



DER BUNDESMINISTER
FÜR JUSTIZ

7121/1-Pr 1/95

XIX. GP-NR
1813 /AB
1995 -09- 14

ZU 1825 /J

An den

Herrn Präsidenten des Nationalrates

Wien

zur Zahl 1825/J-NR/1995

Die Abgeordneten zum Nationalrat Dr. Hafner, Rosemarie Bauer und Kollegen haben an mich eine schriftliche Anfrage, betreffend verfassungs- und völkerrechtskonforme Familienrechtsreform, gerichtet und folgende Fragen gestellt:

"1. In Artikel 18 KRK hat sich die österreichische Bundesregierung verpflichtet, sich "nach besten Kräften (zu bemühen), die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, daß beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind". Eine eng damit korrelierende Bestimmung stellt die im Verfassungsrang stehende Bestimmung des Art. 5 des 7. ZPMRK (7. Zusatzprotokoll zur Menschenrechtskonvention, BGBl. Nr. 628/1988) dar, die speziell für Ehegatten "untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art" verankert. Dem steht die grundsätzliche Verweigerung gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung oder Trennung durch § 177 ABGB gegenüber.

Wie beurteilen Sie die Verfassungskonformität des § 177 ABGB? Planen Sie - in Übereinstimmung mit Art. 18 KRK und Art. 5 des 7. ZPMRK - dem Nationalrat eine Novellierung des § 177 ABGB vorzulegen? Wenn ja, bis wann? Wenn nicht, warum nicht?

2. Nach Art. 8 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl. Nr. 210/1958) hat "jedermann Anspruch auf Achtung seines Familienlebens".

PARL 7121 (Pr1)

Art. 9, Abs. 3 KRK normiert "das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspreche." Demgegenüber räumt § 148 ABGB ein Besuchsrecht lediglich dem nicht sorgeberechtigten Elternteil ein, von einem Rechtsanspruch des Kindes auf persönlichen Verkehr mit seinen Eltern ist weit und breit keine Rede.

Wie beurteilen Sie die Verfassungskonformität des § 148 ABGB? Planen Sie - in Übereinstimmung mit Art. 9 Abs. 3 KRK und Art. 8 EMRK - dem Nationalrat eine Novellierung des § 148 ABGB vorzulegen? Wenn ja, bis wann? Wenn nicht, warum nicht?

3. § 166 ABGB sieht einen automatischen und generellen Ausschluß des Vaters vom Sorgerecht vor, sofern die Eltern mit dem unehelichen Kind nicht in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben. Diese Bestimmung ist mit Art. 2 und 3 KRK unvereinbar.

Planen Sie - in Übereinstimmung mit Art. 2 und 3 KRK und anderen modernen Menschenrechtskodifizierungen - dem Nationalrat eine Novellierung des § 166 ABGB vorzulegen? Wenn ja, bis wann? Wenn nicht, warum nicht?

4. § 163a ABGB, der der Mutter eines unehelichen Kindes das Recht einräumt, "den Namen des Vaters nicht bekanntzugeben", steht nicht nur im Widerspruch zu Art. 5, 7 und 18 KRK, sondern führt auch die durch das Erbrechtsänderungsgesetz 1989 propagierte "Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht" ad absurdum.

Planen Sie - in Übereinstimmung mit Art. 5, 7 und 18 KRK, dem ErbRÄG 1989 (Erbrechtsänderungsgesetz, BGBl. Nr. 656/1989) und dem FMedG 1992 (Fortpflanzungsmedizinengesetz, BGBl. Nr. 275/1992) - dem Nationalrat eine Novellierung des § 163a ABGB vorzulegen? Wenn ja, bis wann? Wenn nicht, warum nicht?"

Ich beantworte diese Fragen wie folgt:

Zu 1:

Mit der Frage der Verfassungskonformität des § 177 ABGB hat sich das Bundesministerium für Justiz ausführlich anlässlich der Vorbereitung von Stellungnahmen im Rahmen zweier Gesetzesprüfungsverfahren des Verfassungsgerichtshofs auseinandergesetzt. Ich beziehe mich in der Folge auf diese Ausführungen. Vorweg weise ich aber auch darauf hin, daß die Frage der gemeinsamen Obsorge Gegenstand einer mit dem Bundesministerium für Jugend und Familie am 20. Oktober 1995 veranstalteten Enquete sein wird. Ich gehe davon aus, daß die Ergebnisse dieser Veranstaltung in künftig allenfalls anzustellende legislative Überlegungen einfließen werden.

