



1 Präs. 1642-4149/12a

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

Neue Bestimmungen, welche folgend nicht gesondert angesprochen werden, erscheinen - soweit dies in der zur Verfügung stehenden Zeit überprüft werden konnte - unbedenklich oder beruhen auf einer - hier nicht zu beurteilenden - rechtspolitischen Entscheidung.

Nachfolgend bezieht sich die Bezeichnung der Gesetzesbestimmungen - sofern nicht anders angegeben - auf die neue Fassung laut Entwurf.

Vorbemerkung:

Die weitgehende Neuordnung und -nummerierung selbst solcher gesetzlicher Bestimmungen, die (gänzlich oder inhaltlich) unverändert bleiben sollen, wird einen wohl nicht unbeträchtlichen Aufwand verursachen, welcher bei den zu erwartenden Kosten laut ErläutRV 11 f entweder nicht berücksichtigt oder nicht ausgewiesen erscheint. Zu denken ist beispielsweise an weitgehende Anpassungen im Rechtsinformationssystem (RIS) des Bundes oder etwa bei behördlichen Formblättern und Formularen. Dass insoweit eine sinnvolle Kosten-Nutzen-Relation angestellt wurde, ist den ErläutRV nicht zu entnehmen.

§§ 93, 93a bis 93c ABGB:

Die in Aussicht genommene Liberalisierung und Flexibilisierung im Namensrecht, insbesondere die bessere Gleichstellung der Geschlechter, ist zu begrüßen.

§ 137 ABGB:

Die Neuformulierungen und Umstellungen des bisherigen Gesetzeswortlauts in der neuen (bloß) programmatischen Bestimmung sind unbedenklich.

Der Gesetzgeber meint (ErläutRV 16), es sei „selbst bei aufrechter Ehe oder Lebensgemeinschaft ... doch weithin üblich, dass die Eltern im Alltag in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens nicht erst ein Einvernehmen herstellen“. Ob diese Erkenntnis in dieser Allgemeinheit zutrifft kann dahin stehen; die nunmehr gesetzlich vorgesehene Einschränkung, wonach die Eltern die Obsorge nur mehr soweit einvernehmlich wahrzunehmen haben, als dies „tunlich und möglich“ ist, gilt aber nach dem Gesetzeswortlaut ganz generell und ist - anders als etwa in § 139 Abs 2 ABGB - gerade nicht auf Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens eingeschränkt. Ob insoweit Gesetzeswortlaut und ErläutRV übereinstimmen, ist zweifelhaft.

§ 138 ABGB:

§ 138 ABGB knüpft an 178a ABGB aF an. Dem unbestimmten Gesetzesbegriff „Kindeswohl“ wird nunmehr eine weitwendige (und nahezu beliebig erweiterbare) Aufzählung kaum weniger unbestimmter leitender „Gesichtspunkte“ unterlegt. Aus dieser Liste von „Kindeswohlbestandteilen“ wird künftig jeder Verfahrensbeteiligte eine beachtliche Anzahl für die Argumentation zugunsten seines eigenen Standpunkts in Anspruch nehmen können. Ein wirklicher Mehrwert für die forensische Praxis ist aus der Neureglung nicht zu erwarten.

§ 139 ABGB:

§ 139 Abs 2 Satz 2 ABGB ist wenig praktikabel, weil die dort genannte Vertretungsmöglichkeit auf den inhaltlich kaum determinierten Fall beschränkt ist, dass „es die Umstände erfordern“. Dass diese Voraussetzung - gerade in Fällen gemeinsamer Obsorge - definitiv vorliegt, wird von den Beteiligten praktisch nicht leicht zu verifizieren sein. Da besagte Vertretungsmöglichkeit aber ohnehin nur für Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens vorgesehen ist, könnte diese generell, also ohne weitere „Umstände“ eingeräumt werden, womit die Rechtssicherheit im Alltag erhöht würde.

Nach den ErläutRV 18 soll es sich bei Vorliegen der in § 139 Abs 2 Satz 2 ABGB genannten Voraussetzungen um eine Vertretungs“pflicht“ handeln. Tatsächlich ist aber der Satz 2 (im Unterschied zu Satz 1) nicht als Pflicht, sondern nur als Möglichkeit formuliert

(„vertritt“ statt „hat zu vertreten“ [Satz 2]; „hat ... zu tun“ [Satz 1]); insoweit stimmen die Erläuterungen mit dem Gesetzeswortlaut nicht überein.

§§ 155 bis 157 ABGB:

Begrüßenswerte Liberalisierung und Flexibilisierung im Namensrecht.

