



Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER  
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22  
1040 WIEN  
T 01 501 65  
www.arbeiterkammer.at  
DVR 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel <b>501 65</b> Fax <b>501 65</b>	Datum
BMJ- Z4.500/0046-I 1/2012	AR-GStBAK/Ap	Dvorak	DW 2221 DW 2471	31.10.2012

Bundesgesetz, mit dem das Kindschafts- und Namensrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührgesetz und das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung geändert werden (Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2012 – KindNamRÄG 2012)

Die Bundesarbeitskammer dankt für die Übermittlung des Entwurfs und nimmt dazu wie folgt Stellung:

### **1. Allgemeine Vorbemerkungen**

Der vorliegende Gesetzesentwurf adressiert eine Fülle familienrechtlicher Themen und schlägt teilweise sehr weitreichende Änderungen der bisher geltenden Rechtslage vor. Zu den aus Sicht der Bundesarbeitskammer wichtigsten Schwerpunkten des Entwurfs wird eingangs zusammenfassend wie folgt Stellung genommen:

#### **1.1. Namensrecht**

Die im vorliegenden Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Änderungen des Namensrechts werden ausdrücklich begrüßt. Die geplante umfassende Neuordnung dieses Rechtsbereichs stellt eine notwendige und gleichzeitig wegweisende Modernisierung dar und findet ohne jeden Vorbehalt die volle Zustimmung der Bundesarbeitskammer.

## 1.2. Gleichbehandlung unehelicher Kinder

Auch die Aufhebung der begrifflichen Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern ist als symbolischer Schritt der Modernisierung des Familienrechts grundsätzlich zu begrüßen. Dass der Gesetzgeber auch künftig in verschiedenen Zusammenhängen an der Ehelichkeit bzw Nichteelichkeit von Kindern anknüpfen soll, scheint sachlich geboten: In Übereinstimmung mit der Judikatur des EGMR in den Sachen Zaunegger und Sporer sowie mit dem VfGH-Erkenntnis vom 28.06.2012 zu G 114/11-12 ist davon auszugehen, dass der eheliche Vater eine Verantwortung gegenüber dem Kind eingegangen ist, die vom unehelichen Vater nicht notwendigerweise zu erwarten ist, weshalb die Zuteilung der alleinigen Obsorge für uneheliche Kinder dringend geboten erscheint. Dies dient, wie auch die erläuternden Bemerkungen feststellen, dem Schutz des unehelichen Kindes. Wenn also im Gesetzesentwurf von einer „Gleichbehandlung“ von ehelichen und unehelichen Kindern spricht, dann folgt er hier sinnvollerweise dem Grundsatz, Gleiches gleich und Ungleiches dementsprechend zu regeln.

Im Zuge der weitreichenden Begriffsumstellung sollten mögliche Regelungslücken aber jedenfalls vermieden werden, hierzu wird in weiterer Folge eine Ergänzung von §179 ABGB neu angeregt und näher begründet.

Insoweit nun im Kindschaftsrecht weniger an formale Kriterien, als verstärkt am faktischen Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft angeknüpft wird und die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wiederholt die wachsende gesellschaftliche Bedeutung und die Gleichwertigkeit unehelicher Familienstrukturen betonen, so ist zu hoffen, dass der bereits wiederholt von der Bundesarbeitskammer geäußerten Anregung Rechnung getragen wird, in einem weiteren legislatischen Schritt auch in anderen Bereichen des Familienrechts dem enormen Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Lebensgemeinschaften nachzukommen. Wenn der Gesetzgeber nunmehr das Kindschaftsrecht den Bedürfnissen der „großen Anzahl“ von „intakten eheähnlichen Lebensgemeinschaften“ anpassen soll, so ist derartiges auch für die Regelung von Unterhalt, Aufteilung des in der Lebensgemeinschaft erworbenen Vermögens und insbesondere der gemeinsam bewohnten Wohnung zu erwarten. Gerade die Frage der Bestandssicherheit der gemeinsam bewohnten Wohnung ist im Falle einer Trennung auch im Kindeswohl dringend zu klären.

## 1.3. Obsorge

Die Bundesarbeitskammer spricht sich grundsätzlich für klare Verhältnisse bei der Obsorge aus und hat ihre Vorbehalte gegenüber der gemeinsamen Obsorge geschiedener Eltern ex lege bereits anlässlich des Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 2001 zum Ausdruck gebracht. Insoweit kein übereinstimmender Wille zur Ausübung der gemeinsamen Obsorge besteht, ist zu befürchten, dass eine gemeinsame Obsorge gerade in problematischen Konfliktfällen zu einer weiteren Eskalation beiträgt und damit auch dem Kindeswohl abträglich ist. Die geplante gerichtliche Anordnungsbefugnis der gemeinsamen Obsorge gegen den Willen eines Elternteils wird daher grundsätzlich kritisch beurteilt.

