

Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht  
40

# Kindschaftsrecht im Wandel



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

# Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

40

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Professor Dr. Ulrich Drobnig, Professor Dr. Hein Kötz  
und Professor Dr. Dr. h. c. Ernst-Joachim Mestmäcker



# Kindschaftsrecht im Wandel

Zwölf Länderberichte  
mit einer vergleichenden Summe

Im Institut herausgegeben  
von

Peter Dopffel



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Kindschaftsrecht im Wandel: zwölf Länderberichte mit einer vergleichenden Summe / im Inst. hrsg. von Peter Dopffel.*

– Tübingen: Mohr, 1994

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht; Bd. 40)

ISBN 3-16-146207-6

NE: Dopffel, Peter [Hrsg.]; GT

978-3-16-158462-6 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1994 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf archivfähiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0720-1141

## VORWORT

Die Eltern-Kind-Verhältnisse und die sie betreffenden Rechtsnormen sind nicht nur in Deutschland in Bewegung geraten. Gerade im Ausland hat sich in den letzten Jahrzehnten ein tiefgreifender Wandel vollzogen. Die hier vorgelegte vergleichende Untersuchung aktueller Probleme des Kindschaftsrechts im weiteren Sinne hat das Institut auf Wunsch des Bundesministeriums der Justiz durchgeführt.

Der Forschungsplan ist Ende 1991 mit dem Ministerium abgesprochen worden. Die Ausarbeitung der Einzelberichte oblag grundsätzlich den zuständigen Länderreferenten des Instituts, die jeweils als Verfasser genannt werden. Den Bericht über die damals noch bestehende Tschechoslowakei hat jedoch Frau JUDr. Gabriela Kubítková, Oberassistentin am Lehrstuhl für Zivil- und Familienrecht der Universität Bratislava (Preßburg), entworfen. Ich habe die Berichte koordiniert und auch ausgewertet; soweit sie Unterhaltsprobleme betrafen, hat sich ihnen Dieter Martiny gewidmet.

Die breite Darstellung des Rechtszustands und der Entwicklungstendenzen außerhalb der Bundesrepublik - in den meisten Ländern Europas und den Vereinigten Staaten von Amerika - soll als Orientierungshilfe für eine umfassende Reform des deutschen Kindschaftsrechts dienen, deren Dringlichkeit bei vergleichender Betrachtung besonders deutlich wird. Wir hoffen aber, daß die Studie auch als ein eigenständiger Beitrag zur Grundlagenforschung auf einem Zentralgebiet des Familienrechts gelten kann. Außerdem wird dem aus praktischen Gründen am Kindschaftsrecht des Auslands Interessierten der Einstieg in die vielschichtige Materie erleichtert und eine Fülle neuer Informationen geboten; insbesondere wird die Institutsstudie von 1983 zum "Unterhaltsrecht in Europa" - die seit einiger Zeit vergriffen ist - hinsichtlich der untersuchten Fragen zum Kindesunterhalt um zehn Jahre fortgeschrieben.

Das im Mai 1993 erstattete Gutachten des Instituts ist für die Veröffentlichung leicht überarbeitet und durch einige Zusätze möglichst - je nach der Quellenlage - auf den Stand von Mitte oder Ende 1993 gebracht worden. Außer

Betracht bleiben mußten die in der Zwischenzeit vom Bundesjustizministerium eingeleiteten Schritte zu Teilreformen des Rechts der nichtehelichen Kinder (Ampsfigenschaft, Erbreeht).

Das Sachverzeichnis haben Sven Völcker und Ulrich Börger in kollegialer Hilfsbereitschaft beigesteuert. Besonderen Dank schulde ich Frau Pauline Strubenhoff, deren jugendlicher Elan bei der mühevollen Herstellung der Druckvorlage nie erlahmt ist.

Hamburg, im März 1994

*Peter Dopffel*

## INHALTSÜBERSICHT

INHALT	VIII
FORSCHUNGSPLAN	1
LÄNDERBERICHTE	7
Österreich ( <i>R. Kulms</i> )	9
Schweiz ( <i>M. Becker</i> )	47
Dänemark, Norwegen und Schweden ( <i>P. Dopffel</i> )	71
Frankreich ( <i>H.-J. Puttfarcken</i> )	119
Italien ( <i>J. Thieme</i> )	183
Spanien ( <i>H.C. Zitscher</i> )	297
Niederlande ( <i>O. Remien</i> )	333
England ( <i>R. Ellger</i> )	387
Vereinigte Staaten von Amerika ( <i>H. Merkt</i> )	465
Polen ( <i>J.P. Waehler</i> )	511
Tschechoslowakei ( <i>G. Kubičková</i> )	533
Ungarn ( <i>C. Jessel-Holst</i> )	555
RECHTSVERGLEICHUNG ( <i>P. Dopffel/D. Martiny</i> )	573
SACHVERZEICHNIS	663

# INHALT

<b>FORSCHUNGSPLAN</b>	1
<b>I. Elterliche Sorge</b>	1
1. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern	1
2. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	1
3. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	2
4. Umgangsrecht	2
5. Gesetzliche Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder	3
6. Ruhen der elterlichen Sorge	3
<b>II. Adoptionsrecht</b>	3
<b>III. Unterhaltsrecht</b>	4
1. Unterhalt des nichtehelich geborenen Kindes	4
2. Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	5
<b>IV. Erbrecht</b>	6

<b>LÄNDERBERICHTE</b>	7
<b>ÖSTERREICH</b> ( <i>Rainer Kulms</i> )	9
Ausgewählte Probleme aus dem österreichischen Obsorge- und Unterhaltsrecht	9
<b>I. Elterliche Obsorge</b>	9
1. Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen	9
2. Obsorge für eheliche Kinder bei Scheidung oder Trennung	12
a) § 177 ABGB - Ein-Elternteil-Familie als Modellvorstellung	12
b) Gemeinsame Obsorge (§ 177 III ABGB i.V.m. § 167 ABGB)	13
c) Gemeinsame Obsorge bei fehlender häuslicher Gemeinschaft - Trennungsvereinbarungen und Art. 8 EMRK	14
3. Gemeinsame Obsorge für nichteheliche Kinder	18
a) Gesetzgeberische Vorstellungen	18
b) Tatsächliche Wahrnehmung der elterlichen Sorge	19
4. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	20
5. Umgangsrecht	21
a) Rahmenbedingungen	21
b) Ausgestaltung der Besuchsrechtsregelung durch die Rechtsprechung und Kindeswille	22
c) Elterliche Mindestrechte - eheliche und nichteheliche Väter	24
d) Durchsetzung des Besuchsrechts	26
6. Öffentliche Hilfen für alleinstehende Mütter	26

7. Ruhen, Einschränkungen und Entziehung der elterlichen Obsorge	29
<b>II. Adoptionsrecht</b>	31
1. Gemeinschaftliche Adoption	31
2. Zustimmungserfordernisse	31
3. Adoption eigener Kinder	32
<b>III. Unterhaltsrecht</b>	32
1. Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beim Unterhalt	32
2. Unterhaltsverzicht	33
3. Bemessung des Kindesunterhalts	34
a) Regelbedarf und Sonderbedarf	34
b) Verfahrensrechtliche Aspekte - Beschleunigte Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs	38
c) Anrechnung öffentlich-rechtlicher Leistungen	40
d) Erhöhung von Unterhaltsleistungen	41
4. Unterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	42
<b>IV. Erbrecht</b>	44
1. Erbrechtsänderungsgesetz von 1989	44
2. Vorweggenommene Erbfolgeregelung	45

<b>SCHWEIZ</b> ( <i>Michael Becker</i> )	47
Ausgewählte Rechtsfragen des schweizerischen Kindschafts- und Unterhaltsrechts nach der Reform von 1972/76	47
<b>I. Elterliche Sorge</b>	48
1. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern	48
2. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	53
3. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	54
4. Umgangsrecht	55
5. Beistandschaft für nichteheliche und andere Kinder	58
6. Versagen der elterlichen Sorge	61
<b>II. Adoptionsrecht</b>	62
1. Gemeinschaftliche Adoption	62
2. Zustimmungserfordernisse	62
3. Adoption eigener Kinder	63
<b>III. Unterhaltsrecht</b>	64
1. Kindesunterhalt	64
a) Die Unterscheidung von nichtehelichen und ehelichen Kindern beim Unterhalt	64
b) Der Kindesunterhalt im allgemeinen	65
2. Der Unterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	69
<b>IV. Erbrecht</b>	70

<b>DÄNEMARK, NORWEGEN UND SCHWEDEN</b> ( <i>Peter Dopffel</i> )	71
Eltern und Kinder im Recht der nordischen Länder	71
<b>I. Vorbemerkungen</b>	71
1. Rechtsgrundlagen	71
2. Haupttendenzen	72
<b>II. Elterliche Sorge</b>	73
1. Allgemeines	73
a) Personensorge und Vermögenssorge	73
b) Terminologie	73
2. Gemeinsame Kindessorge geschiedener Eltern	74
a) Ausgangslage	74
b) Amtliche oder private Sorgerechtsregelung?	74
c) Zulassung, Verbreitung und Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts	75
d) Erscheinungsformen und Modalitäten	79
e) Beendigung	81
3. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	82
a) Rechtstatsachen	82
b) Gleichbehandlung aller Kinder: Grundsatz und Ausnahmen	83
c) Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts	84
d) Zustandekommen	85
e) Ausübung und Beendigung	86
4. Alleinsorge des Vaters eines nichtehelichen Kindes	87

a) Mutter verstorben	87
b) Mutter lebt	89
5. Umgangsrecht	90
a) Allgemeines	90
b) Nähere Voraussetzungen und Zielvorstellungen	91
c) Inhaltliche Ausgestaltung	93
d) Sanktionen	95
6. Zwangsveranstaltungen und öffentliche Hilfen für unverheiratete Mütter	96
a) Allgemeines	96
b) Vaterschaftsfeststellung	98
c) Sicherung des Kindesunterhalts	101
7. Verhinderung des Sorgeberechtigten	102
<b>III. Adoptionsrecht</b>	<b>104</b>
1. Gemeinschaftliche Adoption und Stiefkindadoption	104
2. Elterliche Mitsprache bei Fremdadoption	104
3. Adoption eigener Kinder	105
<b>IV. Unterhaltsrecht</b>	<b>106</b>
1. Allgemeines	106
2. Standardisierter Kindesunterhalt	108
3. Indexierung der Unterhaltsbeiträge	111
4. Anrechnung öffentlicher Beihilfen auf den Kindesunterhalt	113
5. Monetarisierung der Kindesbetreuung?	114
6. Unterhaltsbeiträge für alleinstehende Mütter	114

<b>V. Erbrecht</b>	116
1. Gleichbehandlung aller Kinder	116
2. Vorzeitiger Erbausgleich?	117
<b>FRANKREICH</b> ( <i>Hans-Jürgen Puttfarcken</i> )	119
Zu einem Familienrecht der natürlichen Familie: die französische Reform des Kindschaftsrechts	119
<b>I. Vorbemerkungen</b>	119
1) Die Grundlinien	119
2) Reform 1993	120
3) Rechtstatsachen	121
<b>II. Elterliche Sorge</b>	124
4) Grundlagen	124
<b>A. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern</b>	125
5) Grundregel und Verfahren	125
6) Bisheriges Recht	126
7) Neues Recht: gemeinsame elterliche Gewalt	128
8) Sozialenquête	129
9) Rechtsstellung des geschmälernten Elternteils	130
10) Richterliches Eingreifen	131
11) Gesamtbild	133
<b>B. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder</b>	135
12) Bisheriges Recht: Klassik und Dialektik	135

13) Neue Grundregel: gemeinsame elterliche Gewalt	137
14) Bescheinigung der Lebensgemeinschaft	138
15) Elterliche Gewalt bei einseitig festgestellter Abstammung	139
16) Elterliche Gewalt bei beiderseits festgestellter Abstammung	139
17) Richterliche Änderung	140
18) Statusbesitz	141
19) Verschweigung der Mutter	143
20) Internationale Konventionen	144
21) Gesamtbild	145
22) Väterliche Gewalt kraft Nichtanerkennung durch die Mutter	146
23) Gemeinsame elterliche Gewalt kraft gemeinsamer Erklärung	146
24) Elterliche Gestaltungsfreiheit	147
25) Richterliche Änderung: Fehlen der natürlichen Familie	147
26) Scheidungsfolgen der natürlichen Familie	148
27) Elterliche Gewalt wider Willen	148
C. Devolution der elterlichen Gewalt auf einen Elternteil	149
28) Gesetzliche Verhinderung eines Elternteils	149
29) Durchbrechung der Devolution	151
30) Devolution nur bei bisher gemeinsamer Ausübung der elterlichen Gewalt	152
D. Elterliche Gewalt über das Vermögen und Vormundschaft	153
31) Grundzüge	153

32) Einzelheiten	154
33) Vormundschaft	157
<b>E. Umgangsrecht</b>	<b>158</b>
34) Umgangsrecht nach Scheidung: Überwachung und Besuch	158
35) Umgangsrecht unverheirateter Eltern	160
36) Umgangsrecht der Großeltern	160
37) Außerordentliches Umgangsrecht	161
38) Ausgestaltung des Besuchsrechts	162
39) Der Kindeswille	163
40) Durchsetzung des Umgangsrechts	164
<b>F. Zwangsveranstaltungen für unverheiratete Mütter?</b>	<b>165</b>
41) Gesetzliche Verwaltung unter richterlicher Aufsicht	165
<b>III. Adoptionsrecht</b>	<b>166</b>
42) Volladoption und einfache Adoption	166
43) Gemeinsame Adoption und Stiefkindadoption	166
44) Zustimmungserfordernisse	167
45) Ersetzung der Zustimmung	169
46) Verbot der Volladoption des Ehegattenkindes	169
47) Adoption eigener Kinder	170
<b>IV. Unterhaltsrecht</b>	<b>171</b>
48) Überblick: Gesetzliche Unterschiede, praktische Gleichheit	171
49) Voraussetzungen der Abstammung	173