In der der Ratifikation des Übereinkommens über die Rechte des Kindes zugrundeliegenden Regierungsvorlage (413 BlgNR 18. GP) wird bei den Erläuterungen zu Art. 18 KRK (Seite 18) unter anderem folgendes ausgeführt:

"Bei den Beratungen in der Arbeitsgruppe wurde im Zusammenhang mit Abs. 1 vor allem auf das Vorbild von Art. 5 lit. b der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (BGBl. Nr. 443/1982) verwiesen. Danach treffen die Vertragsstaaten jenes Übereinkommens alle geeigneten Maßnahmen, 'um sicherzustellen, daß die Erziehung in der Familie zu einem wirklichen Verständnis der Mutterschaft als einer sozialen Aufgabe und zur Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung von Mann und Frau für die Erziehung ihrer Kinder beiträgt, wobei das Interesse der Kinder in jedem Fall oberstes Gebot ist.' [...] Aus der Entstehungsgeschichte und aus den in diesem Zusammenhang stehenden Parallelgarantien in Art. 23 Abs. 4 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte und Art. 5 lit. b der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau ergibt sich, daß der 'Grundsatz' der gemeinsamen Elternverantwortlichkeit uneingeschränkt nur für die intakte Ehe verwirklicht werden kann. Für alle anderen Fälle, so zB im Scheidungsfall und bei dauerndem Getrenntleben der Ehegatten, sind die Vertragsstaaten nicht daran gehindert, insbesondere für das Sorge- und Besuchsrecht Regelungen zu treffen, die durch das Interesse des Kindes geboten erscheinen (Art. 3 Abs. 1). Die Regelung von § 177 ABGB ist sohin übereinkommenskonform (vgl. auch die Erläuterungen zu Art. 9)."

Ehe nun auf Art. 9 KRK einzugehen ist, dem in diesem Zusammenhang große Bedeutung zukommt, sei noch hervorgehoben, daß nach dem Willen der Vertragsparteien, der bei völkerrechtlichen Verträgen vor allem auch aus den Dokumenten über die Vorarbeiten zu erschließen ist, Art. 18 KRK sich vornehmlich gegen solche Regelungen wenden sollte, die in diskriminierender Weise einen Elternteil von vornherein (etwa aufgrund seines Geschlechts, wie dies in islamischen Staaten teilweise üblich ist) von der Erziehung der Kinder oder deren gesetzlicher Vertretung ausschließen.

Auch *Mottl* (Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzungen? in *Rauch-Kallat/Pichler*, Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes 167 ff.), die prinzipiell die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge nach Scheidung befürwortet, geht davon aus, daß durch den Zusammenhang mehrerer Bestimmungen der KRK durchaus unterschiedliche Obsorgeregelungen, wie zum Beispiel die Alleinsorge der Mutter eines unehelichen Kindes oder die Alleinzuteilung der Elternrechte nach Scheidung oder Trennung, vom Wortlaut der Art. 5, 7 und 18 KRK gedeckt sind (a.a.O. 187).

Für das Verständnis von Art. 18 Abs. 1 erster Satz KRK ist zudem die Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 KRK von Bedeutung. Darin ist vorgesehen, daß ein Kind (in einem gerichtlichen Verfahren) unter anderem dann gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt werden kann, wenn bei getrennt lebenden Eltern eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist. In den Erläuterungen (413 BlgNR 18. GP, 33) wird dazu ausgeführt:

"Daraus ist zu folgern, daß der in Art. 18 Abs. 1 erster Satz hervorgehobene Grundsatz, 'daß beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind', dann nicht gilt, wenn keine intakte Familiengemeinschaft vorliegt, sondern wenn die Eltern getrennt leben und darum eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist [...]. Innerstaatlich sind diese Fälle durch den § 177 ABGB geregelt. Bei Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe der Eltern des Kindes oder bei nicht bloß vorübergehendem Getrenntleben hat das Gericht zu entscheiden, welchem Elternteil die Obsorge für das Kind künftig allein zukommt. In diesen Fällen bedeutet die Entscheidung, daß der Elternteil, dem die Obsorge für das Kind allein zusteht, auch das Recht hat, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen."

Zu Art. 5 des 7. ZPMRK sei darauf hingewiesen, daß dieser nicht etwa fordert, daß die Rechte und Pflichten von Mann und Frau untereinander in jedem Einzelfall völlig gleich zu sein hätten. Die Bestimmung verpflichtet die Staaten insbesondere auch nicht, die Rechte von Mann und Frau auch nach der Scheidung völlig gleich zu gestalten. Der Regelung kann nur die Verpflichtung der Staaten entnommen werden, Rechtsfolgen ausschließlich an solche Tatbestände zu knüpfen, die keine Unterscheidungen nach dem Geschlecht enthalten bzw. unsachliche Diskriminierungen vermeiden. Gerade dieses Erfordernis wird aber durch § 177 ABGB erfüllt.

