



Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

ZI. 13/1 12/176

BMJ-Z4.500/0046-I 1/2012

BG, mit dem das Kindschafts- und Namensrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührengesetz und das BG zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung geändert werden (Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012 - KindNamRÄG 2012)

**Referenten: VP Dr. Brigitte Birnbaum, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Elisabeth Zimmert, Rechtsanwalt in Neunkirchen**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Einleitung

Grundsätzlich muss festgehalten werden, dass sämtliche angestrebte und wesentliche Änderungen, allen voran die geplante „Phase der elterlichen Verantwortung“ gem. § 180 ABGB, aber auch die neu geplanten erweiterten Antragsrechte von zahlreichen Personenkreisen in umfangreicherer Hinsicht, **nur umsetzbar** sind, wenn vorher eine massive **personelle Verstärkung der Familiengerichte** erfolgt.

Betreffend die **Finanzierbarkeit** der angestrebten Maßnahmen, vor allem der Familiengerichtshilfe, ergibt sich aus den Erläuterungen des Entwurfes zu den finanziellen Auswirkungen (Seite 1-2) nicht, **ob diese überhaupt bewerkstelligt** werden kann, da der Ausgang der Modellprojekte nicht vorweggenommen werden kann, durch welche erst eine Bedarfsklärung erfolgen wird. **Ohne die flächendeckende Familiengerichtshilfe** ist jedoch der Großteil der angedachten **Maßnahmen nicht umsetzbar**.



Hinzu kommt, dass es bei einer solchen Personalverstärkung, selbst bei Vorliegen der finanziellen Mittel, schwierig sein wird, entsprechend ausgebildetes und geschultes hochqualifiziertes **Personal** zu finden.

Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre es sinnvoll, die aufgrund der Erkenntnisse von EGMR und VfGH **notwendige Novellierung** des Gesetzes **getrennt** von der Einführung des Experiments „Phase der elterlichen Verantwortung“ durchzuführen, sodass Erfolg und Bestand beider Bestimmungen nicht untrennbar miteinander verbunden sind. Im Namensrecht ist zu beobachten, dass es zu unterschiedlichen „Familien“-Namen von in derselben Ehe geborenen Kindern kommen wird können.

Stellungnahme zu einzelnen Änderungen

Ad §§ 93 – 94, 155 – 157 ABGB:

Grundsätzlich ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen **erneut ein Subsidiärtatbestand** vorgesehen ist, wonach mangels Bestimmung eines gemeinsamen Familiennamens jeder Ehegatte seinen bisherigen Familiennamen beibehält. Bei Eheschließung vor dem Standesbeamten müssen beide Ehegatten eindeutig erklären, die Ehe mit dem jeweils anderen zu schließen. Aus welchen Gründen diese eigenständigen und ehefähigen Personen nicht in der Lage sein sollten, auch **eindeutig einen Familiennamen** – sei es ein gemeinsamer, seien es unterschiedliche – **zu bestimmen**, ist unklar. Es scheint **gesellschaftspolitisch nicht erstrebenswert**, die Bestimmung eines **gemeinsamen Familiennamens nicht zu fördern**, sondern die der Beibehaltung des jeweils eigenen.

Daher sollten die Ehegatten jedenfalls bei Eheschließung einen Familiennamen bestimmen, sei es nun ein gemeinsamer oder unterschiedliche. Der subsidiär greifende Tatbestand mangels Bestimmung sollte entfallen, da eine Bestimmung im Zuge der Eheschließung jedenfalls stattfinden und keine „Möglichkeit“ darstellen sollte.

Die nunmehr in § 93 Absatz 2 eingeführte Bestimmung, **auf jede erdenkliche Weise Namen zu „kreieren“, wird abgelehnt**. Nicht nur, dass dies in Österreich zu einer **Doppelnamen-Flut** in den kommenden Jahren führen wird und auch bei Einführung des Voran- oder Nachstellen des Namens eines Ehegattens mit der Novelle 1995 vermieden werden sollte. Dies führt nun auch zu teilweise zusammengesetzten Namen, welche **nichts mehr mit der Identität** des jeweiligen Ehegatten oder auch deren Kinder **zu tun haben** oder auch sehr langen Namen aller Familienmitglieder.

Es wird im Entwurf immer wieder im Zuge der Argumentation für die neue Doppelnamen-Regelung betont, dass der gemeinsame Familiendoppelname ein **Ausdruck der Zusammengehörigkeit als Familie** ist und daher auch auf die Kinder übertragen können werden soll. **Unklar** ist, wie dies mit der **Möglichkeit des § 155 Abs 2 zu vereinbaren** ist, wonach das Kind einen Doppelnamen erhalten könnte, obgleich keines seiner Elternteile einen Doppelnamen führt. Dies würde zur Folge haben, dass **alle Familienmitglieder unterschiedliche Namen** hätten. Inwieweit dies als „Ausdruck der Zusammengehörigkeit“ zu werten ist, ist unklar.

Wie schon bisher, kann der Gesetzgeber im Übrigen nicht vermeiden, dass letztendlich mangels Bestimmung des Familiennamens des Kindes durch die Eltern ein Name kraft Gesetzes festgelegt werden muss. Bisher war es der Name des Vaters, jetzt soll es der **Name der Mutter** sein. Damit kommt es von einer Privilegierung des Namens des Vaters zu einer Privilegierung des Namens der Mutter.

Der **Verfassungsgerichtshof** hat bereits in seinem **Erkenntnis G 124/96** ausgesprochen, dass: *„Da der Gesetzgeber aleatorischen Mitteln von vornherein eine Absage erteilt und auch sonst eine geschlechtsneutrale Regelung seiner Ansicht nach nicht erreicht werden kann, konnte er in dieser "Ersatzregelung" lediglich einen der beiden Familiennamen der Eltern festlegen. In §139 Abs3 ABGB hat sich der Gesetzgeber letzten Endes für den Familiennamen des Vaters entschieden.“*

Die diesbezügliche **Begründung** für die nunmehrige Änderung im Entwurf ist unzureichend.

Weder dem Namen des Vaters, noch dem der Mutter oder des Ehemanns oder der Ehefrau ist der Vorzug zu geben, sondern gibt es nun einmal Fälle, in welchen sich der Gesetzgeber für eine von mehreren zur Verfügung stehenden Varianten entscheiden muss. Daher sind auch die Änderungen im Ehegattennamensrecht nicht nachvollziehbar, zumal der subsidiär mangels anderer Erklärung bestimmte gemeinsame Familienname eher als „Ausdruck der Zusammengehörigkeit“ zu sehen wäre, als unterschiedliche Namen für beide Ehegatten.

Als **Hintergrund** der Änderung im Kinder-Namensrecht ist wohl die **bestrebte „Gleichstellung“ von ehelichen und unehelichen Kindern** anzusehen, deren Rechte nunmehr im ggstl Entwurf nicht mehr unterschiedlich geregelt werden. Da es jedoch für ein uneheliches Kind nicht möglich ist, in Ermangelung einer Bestimmung des Namens subsidiär den Namen des Vaters vorzusehen, da dieser in manchen Fällen möglicherweise nicht einmal bekannt ist, sollen daher offenbar auch die ehelichen Kinder dieser Regelung unterworfen werden, um die bisherigen unterschiedlichen Rechtsfolgen abzuschaffen.

