

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
E-Mail: team.z@bmj.gv.at

NADEMLEINSKY
RECHTSANWALT

Wien, am 12.10.2012

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

RA UNIV.-LEKT.
Dr. Marco Nademleinsky
Dornbacher Straße 4a
1170 Wien
T +43 (0) 1 48 01 552
F +43 (0) 1 48 01 552-9
office@nademleinsky.at
www.nademleinsky.at
UID-NR ATU 6621 8577
RA-NR 112260

Betrifft: Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012
(KindNamRÄG 2012)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum geplanten Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012 in der Fassung vom 11.10.2012, 432/ME, erlaube ich mir die nachfolgende

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

zu einigen in der Öffentlichkeit noch wenig diskutierten Regelungsbereichen abzugeben:

1. Aufhebung der §§ 138c, 138d und 161 bis 162d ABGB – Gleichbehandlung unehelicher Kinder

Die Abschaffung der Legitimation und des Begriffs der Ehelichkeit im ABGB sind im Sinne eines modernen Familienrechts zu begrüßen. Begleitend sollte sichergestellt werden, dass auch jene Nebengesetze angepasst werden, die auf die Ehelichkeit oder Legitimation abstellen bzw daran Rechtsfolgen knüpfen. Zu denken ist etwa an die §§ 7 und 7a StaatsbürgerschaftsG, die beim Erwerb der Staatsbürgerschaft des Kindes nach der Ehelichkeit differenzieren und den Erwerb der Staatsbürgerschaft infolge Legitimation vorsehen. Hier könnte noch Anpassungsbedarf im Hinblick auf die neue Systematik bestehen.

2. § 162 Abs 3 ABGB (neu)

Haben die Eltern nicht vereinbart, bei wem das Kind hauptsächlich betreut werden soll, darf der Wohnsitz des Kindes nur mit Zustimmung des anderen Elternteils oder des Gerichts in das Ausland verlegt werden (§ 162 Abs 3 neu). Diese Regelung verdient an sich Zustimmung.

Allerdings müssen die Eltern, obwohl ihre gemeinsame Obsorge nach der Scheidung die Regel sein soll, bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft eine Vereinbarung treffen, von wem das Kind hauptsächlich betreut werden wird (§ 179 ABGB neu). Im Fall eines Streits über die Obsorge hat das Gericht einem Elternteil die hauptsächliche Betreuung in seinem Haushalt aufzutragen (§ 180 ABGB neu). Aus § 162 Abs 3 ABGB (neu) könnte nun der (Gegen)Schluss gezogen werden, dass jener Elternteil, der das Kind hauptsächlich betreut, ohne weitere Zustimmung mit dem Kind ins Ausland ziehen kann. Dies, obwohl beide Eltern mit der Obsorge betraut sind. Damit würde das Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) unterlaufen. Zwar wurde schon bislang auch in der Lehre teils die Meinung vertreten, jener Elternteil, bei dem das Kind seinen hauptsächlichen Aufenthalt hat, könne mit dem Kind rechtmäßig ins Ausland ziehen, obwohl eine gemeinsame Obsorge besteht. Diese Meinung ist aber meines Erachtens unzutreffend. Das HKÜ schützt gerade die tatsächliche Ausübung der Obsorge, und zwar auch in Teilbereichen.

Es wäre daher eine Klarstellung wünschenswert, dass im Fall der Obsorge beider Eltern (auch) der das Kind hauptsächlich betreuende Elternteil nicht ohne Einwilligung des anderen Teils oder Zustimmung des Gerichts den Wohnsitz des Kindes ins Ausland verlegen darf.

3. § 179 ABGB (neu)

Nach § 179 Abs 2 ABGB (neu) müssen die Eltern bei Auflösung der häuslichen Gemeinschaft dem Gericht eine Vereinbarung über die hauptsächliche Betreuung des Kindes vorlegen. Die Bestimmung greift offenbar auch, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Damit dürfte die in den Erläuterungen ausgedrückte Ansicht, die Bestimmung entspreche § 177 Abs 2 ABGB, nicht zutreffen. § 177 Abs 2 ABGB greift ja nur im Fall der Scheidung. Trennen sich verheiratete Eltern, ohne sich scheiden zu lassen, gilt § 177b ABGB. Das Gericht entscheidet in diesen Fällen über die Obsorge (und damit verbunden den hauptsächlichen Aufenthalt) nur auf Antrag. Dies scheint mir auch im Fall unverheirateter Eltern, die sich über die Obsorge einig sind (und kein Gericht brauchen), vorzugswürdig.