§ 162 Abs 2 und 3 ABGB:

Der Umstand, dass bisweilen geäußerte Forderungen nach einer so genannten „Doppelresidenz“ nicht umgesetzt wurden, wie sich dies auch aus anderen Bestimmungen ergibt (vgl §§ 177, 179 Abs 2 ABGB), ist eine rechtspolitische und daher hier nicht zu beurteilende Entscheidung. Auf Basis dieser Ausgangslage sind § 162 Abs 2 und 3 ABGB ein plausibler Versuch einer (besseren) gesetzlichen Klärung der Bestimmung des Aufenthalts des Kindes bzw dessen Verlegung ins Ausland. Eine klare Entscheidungsstruktur bietet zumindest die Chance einer Problemschärfung bei der Aufenthaltsbestimmung.

§ 177 ABGB:

Die Möglichkeit, die gemeinsame Obsorge für das uneheliche Kind vor der Personenstandsbehörde zu vereinbaren, ist - als Vereinfachung für die Eltern - genauso zu begrüßen wie der Entfall der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung für eine solche Vereinbarung der Eltern.

Da es sich bei Standesbeamten bislang wohl nicht um ausgewiesene Kenner des Obsorgerechts handelt, diese aber zur Erteilung einer Rechtsbelehrung verpflichtet sind, müssen in diesem verantwortlichen Bereich entsprechende Ressourcen für Ausbildungsmaßnahmen bereitgestellt werden.

§ 180 Abs 1 ABGB:

Die neue „Phase der elterlichen Verantwortung“ wird wohl als verfassungskonform anzusehen sein und ist im Grundsatz eine rechtspolitische Entscheidung.

Insgesamt werden allerdings durch das neue Konzept an alle Beteiligten sehr hohe Anforderungen gestellt. Die Gerichte sollen rasch eine relativ detaillierte, durchsetzungstaugliche Regelung auf einer am Beginn des Verfahrens absehbar geringen Informationsgrundlage treffen. Während der Phase von 6 Monaten müssen die Eltern selbst die geänderte Situation verarbeiten, sich im Rahmen gemeinsamer Betreuung bewähren und sich zugleich wohl auch am gerichtlichen Verfahren beteiligen, weil ja die

Beurteilungsgrundlagen für die nach Ablauf der „Phase der elterlichen Verantwortung“ zu treffende endgültige Entscheidung gewonnen werden müssen. In diesem Zusammenhang könnte erwogen werden, dem Gericht auch die Möglichkeit einer Verlängerung dieser relativ kurzen Probephase einzuräumen, was den Bewährungs- und Arbeitsdruck aller Beteiligten mildern und die Situation allenfalls entspannen könnte.

Der Neuregelung ist zu konzедieren, dass die Eltern durch das vorgeschlagene Konzept in gewissem Maße zur Zusammenarbeit und zum Wohlverhalten „gezwungen“ werden, um sich die Chance auf Beibehaltung oder Erlangung der Obsorge zu sichern. Im Fall, dass die vorläufige gerichtliche Regelung obstruiert wird, wird freilich - wie bisher - das Gericht klären müssen, welcher Elternteil dafür verantwortlich ist und ob etwa allein das Fehlverhalten eines Elternteils während der Probephase schon eine ausreichende Grundlage für die endgültige Entscheidung zugunsten der Vorstellungen des anderen Elternteils bildet.

Eine seriöse Prognose, ob die Neuregelung den damit offenbar verbundenen Erwartungen gerecht werden kann, ist derzeit nicht möglich; es erschiene daher in besonderem Maße eine - begleitende - Evaluierung der Neuregelung angezeigt, die über ein bloßes Sammeln von Zahlenmaterial hinaus die faktischen Auswirkungen der Probephase auf alle Beteiligten erhebt.

§ 180 Abs 2 ABGB:

Abzuwarten bleibt, welche Anforderungen in der Praxis an eine Verhältnisänderung, die einen neuen Antrag ermöglicht, gestellt werden. Absehbar ist, dass der nach der vorläufigen Phase mit seinem Antrag nicht durchgedrungene Elternteil die Behauptung aufstellen könnte, der andere Elternteil habe sein während der Probephase gezeigtes Wohlverhalten nach der endgültigen Entscheidung diametral zum Nachteil des Kindes geändert. Dass ein derartiges Vorbringen schon abstrakt keine Verhältnisänderung aufzeigen könnte, wird nur schwer zu argumentieren sein, sodass rasch erhobene und materiell zu prüfende Folgeanträge bei realistischer Betrachtung wohl kaum auszuschließen sein werden. Die durch das nunmehrige Konzept erst mögliche Behauptung eines während der Probephase nur zum Schein an den Tag gelegtes Wohlverhalten eines Elternteils könnte daher die Anzahl rascher Neuanträge sogar erhöhen.

