

*Georg Kathrein, Wien*

## **Das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 im Überblick**

### **Übersicht:**

- I. Einleitung
- II. Ziele der Reform
  - A. Zeit zur Reform – die Rsp des EGMR und des VfGH
  - B. Gesellschaftliche Entwicklung
  - C. Pflegschaftsverfahren als „psychosoziales Übel“
  - D. Neukodifizierung des Kindschaftsrechts – eine kleine Geschichte der Reform
- III. Folgen der Reform
  - A. Kind im Mittelpunkt
  - B. Wohl des Kindes
  - C. Gewaltfreiheit im Kindschaftsrecht
  - D. Stärkung der elterlichen Verantwortung und der Familienautonomie
  - E. Stärkung des Pflegschaftsgerichts
  - F. Modernisierung des Kindschaftsrechts
- IV. Fazit

### **I. Einleitung<sup>1)</sup>**

Das Kindschafts- und Namensrechts-ÄnderungsG 2013<sup>2)</sup> (KindNamRÄG 2013) ist nach dem 2. GewaltschutzG (2. GewSchG),<sup>3)</sup> dem Familienrechts-ÄnderungsG

---

<sup>1)</sup>) Der Beitrag basiert auf dem im Grazer Privatrechtlichen Dialog am 15. 3. 2013 gehaltenen Einführungsvortrag, der seinerseits wieder in die Darstellung der neuen Gesetzeslage in *Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013*, ÖJZ 2013, 197 ff, eingegangen ist.

<sup>2)</sup>) BGBl I 2013/15. Dazu aus der Lit allgemein *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht (2013); *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013); *Barth/Deixler-Hübner/G. Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013).

<sup>3)</sup>) BGBl I 2009/40. Vgl dazu etwa *Mohr*, Neuerungen bei den einstweiligen Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und Stalking – Änderungen durch das 2. Gewaltschutzgesetz, ÖJZ 2009, 485; *Roth/Egger*, Zweites Gewaltschutzgesetz, EF-Z 2009, 125; *Bauer/Keplinger/Schwarz-Schlögelmann/Sorgo*, Gewaltschutzgesetz (2009); *Mair*, Neuerungen im Zivilverfahrensrecht durch das 2. GewSchG und die ZVN 2009, JAP 2009/2010, 42; *Deixler-Hübner*, Vom Auftrag zum Verlassen der Ehewohnung zum 2. Gewaltschutzgesetz, iFamZ 2009, 225; *Beck*, Gewaltschutz neu – ein Überblick, EF-Z 2009, 157; *dies*, Geltungsdauer der Gewaltschutz-EV – Eine Besprechung der Entscheidung 9 Ob 32/09k, EF-Z 2010, 147; *Bauer*, Zur Geltungsdauer der Gewaltschutz-EV – Eine Replik zu EF-Z 2010/100, EF-Z 2010, 190; *Kathrein*, Zweites Gewaltschutzgesetz – Die wichtigsten Neuerungen bei den einstweiligen Verfügungen, in *FS Koziol* (2010) 1157.

2009 (FamRÄG)<sup>4)</sup> und dem Eingetragene Partnerschaft-G<sup>5)</sup> das letzte umfangreiche Reformvorhaben der 24. Gesetzgebungsperiode im Familienrecht. Den Kern der Neuordnung bilden einerseits die Änderungen im materiellen Kindschaftsrecht, wobei hier die neuen gesetzlichen Kriterien für das Kindeswohl (§ 138 ABGB neu<sup>6</sup>)), die Umgestaltung der Regelungen über die Obsorge nach Scheidung oder Trennung der Eltern (§§ 179 und 180 ABGB neu) sowie die geänderten Bestimmungen über die persönlichen Kontakte zwischen Kind und Eltern (§§ 186 und 187 ABGB neu) herausragen. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber im materiellen Recht einige wichtige Detailfragen neu geregelt, angefangen etwa mit Klarstellungen zum Aufenthalts- und Wohnortbestimmungsrecht (§ 162 ABGB neu) über die Erweiterung der Informations-, Äußerungs- und Vertretungsrechte des nicht obsorgeberechtigten Elternteils (§ 189 ABGB neu) bis hin zu gewissen Adaptierungen der Regelungen über die Veranlagung von Mündelgeldern (§§ 220 und 221 ABGB neu). Dann hat die Reform das Namensrecht des Kindes und der Ehegatten völlig neu gestaltet.<sup>7)</sup> Aus Anlass dieser Neuerungen hat der Gesetzgeber die aus verschiedenen Schichten bestehenden Regelungen des Kindschaftsrechts im Dritten Hauptstück des Ersten Teils des Gesetzbuchs neu kodifiziert.

Andererseits hat die Reform einige wesentliche Änderungen im Verfahrensrecht vorgesehen, die die Auseinandersetzungen um die Obsorge und das Kontaktrecht beschleunigen und zugleich deeskalieren sollen. Hier ist vor allem die Etablierung der Familiengerichtshilfe (§ 106a AußStrG neu), die Bereitstellung von Besuchsmittlern für str Kontaktrechtssachen (§ 106b AußStrG neu), der Ausbau der vorläufigen Entscheidung in Obsorge- und Kontaktrechtsstreitigkeiten sowie die Erweiterung des Handlungsspektrums des Pflegschaftsgerichts (§ 107 Abs 2 und 3 AußStrG neu) zu nennen.