Es ist jedoch die derzeitige Regelung, eheliche Kinder - Name des Vaters, uneheliche Kinder - Name der Mutter, keinesfalls eine Herabwürdigung oder Diskreditierung der außerhalb der Ehe geborenen Kinder (wie dies bspw die früher bestandenen unterschiedlichen Erbfolgen waren), sondern entspricht dem Grundsatz, ungleiche Sachverhalte auch unterschiedlich zu regeln. Daher sollte diese Regelung beibehalten werden. Allenfalls könnte „unehelich“ durch „außerhalb der Ehe geboren“ ersetzt werden.

Die **ggstl angestrebten Änderungen im Namensrecht** – insbesondere hinsichtlich der Doppelnamensbestimmungen der Kinder – sind sohin **abzulehnen**. Lediglich der vereinfachte Verwaltungsaufwand bei Änderungen wird begrüßt.

Aufgrund dieser vielen neuen gestalterischen und zeitlich nahezu unbegrenzten Möglichkeiten der Namensbestimmung der Kinder wird im Entwurf auch die Notwendigkeit der **Streitschlichtung** durch die mögliche **Anrufung des**

Pflegschaftsgerichtes gem. § 181 Abs 1 neu hervorgehoben. Dies bringt bereits die **Erwartung zum Ausdruck**, dass durch diese Neuerungen auch die **Konflikte zwischen den Eltern** diesbezüglich zunehmen.

Abschließend ist wohl noch die Frage aufzuwerfen, wie die bisherige Auslegung von Lehre und Judikatur, dass die Namensbestimmung einheitlich für alle ehelichen Kinder gilt (AB 8; Zeyringer, ÖStA 1995, 16; Stabentheiner in Rummel³, § 139 [Rz 2]), unter dem Aspekt, dass es keine Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern gibt, zu bewerten ist.

Dem Gesetzestext entsprechend bedeutet dies nun, dass drei **in der Ehe geborene Kinder** auch drei **unterschiedliche „Familien“-Namen** haben könnten (Name des Vaters, der Mutter und Doppelname). Dass dies zum familiären Zusammengehörigkeitsgefühl keinesfalls beitragen kann, ist offenkundig.

Eine andere Möglichkeit gibt es jedoch nicht, da die „Angleichung“ ehelicher und unehelicher Kinder nicht bewirken kann, dass mehrere uneheliche Kinder alle denselben Familiennamen bestimmt erhalten, wenn diese möglicherweise verschiedene Väter haben, so kann der Name des Vaters des ersten Kindes nicht auch der Familienname für die weiteren Kinder, welche einen anderen Vater haben, gelten.

Auch dies zeigt, dass manche Regelungen zur „Gleichstellung“ von ehelichen und unehelichen Kindern nicht sinnvoll sind und der Entwurf fälschlicherweise davon ausgeht, dass unterschiedliche Regelungen gleichbedeutend wären mit Schlechterstellung des einen oder anderen.

Ad § 137:

Die Neufassung des Absatz 1 der ggstl. Bestimmung erscheint in Anbetracht der geringfügigen Änderungen und Anpassungen bzw Zusammenführungen nicht problematisch und ist dem Entwurf zuzustimmen, dass nicht nur Kinder ihren Eltern mit Achtung begegnen sollten, sondern auch Eltern ihren Kindern.

Die allerdings in **Absatz 2** nunmehr angeführte Formulierung, dass soweit tunlich und möglich Eltern die **Obsorge einvernehmlich wahrnehmen** sollen, wurde dem § 144 zweiter Satz entnommen, welcher jedoch systematisch im **Dritten Hauptstück, Abschnitt „Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und ehelichen Kindern“** eingegliedert ist. Die nunmehrige Extrahierung und „*Betonung, gleich einer Präambel*“, wie im Entwurf begründet, hat **zur Folge**, dass sowohl bei ehelichen als auch unehelichen Kindern, somit **unabhängig davon**, ob die Eltern in einer Partnerschaft leben oder die **gemeinsame Obsorge** ausgesprochen ist (sei es nach alter oder neuer Rechtslage), die Eltern immer – soweit tunlich und möglich – **einvernehmlich vorzugehen** haben.

Die Begründung im Entwurf erweckt den **Anschein einer Einschränkung** durch die Einfügung der Worte „tunlich und möglich“, somit nicht in jeder Lebenslage, wobei dies auch derzeit von der Judikatur nicht gefordert wird.

Diese hätte jedoch nur dann einschränkende Wirkung, wenn es sich um eheliche Kinder bzw Kinder, für welche die Eltern die gemeinsame Obsorge innehaben, handeln würde. Es handelt sich nun jedoch **auch um Kinder**, für welche **nicht die gemeinsame Obsorge** ausgesprochen wurde, was eine erhebliche Belastung für den allein zur Obsorge berechtigten Elternteil zur Folge hätte.

Dadurch könnte der nicht zur Obsorge berechnigte Elternteil verlangen, dass seine **Zustimmung bei Angelegenheiten**, die nicht bloß einfache Dinge des täglichen Lebens betreffen, **eingeholt werden muss**. Denn ob das Herstellen von Einvernehmen tunlich ist, hängt – wie immer – vom Einzelfall ab, wie auch der ggstl Entwurf zugesteht.

Im Übrigen steht diese Formulierung in einem **Spannungsverhältnis zu § 189 neu** (vormals § 178), und ist nicht klar, wann nun Einvernehmen herzustellen sein wird und welche Wichtigkeit diese Angelegenheiten haben müssen.

Ad § 138:

Es ist zwar zu begrüßen, dass das Kindeswohl offenbar als ein zentraler und wichtiger Punkt wahrgenommen wird, doch kann hier eine exemplarische Aufzählung nicht ausreichend wiedergeben, was tatsächlich und vor allem auch im Einzelfall dem Kindeswohl entspricht. Dieser Aufzählung wird daher mit Skepsis begegnet, da die Erfahrung bisher leider gezeigt hat, dass allzu eingrenzende - wenn auch exemplarische – **Manifestationen eher schädlich als nützlich** sind. Vernünftige und einvernehmlich vorgehende Eltern bedürfen dieser Erklärungen nicht, im Streit lebende Eltern werden sich dieses Kataloges nur bedienen, um vor Gericht nunmehr „Gesetzesverstöße“ des anderen Elternteils zu behaupten. Was das Wort „Kindeswohl“ bedeutet, ist jedenfalls vom einzelnen individuellen Kind abhängig und grundlegende Elemente, wie sie insbesondere in Z 1 – 5 angeführt sind, sind wohl gerichtsbeknown.