Auch nach den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 03.12.2009, Zaunegger gegen Deutschland, BeschwerNr. 22028/04, und vom 03.02.2011, Sporer gegen Österreich, BeschwerNr. 35637, auf die in den erläuternden Bemerkungen verwiesen wird, kann nach unserer Auffassung kein Gebot zur gemeinsamen Obsorge gegen den Willen eines Elternteiles abgeleitet werden, sehr wohl allerdings zur Gleichbehandlung von unverheirateten bzw geschiedenen Elternteilen, die Obsorgerechte begehren. Zudem erscheint ein Antragsrecht unverheirateter Väter, die Obsorge zugesprochen zu bekommen, wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht, grundrechtlich erforderlich.

Mit der Aufhebung von § 166 erster Satz alt ABGB per 31.01.2013 durch die Entscheidung des VfGH vom 28.06.2012 zu G 114/11-12 – der VfGH verlangte eine wirksame gerichtliche Überprüfung von Obsorgeanträgen unverheirateter Väter – bestand allerdings dringender Regelungsbedarf, um eine kaum zielführende automatische gemeinsame Obsorge beider Elternteile unehelicher Kinder ab 01.02.2013 zu vermeiden.

In diesem Kontext und unter Berücksichtigung früherer Gesetzesentwürfe wird ausdrücklich begrüßt, dass der nunmehrige Vorschlag eine automatische gemeinsame Obsorge unverheirateter Eltern **nicht** vorsieht und die Entscheidung über die gemeinsame Obsorge im Einzelfall und nach Maßgabe des Kindeswohls zu treffen ist. Sachgerecht erscheint zudem, dass auch künftig in Fällen der gemeinsamen Obsorge festzulegen sein wird, im Haushalt wessen Elternteils das Kind hauptsächlich betreut wird.

Gleichzeitig ist jedoch zu betonen, dass gerade wegen der vom Gesetzesentwurf intendierten detaillierten gerichtlichen Abwägung des Kindeswohls vor einer Obsorgeentscheidung ein enormer personeller Mehrbedarf bei den Gerichten zu erwarten ist. Wird dafür durch entsprechende Aufstockung der Planposten nicht unverzüglich Vorsorge getroffen, so ist zu erwarten, dass es zu einer erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer kommt. Gleichzeitig wären zudem dem gesetzgeberischen Willen zuwiderlaufende schematische Entscheidungen in der Frage der gemeinsamen Obsorge zu befürchten. Die Notwendigkeit der Schaffung zusätzlicher Ressourcen betrifft insbesondere auch den möglichst raschen und flächendeckenden Ausbau der Familiengerichtshilfe.

#### 1.4. Rahmenbedingungen zur gemeinsamen Wahrnehmung von Obsorgepflichten

Im Rahmen der parlamentarischen Enquete zur gemeinsamen Obsorge am 24.06.2010 wurde seitens der Männerforschung betont, dass ein Bestehen guter Vater-Kind-Beziehungen weniger mit gerichtlichen Obsorgeentscheidungen zu tun hat, als mit der Vaterrolle, die bis zur Beendigung einer Beziehung eingenommen wurde (III-162 dB StProt NR XXIV. GP, 29f). Der Fokus der Debatte über die Ermöglichung stabiler Eltern-Kind- und insbesondere stabiler Vater-Kind-Beziehungen sollte daher sinnvollerweise weg vom Obsorgerecht und hin zur Ermöglichung partnerschaftlicher Betreuungsstrukturen in aufrechter Ehe bzw Lebensgemeinschaft verschoben werden. Dies setzt, wie bei der parlamentarischen Enquete festgestellt wurde, insbesondere eine Änderung der Struktur der Aufteilung von Erwerbs- und unbezahlter Pflege- und Erziehungsarbeit voraus.

In diesem Zusammenhang ist es aus Sicht der Bundesarbeitskammer notwendig, auf die dafür erforderlichen arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen aufmerksam zu machen, bei deren Verbesserung für Väter auch seitens des Gesetzgebers noch Handlungsbedarf besteht. Dazu zählen – nach der Einführung des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes – insbesondere die Einführung eines Papamonats, Maßnahmen zur Sensibilisierung der Betriebe und der Bewerbung der Inanspruchnahme von Karenz und Elternteilzeit für Väter, eine Ausweitung der Elternteilzeit auf alle Betriebe und der Einführung einer Arbeitszeitgrenze als weitere Wahlmöglichkeit bei den Zuverdienstgrenzen zum Kinderbetreuungsgeld.

