

GZ 14.005/122-I 8/2000
Bundesministerium für Justiz
Postfach 63
1016 Wien

Wien, 30. Oktober 2000

B e t r e f f : Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes
über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer
Streitsachen (Außerstreitgesetz)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Katholische Familienverband Österreichs dankt für die Übermittlung des Entwurfes zum Außerstreitgesetz samt Erläuterungen und darf die im Auftrag des Katholischen Familienverbandes von Rechtsanwältin Dr. Florence Burkhart (5020 Salzburg, Kajetanerplatz 5) erstellte Stellungnahme abgeben.

In ihrem Berufsalltag als Rechtsanwältin begrüßt RA Dr. Burkhart besonders, dass endlich der Schritt zu einem neuen Außerstreitgesetz gesetzt wird, um die bisherigen Regelungsdefizite, die den Rechtssuchenden ziemlich dem Gutdünken des jeweiligen Richters oder Rechtspflegers überließ, auszugleichen.

Diese Stellungnahme ergeht in 25 Ausfertigungen sowie als E-Mail an das Präsidium des Nationalrates.

Für den
Katholischen Familienverband Österreichs

Dr. Florence Burkhart e.h.
Rechtsanwältin

Mag. Rosina Baumgartner
Generalsekretärin

Johannes Fenz e.h.
Präsident

1 Beilage

Stellungnahme zum Entwurf des Außerstreitgesetzes:

Zunächst zum Art. II Änderung des ABGB's:

Z- 1-4:

Art. I, §§87 ff :

Ehelichkeitsbestreitung:

Absolut bedauerlich ist, dass man sich zu keiner Änderung im Hinblick auf die Funktion des Staatsanwaltes im Abstammungsverfahren durchgerungen hat, dies offensichtlich sowohl materiellrechtlich (mir liegt der Text des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes nicht vor (im Internet nicht zugänglich), doch dürfte der mir von Fr. Dr. Deixler-Hübner mitgeteilte Gesetzesvorschlag zurückgezogen oder nicht beschlossen worden sein, wie ich dies den Erläuterungen zum gegenständlichen Gesetzesentwurf indirekt entnehme) als nun auch verfahrensrechtlich.

Der Vorschlag hatte vorgesehen, dass die Ehelichkeitsvermutung (der Ehemann wird per Gesetzes Vater des Kindes und bleibt es ohne Tätigwerden des Staatsanwaltes, wenn er es verabsäumt, innerhalb eines Jahres ab Kenntnis davon, dass er nicht der Vater ist, die Ehelichkeit zu bestreiten) durchbrochen wird, wenn der leibliche Vater ein Vaterschaftsanerkennnis abgibt und Kind und Mutter dem zustimmen.

Mir ist bekannt, dass Gegenstimmen damit argumentierten, dass die Parteien einen Wunschvater kreieren könnten. Dem könnte ganz einfach damit begegnet werden, dass noch zusätzlich ein Vaterschaftstest vom Anerkennenden vorgelegt werden muss. Grundsätzlich ist aber dagegen zu halten, dass überall dort, wo kein Ehemann per Gesetzesvermutung zum Vater des Kindes wurde, es bisher immer genügte, wenn der leibliche Vater ein Vaterschaftsanerkennnis abgab, nie wurde dies nachgeprüft. Dabei hat also offenbar noch niemand befürchtet, dass Wunschväter kreiert werden könnten.

Nun sind aber angeblich alle diesbezüglichen Überlegungen zur Gesetzesänderung wieder begraben worden, obwohl es vollste Berechtigung hätte, die Rolle des Staatsanwaltes in dem Zusammenhang, dass er allein darüber entscheidet, ob statt des gesetzlich vermuteten Vaters der leibliche Vater als solcher auch vor dem Gesetz anerkannt werden kann, nicht nur zu überdenken, sondern meines Erachtens abzuschaffen.

3

Ich kann aus der Praxis belegen, dass es keine Selbstverständlichkeit ist, dass der Staatsanwalt einer **Anregung** zum Aktivwerden einfach nachkommt. Ich habe in Salzburg ein Verfahren bei der Staatsanwaltschaft anhängig, das seit 21.2.2000 läuft, in welchem mir eine einzeilige Mitteilung über die Ablehnung vorliegt, und in welchem bis heute mittels weiterer Eingaben unsererseits versucht wird, die Staatsanwaltschaft vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses und eines Kindesinteresses an der Feststellung des wirklichen Vaters (dessen Vaterschaft mit einem Vaterschaftstest belegt ist) zu überzeugen.

Man bedenke, dass der Staatsanwalt seine Weigerung nicht einmal begründen muss, geschweige denn, dass den Betroffenen, denjenigen, die die **Anregung** vorgenommen haben, (mehr als eine Anregung steht den Beteiligten ja nicht zu), in irgendeiner Weise eine Rechtsmittelbefugnis zustünde.

