit der gesamten Obsorge betraut sein.*

*(3) Abweichend von Abs. 2 können die Eltern vor Gericht eine Vereinbarung darüber schließen, dass das Kind in den Haushalten beider Elternteile betreut werden soll, sofern sie sich zugleich bereit erklären, in wesentlichem Umfang Betreuungsleistungen zu erbringen und dem Gericht einen konkreten und umfassenden Betreuungsplan vorlegen.“<sup>161</sup>*

*„§ 177a. (1) Kommt innerhalb angemessener Frist nach Auflösung der Ehe der Eltern eine Vereinbarung nach § 177 über die Betreuung des Kindes oder über die Betrauung mit der Obsorge nicht zustande, so hat das Gericht, auszusprechen, dass die Obsorge beider Eltern aufrecht bleibt und festzulegen, welcher Elternteil das Kind in Hinkunft in seinem Haushalt betreuen soll, sofern aus Sicht des Wohles des Kindes nicht wichtige Gründe dagegen stehen. Ansonsten hat das Gericht einen Elternteil allein mit der Obsorge zu betrauen..*

*(2) Sind beide Eltern nach Auflösung der Ehe mit der Obsorge betraut und beantragt ein Elternteil deren Aufhebung, so hat das Gericht nach Abs. 1 vorzugehen.*

*(3) Insoweit ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, kann er bei Gericht beantragen, mit der Obsorge betraut zu werden. Das Gericht hat nach Maßgabe des Wohles des Kindes auszusprechen, ob die Mutter oder der Vater allein oder beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind und festzulegen welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen soll.“<sup>162</sup>*

Weiterhin bleibt die Grundregel bestehen, wonach die gemeinsame Obsorge nach der Scheidung (Aufhebung und Nichtigerklärung) der Ehe aufrecht bleibt. Auch können die Eltern weiterhin eine Vereinbarung vor Gericht dahingehend treffen, die Obsorge einem Elternteil alleine zu übertragen, oder diejenige eines Elternteils auf gewisse Angelegenheiten zu beschränken.

---

<sup>161</sup> § 177 ABGB idF des Entwurfs.

<sup>162</sup> § 177a ABGB idF des Entwurfs.

Neu ist jedoch, dass nach der Scheidung nicht mehr der hauptsächliche Aufenthaltsort des Kindes bestimmt werden soll, sondern der Haushalt, indem das Kind hauptsächlich betreut werden soll. Durch die neue Wortwahl soll anscheinend sichergestellt werden, dass das Kind nicht bloß ein Dach über dem Kopf hat, sondern einen Ort an dem seine Bedürfnisse befriedigt werden und es sich wohl fühlt.

Als weitere Option steht es den Eltern nun offen, eine sogenannte Doppelresidenz für das Kind zu vereinbaren. Demnach kann das minderjährige Kind in den Haushalten beider Elternteile betreut werden, sofern diese Betreuungsleistungen in wesentlichem Umfang übernehmen wollen, und hätte somit einen Doppelwohnsitz. Voraussetzung dafür ist, dass die Eltern dem Gericht einen genauen und umfassenden Betreuungsplan für das Kind vorlegen.

Erst wenn sich die Eltern nicht in angemessener Frist über die Obsorge einig werden, oder dem Gericht keinen Betreuungsplan vorlegen, schreitet dieses ein. In diesen Fällen soll das Gericht aussprechen, dass die Obsorge beider Eltern aufrechterbleibt. Außerdem hat es den Haushalt festzulegen, indem das Kind betreut werden soll. Nur wenn eine gemeinsame Obsorge nicht dem Wohl des Kindes entspricht, muss das Gericht die Obsorge einem Elternteil alleine zuweisen.

Bei genauer wörtlicher Betrachtung kommt man zu dem Ergebnis, dass sobald die Eltern einen Betreuungsplan gem § 177 Abs 3 ABGB nF vereinbart haben, nicht weiter überprüft wird, ob dieser auch dem Wohl des Kindes entspricht. Der Gesetzgeber geht anscheinend auch hier von der Annahme aus, dass dem Kindeswohl immer dann entsprochen ist, wenn beide Elternteile Interesse für das Kind zeigen. Auch eine mögliche Obsorgevereinbarung gem § 177 Abs 2 ABGB nF wird nicht auf dessen Kindeswohlkonformität geprüft. Nur der neue § 177c ABGB appelliert an die Eltern, das Wohl ihrer Kinder bestmöglich zu wahren. Zwar hat das Gericht nach Absatz 2 Vereinbarungen für unwirksam zu erklären, sofern wichtige Gründe aus Sicht des Kindeswohls dafür sprechen. Doch klingt dies für mich so, als ob erst bei einer ernstlichen Kindeswohlgefährdung das Gericht tätig wird, kleinere Ungereimtheiten werden geduldet.



Mit dem neuen KindRÄG 2012 fällt auch die vermittelnde Position des Gerichts zwischen den Eltern weg. Es hat nicht mehr zu versuchen eine gütliche Einigung herbeizuführen, sondern soll sofort entscheiden, ob eine gemeinsame Obsorge oder eine Alleinobsorge angeordnet wird, wobei der gemeinsamen Obsorge der Vorrang zukommt.

Der neue § 177a Abs 3 ABGB ermöglicht es dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil, die Obsorge für das Kind zu erhalten. Dazu bedarf es weder der Zustimmung des anderen Elternteils noch einer Kindeswohlgefährdung. Diese Bestimmung ist ähnlich dem § 167a ABGB nF. Denn auch hier hat sich das Gericht vom Wohl des Kindes leiten zu lassen, und zu entscheiden, ob eine Alleinobsorge oder die gemeinsame Obsorge beider Eltern das Beste für das Kind ist. Da das Gericht auch aussprechen muss, in welchem Haushalt das Kind betreut werden soll, scheiden hier wohl eine Doppelresidenz und ein Betreuungsplan aus.

*„§ 177b. Die vorstehenden Bestimmungen sind auch anzuwenden, wenn die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes nicht bloß vorübergehend getrennt leben. Doch entscheidet das Gericht in einem solchen Fall über die Obsorge nur auf Antrag eines Elternteils.“<sup>163</sup>*

Neu eingefügt wird auch ein § 177c ABGB:

*„§ 177c. (1) Die Eltern haben bei Vereinbarungen über die Obsorge, den persönlichen Verkehr sowie die Betreuung des Kindes das Wohl des Kindes bestmöglich zu wahren.*

*(2) Vor Gericht geschlossene Vereinbarungen nach Abs. 1 bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner gerichtlichen Genehmigung. Das Gericht hat jedoch solche Vereinbarungen für unwirksam zu erklären und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, wenn aus der Sicht des Wohles des Kindes wichtige Gründe dafür sprechen.“<sup>164</sup>*

Dieser legt Grundsätze für die Vereinbarungen der Eltern über die Obsorge, die Betreuung des Kindes sowie des persönlichen Verkehrs fest. Er verpflichtet die Eltern stets das Wohl des Kindes bestmöglich zu bewahren.

Des Weiteren befreit er jegliche Vereinbarung nach Absatz 1 von einer gerichtlichen Genehmigung. Das Gericht muss jedoch jede Vereinbarung, die

---

<sup>163</sup> § 177b ABGB idF des Entwurfs.

<sup>164</sup> § 177c ABGB idF des Entwurfs.

dem Wohl des Kindes entgegensteht, für nichtig erklären und wenn nötig gegenteilige Verfügungen anordnen.

Fraglich ist, ob es nicht besser wäre, wenn das Gericht gleich jede Vereinbarung prüft und somit präventiv tätig wird, als erst, wenn es zu spät ist und das Wohl des Kindes bereits verletzt wurde.

*„§ 178. (1) Auch wenn ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, hat er die Aufgabe bzw. das Recht,*

*1. mit dem Kind eine persönliche Beziehung einschließlich des persönlichen Verkehrs (§ 148) zu pflegen,*

*2. durch die mit der Obsorge betraute Person von wichtigen Angelegenheiten, insbesondere von beabsichtigten Maßnahmen nach § 154 Abs. 2 und 3, rechtzeitig verständigt zu werden und sich hiezu in angemessener Frist zu äußern,*

*3. von Schulen, Kindergärten sowie Sozial- und Gesundheitseinrichtungen einschließlich privater Gesundheitsdienstleister über die Verhältnisse des Kindes Auskunft sowie Zugang zur Teilnahme an sozialen Aktivitäten der Schulen und Kindergärten zu erhalten,*

*4. den mit der Obsorge betrauten Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten sowie das Kind zu pflegen und zu erziehen, soweit das die Umstände erfordern und sich das Kind rechtmäßig bei ihm aufhält.*

*(2) Wenn der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil durch die Wahrnehmung seiner Rechte nach Abs. 1 das Wohl des Kindes gefährdet oder diese Rechte rechtsmissbräuchlich oder in einer für den anderen Elternteil nicht zumutbaren Weise in Anspruch nimmt, hat das Gericht diese Rechte auf Antrag einzuschränken oder ganz zu entziehen. Die Rechte nach Abs. 1 entfallen, wenn der mit der Obsorge nicht betraute Elternteil grundlos das Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr ablehnt.*

*(3) Findet trotz Bereitschaft des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils ein persönlicher Verkehr mit dem Kind nicht regelmäßig statt, so steht ihm das Recht nach Abs. 1 Z 2 auch in minderwichtigen Angelegenheiten zu, sofern es sich dabei nicht bloß um Angelegenheiten des täglichen Lebens handelt. Die Äußerung nach Abs. 1 Z 2 ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht.*

*(4) Wenn der mit der Obsorge betraute Elternteil die Rechte des anderen nach Abs. 1 beharrlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag, sofern das Wohl des Kindes gefährdet wird, auch von Amts wegen, die angemessenen Verfügungen zu treffen.“<sup>165</sup>*

---

<sup>165</sup> § 178 ABGB idF des Entwurfs.