§§ 186 bis 188 Abs 1 ABGB:

Es werden (nur) zum (früheren) Recht auf persönlichen Verkehr entwickelte Judikaturgrundsätze in das Gesetz aufgenommen; relevante praktische Verbesserungen sind dadurch nicht zu erwarten.

§ 188 Abs 2 ABGB:

Begrüßenswerte Neuregelung des persönlichen Kontakts zwischen Kind und dritten Personen.

§ 190 Abs 2 und 3 ABGB:

Der Entfall der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung ist nicht zu beanstanden.

§ 193 ABGB:

Einheitliches und reduziertes Mindestalter bei der Adoption sowie Vereinheitlichung beim Altersunterschied sind zu befürworten. Die Beseitigung der Möglichkeit, die gesetzlichen Altersgrenzen unter bestimmten Voraussetzungen zu unterschreiten, verringert den gerichtlichen Prüfungsaufwand. Die aus fixen Altersgrenzen resultierende geringere Flexibilität erscheint durch deren Reduktion ausgeglichen.

§ 220 Abs 2 ABGB:

Die Erleichterung bei der Schenkung von Bausparverträgen ist zu befürworten.

§ 231 Abs 4 ABGB:

Die in den ErläutRV 33 dargestellten Bedenken gegen sogenannte „Entlastungsverträge“ sind zu teilen, kann doch die Versuchung bestehen, bei deren Gestaltung die Grenzen der Sittenwidrigkeit auszuloten. Dass dabei die Gefahr einer vorschnellen, unüberlegten und nachteiligen Pflichtenübernahme bei gerichtlichen Vereinbarungen gerade im Zusammenhang „mit einer weitreichenden Regelung der vermögensrechtlichen Folgen“ nach der Scheidung tatsächlich gering sein soll, wie dies die ErläutRV 33 meinen, bleibt eine unbelegte Behauptung; im Gegenteil: je komplexer und weitreichender die Gesamtregelung, umso eher besteht die Gefahr spezifische Risiken einzelner Vereinbarungen nicht zu erkennen oder im Gesamtzusammenhang zu unterschätzen. Den Schutz bei Scheidungsfolgenvereinbarungen insoweit praktisch von der Qualität der Rechtsberatung im Einzelfall abhängig zu machen, könnte durch ein generelles Verbot derartiger „Entlastungsverträge“ vermieden werden.

§ 235 ABGB:

Dass diese Regelung (zur Gänze?) dem bisherigen § 168 ABGB entspricht (ErläutRV 33), ist offenbar ein Irrtum, sieht doch § 235 ABGB nunmehr die Verpflichtung

zur Zahlung der Unterhaltskosten für die ersten acht Wochen (anstatt sechs Wochen [§ 168 ABGB aF]) nach der Entbindung vor.

§§ 106a, 106b AußStrG:

Die in § 106a Abs 1 AußStrG beschriebenen Tätigkeiten der Mitarbeiter der Familiengerichtshilfe sind eine erstaunliche Mischung aus quasirichterlichen Funktionen, die quasi formfrei zusätzlich oder neben der richterlichen Tätigkeit wahrgenommen werden sollen.

Die in § 106a Abs 2 und 3 AußStrG beschriebenen Rechte der Familiengerichtshilfe haben ein enorm investigatives Ausmaß. Ob eine solche „Ermittlungsbehörde“ in familiären Zusammenhängen vertrauensbildend wirken kann oder eher Misstrauen gegen obrigkeitliche Einmischung auslöst, wird erst die - im Hinblick auf den budgetären Vorbehalt ohnehin ungewisse - Praxis erweisen müssen.

Es müsste jedenfalls als äußerst bedenklich bewertet werden, wenn das PflEG die Familiengerichtshilfe dazu verwendet, die Sammlung der Entscheidungsgrundlagen weitestgehend auszulagern. Es mag zwar zutreffen, dass der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Verfahren außer Streitsachen nicht (generell) gilt, sollte allerdings die Ermittlung wesentlicher Entscheidungsgrundlagen durchwegs Mitarbeitern der Familiengerichtshilfe überlassen werden, würde dies zu einer Entwertung des gerichtlichen Beweisverfahrens führen und dessen Mangelfreiheit als zweifelhaft erscheinen lassen.

Warum der Jugendwohlfahrtsträger generell von der Pflicht zur Gewährung der Akteneinsicht ausgenommen wird (§ 106a Abs 3 AußStrG), ist nicht zuletzt im Hinblick auf die nach § 107a (insbesondere Abs 2) AußStrG zu treffenden Entscheidungen nicht nachvollziehbar.