50) Vaterschaftsklage - Früheres Recht	174
51) Neuregelung der Vaterschaftsklage	176
52) Subsidienklage	177
53) Unterschiede im Kindesunterhalt	178
54) Sonstige Fragen des Kindesunterhalts	179
55) Unterhalt für unverheiratete Mütter?	180
<b>V. Erbrecht</b>	181
56) Grundregel: Gleichheit - Ausnahme: Ehebruchskinder	181
57) Vorzeitiger Erbausgleich	182
<b>ITALIEN</b> ( <i>Jürgen Thieme</i> )	183
Italienisches Kindschaftsrecht nach den Reformen 1967-1987	183
<b>I. Vorbemerkungen</b>	183
1. Codice civile von 1942	184
2. Das Gesetz über die Sonderadoption von 1967	186
3. Einführung der Ehescheidung (1. Scheidungsreformgesetz von 1970)	186
4. Familienrechtsreform von 1975	187
5. Reform des Adoptionsrechts im Jahre 1983	188
6. Die 2. Scheidungsrechtsreform von 1987	190
7. Reformprojekte	190
8. Tatsächliche Entwicklungen	192
a) Bevölkerungsstatistik	193

b)	Justizstatistik	195
<b>II.</b>	<b>Elterliche Sorge</b>	200
1.	Gemeinsames Sorgerecht getrennter und geschiedener Eltern	200
a)	Rechtsgrundlagen	201
b)	Elternverhältnis als gemeinschaftliche Rechtsstellung	211
c)	Die einzelnen Regelungstatbestände nahehehlicher Sorge	219
2.	Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	236
a)	Rechtsgrundlagen	236
b)	Gleichberechtigte Elternstellung durch Anerkennung	240
c)	Gemeinsame Sorge und andere Regelungstatbestände	241
3.	Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	255
a)	Fehlen einer Sonderregelung für den Tod der Mutter	255
b)	Allgemeine Regelungen für den Todesfall	256
4.	Umgangsrecht und sonstige elterliche Mindestrechte	257
a)	Mitentscheidungsrecht	257
b)	Überwachungsrecht	258
c)	Besuchsrecht	259
5.	Parallelen zur deutschen Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder	262
a)	Regelungsmöglichkeiten für den Einzelfall bei anerkannten Kindern	262

b)	Regelungsmöglichkeiten für den Einzelfall bei nicht anerkannten Kindern	265
6.	Ruhen der elterlichen Sorge	266
a)	Rechtsgrundlage	266
b)	Fälle der Verhinderung	267
c)	Folgen der Verhinderung	268
<b>III.</b>	<b>Adoptionsrecht</b>	269
1.	Arten der Adoption	269
2.	Gemeinsame Adoption durch zwei nicht miteinander verheiratete Personen	270
a)	Rechtsgrundlagen	270
b)	Einzelne Regelungstatbestände	271
3.	Mitsprachebefugnisse des nicht sorgeberechtigten Elternteils bei der Adoption	272
a)	Rechtsgrundlagen	272
b)	Einzelne Regelungstatbestände	272
4.	Adoption eigener nichtehelicher Kinder	279
a)	Rechtsgrundlagen	279
b)	Einzelne Regelungstatbestände	279
<b>IV.</b>	<b>Unterhaltsrecht</b>	280
1.	Rechtsgrundlagen	281
2.	Kindesunterhalt	285
a)	Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder	285
b)	Allgemeine Merkmale des Kindesunterhalts	287
3.	Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	289

<b>V. Erbrecht</b>	289
1. Erbrecht des nichtehelichen Kindes	289
a) Rechtsgrundlagen	290
b) Gesetzliche Erbfolge	292
c) Testamentarische Erbfolge	293
d) Schlechterstellung der nicht anerkegnbaren Kinder	293
e) Nichtehelichenerbrecht als verfassungsrechtliches Problem	294
2. Vorzeitiger Erbaugleich	296
 <b>SPANIEN</b> ( <i>Harriet Christiane Zitscher</i> )	297
Das spanische Kindschaftsrecht nach den familienrechtlichen Reformen im Jahre 1981 unter Einbeziehung der foralrechtlichen Sonderregelungen	297
<b>I. Vorbemerkungen</b>	297
1. Reformen in Spanien	297
2. Regionale Rechtsverschiedenheit	298
<b>II. Elterliche Sorge</b>	299
1. Allgemeines	299
2. Sondervorschriften für Ehetrennung und Scheidung	306
3. Besonderheiten für nichteheliche Kinder	309
4. Umgangsrecht	312
5. Öffentliche Kontrollen und Hilfen für nichteheliche Kinder	316
6. Ruhen der elterlichen Sorge	317

<b>III. Adoptionsrecht</b>	318
1. Allgemeines	318
2. Gemeinschaftliche Adoption	320
3. Adoption eigener Kinder?	321
4. Zustimmungserfordernisse	321
<b>IV. Unterhaltsrecht</b>	323
1. Allgemeines	323
2. Ehescheidung und Ehetrennung	326
3. Betreuung und Unterhalt	328
a) Bewertung der Betreuung durch die Mutter	328
b) Betreuungsunterhalt für die Mutter?	329
4. Kosten der Schwangerschaft und Entbindung	330
<b>V. Erbrecht</b>	330
<b>NIEDERLANDE</b> ( <i>Oliver Remien</i> )	333
Die Wirkungen des Vater-Mutter-Kind-Verhältnisses im niederländischen Privatrecht	333
<b>I. Gesetzliche und soziale Grundlagen</b>	333
<b>II. Elterliche Sorge</b>	336
1. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern	336
2. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	342
3. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	344

4.	Umgangsrecht	346
	a) Geschiedene Eltern	347
	b) Aberkennung des Umgangsrechts	348
	c) Antragsbefugnis	350
	d) Durchsetzung des Umgangs	352
	e) Informationsrecht	353
	f) Nichtverheiratete Eltern	354
	g) Andere Verwandte	357
5.	Amtliche Vorsorge für Kinder	358
	a) Keine Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder	358
	b) Anfechtung eines Vaterschaftsanerkennnisses	358
	c) Sicherung des Kindesunterhalts	359
	d) Versorgung nichtehelicher Kinder aus dem väterlichen Nachlaß	363
	e) Zusammenfassung	363
6.	Ruhen der elterlichen Sorge	364
<b>III.</b>	<b>Adoptionsrecht</b>	364
	1. Gemeinschaftliche Adoption	365
	2. Elternrechte bei Adoption	367
	3. Adoption eigener Kinder	370
<b>IV.</b>	<b>Unterhaltsrecht</b>	372
	1. Kindesunterhalt	372
	a) Rechtsgrundlagen	372
	b) Berechnung des Unterhalts	374

c) Indexierung	375
2. <b>Betreuungsunterhalt der Mutter des nichtehelichen Kindes</b>	376
a) Entbindungs- und Sechs-Wochen-Kosten	376
b) Laufender Unterhalt	378
<b>V. Erbrecht</b>	379
1. Erbrechtliche Verhältnisse nichtehelicher Kinder	379
2. Vorzeitiger Erbaugleich?	384
<b>VI. Ausblick</b>	384
<b>ENGLAND</b> ( <i>Reinhard Ellger</i> )	387
Englisches Kindschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der nichtehelichen Kinder	387
<b>I. Einführung</b>	387
<b>II. Das Recht der elterlichen Sorge</b>	393
<b>A. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern</b>	393
1. Altes Sorgerecht	395
a) Gleichstellung beider Eltern	395
b) Die Arten der Sorgerechtsentscheidungen	396
c) Materielles Entscheidungskriterium für die Zuweisung des Sorgerechts: das Kindeswohl (welfare of the child)	401
d) Unklarheiten beim Sorgerecht als Ansatzpunkt der Reform	401

e)	Die Sorgerechtsverteilung in der Praxis: Einige Zahlenangaben	403
2.	Das Sorgerecht nach dem Children Act 1989	405
a)	Der Begriff der "elterlichen Verantwortung" (parental responsibility)	405
b)	Das Sorgerecht im Fall der Scheidung bzw. Trennung der Eltern	407
(1)	Aufenthaltsbeschluß (residence order)	408
(2)	Umgangsbeschluß (contact order)	412
(3)	Verbotsbeschluß (prohibited steps order) und Einzelfragenbeschluß (specific issue order)	416
(4)	Die Durchsetzung von Sorgerechts- und Umgangsbeschlüssen	417
c)	Änderung, Aufhebung und Außerkrafttreten einer Sorgerechtsentscheidung	419
d)	Materielles Entscheidungskriterium für die Regelung des Sorgerechts: das Kindeswohl (welfare of the child)	419
B.	Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder	422
1.	Grundregel: Alleinsorge der Mutter	422
2.	Gemeinsame Sorge beider Eltern	423
3.	Subsidiäres Sorgerecht des nichtehelichen Vaters	427
4.	Das Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters	428
C.	Öffentliche Hilfen für alleinstehende Mütter	429
D.	Versagen und Ausfall des Sorgeberechtigten	430
<b>III.</b>	<b>Adoption</b>	434
1.	Gemeinschaftliche Adoption und Einzeladoption	434

2.	Zustimmungserfordernisse	435
3.	Adoption eigener Kinder	435
<b>IV.</b>	<b>Unterhaltsrecht</b>	437
1.	Gleichstellung nichtehelicher Kinder mit den ehelichen im Unterhaltsrecht	437
2.	Allgemeine Kriterien der finanziellen Versorgung für Kinder	440
3.	Monetarisierung der Kindesbetreuung	447
4.	Mindest- bzw. Regelunterhalt nach dem Child Support Act 1991	450
5.	Dynamisierung von Unterhaltsrenten	457
6.	Unterhaltsanspruch der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegen den Vater	458
<b>V.</b>	<b>Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes</b>	459
1.	Allgemeines	459
2.	Vorzeitiger Erbausgleich?	461
<b>VI.</b>	<b>Abschließende Bemerkungen</b>	462
<b>VEREINIGTE STAATEN VON AMERIKA</b> ( <i>Hanno Merkt</i> )		465
Das Kindschaftsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika		465
<b>I.</b>	<b>Vorbemerkungen</b>	465
<b>II.</b>	<b>Elterliche Sorge</b>	467
1.	Sorgerecht nach Ehescheidung	467
	a) Rechtstatsachen	467

b)	Sorgerechtsregelung	467
c)	Kindeswohl	470
d)	Gemeinsame Sorge als Regel?	472
e)	Alternierende Sorge	476
f)	Gemeinsame Sorgerechtsausübung	477
g)	Übertragung des Sorgerechts auf Dritte	478
2.	Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	479
a)	Rechtstatsachen	479
b)	Kein Unterschied zur Sorge für eheliche Kinder	479
c)	Voraussetzungen der Anordnung gemeinsamer Sorge	480
d)	Gemeinsame Ausübung der Sorge	481
3.	Subsidiäres Sorgerecht des nichtehelichen Vaters	481
a)	Bei dauernder Verhinderung der Mutter	481
b)	Ausnahme	481
4.	Umgangsrecht	482
a)	Umfang des Umgangsrechts	482
b)	Kreis der Umgangsberechtigten	483
c)	Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten Vaters	484
d)	Regelung des Umgangsrechts	484
e)	Durchsetzung des Umgangsrechts	486
5.	Öffentliche Hilfen und Vorkehrungen zur Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen und zur Vaterschaftsfeststellung	486

a)	Kein der Amtspflegschaft vergleichbares Rechtsinstitut	486
b)	Statusfeststellung im Rahmen des Unterhaltsregresses	486
c)	Selbständige behördliche Vaterschaftsklage	487
6.	Ruhen der elterlichen Sorge	489
a)	Sorgerechtsentzug bei Verhinderung	489
b)	Verhinderungstatbestände	490
<b>III.</b>	<b>Adoptionsrecht</b>	491
1.	Gemeinsame Adoption durch Unverheiratete	491
2.	Zustimmung des nicht sorgeberechtigten Elternteils	492
3.	Adoption eigener Kinder	495
<b>IV.</b>	<b>Unterhaltsrecht</b>	495
1.	Kindesunterhalt	495
a)	Unterscheidung ehelicher und nichtehelicher Kinder	495
b)	Bemessung des Kindesunterhalts	497
(1)	Mindestunterhalt	497
(2)	Bewertung der Betreuungsleistung	500
(3)	Keine Anrechnung öffentlicher Leistungen	502
(4)	Dynamisierung des Unterhalts	502
2.	Unterhalt für Mütter	505
a)	Entbindungskosten	505
b)	Kosten der Kindesbetreuung	506
c)	"Child Care Expenses"	507
<b>V.</b>	<b>Erbrecht</b>	507

1. Erbrechtliche Verhältnisse nichtehelicher Kinder	507
2. Beseitigung erbrechtlicher Sonderregeln	509
3. Kein vorzeitiger Erbaugleich	510
<b>POLEN</b> ( <i>Jan Peter Waehler</i> )	511
Polnisches Kindschaftsrecht	511
<b>I. Elterliche Sorge</b>	511
1. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern	512
2. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	516
3. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	517
4. Umgangsrecht	518
5. Spezialregeln für nichteheliche Kinder	519
6. Ruhen der elterlichen Sorge	520
<b>II. Adoptionsrecht</b>	521
1. Allgemeines	521
2. Einwilligung des Kindes und der Eltern	522
3. Adoptionswirkungen	524
4. Adoption eigener Kinder	525
<b>III. Unterhaltsrecht</b>	526
1. Kindesunterhalt	526
2. Unterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	531
<b>IV. Erbrecht</b>	532

<b>Č S F R (Gabriela Kubíčková)</b>	533
<b>Kindschaftsrecht nach tschecho-slowakischer Regelung</b>	533
<b>I. Elterliche Sorge</b>	533
1. Allgemeines	533
a) Definition der "elterlichen Rechte und Pflichten"	533
b) Entstehung elterlicher Rechte und Pflichten	535
c) Subjekte elterlicher Rechte und Pflichten	535
d) Ausübung elterlicher Rechte und Pflichten	535
e) Erlöschen der elterlichen Rechte	536
2. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern	536
3. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder	539
4. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes	541
5. Umgangsrecht	542
6. Öffentliche Hilfen für nichteheliche Kinder	544
7. Ruhen der elterlichen Sorge	546
<b>II. Adoptionsrecht</b>	547
1. Gemeinsame Adoption	547
2. Einwilligungserfordernisse	547
3. Adoption eigener Kinder?	548
<b>III. Unterhaltsrecht</b>	549
1. Unterhalt des nichtehelich geborenen Kindes	549
2. Zum Lebensunterhalt des Kindes im allgemeinen	550
3. Unterhalt der Mutter	551

<b>IV. Erbrecht</b>	553
<b>UNGARN (Christa Jessel-Holst)</b>	555
Ausgewählte Probleme der Eltern-Kind-Beziehung im ungarischen Recht	555
<b>I. Elterliche Sorge</b>	555
1. Rechtstatsachen	555
2. Kindersorge geschiedener Eltern	555
a) Rechtsgrundlagen	555
b) Regelung der Unterbringung des Kindes nach Scheidung	556
c) Berücksichtigung des Kindeswillens	558
d) Grundsatz: Kein gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung	559
e) Gemeinsame Entscheidung schicksalhafter Fragen nach der Scheidung	559
f) Ruhen des elterlichen Aufsichtsrechts im übrigen	560
g) Streitlösung	560
3. Sorge für nichteheliche Kinder	560
4. Subsidiäres Sorgerecht des nicht betreuenden Elternteils	561
5. Umgangsrecht	561
a) Allgemeines	561
b) Umgang bei Ruhen bzw. Entzug der elterlichen Sorge	562
c) Entscheidungsbefugnis	562

d)	Umgangsrecht für Großeltern, Geschwister sowie Onkel und Tanten	563
e)	Amtliche Regelung	563
f)	Ziele und Formen des Umgangsrechts	563
g)	Durchsetzung des Umgangsrechts	564
6.	Amtliche Unterstützungsmaßnahmen für nichteheliche Kinder	564
7.	Ruhen der elterlichen Sorge	565
<b>II.</b>	<b>Adoptionsrecht</b>	565
1.	Gemeinsame Adoption	565
2.	Elterliche Zustimmung	566
3.	Keine Adoption durch den nichtehelichen Vater	567
<b>III.</b>	<b>Unterhaltsrecht</b>	568
1.	Grundlagen	568
2.	Keine Unterscheidung zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern	569
3.	Pauschalierter Mindest- oder Regelunterhalt?	569
4.	Unterhaltsrechtliche Bewertung der Kindesbetreuung	570
5.	Anrechnung von Kindergeld u.ä. auf den Unterhalt?	570
6.	Dynamisierung von Unterhaltsrenten	570
7.	Unterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes	571
<b>IV.</b>	<b>Erbrecht</b>	572