Mit dem neuen § 178 ABGB werden die elterlichen Aufgaben sowie deren Mindestrechte gesetzlich verankert.

Gleich bleibt für den nicht obsorgeberechtigten Elternteil sein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind. Doch zusätzlich formuliert das Gesetz dieses Recht auch als Aufgabe. Er soll zu dem Kind eine persönliche Beziehung aufbauen und pflegen, da ein Kind grundsätzlich ein Bedürfnis nach beiden Elternteilen verspürt.

Weiterhin steht ihm das Auskunfts- und Äußerungsrecht in wichtigen Angelegenheiten zu.

Neu ist jedoch, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil zusätzlich auch Auskünfte von Schulen, Kindergärten sowie Sozial- und Gesundheitseinrichtungen erhalten soll. Außerdem soll er Zugang zu sozialen Aktivitäten der Schule und Kindergärten erhalten um so am Leben und vor allem am Alltag des Kindes besser teilhaben zu können.

Des Weiteren steht ihm nun das Recht bzw die Aufgabe zu, den mit der Obsorge betrauten Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten.

Weiters hat er das Kind, wenn nötig, zu pflegen und zu erziehen. ME ist dies nur in jenen Fällen denkbar, in denen der andere Elternteil verhindert ist, so zB für Elternsprechtage, oder wenn sich das Kind im Rahmen des Besuchsrechts bei dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil aufhält.

Zusammenfassend sieht der Entwurf zum KindRÄG 2012 folgende Neuerungen vor:

Das KindRÄG 2012 verfolgt das Ziel, das Wohl des Kindes bestmöglich zu gewährleisten. Um dies zu ermöglichen stellt der neue § 137 ABGB Grundsätze auf, die für das gesamte Kindschaftsrecht gelten sollen. Dabei werden neue Anhaltspunkte im Gesetz aufgenommen, die bei der Beurteilung und der Definition des Kindeswohls zu berücksichtigen sind.

Neuerungen bringt der Entwurf vor allem bei der Obsorge unehelicher Kinder. Der nicht obsorgeberechtigten Elternteil (idR der Vater) bekommt nun erstmals

die Möglichkeit die Obsorge auch ohne Zustimmung des anderen Elternteils, und ohne vorangegangener Kindeswohlgefährdung, zu beantragen.

Neu ist auch, dass die Eltern eine Doppelresidenz für ihre Kinder vereinbaren können, wenn sie nicht in einer häuslichen Gemeinschaft leben, und so das Kind in beiden Haushalten betreuen können.

Auch bei der Obsorge nach Scheidung (Aufhebung oder Nichtigkeitklärung) der Ehe bringt der Entwurf Neuerungen. Das Gericht kann nun aussprechen, dass die Obsorge beider Eltern, auch gegen deren Willen, aufrecht bleibt, sofern dies im Interesse des Kindes liegt.

Für jene Fälle der Alleinobsorge, werden die Rechte sowie neu, die Pflichten des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils unter dem Namen „elterliche Aufgaben und Mindestrechte“ neu und weitreichender geregelt.

Konsequent wird mit dem KindRÄG 2012 auch das EheG geändert. Der § 55a EheG über die einvernehmliche Scheidung wird dahingehend geändert, dass dessen Absatz 2 nun keine schriftliche Vereinbarung über den hauptsächlichen Aufenthaltsort bzw die Obsorge fordert, sondern eine schriftliche Vereinbarung über die Betreuung der Kinder und der Obsorge. Außerdem können sich die Eltern die Regelung bezüglich des persönlichen Verkehrs mit den gemeinsamen Kindern nicht länger vorbehalten.

Weiters entfällt der § 55a Abs 3 zweiter Satz EheG, da eine gerichtliche Genehmigung für, vor Gericht geschlossene Vereinbarungen, mit dem neuen § 177c ABGB ohnehin überflüssig ist.

Das KindRÄG 2012 sollte mit 1. Jänner 2012 in Kraft treten. Momentan wird der Entwurf allerdings noch diskutiert und optimiert, weswegen ein genauer Termin für das Inkrafttreten der Neuerungen noch nicht feststeht.

Einige Kritikpunkte und mögliche Verbesserungen sollen im folgenden Kapitel aufgezeigt werden.

## 5 Kritische Würdigung

Im Folgenden möchte ich die Vorzüge, mögliche Nachteile, sowie einige Punkte aufzeigen, die mE noch verbesserungswürdig sind.

Der Entwurf ist von seiner Grundidee her zu begrüßen und auch der Sache nach dienlich, jedoch ist die rechtliche Umsetzung dieser Ideen und Ziele noch verbesserungswürdig. Da das KindRÄG 2012 die größte Veränderung bei der Obsorge für uneheliche Kinder bringt, wird zunächst dieser Themenbereich erörtert. Denn mit dem neuen Antragsrecht bekommt der uneheliche Vater endlich die Möglichkeit auf die gemeinsame Obsorge oder gar auf die Alleinobsorge für sein Kind.

Der neue § 167a ABGB war das Resultat der EGMR Entscheidung *Sporer* gegen Österreich. Damit soll endlich eine Gleichstellung von Mutter und Vater erzielt werden. Des Weiteren soll in Zukunft durch die neue Regelung jegliche Diskriminierung des unehelichen Vaters gegenüber der Mutter und gegenüber verheirateten Vätern vermieden werden. Der Kritik des EGMR aus der Entscheidung *Sporer* gegen Österreich wird dadurch Rechnung getragen, dass mit dem neuen § 167a ABGB eine gesetzliche Kontrollmöglichkeit eingeführt wird, mit der geprüft wird, welche Sorgerechtsform, ob Alleinobsorge oder gemeinsame Obsorge, dem Kindeswohl am besten entsprechen würde.

Meiner Ansicht nach ist die Einführung dieser neuen Regelung äußerst positiv, da ich der Meinung bin, es müsse stets das Kind und dessen Wohl im Vordergrund stehen. Und das kann nicht davon abhängen, ob sich dessen Eltern dazu entschieden haben, eine Ehe einzugehen. Zwar war früher der Grundgedanke einer Ehe Kinder zu zeugen und diese gemeinsam großzuziehen, doch finde ich die Einstellung, wonach sich beide Eltern nur in einer aufrechten Ehe um das Kind kümmern wollen, überholt. Auch unabhängig von einem Ehegelöbnis kann man gemeinsam Verantwortung für ein Kind übernehmen.

Außerdem bin ich der Meinung, ein Kind braucht beide Eltern zu denen es eine emotionale Bindung aufbauen kann. Es ist zwar nachvollziehbar und verständlich, dass der Gesetzgeber dem Kind mit dessen Geburt eine Bezugsperson zuteilen möchte, die für das Kind auch rechtsverbindliche

Handlungen vornehmen kann und aus diesem Grund der Mutter, die ja das Kind geboren hat und von Anfang an feststeht, mit der Obsorge betraut wird, doch darf der Vater des Kindes nicht außer Acht gelassen werden. Es darf nicht allein vom Willen und der Zustimmung der Mutter abhängen, ob der Vater mit der Obsorge für sein Kind betraut wird. Denn es kann sein, dass diese eventuell Angst haben könnte ihr Kind an den Vater zu „verlieren“ oder nur aus Trotz und Rache ihre Zustimmung zur gemeinsamen Obsorge nicht erteilen möchte, weil sie ihn genauso verletzen möchte wie er vielleicht zuvor sie.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das Kind ebenso sein Kind ist, auf das er ein „Recht hat“. Die neuen „Mindestrechte“ die der nicht obsorgeberechtigte Elternteil hat, genügen in meinen Augen nicht um eine adäquate Vater-Kind-Beziehung aufbauen zu können.

Aus diesen Gründen ist die Antragsmöglichkeit und in weiterer Folge die Entscheidungsbefugnis des Gerichts zu begrüßen, denn nur so kann gewährleistet werden, dass dem Wohl des Kindes entsprochen wird.

Ich bin nicht überzeugt, ob § 167a ABGB nF alleine genug ist. Denn für die gemeinsame Sorge bzw Alleinobsorge bedarf es bloß eines Antrages. Danach entscheidet das Gericht was das Beste für das Kind ist. Doch an Hand welcher Kriterien?

Zwar liefert der neue § 137 Abs 3 ABGB viele Anhaltspunkte die bei der Beurteilung des Kindeswohls zu berücksichtigen sind, doch für so eine weitreichende Entscheidung, die stark in das Leben des Kindes eingreift, sind diese Punkte keine ausreichende Grundlage. Vielleicht ging der Gesetzgeber davon aus, die Entscheidung, was das Beste für das Kind ist, würde immer recht eindeutig ausfallen und stellt deshalb keine weiteren Voraussetzungen für einen Antrag gem § 167a ABGB.