Problematisch ist vielmehr die **Ziffer 6**, wo undifferenziert bezüglich Alter des Kindes oder Umfang der Maßnahme festgeschrieben wird, dass eine Beeinträchtigung des Kindes vermieden werden soll. Dies führt nur zu **Auslegungsschwierigkeiten** und **Streitfragen**. Dem Pflęgschaftsgericht wiederum ist schon bisher an Vermeidung von Beeinträchtigungen der Kinder gelegen und bedarf es daher keiner solchen pauschalen und ungenauen Festschreibung.

Dies trifft auch auf **Ziffer 9** zu; das Recht auf persönlichen **Kontakt zu jeglichen Bezugspersonen**, die wer als wichtig einstuft?

Besonders **problematisch** erscheint auch **Ziffer 10** in diesem Zusammenhang, wonach Loyalitätskonflikte und Schuldgefühle des Kindes vermieden werden sollen. Wie sich der Gesetzgeber im Falle des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Um- und Durchsetzung vorstellt, die „**Gefühle**“ eines Anderen erstens **zu erfahren** und zweitens **zu vermeiden**, bleibt **unklar**. Dies kann im Einzelfall vom Richter als in eine Entscheidungsfindung einzubeziehend berücksichtigt; keinesfalls jedoch kann dies gesetzlich normiert werden, da „**Gefühle**“ auch bei Kindern (und hiezu zählen 2-Jährige ebenso wie 16-Jährige) **nicht objektiv nachweis- oder aufgreifbar** sind. Auch wenn es sich beim Thema Kindeswohl insbesondere auch aufgrund der in der

Vergangenheit aufgetretenen Probleme und Missachtungen um ein sehr sensibles handelt, darf sich der Gesetzgeber nicht zu „**gefühlsbetonten**“ **Bestimmungen**, die in ihrer Formulierung **undefiniert und subjektiv** sind, hinreißen lassen.

Im Übrigen ergibt sich daraus nur der Versuch beider Elternteile im Sorgerechtsstreit, dem jeweils anderen die Verursachung von Schuldgefühlen und Loyalitätskonflikten des Kindes vorzuwerfen, was nur durch die Einvernahme des Kindes selbst unter Beweis gestellt werden kann. Dies kann nicht das Ziel dieses aufzählenden Kataloges sein.

Kindeswohl kann und – vor allem – muss nicht aufgezählt werden.

Ad § 139:

Vollkommen abgelehnt wird die beabsichtigte Neueinführung des **Absatz 2**, wonach **Dritten**, nicht in verwandter Beziehung mit dem Kind stehenden Personen, die lediglich im gemeinsamen Haushalt leben, **das Kind** bzw deren Eltern **vertreten** dürfen. Auch wenn die Erläuterungen klar legen, dass dies nur im Falle der Verhinderung des bzw der obsorgeberechtigten Elternteil/e geschehen darf und es sich dabei meist um den Lebenspartner handelt, so bleibt dennoch die Tatsache bestehen, dass ein **(beliebiger) Lebensabschnittspartner** eines Elternteils, welcher nicht zwangsläufig auch eine Nahebeziehung zum mj Kind haben muss, dieses bzw den Elternteil – ex lege! – **vertreten** kann.

Dazu muss auch die Frage gestellt werden, **woher in der Praxis** derjenige zB. Lehrer oder Behörde etc. die **Kenntnis** und vor allem den **Nachweis** erlangen kann, dass der „Vertreter“ auch tatsächlich die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Hat der Lehrer bspw. dann zuerst den einen Elternteil, sodann den anderen Elternteil zu kontaktieren und sich von dessen Verhinderung zu überzeugen und ist dann eine Auskunft der Meldebehörde vorzulegen, dass der Vertreter nicht bloß vorübergehend im gemeinsamen Haushalt lebt?

Diese Bestimmung ist **weder sinnvoll noch praktisch umsetzbar** und stellt den jeweiligen Erklärungsempfänger wie Lehrer, Kindergartenpädagogen, udgl nur vor erhebliche Schwierigkeiten und **potentielle Konfliktsituationen** mit Lebenspartnern der Eltern, welche ihre Vertretungsmacht behaupten oder obsorgeberechtigte Elternteile, die die Vertretung durch die neuen Lebensabschnittspartner des jeweils anderen untersagen.

Es kann dem **Kindeswohl nicht als zuträglich** angesehen werden, wenn in dessen Vertretung möglicherweise **keine Kontinuität** gegeben ist, sollten die Lebensabschnittspartner der Eltern immer wieder wechseln.

Eine Vollmachtserteilung kann ermöglicht werden.

Ad §§ 140 - 154:

Es ist eine Verbesserung der Abstammungsbestimmungen im Aufbau und Vereinigung in einem Abschnitt zur besseren Übersicht jedenfalls zu begrüßen.

Ad § 158:

Wie bereits oben zu § 137 aufgeführt, ist der Verlegung des Einvernehmlichkeitsgebotes nach § 137, ohne Rücksicht auf die Frage, wem das Obsorgerecht zukommt, nicht zuzustimmen.

Ad § 162:

Die hier normierte Bestimmung ist auch unter Einbezug der Erläuterungen **nicht nachvollziehbar**. Es wird dem Entwurf dahingehend **zugestimmt**, dass es grundsätzlich sinnvoll und konfliktvermeidend ist, wenn **vor Verbringung des Kindes bzw Wohnsitzverlegung ins Ausland** eine diesbezügliche **Einigung**, im Idealfall ohne Beteiligung des Gerichtes, stattfindet.

Nicht nachvollziehbar ist, warum hier nicht die **Unterscheidung** getroffen wird, dass bei alleiniger Obsorge eine Wohnsitzverlegung ohne Zustimmung des anderen Elternteil möglich ist, bei **gemeinsamer Obsorge** jedoch **nur mit dessen Zustimmung oder** ersetzender **Gerichtsentscheidung**.

Die hier **vorgestellte Regelung**, dass im Falle der gemeinsamen Obsorge es ohne Zustimmung des ebenfalls mit der Obsorge betrauten Elternteils, bei dem jedoch nicht der Haushalt der hauptsächlichen Betreuung gegeben ist, möglich ist, den Wohnort des Kindes in das **Ausland** zu verlegen, wird **zur Gänze abgelehnt**. Dies stellt eine **völlige Aushöhlung der wesentlichsten Rechte**, die die gemeinsame Obsorge mit sich bringen sollte, dar. Es spräche nichts dagegen, die Regelung des Absatz 3 für jeden Fall der gemeinsamen Obsorge, unabhängig von der Bestimmung der hauptsächlichen Betreuung, vorzusehen. Schließlich ist im Falle der nicht erfolgten Einigung immer die Anrufung des Gerichtes möglich, was beiden Elternteilen die nötige Sicherheit auf eine (kind)gerechte Entscheidung gibt.

Es ist auch nicht verständlich, welche Fälle mit Absatz 3 geregelt werden sollen, da die Eltern bei Auflösung der häuslichen Gemeinschaft umgehend zum Abschluss einer Vereinbarung über die Bestimmung des Haushaltes, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird, verpflichtet sind. Wenn eine solche Verpflichtung nach dem Gesetz (§ 179 Abs 2 neu) besteht, aus welchem Grund wäre für diese seltenen Fälle, in denen dies (noch) nicht geschehen ist, eine eigene Bestimmung bei Wohnortverlegung ins Ausland, was ebenfalls nicht zu den häufigsten Themen zwischen Eltern gehört, zu normieren?