<b>RECHTSVERGLEICHUNG</b> ( <i>Peter Dopffel/Dieter Martiny</i> )	573
Kindschaftsrecht im Wandel	575
<b>I. Allgemeines</b>	575
1. Rechtstatsachen	575
a) Nichteheliche Geburten	575
b) Nichteheliche Lebensgemeinschaften	576
c) Ehescheidungen	577
2. Grundvorstellungen	578
a) Grund- und Menschenrechte	578
b) Leitideen	579
<b>II. Elterliche Sorge</b>	583
1. Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern	583
a) Ausgangspunkt: Elterliche Sorge während der Ehe	583
b) Amtliche oder private Sorgerechtsregelung bei Scheidung?	584
c) Alternativen zur gemeinsamen Kindessorge	585
(1) Alleinsorge eines Elternteils	585
(2) Aufspaltung des Sorgerechts	586
(3) Elterliche Vormundschaft	587
(4) Drittsorge	587
d) Zulassung, Voraussetzungen und Verbreitung der gemeinsamen Kindessorge Geschiedener	588
(1) Vereinigte Staaten von Amerika	588
(2) Nordische Länder	589

(3) Kontinentaleuropa	590
(4) England	590
(5) Länder ohne gemeinsame Kindessorge Geschiedener	591
e) Nähere Ausgestaltung des gemeinsamen Sorgerechts	592
(1) Allgemeines	592
(2) Alternierende Kindessorge	592
(3) Entscheidung von Streitigkeiten	593
f) Beendigung des gemeinsamen Sorgerechts	593
2. Gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder	594
a) Grundkonzeptionen des Sorgerechts für nichteheliche Kinder	594
(1) Vormundschaft mangels elterlichen Sorgerechts	594
(2) Sorgerecht kraft Anerkennung der Elternschaft	595
(3) Alleinsorge der Mutter	596
(4) Gemeinsame elterliche Sorge	597
b) Nähere Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts	598
(1) Lösungstypen	598
(2) Kritische Anmerkungen	600
c) Ausübung und Beendigung des gemeinsamen Sorgerechts	602
3. Alleinsorge des Vaters eines nichtehelichen Kindes	603
a) Väterliche Alleinsorge nach dem Tod der Mutter	603
b) Väterliche Alleinsorge zu Lebzeiten beider Eltern	604

4.	Umgangsrecht	605
a)	Allgemeines	605
b)	Nähere Voraussetzungen des elterlichen Umgangsrechts	606
c)	Umgangsrechte von Nicht-Eltern	609
d)	Regelung und inhaltliche Ausgestaltung des Umgangs	610
e)	Durchsetzung des Umgangsrechts	614
5.	Parallelen zur deutschen Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder	616
a)	Zur Problemstellung	616
b)	Allgemeine Beaufsichtigung und Betreuung lediger Mütter	617
c)	Vaterschaftsfeststellung	618
d)	Sicherung des Kindesunterhalts	620
e)	Sorge für Erbansprüche und sonstiges Vermögen des Kindes	621
6.	Verhinderung des Sorgeberechtigten	622
a)	Allgemeines	622
b)	Nähere Voraussetzungen und Feststellung der Verhinderung	623
<b>III.</b>	<b>Adoptionsrecht</b>	<b>625</b>
1.	Gemeinschaftliche Adoption durch unverheiratete Paare	625
2.	Elterliche Mitsprache bei der Adoption von Kindern durch Dritte	626
a)	Allgemeines	626
b)	Voraussetzungen und Art des elterlichen Mitspracherechts	627

c)	Ersetzung der elterlichen Einwilligung	628
3.	Adoption eigener Kinder	629
<b>IV.</b>	<b>Unterhalt</b>	631
1.	Eheliche und nichteheliche Kinder	631
a)	Gleichstellung	631
b)	Besonderheiten für nichteheliche Kinder	634
(1)	Spezifische Vorschriften	634
(2)	Rang und Verzicht	637
c)	Zuständigkeit	639
2.	Unterhaltsbemessung und -höhe	640
a)	Regel- und Mindestunterhalt	640
b)	Abänderung und Indexierung	643
c)	Anrechnung des Kindergeldes	646
3.	Elterliches Verhältnis	647
a)	Bar- und Betreuungsunterhalt	647
b)	Ansprüche der nichtehelichen Mutter	650
(1)	Entbindungs- und Schwangerschaftskosten	650
(2)	"Sechswochenkosten" und Unterhalt wegen Kindesbetreuung	652
(3)	Anrechnung der Leistungen Dritter	655
<b>V.</b>	<b>Erbrecht</b>	656
1.	Grundsätzliche Gleichbehandlung aller Kinder	656
2.	Sonderregeln zum Nachteil nichtehelicher Kinder	657
a)	Beschränkungen im Interesse der legitimen Familie	658

b) Beschränkungen mangels Elternschaftsfeststellung	659
c) Pflichtteilshalbierung	659
3. Vorzeitiger Erbausgleich	660
<b>SACHVERZEICHNIS</b>	<b>663</b>

## FORSCHUNGSPLAN

Das Bundesministerium der Justiz hat das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht um eine vergleichende Untersuchung aktueller Fragen im Bereich des Kindschaftsrechts gebeten. Der folgende Forschungsplan wurde vereinbart.

### *1. Elterliche Sorge*

#### *1. Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern*

Rechtsvergleichend soll untersucht werden,

- wie das Sorgerecht für eheliche Kinder bei Scheidung oder Getrenntleben der Eltern geregelt werden kann,
- bei Vorliegen welcher Voraussetzungen die eine oder andere Sorgerechtsregelung getroffen werden kann,
- wenn das Sorgerecht auch nach Scheidung der Eltern gemeinsam bleiben kann, ob dies als Regel oder Ausnahme gedacht ist und in welchem Umfang davon Gebrauch gemacht wird,
- wie das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung oder Trennung der Eltern ausgeübt wird und wie es beendet werden kann,
- ob eine gerichtliche oder behördliche Sorgerechtsregelung im Fall der Scheidung der Eltern zwingend erforderlich ist.

#### *2. Gemeinsame Sorge für nichteheliche Kinder*

Rechtsvergleichend soll untersucht werden,

- welche Möglichkeiten der Ausgestaltung der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder bestehen,

- unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen eine gemeinsame Kindessorge nicht miteinander verheirateter Eltern zulässig ist und in welchem Umfang hiervon Gebrauch gemacht wird,
- wie das gemeinsame elterliche Sorgerecht für nichteheliche Kinder ausgeübt wird und wie es beendet werden kann.

### 3. *Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes*

Es soll kurz geprüft werden,

- inwieweit ausländische Rechtsordnungen für nichteheliche Kinder verstorbener oder auf längere Zeit verhinderter Mütter ein subsidiäres Sorgerecht des Vaters vorsehen,
- wie die entsprechenden Regelungen im einzelnen ausgestaltet sind.

### 4. *Umgangsrecht*

Rechtsvergleichend soll untersucht werden,

- inwieweit andere Rechtsordnungen dem nicht sorgeberechtigten Elternteil oder anderen einem Kind nahestehenden Personen (Großeltern, Stiefeltern, Pflegeeltern) ein Recht auf persönlichen Umgang mit dem Kind zuerkennen und wie dieses Umgangsrecht konzipiert ist,
- wem im einzelnen ein Umgangsrecht zuerkannt wird und unter welchen Voraussetzungen,
- wie insbesondere die Väter nichtehelicher Kinder behandelt werden, wenn sie nicht sorgeberechtigt sind,
- wie das Umgangsrecht im Streitfall geregelt wird und welche Bedeutung dem Kindeswillen hierbei zukommt,
- welche Mittel zur Durchsetzung des Umgangsrechts angewandt werden.

### *5. Gesetzliche Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder*

Es soll untersucht werden,

- ob ausländische Rechtsordnungen eine dem deutschen Rechtsinstitut der Amtspflegschaft (§§ 1706 ff. BGB) ähnliche Einschränkung des Sorgerechts nichtehelicher Mütter vorsehen,
- wenn ja, unter welchen Voraussetzungen diese Einschränkung erfolgt und wieder aufgehoben werden kann,
- wenn früher eine der deutschen Amtspflegschaft ähnliche Einrichtung bestand, wann und warum sie abgeschafft wurde,
- welche anderen Möglichkeiten (ohne Einschränkung des Sorgerechts) gegeben sind, um die Mutter bei der Durchsetzung von Ansprüchen des Kindes gegen den Vater zu unterstützen,
- ob diese Möglichkeiten auf die Mutter eines nichtehelichen Kindes beschränkt sind oder auch die geschiedene oder von ihrem Ehemann getrennt lebende Mutter erfassen.

### *6. Ruhen der elterlichen Sorge*

Es soll kurz dargestellt werden,

- welche Regelungen andere Rechtsordnungen für den Fall der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung eines Elternteils in der Ausübung der elterlichen Sorge vorsehen,
- unter welchen Voraussetzungen eine solche Verhinderung angenommen und wie sie jeweils festgestellt wird.

## *II. Adoptionsrecht*

Es soll kurz dargestellt werden,

- ob und unter welchen Voraussetzungen ausländische Rechtsordnungen nicht miteinander verheirateten Personen eine gemeinsame Adoption von Kindern ermöglichen,

- welche Mitsprachebefugnisse ausländische Rechtsordnungen dem nicht sorgeberechtigten Elternteil und insbesondere dem Vater eines nichtehelichen Kindes bei dessen Adoption durch Dritte einräumen,
- ob und unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Ziel ausländische Rechtsordnungen Elternteilen - insbesondere dem Vater - eine Adoption ihres eigenen nichtehelichen Kindes ermöglichen.

### III. *Unterhaltsrecht*

#### 1. *Unterhalt des nichtehelich geborenen Kindes*

Rechtsvergleichende Untersuchungen sollen insbesondere klären:

##### a) Zur Unterscheidung von nichtehelichen und ehelichen Kindern beim Unterhalt:

- Welche Möglichkeiten haben ausländische Rechtsordnungen zur Annäherung des Unterhaltsrechts nichtehelicher an dasjenige ehelicher Kinder gefunden, sei es von vornherein, sei es in Abkehr einer vorausgegangenen Unterscheidung des Unterhalts nichtehelicher und ehelicher Kinder?
- Welche Unterschiede zwischen dem Unterhaltsrecht nichtehelicher und ehelicher Kinder halten ausländische Rechtsordnungen aufrecht, und warum? Welche Rolle spielt insbesondere der Gedanke, daß nichtehelich geborene Kinder eines besonderen Schutzes bedürfen (z.B. bis zur Vaterschaftsanerkennung und bezüglich vorläufiger Unterhaltszahlungen)?
- Welche Besonderheiten bestehen noch für die Höhe, die materiellen Voraussetzungen und den Rang des Unterhaltsanspruchs des nichtehelichen Kindes sowie den Unterhaltsverzicht?
- Unterscheiden ausländische Rechtsordnungen verfahrens- und/oder gerichtsverfassungsrechtlich zwischen nichtehelichen und ehelichen Kindern?

##### b) Zum Kindesunterhalt allgemein:

- Kennen ausländische Rechtsordnungen neben einem nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessenden Unterhalt ein

weiteres Unterhaltssystem, in welchem das ehelich oder nicht-ehelich geborene Kind vereinfacht und rasch einen (pauschalierten) Mindest- bzw. Regelunterhalt erlangen kann? Welche materiellen und verfahrensrechtlichen Grundzüge weist dieses System auf? Hier geht es nur um Ansprüche unter Privaten, nicht um öffentlich-rechtliche Vorschußleistungen.

- Wie, wenn überhaupt, wird die Kindesbetreuung unterhaltsrechtlich bewertet bzw. monetarisiert?
- Kennen ausländische Rechtsordnungen eine dem § 1615g BGB vergleichbare Regelung, die in schematisierter Weise öffentlich-rechtliche Leistungen wie das Kindergeld auf den (in erster Linie pauschalen, gegebenenfalls auch auf den individuell bemessenen) Unterhalt anzurechnen gebietet?
- Welche Möglichkeiten einer Dynamisierung von Unterhaltsrenten (etwa durch Anpassung an die allgemeine Einkommens- und Preisentwicklung) sehen ausländische Rechtsordnungen vor (vgl. § 1612a BGB)? Gibt es hierüber seit der Institutsstudie von 1983<sup>1</sup> neue und daher mitteilenswerte Erkenntnisse?

## 2. *Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes*

Die Rechtsvergleichung soll vor allem über folgende Fragen Aufschluß verschaffen:

- Wie gestalten ausländische Rechtsordnungen die unterhaltsrechtlichen Beziehungen des Vaters zur Mutter des nichtehelichen Kindes? Ist ein etwaiger Betreuungsunterhalt als Anspruch der Mutter oder des Kindes ausgestaltet?
- Unterscheiden sich solche Ansprüche nach Dauer und Umfang von Unterhaltsansprüchen der Mütter ehelicher Kinder?
- Werden die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche durch öffentliche Leistungen (Sozialleistungen, Lohnfortzahlung, Leistungen der Krankenkassen) verdrängt? Von der näheren Ausgestaltung öffentlicher Leistungen soll hierbei nicht die Rede sein.

---

1 *Dopffel/Buchhofer* (Hrsg.), *Unterhaltsrecht in Europa* (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 8, 1983).

#### IV. *Erbrecht*

Es soll kurz dargestellt werden,

- inwieweit ausländische Rechtsordnungen die erbrechtlichen Verhältnisse nichtehelicher Kinder besonders regeln,
- wenn erbrechtliche Sonderregeln für nichteheliche Kinder nicht mehr bestehen, wann diese abgeschafft wurden und warum,
- ob ein vorzeitiger Erbausgleich auch für eheliche Kinder - zumindest für solche aus geschiedenen Ehen - in ausländischen Rechtsordnungen ein Vorbild findet.

Die zu *untersuchenden Rechtsordnungen* sind einvernehmlich wie folgt bestimmt worden: aus dem deutschen Rechtskreis Österreich und die Schweiz; aus dem nordischen Rechtskreis Dänemark, Norwegen und Schweden; aus dem sogen. romanischen Rechtskreis (Einflußgebiet des Code Napoléon) Frankreich, Italien und Spanien sowie die Niederlande; aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis England und die USA; aus Osteuropa Polen, die einstige Tschechoslowakei und Ungarn. Unser eigenes Recht war für die Abfassung des Fragenkatalogs maßgebend und ist demgemäß auch in der vergleichenden Summe berücksichtigt.

# LÄNDERBERICHTE



# ÖSTERREICH

## Ausgewählte Probleme aus dem österreichischen Obsorge- und Unterhaltsrecht\*

Rainer Kulms

### I. Elterliche Obsorge

#### 1. Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen

a) Die Volkszählung des Jahres 1981 hat für Österreich knapp 160.000 allein erziehende Elternteile ermittelt<sup>1</sup>. Auf der Grundlage dieser Ergebnisse errechnet das Österreichische Institut für Berufsbildungsforschung für 1984 bei Familien mit Kindern unter 15 Jahren einen Anteil von 13% Alleinerzieherfamilien; etwa die Hälfte der im Auftrage des österreichischen Bundesfamilienministeriums befragten Alleinerzieher ist geschieden oder lebt getrennt vom Ehepartner<sup>2</sup>.