§ 179 Abs 2 ABGB neu intendiert offenbar, in Fällen einer Vereinbarung über die Obsorge auch vorzusehen, wo das Kind hauptsächlich betreut wird. Um dieses Ergebnis zu erzielen, bräuchte dem Abs 1 lediglich am Ende der in Abs 2 enthaltene Satz angefügt werden, etwa „... beschränkt wird. In jedem dieser Fälle müssen die Eltern eine Vereinbarung darüber

schließen...“ usw. Damit wäre klargestellt, dass die Vereinbarung über die Betreuung nur dort erforderlich ist, wo das Gericht bei Regelung der Obsorge zwingend einschreitet.

4. § 231 Abs 4 (neu) – „Unterhaltsent- bzw belastungsvereinbarung“

§ 231 Abs 4 (neu) würde nur noch verheirateten Eltern im Rahmen der Scheidung (also einmalig) die Möglichkeit geben, eine Unterhaltentlastungsvereinbarung zu treffen. Nicht miteinander verheiratete Eltern (oder Eltern, die sich nicht scheiden lassen, aber getrennt leben) von der Möglichkeit einer derartigen Vereinbarung auszuschließen, scheint mir ein unerträglicher Eingriff in die Privatautonomie zu sein. Das Sittenwidrigkeitskorrektiv sollte vielmehr der Anwendung im Einzelfall durch Rechtsprechung überlassen bleiben, die sich bereits ausführlich damit auseinandergesetzt hat (s zB 2 Ob 234/07m = EF-/ 2008/37 [*Gitschthaler*] uva; RIS Justiz RS0016550). Sofern es einem Kind beim betreuenden Elternteil an nichts fehlt, ist überhaupt kein Grund ersichtlich, warum die Eltern nicht wenigstens im Verhältnis zueinander die Tragung des Unterhalts nach freiem Belieben regeln können sollen. Nicht jede Vereinbarung zwischen den Eltern über den Kindesunterhalt ist von vornherein sittenwidrig. Man denke etwa daran, dass der gut verdienende Elternteil anstelle des Luxusunterhalts bloß den Regelunterhalt leisten soll.

Unklar ist im Übrigen, was „im Rahmen einer umfassenden Regelung der Folgen einer Scheidung“ bedeutet. Sollte, was anzunehmen ist, der Scheidungsfolgenvergleich gem § 55a Abs 2 EheG gemeint sein, würde sich ein entsprechender Verweis anbieten. Besser aber sollte der Absatz überhaupt entfallen.

5. § 55a EheG (neu)

Neu vorgeschlagen wird, dass die Eltern als Voraussetzung der Scheidung im Einvernehmen auch das Kontaktrecht regeln müssen. Natürlich ist es wünschenswert, dass sich die Eltern für den Fall der Scheidung auch über das Kontaktrecht einig sind. Aber soll dort, wo eine Partnerschaft derart gestört ist, dass eine Kontaktregelung im Einvernehmen nicht oder nur sehr schwer möglich ist, das Paar wirklich in ein strittiges Scheidungsverfahren gezwungen werden, obwohl es sich über die unterhalts- und vermögensrechtlichen Aspekte einig wäre? Damit tut man dem Scheidungspaar keinen Gefallen. Der Zugang zur einvernehmlichen Auflösung des Ehebandes eines Paares, das einfach nicht mehr miteinander „will“ oder „kann“, sollte vielmehr erleichtert, nicht noch erschwert werden. Dass eine Pflicht zur Regelung des Kontaktrechts als Voraussetzung der einvernehmlichen Scheidung kontraproduktiv ist, zeigt

sich schon heute in Fällen, wo irrational über die Obsorge gestritten wird, was eine im Übrigen leicht mögliche einvernehmliche Scheidung verhindert. Die Folge ist ein Scheidungs- und möglicherweise Aufteilungsverfahren, das vom Paar nicht gewollt ist, aber mangels Einigung über die Obsorge hingenommen wird.

Anzumerken ist auch, dass es in der Praxis bei der Erarbeitung des Scheidungsfolgenvergleichs ganz überwiegend um finanzielle Angelegenheiten geht, also um die Aufteilung des Vermögens und Regelung des Unterhalts. Es wäre bedauerlich, wenn der immaterielle Wert des Kontaktrechts, für das allein das Kindeswohl entscheidend sein sollte, in die sonst von finanziellen Aspekten geprägten Verhandlungen einfließen würde.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Kontaktregelungen stets an neue Lebenssituationen angepasst werden müssen. Darin unterscheiden sie sich von den übrigen Scheidungsfolgen (abgesehen von Änderungen in der Unterhaltsbemessungsgrundlage). Wo das Kontaktrecht aber strittig ist und nach der Scheidung womöglich ohnedies angepasst werden muss, sollte es nicht zur zwingenden Voraussetzung der einvernehmlichen Scheidung gemacht werden.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. Marco Nademleinsky