Diese Bestimmung sollte sohin dahingehend angepasst werden, dass **bei jedem Fall von gemeinsamer Obsorge nach Absatz 3** vorzugehen ist.

Zudem ist diese **liberale Bestimmung zur Wohnsitzverlegung** wohl beispiellos in den europäischen Rechtsordnungen. Daher sollte jetzt noch eine Änderung im obigen Sinn erfolgen, da sich daraus eine wirklich sinnvolle und konfliktvermeidende Sicherung der Rechtssituation ergibt; **wichtiger** muss immer – wie im gesamten Entwurf ausdrücklich betont – das **Kindeswohl** und auch **dessen Kontaktrecht zu beiden Elternteilen** sein.

Ad § 177:

Aus Absatz 1 geht hervor, dass eine **völlige Angleichung** der Regelungen betreffend eheliche und uneheliche Kinder **nicht möglich** ist. Dies zeigt sich durch die Beibehaltung der Bestimmungen, dass für ehelich geborene Kinder beide Elternteile ex lege obsorgeberechtigt sind, für außerhalb der Ehe geborene Kinder nur die Mutter.

Die in Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit nicht verheirateter Eltern, **vor dem Standesbeamten eine Obsorgevereinbarung zu treffen**, muss jedoch entschieden **abgelehnt** werden.

Zwar ist es von Justizseite her nachvollziehbar, dass versucht wird, Kosten zu sparen und Gerichte zu entlasten, dies kann jedoch nicht dazu führen, dass die Frage, ob gemeinsame Obsorge vereinbart bzw genehmigt wird, vom Richter zum Standesbeamten ausgelagert wird.

Es ist hier zwar eine Rechtsbelehrung vorgesehen, doch kann diese **nicht** mit einer **Belehrung durch den zuständigen Pflegschaftsrichter** gleichgesetzt werden. **Entscheidungen solcher Tragweite sollten im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit getroffen werden von unabhängigen Richtern** und nicht von weisungsgebundenen Verwaltungsbeamten. Auch werden schon nach der Natur der Sache keinerlei Erfahrungswerte beim Standesbeamten vorliegen. Daher wird das in den Erläuterungen angepriesene „**One-Stop-Shop**“ – **Prinzip** hier jedenfalls **abgelehnt**. Die **gewichtige Frage**, ob gemeinsame Obsorge zwischen nicht verheirateten Eltern vereinbart werden soll, soll den Eltern **nicht „erleichtert“ werden**, indem man ihnen den (einmaligen!) Weg zum Pflegschaftsgericht und dazugehöriger Rechtsbelehrung durch den Pflegschaftsrichter „erspart“.

Durch die **Widerrufsmöglichkeit** in Absatz 2 letzter Satz kommt klar zum Ausdruck, dass schon dem Entwurf dieser Bestimmung die **Befürchtung der vorschnellen oder erzwungenen Erklärung** innewohnt. Aus welchen vorteilhaften Gründen diese daher normiert werden soll, ist unklar. Die Frist wäre zudem jedenfalls auf zumindest **6 Monate** zu verlängern.

Im Übrigen erscheint die notwendige Informationsübermittlung zwischen Gericht und Personenstandsbehörde mehr Umstände als Nutzen mit sich zu bringen.

Ad § 179:

Die Abstellung auf die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft aufgrund der Gleichregelung von ehelichen und unehelichen Kindern hat zur Folge, dass in Absatz 1, erster Satz das Aufrechterhalten der gemeinsamen Obsorge festgelegt wird, obgleich **die gemeinsame Obsorge nur bei verheirateten Eltern** im gemeinsamen Haushalt ex lege vorliegt, jedoch **bei unverheirateten Eltern nur** dann, wenn sie **vereinbart** wurde und zwar unabhängig davon, ob die Eltern im gemeinsamen Haushalt leben.

Somit tritt hier erneut die Problematik zu Tage, dass eheliche und uneheliche Kinder, da die Obsorgeregelungen gem. § 177 nicht übereinstimmen, nicht in weiterer Folge

gleich geregelt werden können. Die Obsorge kann nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ja nur dann aufrecht bleiben, wenn sie bei beiden Elternteilen zuvor vorgelegen ist. Dies muss aber bei **unverheirateten Eltern**, die trotzdem im gemeinsamen Haushalt gelebt haben, **nicht der Fall** sein. Es muss sohin hier zur Klarstellung eingefügt werden: *„Wird die häusliche Gemeinschaft der **obsorgeberechtigten** Eltern nicht bloß vorübergehend aufgelöst, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht.“*

Ad § 180:

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass die in dieser Bestimmung vorgesehene **„Phase der elterlichen Verantwortung“** als **äußerst problematisch** angesehen wird. Dies insbesondere aufgrund der Tatsache, dass diese Phase nur dann sinnvoll und zur fundierten Entscheidungsfindung tauglich ist, wenn das Gericht mit ausreichenden „Augen und Ohren“ in Form der **Familiengerichtshilfe** ausgestattet ist. Da jedoch **nicht einmal** für den derzeit laufenden Modellversuch am BG Innere Stadt Wien **ausreichend qualifiziertes Personal** vorhanden ist und hier auch nur eine schrittweise, über Jahre dauernde Einführung auf ganz Österreich vorgesehen ist, kann diese geplante Phase der elterlichen Verantwortung, welche untrennbar mit der Beistellung von Familienhilfe verbunden ist, nicht erfolgreich umgesetzt werden. Daher sollte diese **gravierende Änderung** jedenfalls extrahiert und bis zur flächendeckenden Einführung der Familiengerichtshilfe **vorbehalten bleiben**. Eine Sanierung des Gesetzes im Sinne des EGMR und VfGH kann auch separat erfolgen.

Weiters ist inhaltlich festzuhalten, dass die **Formulierung** dieser Bestimmung bedauerlicherweise **missglückt** ist. Es handelt sich dabei um einen klaren **Kompromiss** zwischen zwei Ministerien, welcher an vielen Stellen zu Tage tritt. Dies kann keinesfalls die Intention des Gesetzgebers sein, eine so weitreichende neue Bestimmung derart **unklar und unverständlich** zu formulieren, dass schon bei ihrem Inkrafttreten klar ist, dass ihr in dieser Form kein Bestand beschieden sein wird.

Es geht beispielsweise aus der Formulierung nicht einmal klar hervor, ob es sich bei der „Anordnung“ bzw. „Einräumung“ des Gerichtes

- um einen anfechtbaren Beschluss handelt,
- ob es sich dabei um ein Provisorialverfahren („nach Ablauf des Zeitraums hat das Gericht (...) **endgültig** zu entscheiden“) handelt
- welcher Art und Qualität diese Entscheidung ist, ob hier ein Rechtsmittel zulässig ist und ob dieses aufschiebende Wirkung besitzt.