---

\* Abgekürzt zitierte Literatur: Coester/Zubke (Hrsg.), Das nichteheliche Kind und seine Eltern - rechtliche und sozialwissenschaftliche Aspekte (1991); Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (2. Aufl. 1990); Schüch, Das österreichische Kindschaftsrecht: ÖA 1980, 31-70 (= Schüch 1980); Schwimann, Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (1990).

Sonstige spezielle Abkürzungen: ABGB = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch; AnwBl. = Österreichisches Anwaltsblatt; B-VG = (österreich.) Bundes-Verfassungsgesetz (Fassung 1929); EF-Slg. = Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen, hrsg. von Hluze/Schwarz; EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EKMR = Europäische Kommission für Menschenrechte; EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention; EO = Exekutionsordnung; EvBl. = Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in: ÖJZ; JBl. = Juristische Blätter; KG = Kreisgericht; LGZ = Landesgericht für Zivilrechtssachen; NRsp. = Neue Rechtsprechung des OGH (Leitsatzsammlung); ÖA = Der österreichische Amtsvormund; ÖJZ = Österreichische Juristen-Zeitung; ÖNotZ = Österreichische Notariats-Zeitung; ÖRZ = Österreichische Richterzeitung; OGH = (österreich.) Oberster Gerichtshof; SZ = Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen; UVG = Unterhaltsvorschußgesetz; VerfGH = (österreich.) Verfassungsgerichtshof.

1 ÖA 1986, 97.

2 ÖA 1986, 97.

Durchschnittlich jede dritte Ehe wird in Österreich geschieden (1986)<sup>3</sup>. Der dritte Familienbericht gibt 1989 den Anteil der nichtehelichen Kinder an den Geburten mit 22,5% an; die Zahl der "Ehen ohne Trauschein" ist von 1982 bis 1987 um etwa 18% von 69.500 auf 82.000 Paare gestiegen<sup>4</sup>. Im Bundesland Wien betrug 1989 der Anteil der nichtehelich geborenen Kinder, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwachsen, 37%<sup>5</sup>.

b) An dieser Rechtswirklichkeit müssen sich die *Novellierungen des Kindschaftsrechts*, die der österreichische Gesetzgeber seit 1970 schrittweise vorgenommen hat, messen lassen.

Das Bundesgesetz vom 30.10.1970 über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes<sup>6</sup> bemühte sich vor allem im Bereich des Unterhalts, uneheliche Kinder ehelichen gleichzustellen. Der Vater des unehelichen Kindes erhielt außerdem das Recht, bei wichtigen Maßnahmen der Pflege und Erziehung rechtzeitig unterrichtet zu werden und sich zu äußern. Die Novelle von 1970 gewährte nichtehelichen Kindern nur ein stark eingeschränktes Erbrecht zum Nachlaß des Vaters, das gegenüber Erbansprüchen der ehelichen Kinder, der Adoptivkinder und der Witwe nachrangig war<sup>7</sup>.

Das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts vom 30.6.1977<sup>8</sup> hob den Begriff der "väterlichen Gewalt" auf und stellte die rechtliche Gleichberechtigung des Vaters und der Mutter eines minderjährigen ehelichen Kindes bei der Erziehung und der gesetzlichen Vertretung her. Grundsätzlich steht keinem Elternteil mehr ein Recht auf einen Stichtentscheid zu. Die Novelle des Jahres 1977 reagierte erstmals auf die juristischen Probleme der

---

3 *Schubert*, Die Benachteiligung von Kindern unverheirateter Eltern: AnwBl. (Sondernr.) 1986, 15.

4 ÖA 1991, 97.

5 *Schubert* (oben Fn. 3). Daß die nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Österreich seit den siebziger Jahren stark zunehmen und in mehr als einem Drittel der Fälle auch Kinder umfassen, war schon nach früheren Untersuchungen wahrscheinlich; s. *Djalinos*, Die eheähnliche Gemeinschaft und ihre Bedeutung in Österreich, in: *Richard Frank* (Hrsg.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Beihefte der Zeitschrift für Schweizerisches Recht Heft 5, 1986) 35-49 (35 f.).

6 BGBl. Nr. 342 (in Kraft ab 1.7.1971).

7 Zusammenfassend: *Feil*, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes (ab 1. Juli 1971) (1971) 56 f.; *Hartig*, Die Familienrechtsreform unter besonderer Berücksichtigung der geplanten Neuordnung des ehelichen Güter- und Erbrechts (Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft Heft 11, 1977) 8 f.

8 BGBl. Nr. 403 (in Kraft ab 1.1.1978).

Scheidungsweisen und bemühte sich um eine eindeutige Zuweisung der elterlichen Gewalt nach Ehescheidungen<sup>9</sup>.

Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz von 1989<sup>10</sup> und das Erbrechts-Änderungsgesetz von 1989<sup>11</sup> bilden einen vorläufigen Abschluß der Novellierungstätigkeit des österreichischen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Kindschafts- und Unterhaltsrechts und der Gleichstellung von ehelichen und nicht-ehelichen Kindern.

c) §§ 144 ff. des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs stellen nunmehr für die elterliche Sorge einheitlich auf den Begriff der "Obsorge" ab. Der Rechtsbegriff der Obsorge war vor dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz von 1989 nur in § 195 ABGB (Entschuldigungsgründe gegenüber der Übernahme der Vormundschaft) enthalten und bezeichnete die Ausübung elterlicher Rechte und Pflichten einschließlich der Unterhaltsleistung. "Obsorge" umfaßt die "... aus [den] familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern erfließenden rein persönlichen elterlichen Rechte und Pflichten"<sup>12</sup>.

Nach § 144 ABGB haben die Eltern das minderjährige Kind zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es zu vertreten; sie sollen bei der Ausübung dieser Rechte und Erfüllung dieser Pflichten einvernehmlich vorgehen. Gefährden sie durch ihr Verhalten das Wohl des Kindes, kann das PflEG-Gericht entscheiden. § 144 Satz 2 ABGB liefert für die gerichtliche Lösung eines Konflikts unter den Eltern einen ersten Anhaltspunkt: Läßt sich Einvernehmlichkeit nicht herstellen, ist zur Pflege des Kindes vor allem derjenige Elternteil berechtigt und verpflichtet, der den Haushalt führt, in dem das Kind betreut wird<sup>13</sup>. Nach § 146 I ABGB umfaßt die Pflege des minderjährigen Kindes auch die Erziehung und die Ausbildung in Schule und Beruf.

---

9 Motter, Das neue Kindschaftsrecht und die neue Anlegung von Mündelgeld (1977) 9 f.

10 BGBl. Nr. 162 (in Kraft ab 1.7.1989).

11 BGBl. Nr. 656 (in Kraft ab 1.1.1991).

12 Amtliche Begründung zu § 144 ABGB, auszugsweise abgedruckt bei Feil, Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern nach dem KindRÄG (samt Text und Materialien des JWG 1989) (1989) 22.

13 Zu § 144 Satz 2 ABGB: Floretta(-Schwimann), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 64; Schwimann (-Schwimann), Anm. 4 zu § 144; zur Entstehungsgeschichte der jetzigen Fassung des § 144 ABGB im Gesetzgebungsverfahren: Lehner, Familie-Recht-Politik, Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (Linzer Universitätsschriften - Monographien 13, 1987) 435 f., 444.

§ 177 ABGB unterscheidet für die Obsorge für minderjährige eheliche Kinder zwischen den Folgen einer Scheidung und der nicht nur vorübergehenden Trennung der Eltern. Zwar können die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes dem Gericht eine Vereinbarung darüber unterbreiten, wem von ihnen künftig allein die Obsorge für das Kind zukommen soll, wenn die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt worden oder die Trennung nicht nur bloß vorübergehend ist (§ 177 I 1 ABGB). Doch nur im Falle der Scheidung entscheidet das Gericht von Amts wegen über die zukünftige alleinige Obsorge eines Elternteils, falls eine Vereinbarung zwischen den Eltern innerhalb angemessener Frist nicht zustandegekommen ist (§ 177 II ABGB).

## 2. *Obsorge für eheliche Kinder bei Scheidung oder Trennung*

### a) *§ 177 ABGB - Ein-Elternteil-Familie als Modellvorstellung*

§ 177 ABGB legt für "gescheiterte Familien" als Modellvorstellung die "Ein-Elternteil-Familie" zugrunde<sup>14</sup>. Das Kind soll nach der Scheidung (oder Trennung) rechtlich nur noch eine Hauptbezugsperson haben<sup>15</sup>.

Im Hinblick auf die Zuweisung der alleinigen Obsorge hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Kindschaftsrechts darauf verzichtet, über den Begriff "Wohl des Kindes" (§ 177 I 2 und II ABGB) hinausgehende Entscheidungskriterien positiv-rechtlich zu normieren; er verweist stattdessen auf die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung<sup>16</sup>. "Bei der erstmaligen Obsorgeentscheidung nach der Trennung oder Scheidung ist von der Gleichberechtigung der Eltern auszugehen .... Neben den materiellen Interessen der Kinder an einer möglichst guten Unterbringung sowie der Möglichkeit eines gelenkten und geordneten Schulbesuchs ist auch auf die günstigen Voraussetzungen für die seelische und geistige Entwicklung und das Gefühl der Geborgenheit im Rahmen der Restfamilie Rücksicht zu nehmen"<sup>17</sup>. Ebenso stellen die Kontinuität der Erziehung und das gemeinsame Aufwachsen der Geschwister Entscheidungsmerkmale dar<sup>18</sup>. Weder aus dem Alter noch aus dem Geschlecht der Kinder läßt sich ein Vorrecht auf Zuweisung der Obsorge ableiten; bei der Betreuung von Klein-

14 LGZ Wien 3.7.1981, EF-Slg. 38387; 18.8.1981, EF-Slg. 38390.

15 OGH 6.2.1980, EF-Slg. 36046.

16 Vgl. *Schüch* 1980, 59.

17 KG Krems a.d. Donau 26.9.1989, EF-Slg. 59839.

18 OGH 16.11.1989, EF-Slg. 59843; *Schwimann (-Schlemmer)*, Anm. 9/10 zu § 177.

kindern steht der Mutter der Vorrang nur zu, wenn gleichwertige Verhältnisse gewährleistet sind<sup>19</sup>.

Eine Übertragung der Obsorge auf die Großeltern im Rahmen von § 177 ABGB ist unzulässig. Nur wenn der allein obsorgeberechtigte Elternteil verhindert ist, kann durch Beschluß des Pflschaftsgerichts dem anderen Elternteil oder den Großeltern die Obsorge übertragen werden (§ 145 I ABGB). Das Kindeswohl entscheidet<sup>20</sup>.

b) *Gemeinsame Obsorge (§ 177 III ABGB i.V.m. § 167 ABGB)*

Das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz von 1989 schafft eine Ausnahmeregelung für die gemeinschaftliche Obsorge nach Trennung oder Scheidung: Auf gemeinsamen Antrag der Eltern hat das Pflschaftsgericht zu verfügen, daß ihnen die Obsorge zukommt, wenn die Eltern (wieder oder noch) mit dem Kind in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben und diese Verfügung für das Wohl des Kindes nicht nachteilig ist. Hebt ein Elternteil die häusliche Gemeinschaft nicht bloß vorübergehend auf, hat das Pflschaftsgericht auf Antrag eines Elternteils die Obsorge dem mit dem Kind zusammenlebenden Elternteil allein zuzusprechen (§ 167 i.V.m. § 177 III ABGB).

Die Regelungstechnik des Kindschaftsrecht-Änderungsgesetzes 1989 gleicht die Probleme gemeinschaftlicher Obsorge nach Trennung oder Scheidung denen der Obsorge in nichtehelichen Lebensgemeinschaften an: Die Obsorgerechtsvorschrift des § 177 ABGB für Maßnahmen bezüglich der Kinder bei Scheidung oder dauerhafter Trennung verweist auf die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und unehelichen Kindern und die Möglichkeit, bei häuslicher Gemeinschaft gemeinsam die Obsorge zu erlangen<sup>21</sup>. Die amtliche Begründung führt in diesem Zusammenhang ohne eingehende Erklärung Gleichheits-erwägungen an<sup>22</sup>, die die gemeinschaftliche Obsorge trotz Scheidung mit der (eventuell erst herzustellen) gemeinschaftlichen Obsorge der Eltern in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf eine Ebene stellen. Es bleibt abzu-

---

19 OGH 26.6.1991, ÖJZ 1991, 737.

20 Dazu: *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 5 zu § 145.

21 Dazu unten I 2 c.

22 Nr. 172 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats, XVII. GP, S. 18 (zu Z. 18).

warten, ob damit auch die Diskussion um die Voraussetzungen für eine gemeinsame Obsorge trotz Scheidung beendet ist<sup>23</sup>.

c) *Gemeinsame Obsorge bei fehlender häuslicher Gemeinschaft - Trennungsvereinbarungen und Art. 8 EMRK*

(1) Die Entscheidung des Gesetzgebers in § 177 ABGB, das Problem der Obsorge nach der Trennung oder Scheidung der Eltern im Regelfall nach dem Modell der "Ein-Elternteil-Familie" zu lösen, wirkt sich unmittelbar auf die Gestaltung von Trennungsvereinbarungen vor dem Hintergrund menschenrechtlicher Normen aus. Das österreichische Verfassungsrecht kennt keine Art. 6 II GG vergleichbare innerstaatliche Norm. Jedoch genießt die Europäische Menschenrechtskonvention seit dem Bundesverfassungsgesetz vom 4.3.1964 (BGBl. Nr. 59) Verfassungsrang. § 177 ABGB mit seiner alleinigen Obsorgezuweisung ist daher im Einklang mit Art. 8 I, II EMRK auszulegen.

Art. 8 EMRK lautet in nichtamtlicher Übersetzung (BGBl. 1958/210):

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Art. 8 EMRK ist durch die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

---

23 Kritisch *Verschraegen* in *Coester/Zubke* 62 f. und Fn. 27; ebenso: *Verschraegen*, Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht (1991) 504 Fn. 215.

hinreichend konkretisiert, um den österreichischen Gesetzgeber bei der Einschränkung der elterlichen Rechte zu binden<sup>24</sup>.

Das Verkehrsrecht des geschiedenen Vaters mit seinem Kind ist ein von Art. 8 I EMRK geschütztes Rechtsgut, das nur unter den Voraussetzungen des Art. 8 II EMRK eingeschränkt werden darf. Dabei ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten<sup>25</sup>. Allerdings führt nach der bisherigen Entscheidungspraxis der EKMR und des EGMR der bloße Akt der Übertragung der Obsorge auf einen der beiden Elternteile noch zu keinem Verstoß gegen die EMRK<sup>26</sup>.

§ 55a II des Ehegesetzes knüpft für die Obsorgerechtsvereinbarung im Fall der einvernehmlichen Scheidung weiterhin an den Wortlaut des früheren Kindschaftsrechts an und scheint eine Aufspaltung verschiedener Rechte und Pflichten zwischen dem Vater und der Mutter gegenüber Dritten zuzulassen. Unter Hinweis auf § 177 ABGB versperrt die Rechtsprechung jedoch auch hier den Weg zu einer gerichtsfesten Vereinbarung über die Aufteilung der Obsorge<sup>27</sup>.