§ 107 AußStrG:

Gegen die nunmehr relative Anwaltpflicht nach § 107 Abs 1 Z 1 bestehen keine Bedenken.

Die Ergänzungen bzw Klarstellungen in § 107 Abs 2 AußStrG sind unbedenklich. § 107 Abs 3 AußStrG bringt zwar eine gewisse rechtliche Klarstellung betreffend die grundsätzliche Zulässigkeit bestimmter Anordnungen; angesichts der persönlichen und wirtschaftlichen Wirkungen der Maßnahmen nach § 107 Abs 3 Z 1 bis 3 AußStrG für die davon Betroffenen erscheint es bedenklich, dass diese Maßnahmen nicht etwa nur im Fall der Gefährdung des Kindeswohls, sondern bereits zu dessen - nicht näher

definierter - Sicherung angeordnet werden können. Zu befürchten ist, dass bereits erhebliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Gericht und Eltern(teil) über Erziehungsfragen Anlass für solche Maßnahmen sein könnten.

§ 107a Abs 1 AußStrG:

Eine rasche gerichtliche Klärung der Zulässigkeit der vom Jugendwohlfahrtsträger in Anspruch genommenen Interimskompetenz ist uneingeschränkt zu befürworten. Die mündliche Verhandlung des Gerichts über einen gestellten Antrag sollte allerdings nicht „tunlichst“, sondern „spätestens“ (vgl etwa § 20 Abs 1 UbG; § 13 Abs 1 HeimAufG) binnen vier Wochen erfolgen müssen.

§ 107a Abs 2 AußStrG:

Die nachträgliche Klärung der Rechtmäßigkeit der vom Jugendwohlfahrtsträger in Anspruch genommenen Interimskompetenz ist uneingeschränkt zu befürworten. Sie war nach jüngster Rechtsprechung (OGH 13. 12. 2011, 5 Ob 126/11g) allerdings auch schon nach derzeitiger Rechtslage zulässig.

Nach den ErläutRV 38 f soll allerdings nur zu beurteilen sein, ob die Maßnahme zum Zeitpunkt ihrer erstmaligen Setzung unzulässig war. Dieses Verständnis erscheint allerdings mit der bisherigen und insoweit wohl unveränderten Rechtslage nicht uneingeschränkt vereinbar:

Eine vorläufige Maßnahme nach § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB aF kann nämlich nicht nur durch eine Verfügung des Pflegschaftsgerichts, sondern auch durch den Jugendwohlfahrtsträger selbst außer Kraft gesetzt werden. Legt der Jugendwohlfahrtsträger nach einer von ihm im Rahmen seiner Interimskompetenz getroffenen vorläufigen Maßnahme der vollen Erziehung vor der gerichtlichen Entscheidung Pflege und Erziehung des Minderjährigen wieder in die Hände des eigentlich Obsorgeberechtigten, gibt er zu erkennen, dass er die getroffene Maßnahme nicht aufrecht hält (2 Ob 177/10h). Da also der Jugendwohlfahrtsträger eine vorläufige Maßnahme iSd § 215 Abs 1 Satz 2 ABGB aF nicht nur einleiten, sondern diese auch von sich aus wieder außer Kraft setzen kann, sollte sich die nachträgliche Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme nicht bloß auf den Zeitpunkt der Einleitung beschränken, sondern müsste den gesamten Zeitraum bis zu deren Beendigung umfassen.

§§ 108, 110 AußStrG:

Gegen die zumindest versuchte Besuchsrechtsdurchsetzung trotz einer Ablehnung des betreffenden Elternteils ist im Grundsatz nichts einzuwenden; gilt das (nunmehrige) Kontaktrecht als ein „Grundrecht“ des Kindes, dann ist es jedenfalls dogmatisch wenig plausibel, wenn die - selbst ohne sachlichen Grund erfolgte - Ablehnung durch den betreffenden Elternteil, dem Kind jede Durchsetzungsmöglichkeit nimmt.

§ 110 Abs 5 AußStrG:

Gegen die Einführung eines Besuchsmittlers ist per se nichts einzuwenden; inwieweit dieser tatsächlich zur Verbesserung der Durchsetzung der persönlichen Kontakte beitragen kann, wird die Praxis zeigen müssen. Erfreulich ist die Klarstellung (ErläutRV 11), dass es sich beim damit verbundenen Aufwand nach Ansicht des Gesetzesvorschlags offenbar um Kosten der Rechtsdurchsetzung handelt, die einer Verfahrenshilfebewilligung zugänglich sind.

Wien, am 31. Oktober 2012

Dr. Ratz