Dies wird auch im AußStrG nicht erwähnt.

Lediglich den Erläuterungen (!) ist zu entnehmen, dass es sich offenbar um einen Beschluss handeln dürfte, welcher „in Rechtskraft erwächst“ („Die Phase der elterlichen Verantwortung **beginnt mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung** zu laufen.“).

Es kann aber wohl nicht sein, dass es eine Art Ratespiel wird, ob es sich nun um einen Beschluss handelt und ob er anfechtbar ist und ob aufschiebende Wirkung gegeben ist, oder ob es sich doch nur um eine vorläufige Regelung handelt und

daher einem Provisorialverfahren gleichzustellen ist. Dies alles kann und muss noch **klar im Gesetz ausformuliert** werden.

So, wie es derzeit formuliert ist, scheint es sich nicht um ein Provisorialverfahren zu handeln, wodurch vor Treffen der gerichtlichen Anordnungen ein **Beweisverfahren** abzuführen sein wird. Dadurch wird sich eine erheblich **lange Verfahrensdauer** ergeben, da das Gericht sämtliche Details betreffend das Kontaktrecht, die Pflege, die Erziehung und den Unterhalt festzulegen hat. Es ist immanent, dass jeder Punkt bislang alleine in einem Verfahren behandelt wurde und diese – insbesondere ist die lange Dauer der Verfahren betreffend **Kontakt und Unterhalt** – **bekannt**.

Es kann daher nicht plötzlich für einen Richter möglich sein, rasch die notwendigen Anordnungen zu treffen, wenn er ein komplettes Beweisverfahren hiezu abzuführen hat.

Zudem muss der Richter nun wieder **Unterhaltsberechnungen** durchführen, welche grundsätzlich in die **Rechtspflegierzuständigkeit** ausgelagert wurden. Hinzu kommt, dass bei Überprüfung dieses Unterhaltes während des Zeitraums der elterlichen Verantwortung aufgrund einer Änderungen der Umstände hier fraglich ist, ob nun **der Richter oder der Rechtspfleger** zu entscheiden hat und ob eine nachträgliche Änderung dieser vom Richter bestimmten Unterhaltspflicht überhaupt durch den Rechtspfleger durchgeführt werden kann, ohne dass erneut ein Beweisverfahren bspw. betreffend der tatsächlichen Betreuungsleistung des Unterhaltspflichtigen im Falle einer Reduktion des Unterhalts durch Naturalleistung durchgeführt werden muss. In diesem Fall würde wohl der Rechtspfleger entscheiden, welcher aber bei den richterlichen Anordnungen nicht beigezogen wurde.

Es wird daher vorgeschlagen, diese Anordnungen in ein **Provisorialverfahren** zu verlegen, wodurch bereits **Bescheinigungsmittel** ausreichen und eine **raschere Entscheidung** erwartet werden kann. Denn erst danach beginnt die 6-Monatsfrist zu laufen, welche im Übrigen als zu kurz angesehen wird.

Besonders ist zu kritisieren, dass die ggstl Bestimmung außerordentlich **unübersichtlich** gestaltet ist.

Sie beinhaltet dermaßen viele **unterschiedliche Konstellationen**, wobei nicht nachvollziehbar ist, warum diese allesamt in eine Bestimmung „gepresst“ wurden und hier nicht differenziert wurde zwischen

1. Auflösung der häuslichen Gemeinschaft bei gemeinsamer Obsorge ohne Vereinbarung,
2. Beantragung der Beteiligung an der Obsorge und
3. Übertragung der Alleinobsorge.

Es können diese gänzlich unterschiedlichen Ausgangspositionen nicht ein und dieselben Rechts- bzw Verfahrensfolgen auslösen.

Es muss einen Unterschied machen, ob verheiratete Eltern eines 10-jährigen Kindes die häusliche Gemeinschaft auflösen und keine Einigung hinsichtlich der überwiegenden Betreuung finden können, oder aber ein Vater eines 3-jährigen unehelichen Kindes nach bisher gelegentlichen Besuchskontakten nunmehr die

alleinige Obsorge beantragt. Daher sollte die ggstl Bestimmung auch unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls abgeändert werden.

Im Übrigen erscheint es nicht dem Ansinnen auf Gleichberechtigung Rechnung tragend, wenn zwar der nicht obsorgeberechtigte Elternteil die gemeinsame Obsorge „verlangen“ kann, dem **betreuenden Elternteil ein solches Recht jedoch nicht zukommt**. Es muss sich also der betreuende Elternteil mit dem nun obsorgewilligen Elternteil arrangieren, sollte dieser jedoch das Interesse verlieren, kann er nicht zur gemeinsamen Obsorge gezwungen werden. Es ist schon der Formulierung „**Beteiligung an der Obsorge**“ zu entnehmen, dass hier inhaltlich **keine Gleichberechtigung oder -verpflichtung** vorgesehen ist.

Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass sich § 180 ABGB in einem erheblichen **Spannungsverhältnis zu § 107 Absatz 2 AußStrG** befindet und diese grundsätzlich miteinander unvereinbar erscheinen. Es können nicht beide Maßnahmen – Phase der elterlichen Verantwortung und vorläufige Entscheidung betreffend Obsorge und Kontaktrecht – nach Auflösung des gemeinsamen Haushaltes parallel bestehen. Dies ist im Sinne der Rechtssicherheit jedenfalls zu überarbeiten.

Ad § 186:

Hier erscheint fraglich, welche Folgen dieses als Pflicht formulierte **Kontaktgebot** haben wird, insbesondere ob dies mit **Zwangsmaßnahmen** durchgesetzt wird und bspw. dem kontaktverpflichteten Vater bei Weigerung ein Bußgeld auferlegt werden soll.

Inwieweit dies mit dem **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** gem. Artikel 8 MRK zu vereinbaren ist, demgemäß nach Absatz 2 ein **behördlicher Eingriff nur sehr restriktiv** stattzufinden hat, ist fraglich.

Auch wenn es zweifellos in den meisten Fällen entwicklungspsychologisch wichtig wäre, wenn auch zum nicht betreuenden Elternteil ausreichend Kontakt besteht, so ist doch fraglich, ob es sich dabei um einen ausreichend gewichtigen Rechtfertigungsgrund für diesen Eingriff handelt.

Ob **Interesse und Zuwendung vom Gesetzgeber angeordnet** und damit erzwungen werden kann und dies dann tatsächlich auch dem Kindeswohl zuträglich wäre, muss erheblich bezweifelt werden.

Ad § 187:

Es wird in dieser Bestimmung das gewünschte **Idealverhältnis** zwischen nicht betreuenden Eltern und Kindern skizziert, jedoch wird dies in der Praxis nicht durchführbar sein. Solange es keine Einführung einer **echten Doppelresidenzbestimmung** mit allen Konsequenzen (zB. auch unterhaltsrechtlich) gibt, wird ein **solcher ausgedehnter Kontakt** auch im Alltag des Kindes **praktisch nicht möglich** sein. Es wird nämlich bei dieser Idealvorstellung vernachlässigt, dass für Kinder Alltag bzw Routine wesentlich sind.