#### 1.5. Besuchsrecht

Die Frage des Besuchsrechts ist zweifellos einer der emotionalsten Dauerbrenner in Scheidungs- und Trennungskonflikten. Die Schaffung von „Besuchsmittlern“ als vermittelnde Instanz im Rahmen des Außerstreitgesetzes wird grundsätzlich begrüßt. Auch die beabsichtigte Beschleunigung von Entscheidungen zu Besuchskontakten nach einer Trennung wird grundsätzlich begrüßt.

Wesentlich wird aber auch in diesem Bereich sein, dass seitens des Bundes dafür ausreichende Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Diese sollten auch ohne Kostenbelastung für die Eltern zugänglich sein.

Zu den Gesetzesvorschlägen wird im Einzelnen wie folgt Stellung genommen:

§§ 93 bis 93c bzw. §§ 155 bis 157 ABGB neu:

Wie einleitend festgestellt, begrüßt die Bundesarbeitskammer die geplante Neugestaltung des Namensrechts vorbehaltlos. Der Gesetzesentwurf schafft hier eine symbolisch wichtige und der Lebensrealität vieler Menschen entsprechende Modernisierung und beseitigt Reste überkommener patriarchaler Traditionen des österreichischen Namensrechts.

Wesentlich erscheint, dass durch § 1503 Abs 1 Z 4 ABGB die Möglichkeit geschaffen wird, ab 01.06.2013 die vor dem In-Kraft-Treten der neuen Namensregeln angenommenen Familiennamen entsprechend der neuen Gesetzeslage neu zu bestimmen. Begrüßt wird auch, dass das Kind mangels eines gemeinsamen Familiennamens bzw. einer gemeinsamen Bestimmung den Namen der Mutter trägt, was wohl in Hinblick auf den Rechtsgrundsatz „Mater semper certum est“ nur logisch erscheint.

§ 137 ABGB neu:

Abs 2 letzter Satz fordert die Eltern dazu auf, die Ausübung der Obsorge einvernehmlich auszuüben, soweit dies „tunlich und möglich“ sei. Die erläuternden Bemerkungen führen dazu aus, dass diese Bestimmung so zu verstehen sei, dass in Obsorgeangelegenheiten des „täglichen Lebens“, also Entscheidungen, die „keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben“, ein Einvernehmen nicht notwendig sei. Die Tun-

lichkeit der Herstellung des Einvernehmens hänge auch davon ab, inwieweit sich der andere Elternteil z.B. bereits bei aufrechter Ehe bei derartigen Fragen eingebracht habe. Die Einfügung des Kriteriums der Tunlichkeit ist nach diesem Verständnis offenbar auch als Schutz vor Schikanen bei der Ausübung der Obsorge gedacht. Dies ist selbstverständlich begrüßenswert, zeigt aber gleichzeitig sehr deutlich die grundsätzlichen Risiken, die nach einer Trennung mit der gemeinsamen Obsorge verbunden sind, auf und bietet dagegen auch nur bei „nicht schwer abzuändernden“ Entscheidungen Schutz.

#### § 138 ABGB neu:

Das Vorhaben des Gesetzgebers, das Kindeswohl mit einer Legaldefinition im ABGB zu verankern, ist grundsätzlich unterstützenswert. Die erläuternden Bemerkungen weisen den Ziffern 1-12 demonstrative Bedeutung zu und führen aus, dass in jedem Einzelfall eine gesonderte Gewichtung der einzelnen Punkte zu erfolgen hat. Aufgrund der hohen Bedeutung, die dem Begriff des Kindeswohls beizumessen ist, wäre es daher dringend erforderlich, dass der Gesetzgeber notwendige Einschränkungen bei der Z 9 (Kontakte zu beiden Elternteilen), die die erläuternden Bemerkungen unter „bestimmten Umständen“ für selbstverständlich halten, auch ausdrücklich im Gesetz festhält: Gewaltsame Übergriffe auf das Kind oder wichtige Bezugspersonen, massive Kränkungen oder die Vernachlässigung des Kindes machen Kontakte mit dem die Rechte des Kindes verletzenden Elternteil nicht nur zu *keinem* wichtigen Element des Kindeswohls, sondern sind dem Kindeswohl eindeutig abträglich. Der Gesetzestext muss daher klar definiert sein, um bei gerichtlichen Entscheidungen in dieser Eindeutigkeit einzufließen.