Es ist also definitiv nicht richtig, dass, wie auf S 265 der Erläuterungen ausgeführt, es in der Praxis nicht vorkomme, dass der Staatsanwalt den Wunsch zur Klagsführung nicht aufnehme.

Dass an § 158 ABGB vollinhaltlich festgehalten wird, ist umso unverständlicher, als, wie die Ausführungen von Rechberger und Oberhammer in ÖJZ 1996,41 zeigen, diese Gesetzesbestimmung auf eine Gesetzesänderung vom 12.4.1938 zurückgeht und der ursprüngliche Zweck laut amtlicher Begründung nichts anderes war, als nach Ablauf der Klagfrist Kinder dem leiblichen Vater dann zuordnen zu können, wenn dieser einer anderen Rasse als der Ehemann angehörte.

Natürlich plagt man sich seit das nationalsozialistische Regime überwunden ist, damit, diese Gesetzesbestimmung umzuinterpretieren. Aber das Problem besteht darin, dass der Staatsanwalt nur tätig werden kann (nicht einmal muss), wenn er dies als im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes für geboten erachtet.

Das heißt nichts anderes, als dass sowohl Textierung als auch Systematik von § 158 ABGB ausschließen, dass die Staatsanwaltschaft in jedem Fall, in dem die Zeugung eines in aufrechter Ehe geborenen Kindes durch einen Dritten erfolgt ist, klagen (oder in Hinkunft einen Antrag stellen) müsste.

Damit beginnt die Suche nach einem spezifischen öffentlichen oder Kindesinteresse, um Motivation für die Staatsanwaltschaft zu schaffen, denn ein Anspruch auf das Tätigwerden besteht laut Gesetz ja nicht.

Ich gehe deshalb so ausführlich auf das materielle Recht ein, weil erst auf diese Weise entsprechend deutlich wird, was es bedeutet, formell **als Betroffener keinerlei Parteirechte** zu haben, und auch jetzt im Zuge der gründlichen Ausarbeitung eines neuen Außerstreitgesetzes nicht **zumindest** ein Verfahren mit Parteien (§ 2 AußerstrG: Partei ist nicht, wer eine Tätigkeit des Gerichts offensichtlich nur anregt) und Rechtsmitteln etc. für eine Ehelichkeitsbestreitung nach Versäumung der Klage-(Antragsfrist) des gesetzlich vermuteten Vaters und Ehemannes der Mutter des Kindes einzuführen. So nimmt man trotz des Anspruches, dem man sich mit der Novellierung gestellt hatte, indem man begrüßenswerter Weise endlich auch in dieser Gesetzesmaterie dem Determinierungsgebot entsprechen wollte, in Kauf, dass solange § 158 ABGB so bestehen bleibt, wie er ist, dem materiellrechtlichen Manko auch noch ein verfahrensrechtliches hinzugefügt bleibt.

zu §121Abs 1:

Sofern darauf verwiesen ist, dass ein Antrag auf Änderung den Vollzug nur dann hindere, wenn § 86 Abs 3 Z 1 vorliege, so gehe ich davon aus, dass die alte Regelung solange zu vollziehen ist, als nicht eine solche Entscheidung des Gerichtes gemäß §86 Abs 3 Z 1 ergangen ist und dass eine solche Entscheidung bekämpfbar ist. Was ist während der Dauer, bis der Richter über die Vollzugshinderung entscheidet und allenfalls auch ein angerufenes Rekursgericht?

8. Abschnitt: Regelung der Rechte, Pflichten und des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und minderjährigen Kindern

Es werden Regelungen und Bestimmungen über die vom Jugendwohlfahrtsträger durchzuführenden Erhebungen vermisst, aufgrund derer er seinem Anhörungsrecht genüge tun kann. Hier gibt es von Jugendwohlfahrtsträger zu Jugendwohlfahrtsträger große Unterschiede.

5

§ 6 Abs 3:

Trotz des nun expressis verbis enthaltenen Grundsatzes, dass das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien hinzuwirken habe, fehlt jeder Hinweis und jede Institutionalisierung der **Mediation**, obwohl die bisherigen Erfahrungen besonders die Eignung dieses Verfahrens in allen mit Kindern zusammenhängenden Belangen (Unterhalt, Obsorge und Besuch) gezeigt haben und man sich dazu im materiellen Recht stellenweise sehr wohl schon entschlossen hat. Es fehlen also entsprechende formelle Regelungen wie beispielsweise ein "Mediationsgesetz", das den "Beruf" eines Mediators und dessen Aufgaben bzw. rechtlichen Möglichkeiten definiert und festlegt.

Wien, 30. Oktober 2000