Zusätzlich stellt sich die Frage nach der Umsetzung dieser Regelung in die Praxis. Was wird wohl geschehen, wenn das Gericht eine gemeinsame Obsorge für das Kind anordnet, weil es offensichtlich das Beste für dessen Entwicklung ist? Das Gericht darf dabei nicht die Haltung der Eltern außer Acht lassen. Denn wenn diese bezüglich der Obsorge keine Einigung erzielen konnten, und somit

auch keine Vereinbarung nach § 167 ABGB getroffen haben, bleibt die Frage offen, ob diese in Bezug auf die Obsorge einvernehmlich vorgehen können. Wird es für ein zerstrittenes Pärchen möglich sein, einhellig alle Entscheidungen bis zur Volljährigkeit des Kindes fällen zu können? Oder wird die neue Regelung dazu führen, dass jede Entscheidung, egal ob Schule oder Urlaub, vor Gericht entschieden werden muss? Ob ein Gericht dann jemals die gemeinsame Obsorge als das Beste für das Kindeswohl anordnen wird, bleibt abzuwarten.

Zu beachten ist auch die geschlechtsneutrale Formulierung des neuen § 167a ABGB. Da es sich um die Obsorge für ein uneheliches Kind handelt, mit der ex lege die Mutter betraut ist, richtet sich dieser Paragraf vorwiegend an uneheliche Väter. Denkbar wären nur jene Fälle, in denen der Mutter die Obsorge zuerst entzogen wurde (§ 145 bzw § 176 ABGB). Doch müssten dann, unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl, die Gründe für die Entziehung berücksichtigt werden, weswegen es für die Mutter sicherlich schwierig werden würde, eine Alleinobsorge zu erhalten, und wohl eher eine gemeinsame Obsorge in Betracht kommen wird.

Alles in allem können mit § 167a ABGB weitere Verletzungen des Art 14 iVm Art 8 EMRK vermieden werden, weswegen die Neuerung zu begrüßen ist. Nun haben uneheliche Väter endlich eine Chance die Obsorge zu erlangen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Sollte dennoch die Alleinobsorge oder gemeinsame Obsorge nicht zustande kommen, finden sie Trost darin, dass das Wohl des Kindes, unabhängig vom subjektiven Empfinden, gewährleistet ist.

Die nächste größere Änderung findet sich bei der Obsorge nach der Scheidung (Aufhebung und Nichtigerklärung) der Ehe.

Nun steht dem Gericht die Möglichkeit offen, nach der Scheidung der Eltern die gemeinsame Obsorge auch gegen deren Willen aufrecht zu erhalten, sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht.

ME sind die heftigen Diskussionen um diese Neuregelung übertrieben. Auch nach geltendem Recht ist es so, dass die gemeinsame Obsorge nach der Trennung ex lege aufrecht bleibt. Natürlich bleibt den Eltern noch das Recht eine

abweichende Regelung zu treffen, die einer gerichtlichen Genehmigung bedarf, doch wird ihnen ihre Entscheidungsbefugnis durch den Entwurf nicht genommen.

Erst wenn die Eltern sich nicht einigen können, oder dies nicht in angemessener Frist tun, wird das Gericht tätig. Und selbst dann wird die gemeinsame Obsorge nur aufrechterhalten, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Somit kann nicht, wie es einst Ex - Justizministerin Claudia Bandion-Ortner<sup>166</sup> getan hat, von einer automatischen gemeinsamen Obsorge gesprochen werden. Denn, dass bei solch einer Formulierung jede Person, die sich nicht bloß auf Grund „unüberwindbarer Differenzen“, sondern eher wegen (körperlicher oder seelischer) Gewalt getrennt hat, negativ reagiert, ist nicht verwunderlich.

Dass jedoch eine gemeinsame Obsorge auch Vorteile bringt, hat *Barth-Richtarz*<sup>167</sup> aufgezeigt. Denn eine Studie hat bewiesen, dass Kinder in Familien mit gemeinsamer Obsorge, im Vergleich zu Familien mit Alleinobsorge, anderen Entwicklungsbedingungen unterliegen. So wurde festgestellt, dass das Konfliktklima der Eltern bei gemeinsamer Obsorge gemindert wird, und das Kind eine intensivere Beziehung zum getrennt lebenden Elternteil pflegt. Dies kann u.a. damit begründet werden, dass Eltern sich weniger wegen der Ausübung des Besuchsrechts oder des Unterhalts streiten, da auf Grund der gemeinsamen Obsorge oft Kränkungen und Verlustgefühle vermieden werden. Es wird nicht entschieden „wer bekommt das Kind und wer verliert es“. Zusätzlich wird den Vätern das Gefühl vermittelt, weiterhin an dem Leben des Kindes teil zu haben und ein Teil dessen zu sein.

Des Weiteren führt die gemeinsame Obsorge zu einer Zufriedenheit mit der Gestaltung der Lebenssituation und mindert so das Konfliktpotential der Eltern. Außerdem können sich die Eltern bei der gemeinsamen Obsorge besser verständigen und zusammenarbeiten, was auch die bessere Beziehung des Kindes zum getrennt lebenden Elternteil erklärt. Denn die Studie hat auch gezeigt, Kinder aus Familien mit gemeinsamer Obsorge sehen den anderen Elternteil häufiger, als Kinder aus Familien mit Alleinobsorge. Dies führt auch dazu, dass beide Elternteile, also auch derjenige der nicht mit dem Kind in einem

---

<sup>166</sup> <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c94848525f84a630127d717ab6c0b83.de.html> (Stand 21.9.2012).

<sup>167</sup> *Barth-Richtarz*, Neue empirische Ergebnisse zur gemeinsamen Obsorge, iFamZ 2010, 126 (126ff).



gemeinsamen Haushalt lebt, die Wünsche, Interessen, Sorgen, Belastungen und Freuden ihrer Kinder kennen und das Gefühl haben, die Entwicklung des Kindes zu beeinflussen.

Zusammenfassend ist nun festzuhalten, dass die gemeinsame Obsorge nach der Scheidung (Aufhebung und Nichtigerklärung) der Ehe das Konfliktpotential der Eltern senkt, und die Beziehung zum getrennt lebenden Elternteil stärken kann, weswegen diese erstrebenswert ist, und nach der Scheidung beibehalten werden soll.

Auch am 23. FamilienrichterInnentag in Salzburg kam man nach Diskussionen zu dem Ergebnis, die gemeinsame Obsorge soll nach der Scheidung aufrecht bleiben. Nur aus wichtigen Gründen soll dies mittels Antrag geändert werden können. In Streitfällen soll die Obsorge eines Elternteils besser in einzelnen Bereichen entzogen und in weiterer Folge dem anderen Elternteil zugeordnet werden.<sup>168</sup>

Dem entgegen zeigt *Figdor*<sup>169</sup> auch Gründe auf, die gegen eine gemeinsame Obsorge sprechen. Dabei nennt er Gründe wie eine psychische Erkrankung, Gewalt gegenüber dem Kind, sexuellen Missbrauch oder fortgesetzten Streit zwischen den Eltern. Da jedoch das Gericht bei der Obsorgezuteilung stets im Sinne des Kindeswohls zu entscheiden hat, und es in all den aufgezeigten Szenarien zu dessen Gefährdung kommt, ist davon auszugehen, dass eine gemeinsame Obsorge ohnehin nicht zustande kommen würde.

Eine weitere Neuerung des KindRÄG 2012 ist die Möglichkeit der Eltern, eine Doppelresidenz für ihr Kind zu vereinbaren. Demnach steht es ihnen offen, das Kind nach der Scheidung in beiden Haushalten, auch zu gleichen Teilen, zu betreuen.

Somit bedarf es keiner Vereinbarung mehr über den hauptsächlichen Aufenthaltsort des Kindes mehr. Bei dem KindRÄG 2001 war es dem Gesetzgeber noch ein Anliegen, für das Kind ein „Heim erster Ordnung“ zu schaffen um ihm so, in Zeiten der Trennung, Geborgenheit, Sicherheit und

---

<sup>168</sup> *Jelinek*, Obsorge beider Eltern- gemeinsam oder einsam? Zeitgemäße Modelle nach Trennung und Scheidung- 23. FamilienrichterInnentag, iFamZ 2010, 181 (183).

<sup>169</sup> *Figdor*, Welche Gründe sprechen gegen die Obsorge beider Eltern? iFamZ 2011, 131.

Kontinuität bieten zu können.<sup>170</sup> Gute 10 Jahre später hat sich die Ansicht des Gesetzgebers anscheinend dahingehend geändert, dass es einem Kind sehr wohl zumutbar ist, sein soziales Umfeld sowie dessen Hauptbezugsperson ständig zu ändern.

Man kann allerdings auch dahingehend argumentieren, dass das Kind eine zweite Hauptbezugsperson dazu gewinnt und sich an die Aufteilung auf beide Haushalte rasch gewöhnen wird. Zu bedenken werden auch hier das Alter und die Entwicklung des Kindes sein, wie sehr es Veränderungen und die Aufteilung auf verschiedene Haushalte bereits wahrnehmen kann.

In der Praxis ist dies für mich nur in jenen Fällen denkbar, in denen die Elternteile nach der Scheidung bzw Trennung nicht allzu weit auseinander wohnen und das Kind ungehindert eine Schule besuchen kann. Denn dadurch würde sich auch das soziale Umfeld des Kindes nur geringfügig verändern.