Nach dieser Gesetzesstelle ist die gemeinsame Obsorge der Eltern eines ehelichen Kindes bei Auflösung der Ehe zu beenden. Wenn allerdings die Eltern nach Auflösung der Ehe wieder eine dauernde häusliche Gemeinschaft aufnehmen, in der auch ihr minderjähriges Kind lebt, können sie durch das Zusammenspiel des § 177 Abs. 3 ABGB mit § 167 ABGB durch gerichtliche Verfügung wieder die gemeinsame Obsorge für das Kind erlangen. Im Regelfall jedoch leben die Eltern nach der Scheidung getrennt und befindet sich das Kind vorwiegend bei einem Elternteil. Bei dieser Konstellation wird es mit dem Kindeswohl im allgemeinen wohl nur schwer vereinbar sein, wenn der Elternteil, der in erster Linie für die Betreuung des Kindes sorgt, nicht auch die alleinige Obsorge hätte, also die rechtliche Verantwortung und "Zuständigkeit" für das Kind nicht in seiner Hand vereinigt wären. Sofern aber das entsprechende Einvernehmen zwischen den Eltern herrscht, kann der obsorgeberechtigte Elternteil dem anderen im Sinn des § 137a ABGB die Ausübung der Pflege und Erziehung fallweise übertragen oder Vollmachten einräumen und diesem dadurch auch spezifische Rechtspositionen einräumen.

Der § 177 ABGB steht somit einer partnerschaftlichen Ausübung der Obsorge nach Auflösung der Ehe, wenn die Eltern dies wünschen, nicht entgegen. Partnerschaftliches und von gemeinsamem Verantwortungsgefühl für das Kind getragenes Vorgehen beider Elternteile ist von der Frage, welche rechtliche Position dem einen und dem anderen Elternteil zukommt, völlig unabhängig. Wenn die Eltern den Willen zur kooperativen Ausübung ihrer jeweiligen Elternrollen auch nach der Ehe tatsächlich haben - und dies wäre ja Voraussetzung für eine gemeinsame Obsorgeregelung - , treten eo ipso Fragen rechtlicher "Zuständigkeiten" in den Hintergrund.

Im übrigen darf bei der verfassungs- und grundrechtlichen Beurteilung dieser Beschränkung die Bestimmung des § 178 ABGB über die Mindestrechte der Eltern nicht übersehen werden, zumal sie in einem engen inhaltlichen Kontext mit § 177 ABGB steht. Nach dieser Gesetzesstelle hat ein Elternteil, dem die Obsorge nicht zukommt, neben dem Recht auf persönlichen Verkehr (§ 148 ABGB) auch das Recht, von außergewöhnlichen, die Person des Kindes betreffenden Umständen und von beabsichtigten Maßnahmen zu den im § 154 Abs. 2 und 3 ABGB genannten Angelegenheiten vom Obsorgeberechtigten rechtzeitig verständigt zu werden und sich zu diesen, wie auch zu anderen wichtigen Maßnahmen, in angemessener Frist zu äußern. Diese Äußerung ist zu berücksichtigen, wenn der darin ausgedrückte Wunsch dem Wohl des Kindes besser entspricht. Damit stehen dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil - wenngleich sicherlich in eingeschränktem Rahmen - bedeutsame Kontroll- und Einflußmöglichkeiten zu; durch den Verlust der Obsorge werden ihm die Elternrechte also keineswegs gänzlich genommen.

Zu 2:

§ 148 ABGB normiert zwar nicht ausdrücklich ein Recht des Kindes auf Besuche durch den oder bei dem Elternteil, dem nicht die Obsorge zusteht, Lehre und Judikatur sehen jedoch durch die elterlichen Pflichten ein solches Recht als gegeben an. Das Gesetz kennt keinen Verzicht auf elterliche Rechte und Pflichten; dies gilt grundsätzlich auch für das Besuchsrecht. Dies bedeutet, daß sich der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil der Verpflichtung, den im Interesse des Kindes erforderlichen Kontakt aufrechtzuerhalten, nicht entziehen kann und daß somit ein Recht des Kindes auf Kontakt mit diesem Elternteil zu bejahen ist (*Klein, ÖA 1992, 6 ff.*). Die zwangsweise Durchsetzung dieses Rechtes gegen den Willen eines Elternteils, der an einem Kontakt mit dem Kind nicht interessiert ist, wäre allerdings faktisch unmöglich und wohl auch nicht im Interesse des Kindes gelegen (vgl dazu *Klein, a.a.O. 7*). Es wäre aber wenig zielführend, ein im wirklichen Konfliktfall nicht durchsetzbares Recht des Kindes "auf Besuch" im Gesetz ausdrücklich vorzusehen. Aus diesen Gründen erachtet das Bundesministerium für Justiz § 148 ABGB in der geltenden Fassung für verfassungskonform und beabsichtigt keine Schritte zu dessen Änderung.