<sup>4)</sup> BGBl I 2009/75. Aus der Lit s dazu etwa *Pesendorfer*, Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009: Änderungen im Ehrerecht, Ehegüterrecht, Vorwegvereinbarungen über eheliches Vermögen, Scheidungsberatung, iFamZ 2009, 261; *Hopf*, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht. Änderungen des ABGB und des EheG durch das FamRÄG 2009, ÖJZ 2010, 154; *Kissich*, Familienrechts-Änderungsgesetz 2009. Die wichtigsten Änderungen im ABGB und im EheG, JAP 2010/2011, 49.

<sup>5)</sup> BGBl I 2009/135. Aus der Lit s dazu etwa *Gröger*, Das Eingetragene Partnerschaftsgesetz, ÖJZ 2009, 197; *Jesser-Huß*, Die eingetragene Partnerschaft, JAP 2010/2011, 19; *Deixler-Hübner*, Das neue EPG – Gesetzlicher Meilenstein oder kleinster gemeinsamer Nenner? Überblick und kritische Würdigung der privatrechtlichen Bestimmungen, iFamZ 2010, 93; *Benke*, Zum Bundesgesetz über die Eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2009, 19; *Gröger/Haller*, EPG (2010).

<sup>6)</sup> Alle Paragraphen mit dem Zusatz „neu“ beziehen sich auf die aktuelle, durch das KindNamRÄG 2013 eingeführte Fassung. Der Zusatz „alt“ bezeichnet die Fassung vor der Reform.

<sup>7)</sup> Dazu *Schürz*, Das Namensrecht nach dem KindNamRÄG 2012, Zak 2012, 387; *dies*, Das neue Namensrecht, in *Gitschthaler* (Hrsg.), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013) 163; *Pesendorfer*, Das neue Namensrecht im Überblick, iFamZ 2013, 34; *ders*, Das neue Namensrecht, in *Barth/Deixler-Hübner/G. Jelinek* (Hrsg.), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013) 69; *Wagner-Reitinger*, Änderungen im Namensrecht für Ehegatten und Kinder nach dem KindNamRÄG 2013, ÖJZ 2013, 245.

Die Änderungen sind zum größten Teil mit 1. 2. 2013 in Kraft getreten.<sup>8)</sup> Für die namensrechtlichen Teile des Vorhabens hat das Gesetz eine etwas längere Legisvakanz vorgesehen: Diese Bestimmungen sind auf Ehegatten, die nach dem 31. 3. 2013 geheiratet haben oder heiraten, sowie auf Kinder, deren Geburt oder Annahme an Kindesstatt nach diesem Zeitpunkt beurkundet worden ist oder wird, anzuwenden.<sup>9)</sup> Ehegatten, die zu diesem Zeitpunkt bereits verheiratet waren, sowie Kinder, deren Geburt oder Annahme an Kindesstatt vor dem 1. 3. 2013 dokumentiert worden ist, mussten sich noch etwas gedulden: Durch bzw für sie können Familiennamen nach den neuen Namensregeln erst seit 1. 9. 2013 bestimmt werden.<sup>10)</sup>

Die Familiengerichtshilfe (die auch die Bereitstellung von Besuchsmittlern umfasst) wurde zunächst als sog „Modellversuch“ in Wien (am BG Innere Stadt), Leoben, Amstetten und Innsbruck in Anlehnung an die Erfahrungen der Wr Jugendgerichtshilfe etabliert. Auf Grund der schon nach kurzer Zeit gewonnenen, überwiegend positiven Erfahrungen entschied BMJ *Beatrix Karl* noch während des Gesetzgebungsverfahrens, vom Modellversuch zum Regelbetrieb überzugehen und diese Institution rasch bundesweit für alle Pflegschaftsgerichte zu etablieren. In einer ersten Ausbaustufe wurde die Familiengerichtshilfe per 1. 4. 2013 an den Modellgerichtsstandorten vollständig, also einschließlich der Besuchsmittler, eingerichtet. In der zweiten Ausbaustufe wurde die Familiengerichtshilfe, wiederum einschließlich der Besuchsmittler, per 1. 7. 2013 in allen Landeshauptstädten und darüber hinaus in einigen weiteren BG-Standorten zur Verfügung gestellt. Der Vollausbau wird mit 1. 7. 2014 abgeschlossen sein.<sup>11)</sup> Parallel dazu wurde die Anzahl der Planstellen für den Bereich der erstinstanzlichen Pflegschaftsgerichtsbarkeit substanzell erhöht. Mit diesen administrativen Maßnahmen soll der aufgrund der Reform zu erwartende Mehraufwand bei den Gerichten kompensiert werden. Zudem sollen damit aber auch die Grundlagen für eine Beschleunigung der gerichtlichen Verfahren geschaffen werden. Dabei geht es insb auch um die vorläufige Entscheidung in Obsorge- und Kontaktrechtssachen nach § 107 Abs 2 AußStrG, für die ua auch die Erhebungen der Familiengerichtshilfe herangezogen werden können.