Auch *Zaunigg* und *Willmann*<sup>171</sup> knüpfen an die Doppelresidenz des Kindes viele Voraussetzungen. Um ein Funktionieren zu gewährleisten, bedarf es demnach einer erzieherischen und betreuenden Kompetenz beider Eltern. Zusätzlich bedarf es einer positiven Eltern-Kind-Beziehung in der die Eltern bereit sind zusammenzuarbeiten und die verschiedenen Erziehungsmethoden des anderen zu akzeptieren. Das Konfliktpotential der Eltern sollte möglichst gering sein und eine räumliche Nähe der Elternwohnungen wäre von Vorteil. Weiters müssen sowohl die Eltern, als auch das Kind diese Art der Betreuung wünschen, wobei der ausdrückliche Wunsch des Kindes, dessen kindliche Entwicklung und dessen Bedürfnisse zu berücksichtigen sind. Dabei ist vor allem auf das Alter des Kindes zu achten. Bereits im Alter von 7 bis 8 Jahre kann ein Kind Zeiten abschätzen und sich Vorstellungen machen. Ab dem 11. Lebensjahr sollte den Wünschen des Kindes eine besondere Bedeutung beigemessen werden, um spätere Beziehungsbrüche zu vermeiden.

Erst wenn all diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann eine Doppelresidenz in einem 50:50 Ausmaß funktionieren. Dabei haben die Eltern meist das Gefühl, die Gerechtigkeit habe gesiegt, doch dürfen sie nicht das Kind außer Acht lassen. Bei

---

<sup>170</sup> ErlRV 296 BlgNr 21. GP 65.

<sup>171</sup> *Jelinek*, iFamZ 2010, 181f.

der Berücksichtigung seiner Wünsche wird oft vergessen, dass das Kind zwischen den Eltern steht und keinen der beiden verletzen möchte.

Die Doppelresidenz stellt für das Kind auch eine Belastung dahingehend dar, dass es den unterschiedlichen Werten der Eltern unterliegt und sich beide Elternteile die Loyalität ihres Kindes wünschen. Um niemanden zu verletzen, behält das Kind Wünsche, Sehnsüchte, Sorgen und Traurigkeit für sich. Dadurch kommt es zu einer emotionalen Belastung des Kindes, weswegen die Eltern bei der Vereinbarung der Betreuung mehr Rücksicht auf das Wohl des Kindes nehmen sollten, als auf ihre eigene Gerechtigkeitswahrnehmung.

*Beck*<sup>172</sup> wäre für die Regelung der Doppelresidenz, da so der Grundsatz der Familienautonomie verwirklicht wird. Auch Änderungen bei der Bemessung des Kindesunterhaltes stellen kein ausreichendes Gegenargument dar, da es bereits Lösungsvorschläge für mögliche Probleme im Unterhaltsrecht gibt.<sup>173</sup> Auch für das Problem der Familienbeihilfe bietet *Beck* sofort eine Lösung: Es bedarf bloß einer Überweisung des jeweiligen Hälftebetrags an die Eltern bei gleichzeitiger Betreuung.

Wenig Aufschluss gibt der Entwurf über den Betreuungsplan, den die Eltern dem Gericht vorlegen müssen. Die einzigen Anforderungen an diesen sind, dass er konkret und umfassend sein soll. Ich denke es soll darin festgelegt werden, in welchem konkreten Ausmaß sich das Kind bei welchem Elternteil aufhält, wie die Gestaltung während der Schulzeit, und wie während der Ferien aussehen soll. Ich bin der Meinung hierzu bedarf es im Gesetz noch weiterer Ausführungen.

Der neue § 137 ABGB bietet einen guten Überblick über die Ziele und Grundsätze des Kindschaftsrechts. Doch handelt es sich bei der Neuformulierung des § 137 ABGB in meinen Augen bloß um eine Umformulierung und Zusammenfassung der §§ 137, 146, 146a und 178a ABGB aF.

Die Formulierung des § 137 Abs 3 Z 2 ABGB nF ist beachtenswert. Diese schreibt den Eltern eine „sorgfältige Erziehung“ vor. Mir stellt sich die Frage nach der Definition dieses unbestimmten Gesetzesbegriffes und ob dieser mit

---

<sup>172</sup> *Beck*, Kinder brauchen beide Eltern – neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010/151, 220 (222).

<sup>173</sup> *Gitschthaler*, Neue Betreuungsmodelle- neue Unterhaltsmodelle, EF-Z 2010/122, 172.

dem Begriff der „Sorgfalt ordentlicher Eltern“ aus § 149 ABGB eventuell gleichzusetzen ist. Da es bei § 149 ABGB jedoch mehr um die Auslegung des Begriffes „ordentliche Eltern“ handelt, wird bei dem neuen § 137 ABGB wohl eher eine gut durchdachte und umfassende Erziehung gemeint sein.

Der neue § 137 Abs 3 Z 5 ABGB sieht die Berücksichtigung des Willens des Kindes vor. Doch knüpft dieser nicht an ein Alter an. Man wird davon ausgehen können, dass es auch hier von der Urteils- und Einsichtsfähigkeit, ähnlich wie bei § 146 Abs 3 ABGB, abhängen wird, ob dem Willen des Kindes Beachtung geschenkt wird.

Positiv anzumerken ist, dass mit dem Entwurf zum KindRÄG 2012 versucht wurde, das Kindeswohl noch mehr in den Vordergrund zu rücken und dieses somit gleich zu Beginn, in § 137 ABGB nF, verankert wird, wodurch seine besondere und vorrangige Stellung noch deutlicher zum Ausdruck gebracht wird. Es wurden auch weitere Anhaltspunkte in das Gesetz aufgenommen, die bei der Beurteilung des Kindeswohls Berücksichtigung finden sollen.

Nicht ganz in dieses Konzept passt meiner Meinung nach der § 137 Abs 3 Z 6 ABGB, da dieser vom Schlimmsten ausgeht und übertrieben scheint. Ziel ist es ohnehin das Kind zu schützen. Dazu gehört selbstverständlich das Kind vor jeglichem Schaden zu bewahren, weswegen ich diese Ziffer für übertrieben und überflüssig halte.

Ziel der Arbeitsgruppe Obsorge und Besuch war es, auch eine gesetzliche Definition des Gewaltbegriffes zu erarbeiten und gesetzlich zu verankern.<sup>174</sup> Doch § 146a ABGB erhält durch den Entwurf keine Neuerung. Auch an keiner anderen Stelle im Gesetz kommt es zu einer Neuregelung. Lediglich in § 137 Abs 2 ABGB nF wurde das Gewaltverbot als Grundsatz für das Kindschaftsrecht aufgenommen, was jedoch für mich keinen Fortschritt in diesem Bereich bringt, sondern bloß der Übersicht dient.

Durch die Reformierung des § 144 ABGB werden die Aufgaben der Eltern übersichtlicher zusammengefasst und dargestellt. Durch die neue Formulierung

---

<sup>174</sup>Sitzungsbericht der Arbeitsgruppe Obsorge und Besuch 18.10.2010 <http://www.justiz.gv.at/internet/file/2c94848525f84a63012c173a7bdb239b.de.0/sitzungsberichte-sammler.pdf> (Stand 21.9.2012).

wird auch hier wieder deutlicher zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der Obsorge um eine Pflicht gegenüber der Kinder handelt und nicht bloß um ein Recht.

Bei der Aufenthaltsbestimmung und der Vermögensverwaltung wurden neu die Worte „soweit erforderlich“ eingefügt. Doch wann Maßnahmen in diesem Bereich notwendig erscheinen lässt der Gesetzgeber offen. Natürlich ist es nicht möglich ein Gesetz bis ins kleinste Detail zu formulieren und jeden Fall zu berücksichtigen, doch muss den Eltern eine Vorgabe gemacht werden, die nicht bloß lautet: „Das Wohl des Kindes ist bestmöglich zu wahren“, wie es § 177c ABGB vorsieht.

Mit dem neuen § 148 ABGB wird der Rechtsprechung<sup>175</sup> und Lehre<sup>176</sup> Rechnung getragen. Nun wurde in das Gesetz ein genaues Ausmaß für das Besuchsrecht aufgenommen, an dem sich die Eltern orientieren können.

Besonders gut gefällt mir, dass genügend Platz für Ausnahmeregelungen bleibt. Denn sowohl Altern, Bedürfnisse und Wünsche des Kindes sind zu berücksichtigen. Doch wird die Aufnahme des Ausmaßes in das Gesetz in der Praxis keine Neuerungen bringen, da von der Rechtsprechung nichts anderes praktiziert wurde. Es handelt sich bloß um eine Niederschrift von Lehre und Rechtsprechung.

Abschließend möchte ich noch auf den neuen § 178 ABGB eingehen, der die elterlichen Aufgaben und Mindestrechte regelt.

Positiv ist hierbei die Verdeutlichung der Stellung des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils anzumerken. Denn mit der Neuformulierung wird klargestellt, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil nicht bloß Rechte, sondern auch Aufgaben und Pflichten hat, da er durch seine Anwesenheit und dem Kontakt mit dem Kind Einfluss auf dieses hat.

Gut finde ich auch, dass mit der Neuregelung die Rechte des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils ausgeweitet werden. Nun hat er die Möglichkeit,

---

<sup>175</sup> Ua OGH 3 Ob 83/98x EFSIlg 86.867 = EFSIlg 86.879 = EFSIlg 86.904 = EFSIlg 88.618 = EFSIlg 88.619; LGZ 47 R 827/89 EFSIlg 62.782.

<sup>176</sup> *Nademleinsky* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I<sup>4</sup> § 148 Rz 6ff; *Thunhart* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 148 Rz 14ff.