Die Kritik an der gegenwärtigen Fassung des § 177 ABGB konzentriert sich auf die "automatische Verknüpfung"<sup>28</sup> von Pflege und Erziehung mit der Vermögensverwaltung, die keine differenzierenden Lösungen für eine "teil-gemeinschaftliche Obsorge" zulasse. Das Erkenntnis des österr. Verfassungsgerichtshofs vom 22.6.1989<sup>29</sup> räumt verfassungsrechtliche Bedenken gegen die alleinige Zuweisung der Obsorge an einen Elternteil nach Scheidung oder Trennung aus. In dem dort zugrundeliegenden Sachverhalt hatten die Eltern anlässlich der Scheidung zunächst durch Vergleich der Mutter die alleinige Obsorge über-

---

24 Vgl. OGH 27.9.1990, ÖA 1991, 141; Moser, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht (1972) 179; VerfGH 22.6.1989, ÖA 1989, 15; allgemein zur Rolle der Menschenrechtskonvention im österr. Staatsrecht Drzemczewski, European Human Rights Convention in Domestic Law (1983) 95, 96.

25 EKMR Beschw. Nr. 8236/78 X ./ Bundesrepublik Deutschland, 4.3.1980, EuGRZ 1980, 458; Beschw. Nr. 8427 Y ./ Niederlande, 13.3.1980, EuGRZ 1980, 486 (487).

26 Vgl. Fawcett, The Application of the European Convention on Human Rights (1987) 221.

27 Vgl. VerfGH 22.6.1989, ÖA 1989, 115 (118); OGH 10.5.1990, JBl. 1992, 175 (176).

28 So schon Harrer, Pflege, Erziehung und Verwaltung des Vermögens des Kindes und Scheidung der Elternehe: ÖJZ 1984, 452 ff. (457).

29 Oben Fn. 27.

tragen, dann aber gemeinschaftlich (erfolglos) die gerichtliche Genehmigung beantragt, auch nach der Scheidung die Rechte zur Pflege, Erziehung und Vertretung gemeinsam wahrzunehmen. Der OGH hatte sich den Bedenken der Eltern angeschlossen und beim VerfGH unter Hinweis auf Art. 8 EMRK den Antrag gestellt, § 177 ABGB insoweit für verfassungswidrig zu erklären, als er nur die *alleinige* Zuweisung der Obsorge an *einen* Elternteil zulasse. Das Erkenntnis des VerfGH vom 22.6.1989 betont zunächst, daß den deutschen verfassungsrechtlichen Bedenken zu § 1671 IV 1 BGB<sup>30</sup> in entsprechender Weise auch bei der in Österreich maßgeblichen menschenrechtlichen Prüfung Rechnung getragen werden müsse. Die Begründung unterstreicht, daß Art. 8 I EMRK den Gesetzgeber vor die Frage stelle, ob die gegenwärtigen Regelungen des ABGB-Kindschaftsrechts hinreichend Spielraum für Ausnahmen vom Grundsatz der alleinigen Obsorge nach Scheidung oder Trennung zulassen<sup>31</sup>. Es sei freilich zu bedenken, daß die (selbst ehrlich gemeinte) Absicht der Scheidungswilligen zur gemeinsamen Ausübung der Rechte und Pflichten gegenüber ihren Kindern oft unrealistisch sei<sup>32</sup>. Der VerfGH hebt die Möglichkeit von zusätzlichen, über die Mindestrechte des (geschiedenen) nichtobsorgeberechtigten Elternteils hinausgehenden Vereinbarungen hervor, die das Pflschaftsgericht im Rahmen von § 177 ABGB nur bei Gefährdung des Kindeswohls verhindern müsse. Das Erkenntnis vermeidet eine Festlegung, ob aus der Perspektive der EMRK einvernehmliche Regelungen 'unterhalb der Obsorgeschwelle' in das Kindschaftsrecht aufgenommen werden sollten. Damit unterbleibt ein verfassungsrechtlicher Impuls zu einer Änderung, die dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil im Streitfall eine Art Schutznorm zur Verfügung stellen könnte<sup>33</sup>.

(2) Obwohl das Kindschaftsrecht des ABGB keinen Verzicht auf die Elternrechte und die damit verbundenen Pflichten kennt<sup>34</sup>, können die Eltern bei der vollständigen räumlichen Trennung der häuslichen Gemeinschaft<sup>35</sup> vertraglich die Wahrnehmung einzelner Rechte und Pflichten im Hinblick auf elterliche

---

30 Siehe BVerfG 3.11.1982, BVerfGE 61, 358.

31 VerfGH 22.6.1989, S. 115.

32 VerfGH 22.6.1989, S. 118.

33 Vgl. die Kritik von *Verschraegen*, Scheidung (oben Fn. 23) 504 f.

34 LGZ Wien 12.7.1979, EF-Slg. 33464.

35 Zum Erfordernis der nicht bloß vorübergehenden Trennung: *Rummel (-Pichler)*, Anm. 1 zu § 177; *Dittrich/Tades/Kapfer*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (33. Aufl. 1989), Anm. I zu § 177 (mit Nachweisen zur Rechtsprechung).

Pflichten untereinander aufspalten und "Einflußbereiche" abgrenzen. Allerdings sind derartige Vereinbarungen nur im Innenverhältnis unter den Eltern bindend<sup>36</sup>. Ähnliche "gerichtsfree" Vereinbarungen sind auch bei Scheidungen denkbar; sie drohen jedoch eher mit den Regeln der gerichtlichen Obsorgeentscheidung, die notfalls von Amts wegen getroffen werden muß, zu kollidieren.

Die Absicht, Pflege und Erziehung auf einen Elternteil, die Vermögensverwaltung auf den anderen zu übertragen<sup>37</sup>, läßt sich gegenwärtig nur verwirklichen, wenn der allein obsorgeberechtigte Elternteil dem anderen Vollmacht erteilt, im Namen des Obsorgeberechtigten elterliche Rechte und Pflichten auszuüben (§ 137a ABGB)<sup>38</sup>.

Die inter-partes-Wirkung von Verträgen unter den Kindeseltern setzt den "schwächeren", von den ehelichen Kindern getrennt lebenden Elternteil der Gefahr ständiger Pressionen aus, wenn er sich die de-facto-gemeinschaftliche Obsorge erhalten will: Die einverständliche Wahrnehmung elterlicher Rechte und Pflichten findet ihr sofortiges Ende, wenn der "stärkere" Elternteil nach § 177 II ABGB beim PflEGschaftsgericht den Antrag stellt, nunmehr allein die Obsorge für die - nach dauerhafter Trennung ohnehin - in seinem Haushalt lebenden Kinder zu erhalten. Bei einer weitergehenden, insoweit gerichtsfreien Vereinbarung nach einer Scheidung braucht der allein Obsorgeberechtigte im Streitfall lediglich auf den Mindestgehalt der gerichtlichen Obsorgeregelung zurückzugreifen, um schon dadurch den anderen Elternteil zu beschränken. Diese Zusammenhänge illustrieren, weshalb im Gesetzgebungsverfahren die Möglichkeit, die Obsorge unter beiden Elternteilen aufzuspalten, nicht weiter verfolgt wurde<sup>39</sup>.

---

36 Vgl. *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts II (9. Aufl. 1991) 242 f.; *Fenyves*, Unterhalts- und vermögensrechtliche Vereinbarungen bei der Auflösung der Ehe aus zivilrechtlicher Sicht, in: *Ruppe* (Hrsg.), Handbuch der Familienverträge (1985) 831 ff. (852).

37 Vgl. *Schüch* 1980, 57; *Bauer*, Kindschaftsrecht - Die Rechtstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen: AnwBl. (Sondernr.) 1986, 19 ff. (21); ablehnend zu dieser Möglichkeit *Schwimann* (-*Schlemmer/Schwimann*), Anm. 5 zu § 177.

38 *Pichler*, Anm. zu VerfGH 22.6.1989, ÖA 1989, 118.

39 Dazu *Lehner* (oben Fn. 13) 442.

### 3. Gemeinsame Obsorge für nichteheliche Kinder

#### a) Gesetzgeberische Vorstellungen

Nach § 166 ABGB kommt der Mutter die Obsorge für das (in Österreich offiziell noch so genannte) uneheliche Kind allein zu. Leben die Eltern des unehelichen Kindes in häuslicher Gemeinschaft zusammen, kann das PflEGschaftsgericht auf gemeinsamen Antrag der Eltern ihnen die gemeinschaftliche Obsorge übertragen, wenn diese Sorgerechtsübertragung für das Wohl des Kindes nicht nachteilig ist (§ 167 Satz 1 ABGB). Die gegenwärtige Fassung des § 167 spiegelt die Entwicklungen wider, mit denen die mit Verfassungsrang ausgestattete EMRK den innerösterreichischen Gesetzgeber konfrontiert hat. In der Entscheidungspraxis des EGMR und der EKMR genießen auch die nichteheliche Familie und der Vater des nichtehelichen Kindes den Schutz von Art. 8 EMRK. Den Mitgliedstaaten der Konvention ist jedoch ein Beurteilungsspielraum bei der Umsetzung ihrer Verpflichtungen eingeräumt, soweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt<sup>40</sup>.

Den österreichischen Gesetzgeber kennzeichnet eine gewisse Skepsis gegenüber der gemeinschaftlichen Obsorge in nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Die amtliche Begründung fordert, daß die häusliche Gemeinschaft "bereits längere Zeit besteht und nach ihrem Ziel auf Dauer ausgerichtet ist"<sup>41</sup>. Das LGZ Wien hat dieses Kriterium übernommen<sup>42</sup>, läßt aber offen, wie im Einzelfall die Ausrichtung einer häuslichen Gemeinschaft "auf Dauer" festgestellt werden kann.

Die gemeinsame Obsorge kann am Widerstand der Mutter scheitern, solange die Voraussetzungen für einen Entzug der Obsorge und die Übertragung an den nichtehelichen Vater allein (bei Gefährdung des Kindeswohls, § 176 ABGB) nicht vorliegen<sup>43</sup>. In diesem Zusammenhang gewinnt ein praktischer Einwand an Bedeutung, der die elterlichen Rechte des nichtehelichen

---

40 Zu Art. 8 EMRK: EGMR 13.6.1979 (Marckx ./ Belgien), EuGRZ 1979, 454 (457); EKMR 14.5.1986, Beschw. Nr. 11418/85 (Jolie u. Lebrun ./ Belgien), EuGRZ 1988, 46 (47); für häusliche Gemeinschaften: EGMR 18.12.1986, Johnston u.a. ./ Irland, EuGRZ 1987, 313.

41 Zitiert bei: *Rummel (-Pichler)*, Anm. 2 zu § 167.

42 LGZ Wien 19.7.1990, EF-Slg. 62861.

43 Dazu unten I 4 und 7; *Verschraegen* in *Coester/Zubke* 63 f.

Vaters in § 167 ABGB mit der Forderung nach einer befriedigenden (finanziellen) Absicherung der Mutter in nichtehelichen Lebensgemeinschaften verknüpft: Eine weitergehende Eingrenzung der Rechte der zunächst allein obsorgeberechtigten Mutter sei nur vertretbar, wenn sie etwa im Hinblick auf den Unterhalt besser gestellt wird als bisher<sup>44</sup>. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die gemeinschaftliche Obsorge in § 167 ABGB lassen Raum für eine vertragliche Regelung zwischen den Eltern des nichtehelichen Kindes. Es erscheint denkbar, daß die Mutter ihre Zustimmung zu einem gemeinsamen Antrag auf Zuweisung der gemeinschaftlichen Obsorge mit einer Forderung nach ihrer ausreichenden finanziellen Absicherung in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft verbindet.

b) *Tatsächliche Wahrnehmung der elterlichen Sorge*

Mit der Zuweisung gemeinschaftlicher Obsorge durch das Pflsgerichtsgericht sind die unverheirateten Eltern kindschaftsrechtlich grundsätzlich denen ehelicher Kinder gleichgestellt<sup>45</sup>. Bei der Pflege und Erziehung des Kindes und der Vermögensverwaltung sollen sie einvernehmlich vorgehen (§ 144 ABGB). Jeder Elternteil ist für sich allein berechtigt und verpflichtet, das Kind zu vertreten; seine Vertretungshandlung ist selbst dann rechtswirksam, wenn der andere Elternteil mit ihr nicht einverstanden ist (§ 154 I ABGB).

Beenden die Eltern die nichteheliche Lebensgemeinschaft, wird die gemeinsame Obsorge nicht von Amts wegen aufgehoben<sup>46</sup>. Erst auf Antrag eines der beiden Elternteile trifft das Gericht unter Berücksichtigung des Kindeswohles die Entscheidung, einem Elternteil allein die Obsorge zuzuweisen (§ 167 Satz 2 ABGB i.V.m. § 177 I, II ABGB). Die gegenwärtige Obsorgeregelung in nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist für die Mutter problematisch. Mit ihrer Zustimmung zu einem Antrag auf gemeinsame Obsorge löst sie die Gefahr aus, später bei Auflösung der häuslichen Gemeinschaft die Obsorge an den nichtehelichen Vater ohne Fehlverhalten aufgeben zu müssen<sup>47</sup>.

---

44 So: *Klaar*, Rechtsfragen nichtehelicher Lebensgemeinschaften: AnwBl. (Sondernummer) 1989, 18 ff. (19). Zur Unterhaltsproblematik s. unten III 3.

45 *Rummel (-Pichler)*, Anm. 4 zu § 167.

46 *Rummel (-Pichler)*, Anm. 5 zu § 167.

47 *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 6 zu § 167.

#### 4. Subsidiäres Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes

Leben die Eltern des nichtehelichen Kindes nicht oder nicht mehr zusammen, sind die Möglichkeiten des nichtehelichen Vaters, das Sorgerecht zu erlangen, begrenzt:

a) Nach § 176 I ABGB kann der nichteheliche Vater beantragen, bei einer *Gefährdung des Kindeswohls* der nichtehelichen Mutter die alleinige Obsorge zu entziehen und diese auf ihn zu übertragen. Der nichtehelichen Mutter ist die Obsorge für ihre Kinder zu entziehen, wenn objektive Nichterfüllung oder Vernachlässigung der Pflichten anzunehmen ist; ein subjektives Schulselement ist nicht erforderlich<sup>48</sup>.

Jedoch ist eine Entziehung der Elternrechte nur zulässig, wenn ein derart weitreichender Eingriff in das Recht der nichtehelichen Mutter im Interesse des Kindes dringend geboten ist; bei der Dringlichkeitsprüfung ist ein strenger Maßstab anzulegen<sup>49</sup>. Die Obsorge darf nicht schon deshalb von der nichtehelichen Mutter auf den nichtehelichen Vater übertragen werden, weil die an sich ordnungsgemäße Erziehung bei der Mutter durch den Vater günstiger gestaltet werden könnte<sup>50</sup>.

b) Ist die allein obsorgeberechtigte *Mutter verstorben*, ihr Aufenthaltsort seit sechs Monaten unbekannt, oder ist - auch krankheitsbedingt - eine *Verbindung zu ihr nicht herzustellen* oder nur mit unverhältnismäßig hohen Schwierigkeiten<sup>51</sup>, kann auf Antrag des bisher nicht sorgeberechtigten Vaters ihm die Obsorge ganz oder teilweise übertragen werden (§ 145 ABGB)<sup>52</sup>. Der nichteheliche Vater "konkurriert" jedoch mit den Eltern der Mutter, denen offenbar die Obsorge nur gemeinschaftlich übertragen werden soll (§ 145 I 2 ABGB)<sup>53</sup>.