## II. Ziele der Reform

### A. Zeit zur Reform – die Rsp des EGMR und des VfGH

Erster und gleichsam äußerer Anlass der Reform war die Rsp des EGMR und des VfGH zur Rechtsstellung der Eltern von außer der Ehe geborenen Kindern: Der EGMR erkannte in den Rechtssachen *Zaunegger/Deutschland*, 3. 12. 2009, 22208/04,<sup>12)</sup> und *Sporer/Österreich*, 3. 2. 2011, 35637/03,<sup>13)</sup> dass es Art 8 EMRK widerspricht, wenn die Beteiligung des unehelichen Vaters an der Obsorge allein von der Zustimmung der

<sup>8)</sup> Zum Übergangsregime s *Barth/Vonkilch*, Ausgewählte übergangsrechtliche Probleme des KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 72.

<sup>9)</sup> § 1503 Z 2 und 4 ABGB neu.

<sup>10)</sup> § 1503 Z 5 ABGB neu.

<sup>11)</sup> Siehe dazu auch näher den Einführungserl der BMJ vom 20. 6. 2013 zur Familiengerichtshilfe, abrufbar unter [www.ris.bka.gv.at/Erlasse](http://www.ris.bka.gv.at/Erlasse).

<sup>12)</sup> ÖJZ 2010/2 (MRK).

<sup>13)</sup> ÖJZ 2011/3 (MRK) = iFamZ 2011, 61 (*Klaar*).

Mutter abhängt. Zwar beanstandete der Gerichtshof nicht den Grundsatz, wonach mit der Geburt eines unehelichen Kindes die Sorge bzw Obsorge zunächst der Mutter zukommt. Das nationale Kindschaftsrecht muss aber einen Weg vorsehen, der dem Vater eines solchen Kindes eine Beteiligung am Sorgerecht bzw an der Obsorge ermöglicht, selbst wenn die Mutter damit nicht einverstanden ist. Der VfGH schloss sich in der Folge mit Erk 28. 6. 2012, G 114/11,<sup>14)</sup> dieser Judikatur an und hob § 166 erster Satz ABGB alt<sup>15)</sup> mit Wirksamkeit vom 1. 2. 2013 auf. Auch der VfGH hegte gegen eine Regelung, nach der die Obsorge für ein außer der Ehe geborenes Kind zunächst der Mutter allein zukommt, keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Erklärtes Ziel des KindNamRÄG 2013 war es, die Rechtslage fristgerecht an die geänderten verfassungs- und grundrechtlichen Voraussetzungen anzugeleichen. Daraus erklärt sich die Eile des Gesetzgebungsprozesses, die allen mit familienrechtlichen Fragen Befassten Einiges abverlangte.<sup>16)</sup>

Die Erk des EGMR und des VfGH betrafen zwar „nur“ die Rechtslage zur Obsorge bzw Sorge für außerhalb der Ehe geborene Kinder. Ihre Grundgedanken sind jedoch auch für die Rechtsstellung der Eltern ehelicher Kinder nach Scheidung oder Trennung bedeutsam. Auch hier konnte nach bisherigem Recht (§ 177 ABGB alt) beiden Elternteilen nach der Scheidung bzw Trennung nur dann die Obsorge gemeinsam zukommen, sofern und so lange darüber ein Einvernehmen bestand. Wenn eine solche Einigung nicht zustande kam oder ein Teil im Nachhinein davon abgenommen wollte, musste das Gericht zwingend einen Elternteil mit der alleinigen Obsorge betrauen.<sup>17)</sup> Nun mag man gegen die Übertragung der Grundwertungen der Erk Zaunegger und Sporer auf die Lage nach Trennung oder Scheidung ehelicher Eltern einwenden, dass die Situation nach dem vielfach konfliktreichen Auseinanderbrechen der Beziehung der Eltern nicht mit den Gegebenheiten bei der Geburt des unehelichen Kindes verglichen werden könne. Dem betroffenen Kind, dessen Wohl der EGMR und der VfGH offensichtlich im Auge hatten,<sup>18)</sup> kann allerdings ein genereller Ausschluss der Obsorge oder Sorge beider Elternteile im Einzelfall ebenso zum Nachteil gereichen wie einem außer der Ehe geborenen Kind. Und wenn es menschen- und grundrechtlich problematisch ist, dass ein bisher nicht berechtigter Elternteil ohne Zustimmung des anderen nicht „in die Obsorge hinein“ kann, dann muss das umso mehr für den Fall gelten, dass ein bisher berechtigter Elternteil „aus der Obsorge hinaus“ muss, weil der andere nicht mehr will. Dazu spielte in diese Frage auch das BVG über die Rechte von Kindern hinein,<sup>19)</sup> das in Art 1 dem Kindeswohl vorrangige Bedeutung einräumt. Zwischen ehelichen und außer der Ehe geborenen Kindern

<sup>14)</sup> EF-Z 2012/127 = JBI 2012, 783.

<sup>15)</sup> Siehe FN 6.