Kontinuität und geregelter Ablauf geben Sicherheit. Dies ist in der Praxis schwer mit Ausübung von Kontaktrecht in Freizeit und Betreuung vereinbar. Dabei spielen oft der unterschiedliche Wohnort, variierende Arbeitszeiten, anderen Partner udgl der Eltern, aber auch die schulischen- wie außerschulischen Aktivitäten, Hausaufgaben, Kontakte zu Freunden, etc. der Kinder eine große Rolle.

Natürlich wäre eine **annähernd gleichteilige Betreuung** durch beide Elternteile für das Kind **wünschenswert**, es wird dies jedoch in der Praxis in strittigen Fällen (und nur diese sind betroffen) **nicht umzusetzen** sein.

§ 188 Absatz 2 ABGB:

Beim Bestreben, dem leiblichen aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes ebenfalls ein Antragsrecht auf Kontakt mit seinem leiblichen Kind zu zugestehen, wurde hier **über das Ziel hinausgeschossen**.

Zwar wird dieses **Bestreben grundsätzlich positiv** bewertet, doch wurde der Kreis der „Dritten“ jedenfalls zu weit gefasst. Dies lässt sich schon den Erläuterungen entnehmen, wonach ein Nachbar oder Lehrer (nur dann) kein Antragsrecht hat, wenn er NICHT in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind steht. Dies bedeutet vice versa, dass dem Lehrer oder Nachbar, der ein besonderes persönliches Verhältnis behauptet, auch ein Antragsrecht zukommt.

Es sollte daher die **ursprüngliche Formulierung des § 148 Abs 4 hinsichtlich Dritten beibehalten werden**, jedoch unter Normierung eines **Ausnahmetatbestandes** unter Aufzählung eines umschriebenen Personenkreises wie in **gerader oder erster Seitenlinie verwandter Personen, Stiefelternteile und leibliche Elternteile**, für welche die Privilegierung des § 188 Abs 2 zum Tragen kommt.

Ansonsten kann es zu einer Ausuferung von Antragsrechten Dritter kommen, welche mit dem Alltagsleben des Kindes bei Einräumung von Kontaktrechten für beliebig viele Dritte unvereinbar und in ihrer Gesamtheit gesehen dem Kindeswohl mehr abträglich wären.

Ad § 190:

Grundsätzlich erscheint es – unter Außerachtlassung der Obsorgevereinbarung vor dem Standesbeamten, welche (siehe oben) ausdrücklich abgelehnt wird – sinnvoll und prozessökonomisch, dass bereits vor Gericht geschlossene Vergleiche nicht auch noch zusätzlich einer Genehmigung durch das PflEGschaftsgericht bedürfen.

Es ist weiters richtig, dass jedem Kind der ihm zustehende gesetzliche Unterhalt ungeschmälert zuzukommen hat. Jedoch führt die in **Absatz 3 vorgenommene Einschränkung**, dass ein solcherart geschlossener Unterhaltsvergleich nur für den Unterhaltsverpflichteten, nicht aber für das Kind verbindlich ist, zu **erheblicher Rechtsunsicherheit**. De facto wird ein solcher Vergleich nicht mehr geschlossen werden, wenn es keinerlei Garantie gibt, dass damit eine Erledigung und Schlichtung der Ansprüche herbeigeführt werden kann.

In diesem Fall werden wohl weiterhin die Gerichte mit Durchführung eines Unterhaltsverfahrens bemüht werden, wenn eine solche vor Gericht außerhalb eines Verfahrens geschlossene Vereinbarung nicht mehr endgültig genehmigt werden kann.

Es macht einen erheblichen Unterschied, ob eine Vereinbarung, nach welcher der Unterhalt bemessen (und eben nicht exakt „berechnet“) wurde, für einen Teil **völlig unverbindlich** ist und daher auch aufgrund einer geringfügigen Differenz aufgehoben und eine Nachzahlung angeordnet werden kann, oder aber nur dann eine Aufhebung oder Abänderung erfolgt, wenn sich der Unterhaltsanspruch nicht nur geringfügig geändert hat und daher in diesem Fall auch eine Bindung beider Seiten daran besteht. Es kann **nicht im Sinne der Rechtssicherheit** sein, **nur eine Seite zu verpflichten**, die andere aber nicht.

Ad § 220:

Die Neufassung des § 230e, welche bedauerlicherweise aus der Textgegenüberstellung irrtümlich nicht hervor geht, wird **grundsätzlich begrüßt**; eine **Absicherung von Vermögen** eines Pflegebefohlenen im Hinblick auf Risikostreuung sowie **Verfahrensvereinfachungen** und Ausräumung von Unklarheiten ist **sinnvoll** und zum Wohle des Pflegebefohlenen.

Die möglichen Folgen dieser Neufassung des 2. Absatzes von **Schenkung von Bausparverträgen**, Versicherungen udgl. in **erbrechtlicher Hinsicht** (Vorausempfänge, Pflichtteilsanrechnung) und in Ansehung von **Ausstattung** (§§ 1220 ff) oder auch bei Implementierung einer neuen **Schenkungs- oder Vermögensbesteuerung**, werden jedoch **problematisch** angesehen.

Inwieweit Kreditinstitute oder Versicherungen in Zukunft verpflichtet werden (können oder sollten), auf die schenkungsrechtliche Problematik hinzuweisen, bleibt offen.

Ad § 221:

Dieser findet sich leider gar nicht in der Textgegenüberstellung, sondern nur im Entwurf selbst, was eine Kommentierung grundsätzlich doch erheblich erschwert, wenn offenbar keine Gewähr der Richtigkeit der Textgegenüberstellung gegeben ist.

Ad § 231:

Festgehalten wird, dass **nicht nachvollziehbar** ist, aus welchem Grund eine Unterhaltsvereinbarung mit Schad- und Klagloshaltung **grundsätzlich unwirksam**, jedoch eine solche Vereinbarung im Zuge einer umfassenden Regelung **im Zuge der Scheidung** vor Gericht **zulässig** sein soll.

Wie schon in den Erläuterungen ausgeführt, betreffen diese Vereinbarungen derzeit zumeist Familien, bei welchen mehrere Kinder bei jeweils einem Elternteil bleiben und versorgt werden. Schon **bisher** konnte dadurch eine **Verschlechterung der Ansprüche** der Kinder **nicht vereinbart** werden, da nur im Innenverhältnis zwischen den Eltern die Schad- und Klagloshaltung wirksam war, der Anspruch des Kindes auf Unterhalt gegenüber dem anderen Elternteil jedoch immer ungeschmälert aufrecht

blieb. Dadurch war das Kind bislang immer in der Lage, seine Ansprüche gegenüber dem anderen Elternteil geltend zu machen und konnte sich der belangte Elternteil lediglich beim anderen schadlos halten.