---

48 LGZ Wien 27.9.1989, EF-Slg. 59797.

49 Vgl. OGH 11.10.1988, EF-Slg. 56781; LGZ Wien 19.12.1989, EF-Slg. 59798; äußerste Notmaßnahme (bei nichtehelicher Mutter): OGH 6.9.1988, EF-Slg. 56769; OGH 31.1.1991, ÖA 1991, 140 (konkrete Gefahr für die Entwicklung des Kindes außerdem erforderlich).

50 Vgl. OGH 6.9.1988, EF-Slg. 56770; LGZ Wien 13.10.1988, EF-Slg. 56783; insgesamt zum Sorgerecht des nichtehelichen Vaters *Verschraegen in Coester/Zubke* 62 f.

51 Vgl. *Rummel (-Pichler)*, Anm. 1 zu § 145.

52 Näheres *Rummel (-Pichler)*, Anm. 2a zu § 145.

53 Vgl. *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 5 zu § 145.

## 5. Umgangsrecht

### a) Rahmenbedingungen

Der in der österreichischen juristischen Diskussion übliche Terminus des "Besuchsrechts", der den Umfang des Umgangs mit dem Kind abstecken soll, findet keine amtliche Entsprechung: § 148 I ABGB erwähnt lediglich "das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren". Die Familienrechtsreform des Jahres 1977 hat für den Bereich des Besuchsrechts und der elterlichen Mindestrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beseitigt<sup>54</sup>.

§ 148 I ABGB gewährt dem Elternteil, dem nicht die Pflege und Erziehung eines minderjährigen Kindes zusteht, ein Besuchsrecht. Das Gericht hat auf Antrag die Ausübung dieses Rechts in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln und nötigenfalls, besonders wenn die Beziehungen des Kindes zu dem Elternteil, bei dem es aufwächst, sonst unerträglich gestört würden, ganz zu untersagen. § 148 ABGB prägt damit auf einfach-gesetzlicher Ebene die Verpflichtungen Österreichs aus Art. 8 EMRK aus<sup>55</sup>.

Der nicht obsorgeberechtigte Elternteil und der nichteheliche Vater können ihr Recht auf eine Besuchsregelung unmittelbar aus ihrem Menschenrecht auf Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung herleiten<sup>56</sup>. Auch die Großeltern kommen in den Genuß des Rechts, mit dem Kind persönlich zu verkehren, soweit dadurch nicht die Ehe oder das Familienleben der Eltern oder deren Beziehungen zu dem Kind gestört werden (§ 148 II ABGB).

Die gesetzliche Aufzählung der Besuchsberechtigten, die auch einen entsprechenden gerichtlichen Antrag auf Durchsetzung ihres Rechts stellen können, in § 148 I, II ABGB ist nicht abschließend gemeint: Auch andere, im Gesetz nicht genannte Personen, die dem Kind nahestehen, können ein Besuchsrecht geltend machen, wenn dies dem Interesse des Kindes dient und dadurch die Eltern-Kind-Beziehung bzw. das Ehe- und Familienleben nicht gestört werden. Dabei steht offenbar die Blutsverwandtschaft als Entschei-

---

54 Vgl. Schüch 1980, 65.

55 Vgl. OGH 27.9.1988, EF-Slg. 56613.

56 OGH 13.7.1982, EF-Slg. 40722; 24.2.1988, EF-Slg. 56614.

dungskriterium im Vordergrund<sup>57</sup>. Bisher hat die Rechtsprechung den Urgroßeltern ein Besuchsrecht zugebilligt<sup>58</sup>. Stiefeltern teilen soll dieses Recht nicht zustehen<sup>59</sup>. Adoptiveltern bezieht der OGH in den Kreis der nach § 148 I ABGB Besuchsberechtigten mit ein: Nach der Scheidung der Ehe der Adoptiveltern steht grundsätzlich auch dem nicht obsorgeberechtigten Adoptivelternteil ein Besuchsrecht zu<sup>60</sup>.

Der OGH hat auf § 176 ABGB zurückgegriffen, um einer fremden, nicht verwandten Bezugsperson, die dem Kind nahestand, ein Besuchsrecht einzuräumen: Ein Besuchsrecht für eine fremde Person ermöglicht einem Heimkind aus seinem Heimaufenthalt heraus einen Mindestkontakt zur Außenwelt. Das Mindestrecht der nicht mehr obsorgeberechtigten Eltern oder der Großeltern wird nicht gefährdet, wenn sie sich nicht um das Kind kümmern<sup>61</sup>. Indem der OGH die Erweiterung des Besuchsrechts auf nicht verwandte Personen an den strengen Kriterien der Sorgerechtsbeschränkung des § 176 ABGB prüft (Gefährdung des Kindeswohls)<sup>62</sup>, erscheint es zweifelhaft, ob unter dem geltenden Recht (ehemalige) Pflegeeltern ohne weiteres ein Besuchsrecht beanspruchen können.

b) *Ausgestaltung der Besuchsrechtsregelung durch die Rechtsprechung und Kindeswille*

§ 148 ABGB gilt subsidiär, solange die Eltern das Besuchsrecht einverständlich regeln und dem Interesse des Kindes Rechnung tragen<sup>63</sup>. Gelingt eine Einigung nicht, hat das PflEG auf Antrag des nicht obsorgeberechtigten Elternteils eine Besuchsregelung zu treffen. Ein Anspruch auf die Änderung einer bestehenden Besuchsregelung entsteht nur, wenn sich die Verhältnisse geändert haben<sup>64</sup>. Interimsanordnungen kommen in Betracht, wenn die Eltern während eines laufenden Scheidungsverfahrens dem Gericht noch

---

57 Vgl. *Schüch* 1980, 64; OGH 28.9.1988, EF-Slg. 56617.

58 LGZ Wien 28.9.1984, EF-Slg. 45790.

59 OGH 14.12.1983, EF-Slg. 44668.

60 OGH 28.11.1991, ÖJZ 1992, 370 (EvBl. 1992/80) (ohne Rückgriff auf § 176 ABGB).

61 OGH 25.8.1987, ÖJZ 1988, 339 (EvBl. 1988/65).

62 Vgl. oben 4 a.

63 *Feil*, Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern nach dem KindRÄG (1989) 31.

64 LGZ Wien 20.3.1986, EF-Slg. 51178.

keinen Vorschlag über die Zuweisung der alleinigen Obsorge unterbreitet haben<sup>65</sup>.

Im einzelnen hat die Rechtsprechung folgende Grundsätze herausgebildet<sup>66</sup>:

Das Besuchsrecht kann nur aus wichtigen im Wohle des Kindes liegenden Gründen eingeschränkt oder ganz entzogen werden<sup>67</sup>. Abstrakte Befürchtungen reichen nicht aus, um eine Beschneidung des Besuchsrechts zu rechtfertigen, solange eine Bedrohung der psychischen und physischen Integrität des Kindes nicht eintritt<sup>68</sup>. Spannungen zwischen den Elternteilen führen erst dann zu einer Einschränkung oder einem Entzug des Besuchsrechts, wenn durch dessen Ausübung die Beziehungen des Kindes zu dem obsorgeberechtigten Elternteil unerträglich gestört würden<sup>69</sup>. Die Verletzung der Unterhaltspflicht berechtigt nicht, das Besuchsrecht einzuschränken; die Exekutionsordnung hält entsprechende Beitreibungsmechanismen bereit<sup>70</sup>. Ebenso wenig ist es für den Bestand des Besuchsrechts erheblich, daß der nichteheliche Vater ursprünglich auf die Ausübung verzichtet oder sein Recht einige Zeit hindurch nicht wahrgenommen hat<sup>71</sup>.

Die Rechtsprechung erkennt das Bedürfnis nach einiger Intensität des Verkehrs mit dem Kind an, um einen echten Kontakt zwischen dem Kind und dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil aufrechtzuerhalten<sup>72</sup>. Die Häufigkeit der Besuche hängt vom Lebensalter des Kindes ab und reicht von einem zweimaligen, jeweils zweistündigen Besuch pro Monat bei Kleinstkindern bis zu 14täglichen Wochenendbesuchen mit Übernachtung und Ferienaufenthalten

---

65 Nur bei Gefährdung des Kindeswohls (§ 176 ABGB, vgl. oben I 4) LGZ Wien 5.6.1987, EF-Slg. 53876; weniger restriktiv (unehel. Eltern): OGH 3.10.1985, EF-Slg. 48283.

66 *Schüch* 1980, 55 f., mit einer Übersicht über die Rechtsprechung.

67 Versagung des Besuchsrechts nur aus schwerwiegenden Gründen: OGH 6.3.1984, EF-Slg. 45770.

68 Einschränkung nur bei konkreter Gefährdung: OGH 22.5.1984, EF-Slg. 45767.

69 OGH 14.10.1981, EF-Slg. 38283; LGZ Wien 21.1.1981, EF-Slg. 38282.

70 LGZ Wien 9.9.1988, EF-Slg. 56678; s. auch LGZ Wien 9.6.1986, EF-Slg. 51183.

71 Vgl. LGZ Wien 9.6.1986, EF-Slg. 51162. Die Möglichkeit, eine Beziehung aufzubauen, muß aber noch bestehen: LGZ Wien 8.9.1982, EF-Slg. 40730.

72 OGH 31.1.1979, EF-Slg. 33501; LGZ Wien 8.1.1981, EF-Slg. 38228.

bei Kindern im Alter von 15 Jahren<sup>73</sup>. Das Besuchsrecht der Großeltern ist schwächer ausgestaltet als das eines Elternteils, da auch Rücksicht auf die Ehe und das Familienleben des obsorgeberechtigten Elternteils zu nehmen ist<sup>74</sup>.

Obwohl gemäß § 178b ABGB das Kind zu hören ist, soll die Stellungnahme des nicht mündigen Kindes im Regelfall nicht den Ausschlag geben. Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, daß dem Kind grundsätzlich die nötige Einsicht für die sachgerechte Entscheidung fehlt, in welchem Umfang die Besuchsrechtsregelung seinem Wohl und seinen Interessen förderlich ist<sup>75</sup>. Eine ablehnende Haltung des Kindes gegen die Ausübung des Besuchsrechts soll durch erzieherische Mittel korrigiert werden<sup>76</sup>. Den Obsorgeberechtigten trifft die Pflicht, das Kind in positiver Weise auf die bevorstehende Besuchsrechtsausübung vorzubereiten<sup>77</sup>. Jedoch steht einem 15jährigen Kind faktisch ein Vetorecht gegen die Aufrechterhaltung einer Besuchsrechtsregelung zu, wenn es sich aus eigenem Antrieb der Befugnis des Vaters widersetzt, mit ihm zu verkehren. Die tatsächliche Inanspruchnahme des Besuchsrechts ist dann zweckwidrig und rechtsmißbräuchlich<sup>78</sup>.

#### c) *Elterliche Mindestrechte - eheliche und nichteheliche Väter*

Ruht das Besuchsrecht im Interesse des Kindes, ist der nicht mehr Obsorgeberechtigte auf die Wahrnehmung der elterlichen Mindestrechte (§ 178 I ABGB) angewiesen: Der obsorgeberechtigte Elternteil hat den anderen rechtzeitig von beabsichtigten Maßnahmen zu den in § 154 II-III genannten Angelegenheiten (nämlich Namensänderungen, Veränderungen der Religionszugehörigkeit, der Übergabe in fremde Pflege, einem Staatsangehörigkeitswechsel, der vorzeitigen Lösung eines Lehr-, Ausbildungs- oder Dienstvertrages oder der Anerkennung einer Vaterschaft seitens des Kindes, das seinerseits Vater geworden ist, sowie Vertretungshandlungen und Einwilligungen in Vermögens-

73 Siehe die Übersicht über die Rechtsprechung bei *Dittrich/Tades/Kapfer* (oben Fn. 35), Anm. III zu § 148.

74 OGH 13.9.1984, EF-Slg. 45783; zum Gesetzgebungsverfahren *Lehner* (oben Fn. 13) 444.

75 LGZ Wien 25.6.1980, EF-Slg. 35923; OGH 27.6.1988, EF-Slg. 56631.

76 KG Krems a.d. Donau 12.4.1989, EF-Slg. 59662; OGH 14.12.1989, EF-Slg. 59661.

77 OGH 7.9.1989, EF-Slg. 59656; LGZ Wien 26.1.1989, EF-Slg. 56655; vgl. LGZ Wien 13.5.1982, EF-Slg. 40754.

78 OGH 14.10.1981, EF-Slg. 38288; 1.12.1982, EF-Slg. 40757 (16j.); ähnlich für ein 14j. Kind: LGZ Wien 27.6.1988, EF-Slg. 56634; weitergehend: *Klein*, Die Übertragung der Obsorge an Jugendwohlfahrtsträger und die elterlichen Mindestrechte: ÖA 1991, 35 ff. (40).

angelegenheiten) zu unterrichten sowie von außergewöhnlichen Umständen, die die Person des Kindes betreffen. Die amtliche Begründung zu § 178 ABGB nennt in diesem Zusammenhang: Umstände wie lebensbedrohende Erkrankungen, Unfallfolgen, Alkoholmißbrauch, Drogensucht, Straffälligkeit, schweres Schulversagen, Wechsel des Aufenthaltsorts und besonders positive Ereignisse wie die erfolgreiche Beendigung einer Berufsausbildung oder besondere sportliche Erfolge<sup>79</sup>.

Dem nicht obsorgeberechtigten Elternteil steht nur ein Äußerungsrecht zu. Er kann seine Auffassung gegenüber dem Obsorgeberechtigten dann durchsetzen, wenn die Voraussetzungen des § 176 ABGB erfüllt sind und eine Gefährdung des Kindeswohls droht<sup>80</sup>. Väter unehelicher Kinder, die zu keinem Zeitpunkt obsorgeberechtigt waren, können ein Äußerungsrecht nur im Hinblick auf wichtige Maßnahmen der Pflege und Erziehung, wie z.B. zur Schul- und Berufsausbildung, zur Übersiedlung ins Ausland und zur Einwilligung in die Eheschließung geltend machen (§ 178 I Halbsatz 2 ABGB)<sup>81</sup>.

Unterläßt der obsorgeberechtigte Elternteil die rechtzeitige Unterrichtung, erfolgt aus diesem Grunde allein noch keine Sanktion<sup>82</sup>. Ebensowenig führt die bloße Mißachtung der Äußerung des anderen Elternteils zur Rechtswidrigkeit der Handlung des Obsorgeberechtigten. Etwaige Absprachen zwischen den Eltern im Rahmen von § 178 ABGB entfalten keine Außenwirkung<sup>83</sup>.

Der gegenwärtige Standard der elterlichen Mindestrechte in § 178 ABGB ist im Schrifttum auf verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 8 EMRK gestoßen. Ruht das Besuchsrecht, besteht keine Möglichkeit, die Beschränkung der Rechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils durch umfassendere Informationen über das Kind betreffende Tatsachen zu kompensieren. Der nichteheliche Vater, der zu keinem Zeitpunkt obsorgeberechtigt war, hat ledig-

---

79 Zitiert nach *Klein/Strauß/Brosch*, Das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz - Ein Praxis-kommentar: ÖA 1989, 73 ff. (85); *Verschraegen* in *Coester/Zubke* 63.