<sup>16)</sup> Das Begutachtungsverfahren wurde nach der politischen Einigung zur Neugestaltung des Obsorgerechts im Oktober 2012 eröffnet, die RV 2004 BlgNR 24. GP im NR am 13. 11. 2012 verabschiedet. Der JA behandelte die RV in zwei Sitzungen am 20. und 28. 11. 2012, wobei er eine öffentliche Anhörung von SV gem § 37 Abs 9 GOG durchführte. Im Plenum des NR und im BR wurde das Gesetzvorhaben im Dezember 2012 verabschiedet, die Legisvakanz nach der im Jänner 2013 erfolgten Kundmachung im BGBl betrug damit nur rund 3 Wochen.

<sup>17)</sup> Vgl Hopfin KBB<sup>3</sup> (2010) §§ 177 bis 177a Rz 6 und 7 mwN.

<sup>18)</sup> So auch die ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4.

<sup>19)</sup> BGBl I 2011/4; vgl dazu Fuchs, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 91; Barth, Das Bundesverfassungs-

differenziert dieses BVG nicht. Aus der Sicht des vorrangigen Kindeswohls lässt sich aber nur schwer vertreten, dass das fehlende Einvernehmen der Eltern in dem einen Fall Auswirkungen auf die Obsorge haben soll, im anderen aber nicht.

Der Gesetzgeber entspricht mit dem neu gestalteten Kindschaftsrecht der überaus dynamischen Entwicklung der Rsp des EGMR auf dem Gebiet des Familienrechts, die ihrerseits wieder in hohem Maße vom Vergleich der in den einzelnen MS des Europarats geltenden Regelungen geprägt ist. Ob und inwieweit das österr Recht damit auch künftigen Anforderungen des Gerichtshofs entsprechen kann, muss sich freilich erst noch weisen. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass die politische Lösung des Konflikts zwischen der Rechtsstellung der Mütter und dem Andrängen von Vätern zur Obsorge, nämlich die „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ nach § 180 ABGB neu, als Verletzung behaupteter grundrechtlich gesicherter Positionen angegriffen werden wird. Darüber hinaus wird sich die Frage stellen, ob aus dem Vergleich mit der Rechtslage in anderen Ländern nicht doch auch eine grundrechtliche Verpflichtung zur expliziten Anerkennung des sog „Wechselmodells“ resultiert. Und auch andere Lösungen des Gesetzes, insb das im Gesetzgebungsverfahren sehr umstr „alleinige Recht“<sup>20)</sup> des mit der hauptsächlichen Betreuung betrauten obsorgerechtigten Elternteils zur Bestimmung des Wohnorts des Kindes (§ 162 Abs 2 ABGB neu), werden den grundrechtlichen Lackmustest erst noch bestehen müssen. Insgesamt gesehen entspricht das österr Kindschaftsrecht aber mit der Reform wieder dem in anderen MS des Europarats maßgeblichen Standard, ja es geht in Teilen, etwa im Verfahrensrecht, auch darüber hinaus.

Auf die auf Grund der Rsp des EGMR zur Stieffkindadoption<sup>21)</sup> notwendigen Änderungen im Adoptionsrecht konnte das KindNamRÄG 2013 nicht mehr Bedacht nehmen, sie waren im Gesetzgebungsprozess trotz des anhängigen Verfahrens<sup>22)</sup> vor der Großen Kammer des EGMR auch kein Thema. Die gem Art 46 Abs 1 EMRK erforderliche Anpassung der Regelungen über die Annahme an Kindesstatt ist mit dem letzten familienrechtlichen Gesetzesvorhaben in der 24. GP, dem Adoptionsrechts-ÄnderungsG 2013,<sup>23)</sup> vorgenommen worden. Diese Nov hat das dem österr Recht inhärente Verbot der Stieffkindadoption durch homosexuelle Paare beseitigt. Zu einer weiter gehenden Regelung, insb die Zulassung der sog „Sukzessivadoption“ auch für homosexuelle Paare<sup>24)</sup> und damit für eine gänzliche Streichung des Adoptionsverbots in § 8 Abs 4 EPG, konnte sich der Gesetzgeber freilich nicht durchringen, hier konnte der erforderliche Konsens nicht herbeigeführt werden. Auch ließ der dringende Be-

---

gesetz über die Rechte von Kindern. Partielle Umsetzung der Kinderrechte-Konvention, iFamZ 2011, 60.

<sup>20)</sup> Siehe dazu die Feststellung des JA, JAB 2087 BlgNR 24. GP 3, wonach der sog „Domizilernteil“ den anderen Teil vor einem Umzug rechtzeitig informieren und sich um dessen Zustimmung bemühen muss, widrigfalls bei einem Umzug ins Ausland von einem widerrechtlichen Verbringen des Kindes in das Ausland im Verständnis des Haager Kindesführungs-Übk auszugehen ist. Zu dem Problemkreis s auch Fucik/Miklau, Aufenthaltsbestimmung und Rückstellung nach dem HKÜ, in Barth/Deixler-Hübner/G. Jelinek 165 mwN.

<sup>21)</sup> EGMR 19. 2. 2013, X ua/Österreich, 19.010/07, NLMR 1/2013, 47.