Inwieweit hier eine übermäßige Belastung des jeweils anderen Elternteiles erfolgt, ist nicht nachvollziehbar, zudem diese Vereinbarungen fast ausschließlich **wechselwirkend** getroffen werden. Wie auch in den Erläuterungen bemerkt, stehen diese Vereinbarungen unter der **Umstandsklausel**, wodurch einer Änderung der Verhältnisse (Verschlechterung der Einkommenssituation, Hinzutreten von Sorgepflichten udgl) **ausreichend Rechnung** getragen wird. Eine **Gefahr** für die Eltern kann hier **nicht gesehen** werden.

Warum nun jedoch eine solche Vereinbarung im Zuge einer Scheidungsfolgenvereinbarung (schlichtweg) für zulässig erklärt wird, kann nicht nachvollzogen werden.

Dies hätte denn zur Folge, dass der **Kindesunterhalt als Druckmittel** und variable Größe in die Verhandlungen miteinbezogen wird.

Der Hauptanwendungsfall einer solchen Vereinbarung wäre dann nicht der Fall der „Doppelresidenz“ oder gemeinsame Kinder getrennt lebend beim jeweils anderen Elternteil, sondern vielmehr alle in Scheidungsverhandlung stehende Eltern, da dies eine **Vergrößerung des „Verhandlungstopfes“** zur Folge hat.

Diese Regelung (und nicht die bisherige Rechtslage) wird nun tatsächlich eine **sittenwidrige Belastung** vieler betreuender Elternteile zur Folge haben – Stichwort „Tausche Verzicht auf Obsorge gegen Verzicht auf Unterhalt“. Es wäre falsch anzunehmen, dass der Unterhalt nur in den Verhandlungen über den finanziellen Ausgleich hinsichtlich ehelichen Gebrauchsvermögens und eheliche Ersparnisse/Schulden miteinbezogen werden würde. Der Kindesunterhalt wird nun durch die **Legitimation** von quasi **Verzichtsvereinbarungen** als Spielball der elterlichen Scheidungs-Streitigkeiten eingesetzt werden, welche sich keineswegs auf die finanzielle Seite beschränken.

In diesem Fall wird den Erläuterungen voll und ganz zugestimmt, wenn festgehalten wird: **„Die saubere und klare Trennung von Ansprüchen der Kinder und jenen der Eltern untereinander soll zu transparenten Verhältnissen und anfechtungsfesten Vereinbarungen beitragen.“**

Der nunmehr vom Gesetzgeber befürchteten Gefahr einer vorschnellen, unüberlegten und nachteiligen Pflichtenübernahme bei gerichtlichen Vereinbarungen, wäre wohl nur mit der **absoluten Anwaltpflicht im Scheidungsverfahren** zu begegnen, die dann tatsächlich einen **ausreichenden Schutz** vor großen Benachteiligungen bieten würde.

Denn inwieweit eine **freiwillige (!) Beratung** vor Scheidungen (§ 95 Abs 1 AußStrG, § 460 Z6a ZPO), auf welche möglicherweise vorschnell, unüberlegt und nachteilig verzichtet wird, die befürchtete Gefahr als eher gering erscheinen lässt, ist **nicht nachvollziehbar**.

Diese Bestimmungen (§ 95 Abs 1 AußStrG, § 460 Z6a ZPO) hatten schon bei ihrer Neufassung im Zuge des Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (BGBl. I Nr. 75/2009) die (auch deutlich formulierte) **Intention der Entlastung der Gerichte**, welche dadurch von der Verpflichtung entbunden wurden, selbst über die Scheidungsfolgen zu belehren (siehe Seite 21 des Initiativantrags 673/A XXIV. GP); dies **zum Nachteil der Scheidungswilligen**.

Wenn nun die mögliche Gefahr von nachteiligen Scheidungsfolgen noch zusätzlich durch Implementierung solcher Bestimmungen vergrößert wird, müssen jedenfalls Schutzorganismen für die **Waffengleichheit** vor Gericht eingeführt werden.

Ad § 95 AußStrG:

Die Praxis zeigt, dass in Scheidungssituationen Eltern als Folge ihrer eigenen Betroffenheit Bedürfnisse und Ängste ihrer Kinder nicht voll erfassen. Die Inanspruchnahme von einer entsprechenden Beratung (und deren Nachweis durch eine Familienberatungsstelle bzw bei einem Psychologen oder Pädagogen – zur Kostensenkung allenfalls in einer Gruppe) vermag bei unvertretenen Parteien sinnvoll erscheinen, nicht aber bei anwaltlich vertretenen Parteien. Außerdem sollte der Begriff „Einrichtung“ definiert werden, denn freiberuflich tätige Psychologen und Pädagogen fallen im allgemeinen Sprachgebrauch nicht unter „Einrichtungen“.

Ad § 106a AußStrG:

Wie schon in der Einleitung dieser Stellungnahme hervorgehoben wurde, wird ohne flächendeckende Einrichtung der Familiengerichtshilfe ein Großteil der im Entwurf angedachten Maßnahmen nicht umsetzbar sein. Je rascher behördlicherseits die Parteien Informationen erhalten und je rascher eine gütliche Einigung angebahnt wird, desto höher ist die Chance, eine nachhaltige Regelung zu erzielen.

Dazu soll durch Sammlung von Entscheidungsgrundlagen die Familiengerichtshilfe einen wesentlichen Beitrag leisten. Da der Familiengerichtshilfe weitreichende Befugnisse eingeräumt werden, ist streng darauf zu achten, dass ihrem Handeln jeweils ein konkreter richterlicher Auftrag zu Grunde liegt. Dies gilt umso mehr, als Personen, die ihrer Mitwirkungspflicht bei Erhebungen der Familiengerichtshilfe nicht nachkommen, sogar mit Zwangsmitteln nach § 79 Abs 2 AußStrG konfrontiert sind. Entscheidend für den Erfolg der Familiengerichtshilfe wird sein, hochqualifizierte Fachkräfte zu beschäftigen. Die Familiengerichtshilfe ist ein Schritt in Richtung eines familienrechtlichen Kompetenzzentrums, das eines Tages zu der Schaffung eines Familiengerichtshofes führen sollte.

Ad § 106b AußStrG:

Die Ermächtigung des Bundesministeriums für Justiz, durch Verordnung zu bestimmen, dass eine Familiengerichtshilfe zumindest in der ersten Phase auch mehrere Bezirksgerichte unterstützen kann, ist positiv zu beurteilen, weil dadurch eine gewisse organisatorische Flexibilität geschaffen wird und trotz knapper budgetärer Mittel Synergieeffekte erzielt werden können.

Ad § 107 AußStrG:

Dass der Entwurf im **Abs 1 Z 1** relative Anwaltpflicht in Verfahren über die Obsorge und die persönlichen Kontakte vorsieht, stellt eine wichtige Deeskalationsmaßnahme dar. Die nach alter Rechtslage als Vertreter zugelassenen nahestehenden Personen waren gerade durch ihr Naheverhältnis zum Kind und/oder zu einem Elternteil in den Konflikt selbst viel zu stark involviert.