80 LG Linz 8.1.1979, EF-Slg. 35952; LGZ Wien 4.6.1981, EF-Slg. XVIII (1981), Nr. 11 (S. 545/546): Namensänderung eines Kindes aus geschiedener Ehe.

81 Vgl. *Rummel (-Pichler)*, Anm. 3 zu § 178.

82 OGH 26.11.1980, ÖJZ 1981, 433 (= EvBl. 1981/143).

83 Vgl. *Ent*, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung: ÖNotZ 1978, 177 ff. (185).

lich einen Anspruch auf Mindestinformation, der nicht einmal die Vermögensverhältnisse des Kindes einschließt<sup>84</sup>.

Gesetzgeberische Initiativen, die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters zu erweitern, sind nach dem Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz von 1989 gegenwärtig nicht ersichtlich<sup>85</sup>.

#### d) Durchsetzung des Besuchsrechts

Unter den Eltern vereinbarte oder durch Gerichtsbeschluß getroffene Besuchsregelungen werden auf Antrag ohne weiteres rechtliches Verfahren durchgesetzt; Zwangsmittel wie Verweise, Geld- und Arreststrafen sind zulässig. Notfalls ist dem obsorgeberechtigten Elternteil ein Sachwalter (Kurator) beizuordnen (§ 19 I des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen)<sup>86</sup>. Einen korrespondierenden, gerichtlich durchsetzbaren Besuchsrechtsanspruch des Kindes kennt das geltende Recht nicht<sup>87</sup>.

#### 6. Öffentliche Hilfen für alleinstehende Mütter

Das Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) sah in § 17 a.F. für uneheliche Kinder eine gesetzliche Amtsvormundschaft vor: Mit der Geburt des unehelichen Kindes wurde die örtlich zuständige Bezirksverwaltungsbehörde zum Vormund. Die Mutter befand sich gegenüber dem Amtsvormund vom Gesetzeswortlaut her in einer ungünstigen Position. § 170 ABGB a.F. wies der Mutter des unehelichen Kindes lediglich die Pflege und Erziehung des Kindes zu, nicht jedoch den in § 144 ABGB a.F. geregelten Gesamtumfang elterlicher Rechte und Pflichten verheirateter Eltern<sup>88</sup>. Die mit der Amtsvormundschaft betraute

84 Vgl. die Kritik bei *Schlemmer*, Europäische Menschenrechtskonvention und österreichisches Unehelichenrecht: ÖA 1984, 3 ff. (6); *Verschraegen* in *Coester/Zubke* 63 f.

85 Vgl. aber den früheren Vorschlag *Maurers*, Wie schützt das Kindschaftsrecht die Mindestrechte des geschiedenen Elternteils, dem sein Kind nicht zugewiesen wurde? (§ 144 ABGB): ÖRZ 1980, 97 f. (98), eine Pflicht zur Anhörung des Nicht-Obsorgeberechtigten einzuführen und einschlägige Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren vom Nachweis der durchgeführten Anhörung abhängig zu machen.

86 Vgl. *Rummel (-Pichler)*, Anm. 10 zu § 148.

87 Vgl. aber den Vorschlag von *Klein*, Eigener Besuchsrechtsanspruch des Kindes - eine Utopie?: ÖA 1992, 6.

88 Für eine entsprechende, erweiternde Auslegung des § 144 ABGB a.F. zugunsten der Mutter des unehelichen Kindes aber schon LGZ Wien 21.9.1979, EF-Slg. 33596.

Bezirksverwaltungsbehörde war insbesondere berechtigt, Klagen auf Feststellung der Vaterschaft und auf Hereinbringung des Unterhalts zu erheben oder Vergleiche über die Höhe des gesetzlichen Unterhalts ohne vormundschaftliche Genehmigung abzuschließen (§ 18 I JWG a.F.) und das Vermögen des Mündels zu verwalten (§ 17 I JWG a.F. i.V.m. § 187 ABGB a.F.)<sup>89</sup>. Die Mütter nichtehelicher Kinder konnten jedoch beantragen, zum Vormund des eigenen Kindes bestellt zu werden<sup>90</sup>.

Das mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz von 1989 novellierte Jugendwohlfahrtsgesetz hebt die gesetzliche Amtsvormundschaft auf. Die Begründung der Regierungsvorlage verweist auf die gewandelte soziale Wirklichkeit: Die gesetzlichen Amtsvormundschaften seien ständig zurückgegangen; die Mütter ließen sich zunehmend selbst zum Vormund ihrer Kinder bestellen und würden deren Angelegenheiten eigenständig und eigenverantwortlich bei der gesetzlichen Vertretung und der Vermögenssorge regeln<sup>91</sup>. Daneben ist der Eindruck bemerkbar, den die Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der Europäischen Kommission für Menschenrechte zu den Rechten nichtehelicher Familien unter Art. 8 I EMRK hinterlassen hat. Die Mutter eines nichtehelichen Kindes soll nicht schlechter gestellt werden als die allein obsorgeberechtigte, geschiedene Mutter, die schon früher ihr Recht zur Obsorge nicht mit einem gesetzlichen Vormund teilen mußte<sup>92</sup>. Die Jugendwohlfahrtsträger werden den Müttern unehelicher Kinder unter dem gegenwärtig geltenden Recht nicht mehr aufgezwungen, stattdessen wird die Familienautonomie gestärkt<sup>93</sup>.

Positiv-rechtlich besteht für die Mutter z.Zt. keine Verpflichtung, den Kindesvater zu benennen; es handelt sich insoweit um ein höchstpersönliches Recht<sup>94</sup>. Zwar hat der Jugendwohlfahrtsträger, soweit es nach den Umständen

---

89 Text mit Erl. bei *Wresounig*, Das neue Kindschaftsrecht (1979) 232 f.

90 Art. I Nr. 4 des Bundesgesetzes über die Neuordnung der Rechtsstellung der unehelichen Kinder vom 30.10.1970, BGBl. Nr. 342.

91 S. 11 der Regierungsvorlage, in: Nr. 172 der Beilagen zu den Stenogr. Protokollen des Nationalrates XVII. GP (1.7.1987).

92 Hierzu *Schlemmer* (oben Fn. 84) 5 f.

93 So *Schwimann* (-*Schwimann*), Anm. 1 zu § 212.

94 Dazu *Verschraegen* in *Coester/Zubke* 69.

geboten erscheint, den gesetzlichen Vertreter des Kindes - gewöhnlich die Mutter - innerhalb angemessener Frist nach der Geburt über die elterlichen Rechte und Pflichten, besonders über den Unterhaltsanspruch des Kindes, gegebenenfalls auch über die Modalitäten der Feststellung der Vaterschaft, in Kenntnis zu setzen und ihm für die Wahrnehmung der Rechte des Kindes seine Hilfe anzubieten (§ 212 I ABGB). Doch kann der Jugendwohlfahrtsträger nur dann als Sachwalter des Kindes Ansprüche auf Unterhalt durchsetzen oder stellvertretend einen Vaterschaftsprozeß führen, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorliegt (§ 212 II ABGB). Die Einschaltung des Jugendwohlfahrtsträgers als Sachwalter beruht auf einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Vertretungsmacht. Der gesetzliche Vertreter des Kindes und der Sachwalter nach § 212 II ABGB haben vor den Gerichten eine konkurrierende Vertretungsbefugnis nach dem Prioritätsprinzip<sup>95</sup>. Indem § 212 II, III ABGB auf den gesetzlichen Vertreter des Kindes abstellt, umfaßt er unterschiedslos die Mutter des nichtehelichen Kindes und die geschiedene oder von ihrem Ehemann getrennt lebende Mutter.

Nach §§ 1, 2 Unterhaltsvorschußgesetz hat der Bund minderjährigen Kindern, die nicht mit dem Unterhaltsschuldner in einem gemeinsamen Haushalt leben, auf den gesetzlichen Unterhalt Vorschüsse zu gewähren. Der Anspruch entsteht, wenn die Exekution gegen den Unterhaltsschuldner keine oder keine vollständige Deckung erbracht hat (§ 3 UVG). Der Vorschuß, der jeweils in der beantragten Höhe bis zu dem im Exekutionstitel festgesetzten Unterhaltsbeitrag zu gewähren ist, wird zunächst für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren bewilligt (§§ 5 I, 8 UVG). Die mehrfache Weitergewährung von Vorschüssen für einen Zeitraum von längstens jeweils drei weiteren Jahren ist vorgesehen (§ 18 I UVG). Im Vordergrund der Hilfe der Jugendwohlfahrtsträger steht die Unterstützung bei der Durchsetzung von rechtskräftig festgestellten Unterhaltsansprüchen, der Geltendmachung von Erhöhungsforderungen und der Antragstellung nach dem UVG. In dem Bereich zwischen Motivierung der Schuldner zur Unterhaltszahlung und der Strafanzeige wegen Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 198 StGB) steht das persönliche Gespräch zwischen einem Vertreter des Jugendamts und dem Unterhaltspflichtigen im Vordergrund<sup>96</sup>. Dabei hängt es in starkem Maß vom persönlichen Engagement

---

95 OGH 11.10.1990, ÖA 1992, 23.

96 *Verschraegen in Coester/Zubke* 68.

des einzelnen Mitarbeiters ab, ob die Unterhaltszahlungen wieder einsetzen und regelmäßig erfolgen<sup>97</sup>.

### 7. *Ruhen, Einschränkungen und Entziehung der elterlichen Obsorge*

a) Ist bei gemeinschaftlicher Obsorge *ein Elternteil verstorben*, sein Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten unbekannt, der Elternteil *nicht erreichbar oder nicht vollständig obsorgeberechtigt*, ist der andere Elternteil gemäß § 145 I ABGB insoweit allein obsorgeberechtigt. Ein entsprechender Beschluß, den das Pflschaftsgericht auf Antrag des nunmehr allein obsorgeberechtigten Elternteils gemäß § 145 II ABGB zu fassen hat, hat nur noch deklaratorische Wirkung. Bei Verhinderung eines allein obsorgeberechtigten Elternteils ist dagegen regelmäßig ein konstitutiver Beschluß erforderlich<sup>98</sup>.

Fällt die Verhinderung eines Elternteils fort, tritt er automatisch wieder in seine alten Rechte und Pflichten ein. Die Aufhebung eines nach § 145 II ABGB gefaßten Beschlusses hat wiederum nur deklaratorische Wirkung. War der nicht mehr verhinderte Elternteil allein obsorgeberechtigt, ist dagegen in jedem Fall ein förmlicher Beschluß des Pflschaftsgerichts zur Wiederherstellung des Obsorgerechts nötig<sup>99</sup>.

Im wesentlichen wie § 1673 BGB differenziert das österreichische Recht für das Ruhen der elterlichen Obsorge nach dem Grad der Geschäftsunfähigkeit des Elternteils. Ist ein Elternteil nicht voll geschäftsfähig, ist er nicht berechtigt, das Vermögen des Kindes zu verwalten oder es gesetzlich zu vertreten (§ 145a ABGB). Zulässig bleiben aber Maßnahmen der Pflege und Erziehung. Unter Umständen ist für gesetzliche Vertretung und Vermögensverwaltung ein Sachwalter zu bestellen. Bei vollständiger Geschäftsunfähigkeit ist ein Vormund zu bestellen, wenn ein anderer Elternteil oder Großeltern fehlen (§§ 145b, 187 ABGB).

---

97 Zur Beitreibungspraxis der Jugendwohlfahrtsträger an der Schnittstelle zwischen Zivilrecht und Strafrecht: *Pelikan*, Systemvergleich Zivilrecht-Strafrecht, 2. Teilbericht, Die Verwaltung von Unterhaltsschulden und die Behandlung der Unterhaltsschuldner, S. 8 ff., in: Sozialwissenschaftlicher Systemvergleich Zivilrecht-Strafrecht Bd. IV, Strafrechtliche und zivilrechtliche Unterhaltssicherung, Institut f. Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien 1990.

98 Vgl. *Rummel (-Pichler)*, Anm. 2 f. zu § 145.

99 *Rummel (-Pichler)*, Anm. 5 zu § 145.

b) Bei *Gefährdung des Kindeswohls* kann das Pflegschaftsgericht den Eltern oder dem allein obsorgeberechtigten Elternteil die Obsorge vollständig oder teilweise entziehen (§§ 176, 176a ABGB). Das Gericht ist auch berechtigt, eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung zu ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen (§ 176 I 3 ABGB). Antragsberechtigt ist der einzelne Elternteil oder jede andere Person, die Kenntnis von einer Gefährdung des Kindeswohls erlangt. Insoweit erhalten außenstehende Dritte jedoch keine Parteistellung; der Gesetzgeber bringt damit lediglich zum Ausdruck, daß gerichtliche Obsorgeverfahren nach §§ 176, 176a ABGB auch von Amts wegen stattfinden<sup>100</sup>. Daneben kann der Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Sachwalter die erforderlichen Anträge stellen; bei Gefahr im Verzug ist er bis zu einer gerichtlichen Entscheidung berechtigt, Entscheidungen - auch gegen den Willen der Eltern - selbst zu treffen, wenn er spätestens innerhalb von acht Tagen die erforderlichen Verfügungen beantragt (§ 215 I ABGB). In jedem Verfahren nach §§ 176, 176a ABGB ist der Jugendwohlfahrtsträger "erforderlichenfalls" zu hören (§ 215 II 1 ABGB).

Das österreichische Kindschaftsrecht orientiert sich an Art. 8 EMRK, wenn es für Beschränkungen der Elternrechte allein das Kindeswohl als Rechtfertigungsgrund heranzieht<sup>101</sup>. Daher sind vor Verfügungen über das Obsorgerecht die Kinder tunlichst zu hören; Kinder von weniger als zehn Jahren können auch durch den Jugendwohlfahrtsträger oder andere geeignete Personen befragt werden (§ 178b ABGB)<sup>102</sup>.

Die "äußerste Notmaßnahme" der Entziehung oder Einschränkung elterlicher Rechte und Pflichten setzt eine Interessenabwägung zwischen den elterlichen Rechten und dem Kindeswohl voraus<sup>103</sup>. Lediglich bei einer akuten Gefährdung des Kindeswohls sind vorläufige Maßnahmen auch ohne Anhörung der Parteien zulässig<sup>104</sup>. Die Rechtsprechung wendet jedoch andere Maßstäbe an, wenn nach einer Einschränkung der elterlichen Rechte und Pflichten die Eltern oder der früher allein obsorgeberechtigte Elternteil den Antrag stellen,

---

100 *Schwimann (-Schlemmer/Schwimann)*, Anm. 9 zu § 176; vgl. OGH 8.4.1986, EF-Slg. 51299.

101 Vgl. OGH 27.9.1990, ÖA 1991, 141.

102 Vgl. zur Bedeutung des Kindeswillens bei der Entscheidung über die Ausübung des Besuchsrechts oben I 5 b.

103 OGH 7.7.1978, SZ 51/508 (511); 9.4.1991, ÖA 1991, 140; vgl. oben I 4.

104 OGH 16.6.1988, EF-Slg. 56810.

die Obsorge in vollem Umfang wieder aufleben zu lassen. Das Elternrecht tritt regelmäßig zurück, wenn nicht feststeht, daß eine Veränderung der gewohnten Pflege- und Erziehungsverhältnisse dem Kindeswohl dient<sup>105</sup>.