<sup>22)</sup> Das der EGMR erst nach Abschluss der parlamentarischen Beratungen und der Kundmachung des Gesetzesbeschlusses entschied.

<sup>23)</sup> Vgl dazu Simma, Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013, EF-Z 2013, 148.

<sup>24)</sup> BVerfG 19. 2. 2013, 1 BvL 1/11 EF-Z 2013/81 (Simma).

darf nach einer raschen Anpassung der vom EGMR als konventionswidrig erkannten Rechtslage keine weiter reichende Änderung des bereits in die Jahre gekommenen Adoptionsrechts zu.

## B. Gesellschaftliche Entwicklung

Erklärtes Anliegen des Gesetzgebers war es weiter, mit dem neuen Kindschaftsrecht der gesellschaftlichen Entwicklung seit der letzten großen Reform durch das KindRÄG 2001 Rechnung zu tragen. Zunächst ist hier die verhältnismäßig starke Zunahme der Anzahl und des Anteils außer der Ehe geborener Kinder seit dem Jahre 2001 zu nennen. 2001 wurden noch 24.944 Kinder außer der Ehe geboren; sie machten damals einen Anteil von 33,1% aller Geburten aus. 2011 waren das schon 31.522 Kinder mit einem Anteil von 40,4% an allen Geburten.<sup>25)</sup> Die Reform war schon vor diesem Hintergrund bestrebt, außer der Ehe und ehelich geborene Kinder zivilrechtlich endgültig gleichzustellen. Zwar hatte der Gesetzgeber die letzten substanziellem Unterschiede schon mit der Erbrechtsreform 1989<sup>26)</sup> und der Beseitigung der sog. „Amtsvormundschaft“ des KJHT im Rahmen der Anpassung des Familienrechts an das JugendwohlfahrtsG 1989<sup>27)</sup> beseitigt. Orientierungsrahmen für das Obsorgerecht war dennoch weiterhin das Verhältnis zwischen ehelichen Kindern und ihren Eltern. Diese Ausrichtung des Kindschaftsrechts hat das KindNamRÄG 2013 nunmehr aufgegeben. Der Gesetzgeber hat im ABGB den Begriff des unehelichen Kindes beseitigt, das Institut der Legitimation des Kindes durch den Bundespräsidenten aus dem ABGB<sup>28)</sup> gestrichen<sup>29)</sup> und das Namensrecht für eheliche und außer der Ehe geborene Kinder gleich gestaltet.

Das KindNamRÄG 2013 versucht darüber hinaus, geänderten Einstellungen und Rollenmodellen in der Erziehung von Kindern gerecht zu werden. Wie immer man die Aktivitäten und Aktionen der sog. „Väterbewegung“ bewerten mag, so lässt sich doch nicht in Abrede stellen, dass sich das Familienbild in einem Wandel befindet, der auch auf eine verstärkte Beteiligung der Väter an der Kindererziehung

<sup>25)</sup> ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 4.

<sup>26)</sup> Durch das ErbrechtsänderungsG 1989, BGBl 1989/656. Dazu etwa Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137; Schauer, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 70; Zankl, Das neue Erbrecht im Überblick, JAP 1990/1991, 118; Adensamer, Das Erbrechtsänderungsgesetz 1989, ÖA 1991, 6.

<sup>27)</sup> Durch das Kindschaftsrechts-ÄnderungsG 1989, BGBl 1989/162. Vgl. dazu Pichler, Neues im Kindschaftsrecht, JBl 1989, 677; Schwimann, Das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz – Eine Melodie mit verpatzter Orchestrierung, NZ 1990, 218.

<sup>28)</sup> An der verfassungsrechtlichen Befugnis des BP nach Art 65 Abs 2 lit d B-VG hat diese Streichung nichts geändert.

<sup>29)</sup> Die „Legitimation“ des Kindes durch die seiner Geburt nachfolgende Ehe (§ 161 ABGB alt) hat der Gesetzgeber von den zivilrechtlichen Wirkungen her beibehalten, zumal gem § 177 Abs 1 ABGB neu den Eltern eines unehelichen Kindes ab dem Zeitpunkt der Eheschließung die Obsorge zukommt. Die in § 92 AußStrG alt enthaltenen verfahrensrechtlichen Grundlagen für die Legitimation durch den Bundespräsidenten treten gem § 207i Abs 2 AußStrG neu erst mit 1. 1. 2016 außer Kraft. Diese längere Legisvakanz soll die Anpassung anderer Regelungsbereiche, in denen eheliche und uneheliche Kinder noch unterschiedlich behandelt werden und deshalb ein Bedarf nach deren Gleichstellung durch die Legitimation des Bundespräsidenten bestehen kann, ermöglichen (JAB 2087 BlgNR 24. GP 2).