Auskünfte auch von Seiten der Schule, Kindergärten oder sonstigen sozialen Einrichtungen zu erhalten, und ist nicht länger auf die Auskünfte des anderen Elternteils beschränkt. Somit hat er eine gewisse Kontrollmöglichkeit, ob die ihm erteilten Auskünfte auch der Wahrheit entsprechen.

Neu ist auch, dass der nicht obsorgeberechtigte Elternteil nun das Recht hat, den anderen Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten. Denkbar sind Fälle, in denen der obsorgeberechtigte Elternteil erkrankt ist. So kann der andere Elternteil besser in das Leben des Kindes integriert werden und Einfluss auf dessen Entwicklung nehmen.

Zusammenfassend kann nun festgehalten werden, dass der Entwurf des KindRÄG 2012 wesentliche Änderungen nur bei der Obsorge für uneheliche Kinder bringt.

Größtenteils kommt es zu einer Umformulierung und Zusammenfassung bereits bestehender Regelungen.

Vor allem das Thema der gemeinsamen Obsorge nach der Scheidung wird in meinen Augen überbewertet. Würde man deren positiven Einfluss auf den Kind deutlicher zum Ausdruck bringen und vorrangig betrachten, und nicht nur die möglichen Konflikte zwischen Vater und Mutter, würde die „automatische“ gemeinsame Obsorge besser begrüßt werden.

Mit der Grundidee, das Wohl des Kindes in den Vordergrund zu rücken und auch dem unehelichen Vater den Zugang zur Obsorge zu erleichtern, ist der erste Entwurf des KindRÄG 2012 auf dem richtigen Weg, doch bedarf es in einzelnen Bereichen noch einer Optimierung.

## **6 Resumee**

Mit dieser Arbeit wurden einige Probleme des geltenden Obsorgerechts, vor allem bei der Obsorge für uneheliche Kinder, aufgezeigt.

Zur Lösung dieser Probleme wurde in weiterer Folge der Entwurf des neuen KindRÄG 2012 vorgestellt, der einen ersten Schritt in die richtige Richtung darstellt.

Mit diesem Entwurf wird endlich die Rechtstellung unehelicher Väter verbessert. Denn auch ich vertrete die Meinung, dass ein unehelicher Vater, der die Verantwortung für sein Kind übernehmen möchte, nicht gänzlich von der Zustimmung der Kindesmutter anhängig sein darf.

Da der Entwurf in einzelnen Bereichen noch verbesserungswürdig ist, bleibt abzuwarten, wann, und in welcher finalen Form dieser in Kraft treten wird.

## JUDIKATURVERZEICHNIS

### OGH

OGH 4.11.1980, 4 Ob 547/80 SZ 53/142

OGH 30.6.1982, 1 Ob 662/82 ÖA 1983,101

OGH 22.10.1986, 1 Ob 628/86 SZ 59/184 = JBl 1987, 39 = ÖA 1987, 53

OGH 26.7.1996, 1 Ob 2078/96m ZfRV 1996/85

OGH 24.6.1997, 1 Ob 2396/96a EFSlg 83.835 = EFSlg 84.218 = EFSlg 85.150 = EFSlg 85.152 = ZfRV 1

OGH 28.8.1997, 3 Ob 505/96 JBl 1998, 243 = Jus Z/2407 = SZ 70/163 = ZfRV 1998, 79 = EFSlg 83.030 = EFSlg 84.440 = EFSlg 84.442

OGH 15.4.1998, 3 Ob 83/98x EFSlg 86.867 = EFSlg 86.879 = EFSlg 86.904 = EFSlg 88.618 = EFSlg 88.619

OGH 28.2.2001, 7 Ob 27/01y EFSlg 96.467 = EFSlg 96.479 = EFSlg 96.502 = EFSlg 96.529 = EFSlg 96.541

OGH 3.12.2002, 5 Ob 243/02z ÖA 2003, K 10 = ÖA 2003, 230 = EFSlg 100.197 = EFSlg 100.198 = EFSlg 100.201 = EFSlg 100.202 = EFSlg 100.204 = EFSlg 100.221 = EFSlg 100.222 = EFSlg 100.228 = EFSlg 103.056

OGH 1.7.2004, 1 Ob 84/04s SZ 2004/100 = EFSlg 106.969 = EFSlg 106.970 = EFSlg 107.406 = EFSlg 108.280

OGH 20.12.2005, 1 Ob 236/05w ÖJZ-LSK 2006/73 = ÖJZ-LSK 2006/74 = EvBl 2006/56 S 326 - EvBl 2006,326 = *Koppensteiner*, FamZ 2006,60 = EF-Z 2006/24 S 48 (*Huber*) - EF-Z 2006,48 (*Huber*) = FamZ 2006/8 S 15 (*Fucik/Zemanek*) - FamZ



2006,15 (*Fucik/Zemanek*) = RZ 2006,153 EÜ176, 177 - RZ 2006 EÜ176 - RZ 2006 EÜ177 = ÖA 2006,120 S73 - ÖA 2006 S73 = *Aichinger*, EF-Z 2009/3 S 5 - *Aichinger*, EF-Z 2009,5

OGH 30.3.2006, 8 Ob 33/06w EFSlg 113.710 = EFSlg 113.713

OGH 21.6.2006, 7 Ob 102/06k Zak 2006/494, 292 = ÖA 2006, U 480 = ÖJZ-LSK 2006/253 = EF-Z 2006/51, 91 = FamZ 2006/71, 200 = ÖA 2006, U 501 = ÖJZ EvBl 2007/1, 22 = RZ 2007/EÜ 5, 24 = EFSlg 113.445 = EFSlg 113.718 = EFSlg 113.450 = EFSlg 113.443 = EFSlg 113.446 = EFSlg 113.444 = EFSlg 113.716 = EFSlg 113.717 = EFSlg 113.447 = EFSlg 113.710 = EFSlg 113.713

OGH 29.9.2009, 8 Ob 59/09y EF-Z 2010/65, 105 = iFamZ 2010/55, 78

OGH 19.3.2010, 6 Ob 48/10t EF-Z 2010, 150

OGH 11.11.2010, 2 Ob 128/10b Zak 2011/126, 73 = JBl 2011, 300 = EF-Z 2011/96, 151

OGH 9.3.2011, 7 Ob25/11v iFamZ 2011/142,197

OGH 6.7.2011, 3 Ob 3/11d Zak 2011/653, 352 = EF-Z 2011/131, 219 = RdM-LS 2011/69, 234 = iFamZ 2011/227, 310 = JBl 2011, 700

## **LG**

LGZ Wien 1.2.1990, 47 R 827/89 EFSlg 62.782

LGZ Wien 23.8.1996, 43 R 296/96i EFSlg 81.060

LGZ Wien 25.1.2005, 42 R 10/05i EFSlg 110.766 = EFSlg 110.772 = EFSlg 110.774

LGZ Wien 23.2.2005, 43 R 85/05a EFSlg 110.854

LGZ Wien 29.3.2005, 44 R 88/05z EFSlg 110.768 = EFSlg 110.806 = EFSlg 110.764

LG Salzburg 4.5.2005, 21 R 63/05v EFSlg 110.865 = EFSlg 110.885 = EFSlg 110.854 = EFSlg 110.873

LGZ Wien 3.8.2005, 3 R 405/05k EFSlg 110.751

LG Salzburg 1.6.2005, 21 R 225/05t EFSlg 110.797 = EFSlg 110.764 = EFSlg 110.791

LG Wels 8.6.2005, 21 R 137/05d EFSlg 110.707 = EFSlg 110.808 = EFSlg 110.708 = EFSlg 110.809 = EFSlg 110.771 = EFSlg 110.706 = EFSlg 110.767 = EFSlg 110.580 = EFSlg 110.585 = EFSlg 110.620 = EFSlg 110.710 = EFSlg 110.712 = EFSlg 110.766 = EFSlg 110.772 = EFSlg 110.774

LGZ Wien 22.6.2005, 42 R 281/05t EFSlg 110.755 = EFSlg 110.777 = EFSlg 110.799 = EFSlg 110.807

LGZ Wien 19.6.2007, 42 R 249/07i EFSlg 116.847 = EFSlg 116.839 = EFSlg 116.850

## **VfGH**

VfGH 28.06.2012, G 114/11 iFamZ 2012/161

## **Deutsche Gerichte**

BVerfG 29.1.2003, BvL 20/99, 1 BvR 933/01, FamRZ 2003, 358 L (*Henrich*) = JA 2003, 750 (*Hebeler*) = BVerfGE 107, 150 = NVwZ 2003, 974 L = NJW 2003, 955 = FÜR 2003, 205 = DBB1 2003, 414 L = FF 2003, 53L = EuGRZ 2003, 48 = FamRZ 2003, 285 = MDR 2003, 391 = RPflegler 2003, 179 = StAZ 2003, 202

BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 EuGRZ 2004, 741

BVerfG 21.7.2010, 1 BvR 420/09, FamRZ 2010, 1403 (*Luthin*) = iFamZ 2010, 261 (*Jelinek*) = FuR 2010, 691

## **EGMR**

EGMR U 3.12.2009, *Zaunegger* gegen Deutschland, Nr 22028/04 iFamZ 2010/1, 10 = ÖJZ MRK 2010/2, 138 = EF-Z 2010/37, 68 = NLMR 2009, 348 = ecolex 2010, 303 = ÖJZ 2010/15, 141 (*Deixler-Hübner*) = EuGRZ 2010, 42 = JRP 2010, 51 (*Khakzadeh-Leiler*)