Zu 3:

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf die Ausführungen zu 1. über das Wesen der Obsorge und die sich daraus ergebenden Schlußfolgerungen, die auch hier zu beachten sind, hinzuweisen. Ich halte daher auch den § 166 ABGB nicht für konventionwidrig.

Im übrigen hat für den immer häufiger werdenden Fall, daß die Eltern eines unehelichen Kindes miteinander in Lebensgemeinschaft stehen, in deren Rahmen auch das Kind betreut wird, das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz, BGBl. Nr. 162/1989, die Möglichkeit eröffnet, diesen Eltern die gleichen Rechte zu geben wie verheirateten Eltern (§ 167 ABGB).

Zu 4:

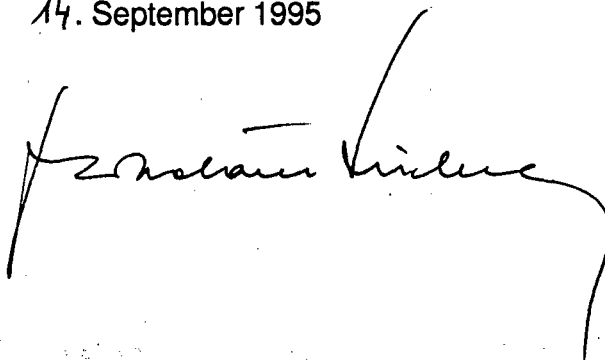
Das der unehelichen Mutter nach § 163a ABGB zustehende Recht, den Vater ihres Kindes nicht bekanntzugeben, hat sein Fundament in einem - auch der Mutter zugutekommenden - Grundrecht, nämlich in dem durch Art. 8 MRK verfassungsrechtlich garantiert Recht auf Wahrung der Privatsphäre. Es wäre auch kaum sinnvoll, eine Verpflichtung der Mutter zur Nennung des Vaters zu statuieren. Eine solche Pflicht könnte nämlich von der Mutter durch eine falsche Erklärung - und sei es auch nur etwa des Inhalts, sie kenne den Namen des Mannes selbst nicht oder sie wisse nicht, wer von mehreren Männern der Vater sei - unkontrollierbar unterlaufen werden. Wenn die Mutter eines unehelichen Kindes keinen Kontakt zum Vater mehr pflegen und diesen daher auch nicht nennen will, wird sie in aller Regel gute Gründe dafür haben, die zumeist auch dem Kindeswohl entsprechen werden. Einem Vater, der an dem Kind dennoch Interesse hat, steht es frei, die Vaterschaft anzuerkennen und bei einem allfälligen Widerspruch der Kindesmutter selbst auf Feststellung der Vaterschaft zu klagen.

Wie alle aus den Bestimmungen der KRK ableitbaren Rechte des Kindes ist auch das Recht des Kindes, seine Eltern - soweit möglich - zu kennen (Art. 7 KRK), unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls zu sehen. Eine unbedingte, also ohne Rücksicht auf die Qualität ihres Verhältnisses zu diesem Mann jedenfalls bestehende, und im übrigen nur schwer durchsetzbare Verpflichtung der unehelichen Mutter, den Vater bekanntzugeben, kann dem Kindeswohl kaum förderlich sein.

Ob die Mutter dem Kind später auf seinen Wunsch hin den Namen des Vaters bekanntgibt und ihm auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet, eine Beziehung zum Vater aufzunehmen und auch sein Erbrecht zu sichern, ist eine derart persönliche Entscheidung, daß eine behördliche Einflußnahme darauf problematisch erscheint.

Auch sei darauf hingewiesen, daß Art. 7 KRK in erster Linie nicht auf die Verankerung des Anspruchs des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zielt, sondern primär das formale Recht der Registrierung der Geburt im Auge hat.

14. September 1995

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Franz Anton Krieger". The signature is written in a cursive style with a long, sweeping tail that curves downwards and to the right.