hinausläuft. Diese Änderung hängt jedenfalls zT mit Sozial- und Transferleistungssystemen zusammen, etwa den verschiedenen Systemen des „Kindergeldes“, die auf größere Beiträge der Väter in der Pflege und Erziehung setzen. Auf diesen Wandel konnte das Kindschaftsrecht bislang keine überzeugenden Antworten geben, weil es für die Beibehaltung der Obsorge beider Teile im Fall der Trennung oder Scheidung der Eltern auf das Einvernehmen der Eltern ankam. Wenn sich die Eltern nicht einig waren, musste das ausnahmslos dazu führen, dass ein Teil allein die Obsorge erhielt, selbst wenn sich der andere bisher mindestens ebenso um das Kind und dessen Bedürfnisse gekümmert hatte. Hier sollte, insb mit den Regelungen zur Obsorge nach der Scheidung oder Trennung der Eltern, die Möglichkeit geschaffen werden, der gesellschaftlichen Entwicklung auch im Konfliktfall angemessen zu entsprechen. Dabei wurde der mit dem KindRÄG 2001 eingeführte Grundsatz, dass die Scheidung oder Trennung der Eltern eben nicht zur Trennung der Beziehungen zwischen beiden Elternteilen und dem Kind führen soll, weiter ausgebaut, indem für die Obsorge beider Teile nicht mehr auf deren Konsens, sondern auf die Interessen und das Wohl des Kindes abgestellt wird. Die Obsorge beider Teile nach der Scheidung oder Trennung soll damit „(eher) der Regelfall“<sup>30)</sup> denn die Ausnahme sein.

Die Reform bewegte sich hier auf politisch schwierigem Terrain, wurde doch der mit der Obsorge beider Teile verbundene Ausbau der Rechtsstellung (und Verantwortung) der Väter in der überaus heftigen frauen-, familien- und gesellschaftspolitischen Diskussion auch als Angriff auf die Rechtsposition und die wirtschaftliche Sicherung der Mütter und Kinder verstanden. Dieser Konflikt begleitete die Arbeiten an dem sonst in großen Teilen auf Konsens beruhenden Vorhaben von Anfang an, er war auch der Grund dafür, dass sich der Gesetzgeber nicht zu einer ungeschmälerten Obsorge beider Elternteile nach der Scheidung oder Trennung oder dazu entscheiden konnte, eine annähernd gleichmäßige Aufteilung der elterlichen Aufgaben und Rechte im sog „Wechselmodell“ zuzulassen.<sup>31)</sup>

Der gesellschaftlichen Entwicklung trägt das neue Recht aber auch im Namensrecht Rechnung. Hier berufen sich die Mat<sup>32)</sup> insb auf die Erfahrungen der Standesämter, nach denen das bisherige Ehe- und Familiennamensrecht den Bedürfnissen und Vorstellungen in der Bevölkerung nicht mehr entspricht. Das betrifft vor allem das Fehlen der Möglichkeit, für die Familie und damit auch für die Kinder einen Doppelnamen zuzulassen. Künftig bietet das Gesetz den Betroffenen eine breite Palette an Möglichkeiten zur Namenswahl und -bestimmung.

Auf die Vielfalt der Lebensverhältnisse, in denen Kinder heute aufwachsen, nehmen die neuen Regelungen für „Patchwork-Familien“ Bedacht. Im Besonderen ist hier auf die Vertretungsbefugnisse eines mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebenden Erwachsenen in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens verwiesen. Damit hat der Gesetzgeber dieses mit dem Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 für Ehegatten geltende Institut auf andere, nicht miteinander verheiratete Personen aus-

<sup>30)</sup> So ebenso treffend wie plakativ *Hinteregger, Familienrecht*<sup>6</sup> (2013) 220; OGH 6 Ob 41/13t EF-Z 2013/106.

<sup>31)</sup> Vgl dazu auch Beck, KindNamRÄG 2013: Zwischen Verfassungsrecht und Geschlechterkampf, iFamZ 2013, 37 (41), die freilich in ihrem Fazit die vorrangige Bedeutung, die die Reform dem Kindeswohl einräumt, nicht gelten lässt.

<sup>32)</sup> ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 6.

gedehnt. Die Neuregelung kann auch Kindern in sog „Regenbogenfamilien“, deren Eltern in einer Eingetragenen Partnerschaft oder homosexuellen Lebensgemeinschaft leben, zugutekommen.<sup>33)</sup>

Eine negative Seite der gesellschaftlichen Entwicklung, nämlich das immer noch virulente Problem von Gewaltbereignissen in der Familie, ist in den Reformarbeiten ebenfalls immer wieder thematisiert worden. Die Pläne zur Obsorge nach Scheidung oder Trennung der Ehe könnten – so der Tenor dieser Warnungen – zur Verfestigung des wirtschaftlich bedingten Machtgefälles zwischen Vätern und Müttern beitragen und letztlich zur Bagatellisierung von Gewaltbereignissen im Familienkreis führen. Der Gesetzgeber hat versucht, diesen Risiken und Gefahren entgegenzuwirken, nämlich durch die Anerkennung und Festschreibung des Interesses des Kindes an einer gewaltfreien familiären Umgebung (§ 138 Z 7 ABGB neu).