EGMR U 3.2.2011, *Sporer* gegen Österreich, Nr 35637/03 EF-Z 2011/33, 56 = Zak 2011/80, 48 = iFamZ 2011/52, 61 = UVS-Slg 2011/68, 43 = NLMR 2011, 35 = ÖJZ MRK 2011/3, 525

# LITERATURVERZEICHNIS

## I. Kommentare und Festschriften

[Bearbeiter] in *Bamberger Heinz Georg / Roth Herbert*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3<sup>3</sup> (München 2012)

*Feil Erich / Marent Karl-Heinz*, Familienrecht Kommentar (Wien 2007)

[Bearbeiter] in *Fenyves Attila / Kerschner Ferdinand / Vonkilch Andreas*, Klang-Kommentar zum Allgemein Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 267<sup>3</sup> (Wien 2008)

[Bearbeiter] in *Fenyves Attila / Rudolf Welser*, Klang- Kommentar zum Allgemein Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht<sup>3</sup> (Wien 2000)

*Ferrari Susanne*, Obsorge für uneheliche Kinder-zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Neugestaltung, in *Boric Tomislav / Lurger Brigitta / Schwarzenegger Peter / Terlitz Ulfried* (Hrsg), Öffnung und Wandel - Die internationale Dimension des Rechts II. Festschrift für Willibald Posch zum 65. Geburtstag (Wien 2011)

[Bearbeiter] in *Kletečka Andreas / Schauer Martin*, ABGB-ON 1.00 (Wien 2012)

[Bearbeiter] in *Koziol Helmut / Bydlinski Peter / Bollenberger Raimund*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>3</sup> (Wien 2010)

[Bearbeiter] in *Rummel Peter*, Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (Wien 2003)

[Bearbeiter] in *Säcker Franz Jürgen / Rixecker Roland*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8 Familienrecht II<sup>6</sup> (München 2012)

[Bearbeiter] in *Schwimann Michael*, ABGB Taschenkommentar (Wien 2010)

[Bearbeiter] in *Schwimann Michael / Kodek Georg*, ABGB Praxiskommentar I<sup>4</sup> (Wien 2011)

[Bearbeiter] in *Westermann Harm Peter / Grunewald Barbara / Maier-Reimer Georg*, *Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III*<sup>13</sup> (Köln 2011)

## **II. Sammelbände, Monographien und Lehrbücher**

*Coester Michael*, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff* (Frankfurt am Main 1983)

*Deixler-Hübner Astrid* in *Loderbauer Brigitte*, *Kinder- und Jugendrecht*<sup>4</sup> (Wien 2011)

*Ferrari Susanne*, *Die Obsorge bei Trennung und Scheidung der Eltern nach dem KindRÄG 2001*, in *Ferrari Susanne / Hopf Gerhard*, *Reform des Kindschaftsrechts* (Wien 2001)

*Fucik Robert*, *Die Vermögensverwaltung nach dem KindRÄG 2001. Vom Obervormund zur Missbrauchskontrolle*, in *Ferrari Susanne / Hopf Gerhard*, *Reform des Kindschaftsrechts* (Wien 2001)

*Hinteregger Monika*, *Familienrecht*<sup>5</sup> (Wien 2011)

*Kerschner Ferdinand / Wagner Erika*, *Zivilrecht VI: Familienrecht*<sup>2</sup> (Wien 2010)

*Koziol Helmut / Welser Rudolf*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht*<sup>13</sup> (Wien 2006)

*Maurer Ewald*, *Kinder & Scheidung*<sup>2</sup> (Wien 2012)

## **III. Beiträge in Zeitschriften**

*Barth-Richtarz Judith*, *Neue empirische Ergebnisse zur gemeinsamen Obsorge*, *iFamZ* 2010, 126

*Beck Susanne*, *Kinder brauchen beide Eltern- neue Wege im Kindschaftsrecht*, *EF-Z* 2010/151, 220

*Deixler-Hübner Astrid*, Auswirkungen der Entscheidung des EGMR zur Verletzung der Rechte des unehelichen Vaters auf die österreichische Rechtslage, ÖJZ 2010, 141

*Ent Herbert*, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ 1978, 177

*Ferrari Susanne*, Aufhebung der alleinigen Obsorge der Mutter für uneheliche Kinder, iFamZ 2012, 223

*Figdor Helmuth*, Welche Gründe sprechen gegen die gemeinsame Obsorge beider Eltern? iFamZ 2011, 131

*Fucik Robert*, Das Spannungsfeld zwischen Kindeswohl und Elternrecht aus der Sicht des Pflegschaftsrichters, ÖA 1996, 43

*Gitschthaler Edwin*, Neue Betreuungsmodelle- neue Unterhaltsmodelle, EF-Z 2010/122, 172

*Gründler Bettina*, Die gemeinsame Obsorge nach dem KindRÄG 2001, ÖJZ 2001, 701

*Henrich Dieter*, Gerichtsentscheidung Nr 47, FamRZ 2010, 103

*Hopf Gerhard / Weitzenböck Hans*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 (Teil I), ÖJZ 2001, 485; Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2011 (Teil II), ÖJZ 2001, 530

*Jelinek Georg*, Obsorge beider Eltern – gemeinsam oder einsam? Zeitgemäße Modelle nach Trennung und Scheidung- 23. FamilienrichterInnentag, iFamZ 2010, 81

*Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Obsorge für uneheliche Kinder, JRP 2010, 51

*Klaar Helene*, Ausschluss einer gerichtlichen Einzelfallprüfung der Obsorgeregelung diskriminiert den Vater eines unehelichen Kindes, iFamZ 2011, 61

*Löhnig Martin*, Konsequenzen aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Sorgerecht des nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vaters, FamRZ 2010, 338

*Nademleinsky Marco*, EGMR verurteilt Österreich wegen Ausschlusses unehelicher Väter von der Obsorge ungeachtet des Kindeswohls, EF-Z 2011/33

*Pichler Helmut*, Das neue Kindschaftsrecht, ÖA 1978, 21

*Reiter Michael*, Obsorge auf dem Prüfstand- der EGMR („*Zaunegger*“), das deutsche Bundesverfassungsgericht und mögliche Lehren daraus für Österreich, EF-Z 2010/153, 228

*Schüch Konrad*, Das österreichisches Kindschaftsrecht- ein Kommentar für Praktiker, ÖA 1980, 31

*Schwarz Ursula*, Obsorge, Kuratel und Sachwalterschaft nach dem KindRÄG 2001, in *Susanne Ferrari/Gerhard Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts (2001)

*Stabentheiner Johannes*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Überblick, NZ 1995, 49

#### **IV. Verzeichnis der Internetquellen**

Aussage Ex-Justizministerin Claudia Bandion-Ortner

<http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c94848525f84a630127d717ab6c0b83.de.html>

(Stand 21.9.2012)

*Bundesministerium für Justiz*, Arbeitsgruppe „Obsorge und Besuch“ - Sitzungsbericht vom 18. Okt. 2010/15., 29. Nov. 2010/28.02.2011

<http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c94848525f84a63012c173a7bdb239b.de.html>

(Stand 21.9.2012)

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.1.2003, BVerfG 1 BvL 20/99

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129\\_1bv1002099.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030129_1bv1002099.html)

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14.10.2004, BVerfG 2 BvR 1481/04

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html)

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 21.7.2012, BVerfG 1 BvR 420/09

[http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721\\_1bvr042009.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr042009.html)

(Stand 21.9.2012)

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern,

[http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE\\_Elterliche\\_Sorge.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE_Elterliche_Sorge.pdf?__blob=publicationFile)

Zu dessen Inkrafttreten

[http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/\\_node.html](http://www.bmj.de/DE/Buerger/gesellschaft/Sorgerecht/_node.html)

(Stand 21.9.2012)

Ministerialentwurf zum Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2012, zu dem es noch kein

Begutachtungsverfahren gibt

[gw.justiz-debakel.com/forum/download/file.php?id=3592](http://gw.justiz-debakel.com/forum/download/file.php?id=3592)

(Stand 21.9.2012)

Statistik Austria

[http://www.statistik.at/web\\_de/presse/066415](http://www.statistik.at/web_de/presse/066415)

[http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/bevoelkerung/demographische\\_masszahlen/demographische\\_indikatoren/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/demographische_masszahlen/demographische_indikatoren/index.html)

(Stand 21.9.2012)



# ANHANG

Entwurf

## **Bundesgesetz, mit dem das Kindschaftsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und das Außerstreitgesetz sowie das Ehegesetz geändert werden (Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2012 – KindRÄG 2012)**

Der Nationalrat hat beschlossen:

### **Artikel I**

#### **Änderung des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 58/2010, wird wie folgt geändert:

X. §137 *samt Überschrift lautet:*

#### **„Allgemeine Grundsätze und Kindeswohl**

§ 137. (1) Eltern und Kinder haben einander beizustehen, mit Achtung und Anstand zu begegnen, zueinander Kontakt zu halten und erforderlichenfalls einander Unterhalt zu leisten. Sie haben sich so zu verhalten, dass das Verhältnis zwischen dem Kind und jedem Elternteil und zwischen den Elternteilen nicht beeinträchtigt wird. Die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter sind, soweit nicht anderes bestimmt ist, gleich.

(2) Eltern haben das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge und Geborgenheit zu gewähren, ein gedeihliches Heranwachsen zu ermöglichen sowie die Obsorge wahrzunehmen. Minderjährige Kinder haben sie in ihrer Person zu respektieren. Die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig.