## II. Adoptionsrecht

### 1. *Gemeinschaftliche Adoption*

Gemäß § 179 II ABGB ist die Annahme an Kindesstatt durch mehr als eine Person, sei es gleichzeitig, sei es während des Bestehens eines Adoptionsverhältnisses nacheinander nur zulässig, wenn die Annehmenden miteinander verheiratet sind.

### 2. *Zustimmungserfordernisse*

Die Annahme setzt bei Minderjährigen die Zustimmung der Eltern voraus (§ 181 I Nr. 1 ABGB). Der nichteheliche Vater hat seit dem Kindschaftsrechtsänderungsgesetz ein volles Zustimmungsrecht<sup>106</sup>.

Die Weigerung des nichtehelichen Vaters (oder der nicht obsorgeberechtigten Mutter), die Zustimmung zu Adoption zu erteilen, kann gerichtlich ersetzt werden, wenn sie nicht gerechtfertigt ist (§ 181 III ABGB). Die Weigerung wird aber nur dann als sittlich nicht einwandfrei und damit nicht gerechtfertigt angesehen, wenn sich der zustimmungsberechtigte Elternteil gegenüber dem Kind eines im höchsten Maße familienwidrigen Verhaltens schuldig gemacht

---

105 OGH in ständiger Rechtsprechung: 28.11.1974, SZ 47/621 (623); 7.7.1978, SZ 51/508 (511 f.); 4.11.1980, SZ 53/633 (639); 9.4.1991, ÖA 1991, 140; s. auch OGH 27.9.1990, ÖA 1991, 141: Zustimmung zur Aufhebung eines umfassenden Pflegevertrages verweigert, da dem Wohl eines Kindes, das seit dem ersten Lebensjahr bei Pflegeeltern lebt, so besser gedient ist.

106 Feil (oben Fn. 63) 98; Rummel (-Fichler), Anm. 2 zu § 181; Klein/Strauß/Brosch (oben Fn. 79) 87; Schwimann (-Schwimann), Anm. 1 zu § 181.

und dadurch die Entwicklung des Kindes ernstlich gefährdet hat<sup>107</sup>. Eine Prüfung des § 181 III ABGB am Maßstab von Art. 8 EMRK hat - soweit ersichtlich - bisher nicht stattgefunden.

### 3. *Adoption eigener Kinder*

In Entscheidungen, die zeitlich vor dem Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz liegen, hat die Rechtsprechung dem nichtehelichen Vater die Adoption des eigenen Kindes gestattet, um auch ihm das Obsorgerecht zu verschaffen<sup>108</sup>.

Das praktische Bedürfnis für eine Adoption des nichtehelichen Kindes durch seinen Vater dürfte jedoch abgenommen haben, seitdem § 167 ABGB dem in häuslicher Gemeinschaft mit der Mutter lebenden nichtehelichen Vater die Möglichkeit gibt, mit Zustimmung der Mutter die gemeinschaftliche Obsorge zu erlangen<sup>109</sup>. Dennoch ist es dem nichtehelichen Vater und dessen Ehefrau sowie der nichtehelichen Mutter und deren Ehemann auch weiterhin möglich, das nichteheliche Kind zu adoptieren<sup>110</sup>.

## III. Unterhaltsrecht

### 1. *Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beim Unterhalt*

Mit der Neuordnung des Kindschaftsrechts im Jahre 1977 stellt das materielle Unterhaltsrecht uneheliche Kinder den ehelichen gleich: § 166 ABGB ver-

---

107 Siehe OGH 15.12.1981, EF-Slg. 38434: Abwägung zwischen der Gefahr einer "Kindesenteignung" und der sittenwidrigen Weigerung der Mutter eines nichtehelichen Kindes, ihre Zustimmung zu erteilen; 31.8.1984, EF-Slg. 45910: Drogenabhängigkeit der Eltern, Gefahr des Kontaktes des minderjährigen Kindes mit ausländischer Suchtszene (hier: Amsterdam); *Schwimmann (-Schwimmann)*, Anm. 8 zu § 181 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

108 OGH 26.4.1961, ÖJZ 1961, 309 (= EvBl. 1961/290); 12.1.1984, EF-Slg. 45911.

109 Vgl. *Frank*, Grenzen der Adoption, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Schutzbedürftigkeit faktischer Eltern-Kind-Verhältnisse (1978) 116 f., 124 f.

110 *Schwimmann (-Schlemmer)*, Anm. 8 zu § 179 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

weist für den Unterhalt unehelicher Kinder auf die in § 140 ABGB geregelte Unterhaltspflicht der Eltern ehelicher Kinder<sup>111</sup>.

Die Mutter entscheidet, ob sie die Unterhaltssicherung für ihr Kind auf eine breitere Basis stellt, indem sie den unehelichen Vater benennt und nach der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft den Unterhaltsanspruch ihres Kindes durchsetzt. Das Unterhaltsvorschußgesetz greift nur ein, wenn die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind in erster Instanz festgestellt ist und einem mit der Klage auf Feststellung der Vaterschaft verbundenen Unterhaltsbegehren entweder, zumindest mit einem Teilbetrag, in erster Instanz stattgegeben oder hierüber für den Fall der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft ein gerichtlicher Vergleich geschlossen worden ist (§ 4 Nr. 4 UVG).

Läßt die Mutter die Vaterschaft nicht feststellen, kommt eine finanzielle Sicherung nur über die Sozialhilfe in Betracht<sup>112</sup>.

## 2. *Unterhaltsverzicht*

Ein Verzicht auf zukünftige Unterhaltsleistungen des nichtehelichen oder ehelichen Vaters, der etwa durch die Zahlung einer Abfindung seine Unterhaltsverpflichtung erfüllen möchte, ist grundsätzlich unzulässig. Der OGH hat zunächst einen Unterhaltsverzicht mit Bindungswirkung für die Zukunft allgemein abgelehnt<sup>113</sup>, dann aber einem - gerichtlich zu genehmigenden (§ 154 III ABGB) - Teilverzicht unter dem Vorbehalt unveränderter Umstände zugestimmt<sup>114</sup>. Volljährige Kinder können partiell auf ihren Unterhaltsanspruch verzichten<sup>115</sup>. Die Zahlung einer pauschalierten Abfindung scheint gegenwärtig möglich, wenn der Vater seine Unterhaltsverpflichtungen im Hinblick auf den Sonder- oder Individualbedarf "ablösen" möchte<sup>116</sup>.

---

111 Vgl. die Anmerkungen des Justizausschusses zu § 166 ABGB, abgedruckt in: *Motter* (oben Fn. 9) 50.

112 *Verschraegen in Coester/Zubke* 69.

113 24.2.1976, SZ 49/28 (29).

114 OGH 30.1.1979, EF-Slg. 32982.

115 OGH 27.4.1987, EF-Slg. 53262; allgemein zum Unterhaltsverzicht: *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 88 zu § 140, und *Rummel (-Pichler)*, Anm. 15 zu § 140.

116 Vgl. OGH 13.4.1983, ÖA 1984, 17 (18), der den in einem Unterhaltsvergleich ausgesprochenen Unterhaltsverzicht auch bei veränderten Umständen für sittenwidrig hält, wenn der Unterhaltsberechtigte unter das Existenzminimum fiele.

Abreden im Innenverhältnis zwischen den Kindeseltern sind auch ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung zulässig. Hat sich die Mutter gegenüber dem Vater verpflichtet, keinen Unterhalt für das bei ihr lebende Kind zu verlangen, wird der Unterhaltsanspruch des Kindes davon zwar nicht berührt. Jedoch kann der Vater dann unter Umständen einen Ausgleichsanspruch gegen die Mutter geltend machen<sup>117</sup>.

### 3. Bemessung des Kindesunterhalts

Indem § 140 ABGB die Eltern verpflichtet, die ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes nach ihren Kräften zu decken, führt er als Bemessungskriterien zwei unbestimmte Rechtsbegriffe ein: die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils und der Bedarf des Kindes sind miteinander in Einklang zu bringen. Daher gestattet § 140 ABGB nicht die Gewährung eines Regelbedarfs, ohne die Lebensverhältnisse der Eltern zu berücksichtigen<sup>118</sup>. Ebensovienig muß sich ein Kind jedoch mit den von der Rechtsprechung entwickelten sog. Durchschnittsbedarfssätzen begnügen<sup>119</sup>.

Da die Eltern "nach ihren Kräften" Unterhalt aufzubringen haben, bildet die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten den Ausgangspunkt für die gerichtliche Konkretisierung von § 140 ABGB<sup>120</sup>. Unterhaltsansprüche mehrerer Kinder sind grundsätzlich als gleichrangig zu behandeln<sup>121</sup>.

#### a) Regelbedarf und Sonderbedarf

Die Rechtsprechung trennt zwischen Regel- und Sonderbedarf. Der Regelbedarf, den jedes Kind ohne Rücksicht auf die konkreten Lebensverhältnisse seiner Eltern an Nahrung, Kleidung, Wohnung und zur Bestreitung weiterer, etwa kultureller Bedürfnisse hat, wird oft durch eine auf das Nettoeinkommen des Unterhaltsverpflichteten bezogene Prozentkomponente ermittelt. Der Sonderbedarf, eine den Regelbedarf übersteigende Komponente, erwächst dem Unterhaltsberechtigten durch individuelle Mehrkosten, die von außergewöhn-

117 Vgl. LGZ Wien 8.2.1984, EF-Slg. 45039 (Ehescheidung).

118 Vgl. OGH 31.5.1990, ÖA 1991, 41.

119 OGH 3.4.1990, ÖA 1990, 109; LGZ Wien 28.1.1988, EF-Slg. 55980; 24.11.1988, EF-Slg. 55981.

120 *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 3 zu § 140.

121 OGH 14.11.1991, ÖRZ 1992, 69 (70); *Schwimann (-Schwimann)*, Anm. 18 zu § 140.

licher und unregelmäßiger Höhe sind und bei der Ermittlung des Regelbedarfs außer Acht gelassen wurden<sup>122</sup>.

Die Darstellung beschränkt sich hier auf die Grundzüge des im Bundesland Wien praktizierten Unterhaltsrechts. Die österreichische Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht des ABGB und zum UVG kennzeichnet in der Vergangenheit eine starke Zersplitterung<sup>123</sup>. Erst die Änderung der Zulässigkeitsvorschrift für den Revisionsrekurs (§ 502 III Nr. 1 österr. ZPO i.V.m. § 49 II Nrn. 1, 2 der Jurisdiktionsnorm) gibt dem OGH seit 1989 die Möglichkeit, die Rechtsentwicklung im Unterhaltsrecht und unter dem UVG auch bei Bemessungsproblemen zu koordinieren.

Für den Regelbedarf hat das LGZ Wien im Interesse der Rechtssicherheit feste Prozentsatzkomponenten aufgestellt, die dem unterhaltsberechtigten Kind einen nach dem Alter gestaffelten Prozentsatz des Nettoeinkommens des Unterhaltsverpflichteten zuweisen. Im einzelnen gelten folgende Komponenten<sup>124</sup>:

Altersgruppe	Gruppenbezeichnung	Prozentwert
0-6 Jahre	vorschulpflichtiges Alter	16%
6-10 Jahre	volksschulpflichtiges Alter	18%
10-15 Jahre	hauptschulpflichtiges Alter	20%
ab 15 Jahren	heranwachsende Jugendliche	22%

Der OGH hat diese Rechtsprechung gebilligt, soweit sie eine im Einzelfall abweichende Beurteilung aus Gerechtigkeitserwägungen nicht ausschließt<sup>125</sup>.

Die Rechtsprechung des LGZ Wien deutet an, daß die Lebensverhältnisse der obsorgeberechtigten Mutter auf den Umfang der Unterhaltsverpflichtung des Vaters insoweit einen Einfluß haben können, als ein krasses Mißverhältnis

122 OGH 21.5.1990, ÖA 1991, 100.

123 Vgl. *Wagner*, Kurzdarstellung des österreichischen Unterhaltsrechts samt Spruchpraxis: ÖA 1983, 35; Verein der Amtsvormünder Österreichs, Vorschläge für ein neues Unterhaltssicherungsverfahren: ÖA 1991, 129.

124 *Schüch* 1980, 73; *Wagner* (vorige Fn.) 36; s. auch die Rechtsprechungsübersichten bei *Rummel(-Pichler)*, Anm. 2 zu § 140, und *Schwimann(-Schlemmer)*, Anm. 13 zu § 140.

125 OGH 3.4.1990, ÖA 1990, 109; s. auch die Übersicht bei *Schüch*, Die Unterhaltsbemessungsgrundlage im Unterhaltsstreit: ÖA 1981, 65 ff.

zur Lebensführung der Mutter vermieden werden soll<sup>126</sup>. Die naheliegende Schlußfolgerung, daß ein Kind niedrigere Unterhaltszahlungen erhalten kann, wenn die Mutter über geringe Einkünfte verfügt, findet in der Rechtsprechung jedoch keine Stütze. Ein krasses Mißverhältnis liegt nicht schon vor, wenn die Unterhaltszahlung des Vaters 45% des Nettoeinkommens der das Kind betreuenden Mutter beträgt<sup>127</sup>.

Das Kind eines einkommensstarken Mannes kann die Befriedigung gewisser Luxusansprüche verlangen, wenn dies auch während der Ehe der Eltern des Kindes der Fall gewesen ist<sup>128</sup>. Die Unterhaltsleistungen des Vaters an sein minderjähriges Kind sollen jedoch nicht die Mutter "mitalimentieren", die sich in einer Notlage befindet<sup>129</sup>.

Im Regelfall liegt die Obergrenze für die nach der Prozentmethode ermittelte Unterhaltssumme bei dem 2,5fachen des Durchschnittsbedarfs<sup>130</sup>. Der OGH warnt allerdings davor, mit einer derartigen Obergrenze einen allgemeinen "Unterhaltsstop" zu errichten. Es müsse immer eine Angemessenheitsprüfung im Einzelfall möglich bleiben, auch wenn ein schematisches Berechnungssystem als Ausgangspunkt für die gleiche Behandlung gleichartiger Unterhaltsfälle dienen kann<sup>131</sup>.

Ist der Unterhaltsverpflichtete für andere Personen ebenfalls zur Zahlung verpflichtet, nimmt das LGZ Wien Abzüge vom anrechenbaren Nettoeinkommen vor<sup>132</sup>:

für jedes weitere Kind unter 10 Jahren	1%
für jedes weitere Kind über 10 Jahren	2%
für Ehefrau je nach deren Eigenverdienst	0-3%.

---

126 LGZ Wien 25.2.1982, EF-Slg. 40097; 17.2.1983, EF-Slg. 42676; 9.5.1984, EF-Slg. 44971; 26.11.1986, EF-Slg. 50298; 12.12.1990, EF-Slg. 61799.

127 Siehe LGZ Wien 31.3.1983, EF-Slg. 42677.

128 LGZ Wien 16.2.1983, EF-Slg. 42683.

129 LGZ Wien 24.11.1982, EF-Slg. 40098.

130 LGZ Wien 15.6.1983, EF-Slg. 42682; 11.11.1987, EF-Slg. 53142.

131 OGH 19.11.1991, ÖA 1992, 88 (89). Für jüngere Kinder kann die Obergrenze auch unterhalb des 2,5fachen des Durchschnittsbedarfs liegen: OGH 3.4.1990, ÖA 1990, 109.

132 *Schüch* 1980, 73; s. auch den Überblick über die Rechtsprechung bei *Schwimann (-Schlemmer)*, Anm. 12 zu § 140.