### C. Pflegschaftsverfahren als „psychosoziales Übel“

Wesentliche Neuerungen enthält die Reform für das Pflegschaftsverfahren. Zwar sind die Grundlagen für einen zeitgemäßen Umgang mit familiären Auseinandersetzungen um das Kind schon mit der Neugestaltung des Außerstreitrechts im Jahr 2005 geschaffen worden. Diese Regelungen haben sich in vielen Bereichen, auch in Obsorge- und Besuchsrechtssachen, sehr bewährt. Sie haben es aber nicht verhindern können, dass es in Obsorge- und Besuchsrechtsstreitigkeiten immer wieder zu Leerläufen, zu mitunter länger dauernden Stillständen, zur Missachtung gerichtlicher Anordnungen und Entscheidungen sowie zu hoch emotionalen und alle Seiten belastenden Konflikten kam. Man ist verleitet, vor dem Hintergrund dieser beileibe nicht ausgerissenen Fälle in Weiterführung von *Franz Kleins* Verdikt vom „Zivilprozess als soziales Übel“<sup>34)</sup> das Pflegschaftsverfahren als „psychosoziales Übel“ zu bezeichnen. Solche geradezu typischen Phänomene des Verfahrens wird das KindNamRÄG 2013 zwar nicht gänzlich beseitigen können, es wird weiterhin nicht zu verhindern sein, dass Eltern in einen veritablen Konflikt im „Kampf um das Kind“ geraten. Die Reform ist aber bemüht, bestimmte Wurzeln dieser Missstände, nämlich die lange Dauer der Verfahren, die Überforderung der Gerichte mit im Grunde genommen nicht-juristischen Fragen, die damit verbundenen Rollenkonflikte der zuständigen Familienrichter<sup>35)</sup> und auch die Überlastung der zuständigen Gerichtszweige mit der schieren Anzahl an Verfahren, zu minimieren. Das wird noch nicht von heute auf morgen zu schaffen sein. Die neuen verfahrensrechtlichen Instrumente sind aber wichtige Schritte zur Erfüllung der Forderung, den Kindern und Eltern einen modernen, ihren Bedürfnissen entsprechenden Rahmen zur Bewältigung familiärer Konflikte zur Verfügung zu stellen.

Zu einer gerichtlichen Verfahren und insb Auseinandersetzungen über das Besuchs- bzw Kontaktrecht obligatorisch vorgelagerten Schlichtung familienrechtlicher Auseinandersetzungen durch sozialarbeiterisch und psychologisch besetzte Schlich-

<sup>33)</sup> ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 18.

<sup>34)</sup> Siehe dazu *Lewisch*, Der Zivilprozess: Soziales Übel oder soziale Wohltat? in *BMJ/Rechberger/Lewisch* (Hrsg), 100 Jahre ZPO – Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (1998) 97.

<sup>35)</sup> ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 5 f.

tungsstellen konnte sich der Gesetzgeber nach langem Ringen aber nicht durchringen. Zu einem Teil wird die neu geschaffene Familiengerichtshilfe solche Schlichtungsfunktionen übernehmen, sie hat ua die Aufgabe, das Gericht bei der Anbahnung einer gütlichen Einigung zu unterstützen (§ 106a Abs 1 AußStrG neu). Darüber hinaus kann die Verpflichtung der Eltern, vor einer einvernehmlichen Scheidung eine „Erziehungsberatung“ in Anspruch zu nehmen und dies zu bescheinigen (§ 97 Abs 1a AußStrG), gewisse Impulse für eine gütliche Bereinigung der Auseinandersetzungen um das Kind liefern. Auch ist in diesem Kontext schließlich die Möglichkeit des Gerichts, die streitenden Eltern zur Teilnahme an einem Erstgespräch über Mediation oder über ein Schlichtungsverfahren zu verhalten (vgl § 107 Abs 3 Z 1 AußStrG neu), zu erwähnen. Solche Anreize zur einvernehmlichen Beilegung der Auseinandersetzungen kommen freilich erst nach der Anrufung des Gerichts durch einen der Beteiligten in Betracht. Zwingend verordnet vor Beginn des gerichtlichen Verfahrens wird das nicht, es liegt bei den Eltern, von sich aus und in eigener Verantwortung schon vor dem Gang zu Gericht fachlichen (außergerichtlichen) Beistand für die Bewältigung ihrer Auseinandersetzung zu suchen.

## **D. Neukodifizierung des Kindschaftsrechts – eine kleine Geschichte der Reform**

Ausgangspunkt und Anlass der Reformarbeiten waren – wie bereits erwähnt – die Folgen und Auswirkungen der Erk des EGMR zur Frage der Obsorge für uneheliche Kinder, aber auch die Probleme und Schwierigkeiten im pflegschaftsgerichtlichen Verfahren. Auf politischer Ebene wurden diese Fragen erstmals in einer Enquête des NR im Frühjahr 2010 umfassend diskutiert. In einer daraufhin vom BMJ gegründeten, breit und repräsentativ zusammengesetzten Arbeitsgruppe, in der das weitere Vorgehen beraten wurde, stellte sich heraus, dass der Reformbedarf weiter reicht und im materiellen Recht insb die Umschreibung des Kindeswohls sowie die Regelung des persönlichen Kontaktes zwischen Eltern und Kind, im Verfahrensrecht die Beschleunigung der Verfahren und die Erweiterung der Handlungsinstrumente des Pflegschaftsgerichts umfasst. Zu vielen Fragen konnte trotz der rechts-, gesellschafts- und frauenpolitischen Differenzen über die Obsorge nach der Scheidung eine Annäherung erreicht werden.