(3) In allen Angelegenheiten, die die Obsorge oder den persönlichen Verkehr betreffen, ist das Wohl des minderjährigen Kindes (Kindeswohl) als oberster Gesichtspunkt in Betracht zu ziehen. Bei der Beurteilung des Kindeswohls sind insbesondere zu berücksichtigen

1. die Bedürfnisse, Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes;
2. der Anspruch des Kindes auf Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung;
3. das Bedürfnis des Kindes nach engen und guten Kontakten zu beiden Elternteilen;

4. die Meinung des Kindes in Abhängigkeit von dessen Verständnis und der Fähigkeit zur Meinungsbildung;
5. die Beeinträchtigung, die das Kind durch die Um- und Durchsetzung einer seinem Willen zuwiderlaufenden Maßnahme erleidet;
6. das Risiko für das Kind oder für seine Familienmitglieder, Übergriffen ausgesetzt, entführt oder festgehalten zu werden oder sonst zu Schaden zu kommen;
7. das wirtschaftliche Wohlergehen des Kindes und die Wahrung seiner Rechte, Ansprüche und Interessen, sowie
8. die Lebensverhältnisse des Kindes und seiner Umgebung, insbesondere seiner Eltern.“

*X. § 144 samt Überschrift lautet:*

### **„Obsorge**

**§ 144.** (1) Jeder Elternteil ist unter Wahrung des Wohles des Kindes im Rahmen der Obsorge dem minderjährigen Kind gegenüber verpflichtet,

1. das Kind zu pflegen und zu erziehen,
2. soweit erforderlich den Wohnsitz und den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen sowie dem Kind die erforderliche medizinische und soziale Betreuung zu gewähren;
3. einen den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden persönlichen Verkehr des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern;
4. soweit erforderlich das Vermögen des Kindes zu verwalten;
5. das Kind in der Pflege und Erziehung, der Vermögensverwaltung und in sonstigen Angelegenheiten zu vertreten und

(2) Soweit dies zur Erfüllung der Obsorge erforderlich ist, kommen den Eltern die entsprechenden Rechte zu.

(3) Bei Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Obsorge sollen die Eltern einvernehmlich vorgehen.“

*X. § 148 lautet:*

**„§ 148.** (1) Lebt ein Elternteil mit dem minderjährigen Kind nicht im gemeinsamen Haushalt, so haben das Kind und dieser Elternteil das Recht auf regelmäßigen und den Bedürfnissen des Kindes entsprechenden persönlichen Verkehr. Die Ausübung des persönlichen Verkehrs sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils die Ausübung dieses Rechtes in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise zu regeln. Die Regelung hat die Herstellung und Intensivierung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen. Dabei hat das Gericht insbesondere das Alter, die Bedürfnisse und Wünsche des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung zu berücksichtigen. Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, hat der persönliche Verkehr zu einem schulpflichtigen Kind das

Ausmaß von mindestens zwei Tagen innerhalb von zwei Wochen sowie in den Ferien eine Woche im Winter und zwei Wochen im Sommer zu erreichen.

(2) Derjenige Elternteil, der mit dem minderjährigen Kind im gemeinsamen Haushalt lebt, hat die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern. Das Gericht hat nötigenfalls, insbesondere wenn dieser andere Elternteil seine Verpflichtung aus § 137 Abs. 1 zweiter Satz nicht erfüllt, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr einzuschränken oder zu untersagen.

(3) Zwischen Enkeln und ihren Großeltern gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend. Die Ausübung des Rechtes der Großeltern ist jedoch auch so weit einzuschränken oder zu untersagen, als sonst das Familienleben der Eltern (eines Elternteils) oder deren Beziehung zu dem Kind gestört würde.

(4) Wenn der persönliche Verkehr des minderjährigen Kindes mit einem hiezu bereiten Dritten dem Wohl des Kindes dient, hat das Gericht auf Antrag des Kindes, eines Elternteils oder des Dritten, sofern dieser zu dem Kind in einem familiären Verhältnis steht oder gestanden ist, die zur Regelung des persönlichen Verkehrs nötigen Verfügungen zu treffen. Solche Verfügungen hat es auf Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers oder von Amts wegen zu treffen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.“

*X. Die §§ 167 und 167a lauten:*

**„§ 167.** (1) Die Mutter und der Vater des unehelichen Kindes können, sofern keine entgegenstehende gerichtliche Entscheidung vorliegt, in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind. Die Bestimmung wird wirksam, sobald die Erklärungen beider Elternteile dem Standesbeamten zugekommen sind. Leben die Eltern nicht in häuslicher Gemeinschaft, so gilt § 177 Abs. 2 und 3 entsprechend. Soll das Kind im Haushalt beider Eltern oder im Haushalt des Vaters hauptsächlich betreut werden, so muss auch dieser, vorbehaltlich des § 145a, mit der gesamten Obsorge betraut sein.

(2) Beantragt ein Elternteil die Aufhebung der Obsorge beider Eltern, so gilt § 177a Abs. 1 entsprechend.

**§ 167a.** (1) Insoweit ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, kann er bei Gericht beantragen, mit der Obsorge betraut zu werden. Das Gericht hat nach Maßgabe des Wohles des Kindes auszusprechen, ob die Mutter oder der Vater allein oder beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind. Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut und leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, so hat das Gericht festzulegen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen soll.

(2) § 177c ist entsprechend anzuwenden.“

X. Die §§ 177 bis 178 lauten samt Überschriften:

### **„Obsorge nach Auflösung der Ehe der Eltern**

**§ 177.** (1) Wird die Ehe der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, 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) In jedem Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, muss, vorbehaltlich des § 145a, mit der gesamten Obsorge betraut sein.

(3) Abweichend von Abs. 2 können die Eltern vor Gericht eine Vereinbarung darüber schließen, dass das Kind in den Haushalten beider Elternteile betreut werden soll, sofern sie sich zugleich bereit erklären, in wesentlichem Umfang Betreuungsleistungen zu erbringen und dem Gericht einen konkreten und umfassenden Betreuungsplan vorlegen.

**§ 177a.** (1) Kommt innerhalb angemessener Frist nach Auflösung der Ehe der Eltern eine Vereinbarung nach § 177 über die Betreuung des Kindes oder über die Betrauung mit der Obsorge nicht zustande, so hat das Gericht, auszusprechen, dass die Obsorge beider Eltern aufrecht bleibt und festzulegen, welcher Elternteil das Kind in Hinkunft in seinem Haushalt betreuen soll, sofern aus Sicht des Wohles des Kindes nicht wichtige Gründe dagegen stehen. Ansonsten hat das Gericht einen Elternteil allein mit der Obsorge zu betrauen.

(2) Sind beide Eltern nach Auflösung der Ehe mit der Obsorge betraut und beantragt ein Elternteil deren Aufhebung, so hat das Gericht nach Abs. 1 vorzugehen.

(3) Insoweit ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, kann er bei Gericht beantragen, mit der Obsorge betraut zu werden. Das Gericht hat nach Maßgabe des Wohles des Kindes auszusprechen, ob die Mutter oder der Vater allein oder beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind und festzulegen, welcher Elternteil das Kind in seinem Haushalt betreuen soll.

**§ 177b.** Die vorstehenden Bestimmungen sind auch anzuwenden, wenn die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes nicht bloß vorübergehend getrennt leben. Doch entscheidet das Gericht in einem solchen Fall über die Obsorge nur auf Antrag eines Elternteils.

### **Vereinbarungen der Eltern über die Obsorge, die Betreuung des Kindes sowie den persönlichen Verkehr**

**§ 177c.** (1) Die Eltern haben bei Vereinbarungen über die Obsorge, den persönlichen Verkehr sowie die Betreuung des Kindes das Wohl des Kindes bestmöglich zu wahren.

(2) Vor Gericht geschlossene Vereinbarungen nach Abs. 1 bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit keiner gerichtlichen Genehmigung. Das Gericht hat jedoch solche Vereinbarungen für unwirksam zu erklären und zugleich eine davon abweichende Anordnung zu treffen, wenn aus der Sicht des Wohles des Kindes wichtige Gründe dafür sprechen.“

### **Elterliche Aufgaben und Mindestrechte**

**§ 178.** (1) Auch wenn ein Elternteil nicht mit der Obsorge betraut ist, hat er die Aufgabe bzw. das Recht, 1. mit dem Kind eine persönliche Beziehung einschließlich des persönlichen Verkehrs (§ 148) zu pflegen,

2. durch die mit der Obsorge betraute Person von wichtigen Angelegenheiten, insbesondere von beabsichtigten Maßnahmen nach § 154 Abs. 2 und 3, rechtzeitig verständigt zu werden und sich hiezu in angemessener Frist zu äußern,

3. von Schulen, Kindergärten sowie Sozial- und Gesundheitseinrichtungen einschließlich privater Gesundheitsdienstleister über die Verhältnisse des Kindes Auskunft sowie Zugang zur Teilnahme an sozialen Aktivitäten der Schulen und Kindergärten zu erhalten,

4. den mit der Obsorge betrauten Elternteil in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu vertreten sowie das Kind zu pflegen und zu erziehen, soweit das die Umstände erfordern und sich das Kind rechtmäßig bei ihm aufhält.

(2) Wenn der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil durch die Wahrnehmung seiner Rechte nach Abs. 1 das Wohl des Kindes gefährdet oder diese Rechte rechtsmissbräuchlich oder in einer für den anderen Elternteil nicht zumutbaren Weise in Anspruch nimmt, hat das Gericht diese Rechte auf Antrag einzuschränken oder ganz zu entziehen. Die Rechte nach Abs. 1 entfallen, wenn der mit der Obsorge nicht betraute Elternteil grundlos das Recht des Kindes auf persönlichen Verkehr ablehnt.