Gemäß dem **2. Abs** kann das Pflegschaftsgericht in Zukunft unter erleichterten Bedingungen vorläufige Entscheidungen treffen, wenn eine endgültige Entscheidung noch nicht möglich ist, eine rasche Regelung der Obsorge oder der persönlichen Kontakte aber für die Dauer des Verfahrens das Kindeswohl fördert. Auch dadurch sind zweifelsohne deeskalierende Effekte zu erwarten. So kann beispielsweise der Entfremdung des Kindes zu einem Elternteil effektiv entgegengewirkt werden. Dennoch sollten solche vorläufigen Anordnungen nur sparsam erfolgen, weil durch sie in der Praxis Weichen für die endgültige Entscheidung, insbesondere im Bereich Obsorge, gestellt werden.

Die Klarstellung, dass einer gemäß Abs 2 ergangenen Entscheidung vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zukommt – wenn dies vom Gericht nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird – beseitigt eine in der Vergangenheit bestehende Unklarheit.

Die Möglichkeit, mit einem Verfahren zur Durchführung von Maßnahmen aus dem Katalog des **Abs 3** wenn erforderlich auch mehrfach innezuhalten, verstärkt die Chance, zu einer einvernehmlichen Regelung zu gelangen. Eine Innehaltung ist aber nur bei Maßnahmen der Z 1 bis 3 geboten. Für ein mehrfaches Innehalten müssten schon besondere Gründe sprechen, weil sonst unvermeidbare Verfahrensverzögerungen zu befürchten wären.

Sinnvoll ist jedenfalls die Möglichkeit, ein Ausreiseverbot gerichtlich anzuordnen oder die Reisepässe des Kindes abzunehmen, wenn durch diese gelindere Maßnahme eine Obsorgeentziehung unterbleiben kann.

Ad § 107a AußStrG:

Maßnahmen des Jugendwohlfahrtsträgers, die in das Privat- und Familienleben der Eltern und des Kindes iSd **Artikel 8 MRK** eingreifen, bedürfen besonders strenger und rascher richterlicher Kontrolle. Die Verpflichtung, über die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme binnen 4 Wochen in einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden, bleibt im Gesetz sanktionslos und ist damit zahnlos. Sinnvoll und dem Kontrollerfordernis gerecht werdend ist die Bestimmung einer nur dreitägigen Frist zur Ausführung eines Rekurses des Jugendwohlfahrtsträgers gegen eine Entscheidung, die die Maßnahmen für unzulässig erklärt hat.

Es ist aber nicht einzusehen, weshalb gegen die vorläufige Zulässigerklärung der vom Jugendwohlfahrtsträger gesetzten Maßnahmen ein Rechtsmittel grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, weil auch sonst vorläufige gerichtliche Entscheidungen überprüfbar sind. Allenfalls müsste einem solchen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung gesondert zuerkannt werden.

Die Regelung des § 107a Abs 2 ist zwar systemfremd, aber sachgerecht.

Ad § 108 AußStrG:

Die Neuregelung, dass in Zukunft **nur** mehr dem mündigen Minderjährigen ein Vetorecht zukommen soll, ist zu begrüßen.

Ad § 109 AußStrG:

Die Aufhebung des zweiten Satzes von § 109 AußStrG ist Konsequenz der Neuregelung von § 190 ABGB. Diese Bestimmung sieht eine pflegschaftsbehördliche Genehmigung gerichtlicher Vereinbarungen über Obsorge und Kontaktrecht nicht mehr vor. Eine gerichtliche Vereinbarung über den Kindesunterhalt findet in § 109 AußStrG keine Erwähnung und ist somit weiterhin genehmigungspflichtig nach § 167 Abs 3 ABGB neu (§ 154 Abs 3 alt).

Die Übermittlung einer Niederschrift gemäß **Abs 1** an das zuständige Pflegschaftsgericht ist notwendig, um allfällige Maßnahmen gemäß § 190 ABGB (Unwirksamklärung der Vereinbarung) treffen zu können.

Ad § 110 AußStrG:

Die Implementierung des Besuchsmittlers (wieso heißt dieser übrigens nicht systemkonform „Kontaktmittler“?) in das bisher bestehende System des § 110 AußStrG ist als „sanftes Zwangsmittel“ zu begrüßen. Es handelt sich offenbar um einer Fortsetzung der Tätigkeit des Kindesbeistandes im Vollstreckungsverfahren, und wird auch aus demselben Personenkreis rekrutiert.

Allerdings sollte das Gericht im Einzelfall Überlegungen anstellen, ob es nicht eine Überforderung des Kindes darstellt, wenn es mit mehreren familienfremden Personen konfrontiert wird.

Ad § 55 a Absatz 2 EheG:

In Zukunft sollen Eltern dazu verhalten werden, bereits anlässlich der Scheidung im Einvernehmen Regelungen über das Kontaktrecht zu treffen. Die Einigung ist eine Voraussetzung für die Scheidung. Das mit dieser Änderung angestrebte Ergebnis der Vermeidung nachträglicher langwieriger Gerichtsverfahren um zu einer Kontaktregelung zu kommen, wird nicht zu erzielen sein.

Durch diese Bestimmung wird die Entscheidung eines scheidungswilligen Paares, im Einvernehmen auseinander zu gehen, in vielen Fällen erschwert. Wer nicht in allen Punkten eine Einigung erzielt, wird auf die strittige Scheidung und die damit notwendigen weiteren Verfahren wie beispielsweise das Aufteilungsverfahren verwiesen. Das führt aber zu einer vermeidbaren Mehrbelastung der Gerichte und verteuert das Verfahren.

In fast allen Fällen bleibt es ohnedies nicht bei der anlässlich der Scheidung vereinbarten Ausgestaltung des Kontaktrechtes. Das Kontaktrecht muss in

regelmäßigen Abständen an geänderte Lebensverhältnisse und Bedürfnisse ohnehin angepasst werden.

Eine zwingende Mitregelung des Kontaktrechtes macht insbesondere dann keinen Sinn, wenn davon mündige Minderjährige betroffen sind, denen gemäß § 108 AußStrG sogar ein Vetorecht zukommt.

Weiters ist in § 55a EheG die neue Diktion des § 179 Abs 2 ABGB zu übernehmen, der von einer Vereinbarung spricht, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

Es sollte daher bei der bisherigen Textierung bleiben, dass die Regelung von Kontaktrechten vorbehalten werden kann.

Ad § 2 Justizbetreuungsagentur-Gesetz:

Die Änderungen sind zu begrüßen, weil sie eine bessere Qualitätskontrolle ermöglichen, bedürfen jedoch einer entsprechenden finanziellen Ausstattung.

As § 19 Rechtspflegergesetz:

Diese Änderungen sind Konsequenz der Abschaffung der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung von gerichtlichen Vereinbarungen über Obsorge und Kontaktrecht.

Änderung des Gebührengesetzes:

Das neue Rechtsinstitut des Besuchsmittlers stellt für die Eltern eine weitere Gebührenbelastung dar.

Wien, am 5. November 2012

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Rupert Wolff
Präsident