Parallel dazu und unabhängig von den Obsorge- und Besuchsrechtsfragen arbeitete das BMJ an einer Neugestaltung des Namensrechts, wobei es hier ua darum ging, die Bildung eines Doppelnamens für Kinder zu ermöglichen, zwecks Vereinfachung von Verwaltungsabläufen den Erwerb des Vaternamens durch uneheliche Kinder zu erleichtern sowie den Eltern (und den BezVerwBeh) den verhältnismäßig aufwendigen Weg einer verwaltungsbehördlichen Namensänderung zu ersparen.<sup>36)</sup> Beide Reformvorhaben wurden im Frühjahr 2012 zu einem Gesamtentwurf vereinigt.

Auf Grund des Umfangs der schon damit verbundenen Eingriffe in den kindschaftsrechtlichen Normenbestand wurde letztlich entschieden, das aus verschiedenen „Rechtsschichten“ bestehende und teils zersplitterte Kindschaftsrecht neu zu

---

<sup>36)</sup> Siehe die ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7 f.

ordnen<sup>37)</sup> und dieses Hauptstück des Gesetzbuchs gänzlich neu zu kodifizieren. Das Reformvorhaben eröffnete damit die Gelegenheit, die dem bisherigen Recht nach wie vor inhärente Differenzierung zwischen den Folgen der ehelichen und der unehelichen Geburt zu beseitigen,<sup>38)</sup> diese seit jeher bestandene Schwachstelle des österr Kindschaftsrechts zu überwinden<sup>39)</sup> und zusätzlich auch noch die leidigen Diskussionen über die Verfassungskonformität des (Ehe-)Namensrechts<sup>40)</sup> abzuschließen. Zugeleich bildet das KindNamRÄG 2013 nun den Startschuss für die schon von verschiedenen Seiten angemahnte Reform des ABGB in Teilschritten<sup>41)</sup>, dies gerade in einem Rechtsbereich, der für die Bürgerinnen und Bürger von zentraler Bedeutung ist.

### III. Folgen der Reform

#### A. Kind im Mittelpunkt

Diese doch umfangreichen Änderungen haben nun einige bemerkenswerte Verschiebungen im geltenden Kindschaftsrecht bewirkt, auch wenn das „Normenmaterial“ überwiegend nicht inhaltlich geändert wurde. Das betrifft zunächst den Stellenwert, den der Gesetzgeber dem Kind, seinen Interessen und Rechten, einräumt. Bislang beschränkt sich § 178 a ABGB alt zur „Berücksichtigung des Kindeswohls“ auf die eher dürre Aussage, dass hier auf die Persönlichkeit des Kindes und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten, sowie auf die Lebensverhältnisse der Eltern zu achten ist. Die Rsp hat sich von dieser Zurückhaltung des Gesetzgebers nicht irritieren lassen, das Wohl des Kindes als ein Grundprinzip des Pflegschaftsverfahrens behandelt und diesen Grundsatz in den unterschiedlichsten Konstellationen, die keineswegs nur die Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten betreffen, angewandt. Sie versteht diesen mehrdimensionalen Begriff anlassbezogen als das körperliche, geistige und seelische Wohlbefinden des Kindes.<sup>42)</sup>

§ 138 ABGB neu schreibt diese Linie fort, dies aber auf gesetzlicher Ebene und in einer Art und Weise, die die gesamte Lebenswelt des Kindes umfasst. Die Bestim-

<sup>37)</sup> Siehe etwa *Fischer-Czermak*, Reformbedarf im Familienrecht – Systematik und aktuelle Reformvorhaben, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Civilrechtsreform (2008) 215.

<sup>38)</sup> Faktisch verbleiben nur mehr zwei wesentliche – sachlich gerechtfertigte – Unterschiede im Zivilrecht, nämlich erstens bei der Frage der „Abstammung vom Vater“, die nach § 144 ABGB neu durch die Geburt in der Ehe bzw in zeitlicher Nähe zur Ehe mit der Mutter oder sonst durch die Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft bewirkt wird, und zweitens bei der Obsorge, die nach der Geburt gem § 177 Abs 2 ABGB neu nach wie vor der nicht verheiratenen Mutter des Kindes zukommt.

<sup>39)</sup> Zur Rechtsentwicklung s etwa *Neumayr*, Die Entwicklung des Kindschaftsrechts – Vom 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart, in FS 200 Jahre ABGB I (2011) 495; *Kathrein*, Die Pro- be der Erfahrung – Soziale Aspekte im ABGB, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1103 (1106 ff).

<sup>40)</sup> Vgl zuletzt etwa *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), *Klang*<sup>3</sup> § 94 Rz 11; *Hinteregger*, Familienrecht<sup>4</sup> (2009) 58 (FN 107).

<sup>41)</sup> Siehe aus der Lit jüngst *Schauer*, 200 Jahre und immer noch weise? – Von der Lebens- kraft des ABGB heute, JBL 2012, 23 (27 f).

<sup>42)</sup> Vgl etwa OGH 1 Ob 2396/96a EFSIg 84.218; LGZ Wien 48 R 106/05a EFSIg 110.906; uva.