(3) Findet trotz Bereitschaft des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils ein persönlicher Verkehr mit dem Kind nicht regelmäßig statt, so steht ihm das Recht nach Abs. 1 Z 2 auch in minderwichtigen Angelegenheiten zu, sofern es sich dabei nicht bloß um Angelegenheiten des täglichen Lebens handelt. Die Äußerung nach Abs. 1 Z 2 ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht.

(4) Wenn der mit der Obsorge betraute Elternteil die Rechte des anderen nach Abs. 1 beharrlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag, sofern das Wohl des Kindes gefährdet wird, auch von Amts wegen, die angemessenen Verfügungen zu treffen.“

*X. § 178a wird aufgehoben.*

*X. Nach dem § 1502 wird folgende Bestimmung samt Überschriften angefügt:*

**„5. Hauptstück  
Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen ab 1. Jänner 2012**

**§ 1503.** (1) Die §§ 137, 144, 148, 167, 177, 177a, 177b, 177c, 178 und 178a in der Fassung des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2012, BGBl. I Nr. xxx/2011, treten mit 1. Jänner 2012 in Kraft.“

**Artikel II**

**Änderung des Außerstreitgesetzes**

Das Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 111/2010, wird wie folgt geändert:

*X. In § 105 Abs. 1 werden nach dem Wort „Jugendwohlfahrtsträger“ ein Beistrich und die Wendung „die Familiengerichtshilfe“ eingefügt.*

*X. Nach dem § 106 wird folgender § 106a samt Überschrift eingefügt:*

**„Familiengerichtshilfe**

**§ 106a.** (1) Die Familiengerichtshilfe unterstützt das Gericht auf dessen Auftrag bei der Sammlung der Entscheidungsgrundlagen, der Anbahnung einer gütlichen Einigung und der Beratung der Parteien in Verfahren über die Obsorge oder das Recht auf persönlichen Verkehr.

(2) Die Familiengerichtshilfe ist berechtigt, Personen, die über die Lebensumstände eines minderjährigen Kindes Auskünfte erteilen könnten, zu laden und zu vernehmen, sowie unmittelbaren Kontakt mit dem Kind herzustellen. Personen, in deren Obhut das Kind steht, sind verpflichtet, einen solchen Kontakt zu dulden. Gegen Personen, die ihre Pflicht zur Mitwirkung an Erhebungen der Familiengerichtshilfe verletzen, kann das Gericht angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs. 2 anordnen. § 20 Abs. 1 erster Satz ist bei Erhebungen der Familiengerichtshilfe nicht anzuwenden.

(3) Die bei der Familiengerichtshilfe tätigen Personen erstatten dem Gericht mündlich oder schriftlich Bericht. Für die Ablehnung einer bei der Familiengerichtshilfe tätigen Person gelten die Bestimmungen über die Ablehnung eines Sachverständigen sinngemäß.“

*X. § 107 lautet:*

**„§ 107.** (1) Im Verfahren über die Obsorge oder über das Recht auf persönlichen Verkehr

1. ist den Parteien auf Antrag eine Ausfertigung der Entscheidung ohne Begründung oder eine Urkunde, in der der Umfang der Betrauung mit der Obsorge umschrieben ist, auszustellen;

2. können angefochtene Beschlüsse auch zu Ungunsten der anfechtenden Partei abgeändert werden, wenn dies das Wohl des betroffenen Minderjährigen verlangt;
3. findet ein Abänderungsverfahren nicht statt.

(2) Das Gericht hat die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr nach Maßgabe des Kindeswohls auch vorläufig einzuräumen. Der Entscheidung kommt vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zu, sofern das Gericht diese nicht ausschließt. Im Übrigen gilt § 44 sinngemäß.

(3) Das Gericht hat die zur Sicherung des Kindeswohls im Verfahren erforderlichen Maßnahmen anzuordnen. Als derartige Maßnahmen kommen insbesondere in Betracht

1. der verpflichtende Besuch einer Eltern- oder Erziehungsberatung;
2. die Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation;
3. das Verbot der Ausreise mit dem Kind und
4. die Abnahme des Reisepasses des Kindes.

(4) In Verfahren über die Obsorge und die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr findet ein Kostenersatz nicht statt.“

*X. Nach dem § 107 wird folgender § 107a samt Überschrift eingefügt:*

#### **„Besondere Entscheidungen bei vom Jugendwohlfahrtsträger gesetzter Maßnahmen**

**§ 107a.** In Verfahren über einen Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers nach § 215 Abs. 1 zweiter Satz ABGB hat das Gericht auf Antrag einer Partei unverzüglich auszusprechen, ob die Maßnahme des Jugendwohlfahrtsträgers vorläufig zulässig ist. Erklärt das Gericht die Maßnahme für unzulässig, so ist sie sogleich zu beenden. Hat der Jugendwohlfahrtsträger die Maßnahme beendet, bevor das Gericht über seinen Antrag endgültig entschieden hat, so hat das Gericht auf Antrag einer Partei auszusprechen, ob die Maßnahme zulässig war.“

*X. § 108 samt Überschrift lautet:*

#### **„Besondere Entscheidungen im Verfahren über das Recht auf persönlichen Verkehr**

**§ 108.** Lehnt ein Minderjähriger, der das vierzehnte Lebensjahr bereits vollendet hat, ausdrücklich die Ausübung des persönlichen Verkehrs ab und bleiben eine Belehrung über die Rechtslage und darüber, dass die Anbahnung oder Aufrechterhaltung des Kontakts mit beiden Elternteilen grundsätzlich seinem Wohl entspricht, sowie der Versuch einer gütlichen Einigung erfolglos, so ist der Antrag auf Regelung des persönlichen Verkehrs ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen und ist von der Fortsetzung der Durchsetzung abzusehen.“

*X. In § 109 werden der bisherigen Regelung die Absatzbezeichnung „(1)“ vorangestellt, der zweite Satz aufgehoben und folgender Absatz angefügt:*

„(2) Das Gericht, das die Niederschrift aufgenommen hat, hat eine Ausfertigung der Niederschrift einer Vereinbarung nach Abs. 1 dem für die Entscheidung über die Obsorge oder über den persönlichen Verkehr zuständigen Gericht zu übermitteln.“

*X. § 110 Abs. 1 und 2 lautet samt Überschrift:*

**„Durchsetzung von Regelungen der Obsorge oder des Rechts auf persönlichen Verkehr**

**§ 110.** (1) Die zwangsweise Durchsetzung einer Regelung der Obsorge oder des Rechts auf persönlichen Verkehr hat nur dann zu erfolgen, wenn

1. eine gerichtliche Entscheidung vorliegt;
2. eine Vereinbarung vor Gericht geschlossen wurde oder
3. die Bestimmung der Obsorge in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde dem Gericht oder Standesbeamten zugekommen ist.

(2) Eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung ist ausgeschlossen. Das Gericht hat auf Antrag oder von Amts wegen angemessene Zwangsmittel nach § 79 Abs. 2 anzuordnen. Regelungen, die die Obsorge betreffen, kann das Gericht auch durch Anwendung angemessenen unmittelbaren Zwanges vollziehen.“

*X. Nach dem § 207g wird folgender § 207h samt Überschrift eingefügt:*

**„Inkrafttreten und Übergangsbestimmung zum Bundesgesetz BGBl. I Nr. xxx/201x**

**§ 207f.** Die §§105, 106a, 107, 107a, 108, 109 und 110 in der Fassung des KindschaftsrechtsÄnderungsgesetz 2012, BGBl. I Nr. xxx/2011, treten mit 1. Jänner 2012 in Kraft. § 107a letzter Satz ist anzuwenden, wenn die Maßnahme des Jugendwohlfahrtsträgers nach dem 31. Dezember 2011 beendet wurde.“

**Artikel III**

**Änderung des Ehegesetzes**

Das Ehegesetz, dRGBl. I S. 807, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 135/2009, wird wie folgt geändert:

*X. § 55a Abs. 2 lautet:*

„(2) Die Ehe darf nur geschieden werden, wenn die Ehegatten eine schriftliche Vereinbarung über die Betreuung der Kinder und die Obsorge, die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr und die Unterhaltspflicht hinsichtlich ihrer gemeinsamen Kinder sowie ihre unterhaltsrechtlichen Beziehungen und die gesetzlichen



vermögensrechtlichen Ansprüche im Verhältnis zueinander für den Fall der Scheidung dem Gericht unterbreiten oder vor Gericht schließen.“

*X. § 55a Abs. 3 zweiter Satz wird aufgehoben.*

*X. § 131 lautet:*

„§ 131. (1) § 55a in der Fassung des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2012, BGBl. I Nr. xxx/2011, tritt mit 1. Jänner 2012 in Kraft.“

## **Artikel IV**

### **Bestimmungen über die Familiengerichtshilfe**

**§ 1.** Die Bundesministerin für Justiz wird ermächtigt, nach Maßgabe der budgetären, organisatorischen, technischen und personellen Möglichkeiten sowie unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit mit Verordnung anzuordnen, für welche Bezirksgerichte eine Familiengerichtshilfe eingerichtet wird.

**§ 2.** Verordnungen nach § 1 können ab dem auf die Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag erlassen werden. Sie treten frühestens am Tag des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in Kraft.