Vorgeschlagen wird daher folgende Erweiterung des § 138 Z 9 ABGB:

*„verlässliche Kontakte des Kindes zu beiden Elternteilen und wichtigen Bezugspersonen sowie sichere Bindungen zu diesen Personen, sofern sich diese Personen durch ihr Handeln oder Unterlassen nicht in Widerspruch zu den in den Ziffern 1, 2, 3, 7, 8 oder 10 genannten Elementen des Kindeswohls setzen.“*

#### Zu § 139 ABGB neu:

Bereits in der Novelle zum FamRÄG 2009 wurden in § 137 Abs 4 ABGB sowie im gleichzeitig geschaffenen § 90 Abs 3 ABGB entsprechende Verantwortlichkeiten für den „Stiefelternanteil“ für den Fall der Verhinderung der/des Obsorgeberechtigten geschaffen.

Damit ist auch für LebensgefährtnInnen klargestellt, dass sie im Sinne des Kindeswohls zu handeln haben.

In den Erläuterungen dazu wird ausgeführt: Sind beide leiblichen Elternteile mit der Obsorge betreut, so müssen beide verhindert sein, damit eine Vertretung (des Stiefelternanteils, des Partners/der Partnerin) erforderlich sein kann. Folglich muss immer der Wille des anderen mit der Obsorge betrauten (leiblichen) Elternteils befolgt werden.

Nicht in allen Fällen (medizinische Notfälle etc), bei denen eine rasche Entscheidung bzw schnelles Handeln notwendig ist, wird es möglich sein, mit den leiblichen Elternteil in Kontakt zu treten um dessen Meinung bzw dessen Entscheidung einzuholen. Es stellt sich hier die Frage, ob sich Konsequenzen für den Stiefelternteil ergeben können, wenn der andere obsorgeberechtigte leibliche Elternteil mit einer Entscheidung nicht konform geht.

In diesem Zusammenhang ist die Forderung der Bundesarbeitskammer zu wiederholen, dass es anknüpfend an die Verantwortlichkeiten gemäß § 139 ABGB neu, aber auch an die des § 90 Abs 3 ABGB (eheliche Beistandspflichten), Stiefeltern (EhepartnerInnen, eingetragene PartnerInnen, LebensgefährtnInnen) und für leibliche Elternteile, die nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind leben, die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Pflegefreistellung (gemäß Urlaubsgesetz) für das Kind des Partners/der Partnerin gesetzlich eingeräumt werden sollte.

§ 162 ABGB neu:

Die Einfügung des Abs 2, demzufolge der hauptsächlich betreuende Elternteil das alleinige Wohnortbestimmungsrecht hat (und zwar im In- und Ausland), ist eine wichtige Klarstellung. Wie auch die erläuternden Bemerkungen aussprechen, soll damit ein Auseinanderfallen von Betreuungspflichten und -rechten in dieser Hinsicht vermieden werden, das in der Literatur auch berechtigten Anlass zur Sorge über eine „Wiedereinführung der väterlichen Gewalt durch die Hintertür“ gegeben hat. (*Miklau*, Gemeinsame Obsorge, Kindesentführung und VO Brüssel IIa, IFamZ 2010, 133). Die nun vorgeschlagene dringend notwendige Regelung unterstreicht gleichzeitig aber erneut die grundsätzliche Ambivalenz der gemeinsamen Obsorge nach einer Trennung der Eltern beim Fehlen einer entsprechenden Übereinstimmung.

§ 177 ABGB neu:

Abs 2 sieht zunächst eine verfassungskonforme Wiederherstellung des Status quo vor: Sind die Eltern bei der Geburt unverheiratet, so ist zunächst die Mutter alleine obsorgeberechtigt. Sowohl EGMR, als auch VfGH hatten in ihren einschlägigen Entscheidungen keinen Zweifel offen gelassen, dass gegen diese gesetzliche Obsorgezuteilung keine grundrechtlichen Einwände bestehen, sofern unverheiratete Väter nicht von einer gerichtlichen Obsorgeprüfung unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls ausgeschlossen werden. Dies erscheint auch weiterhin sachgerecht, weil auch künftig die Mutterschaft von vornherein eindeutig ist, die Bereitschaft zur Übernahme väterlicher Verantwortung bei der Geburt jedoch keineswegs in allen Fällen geklärt ist und die Übertragung der alleinigen Obsorge schon aus diesem Grunde zur Rechtsklarheit beiträgt.

Abs 2 regelt darüber hinaus aber auch das Prozedere für die Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge bei unverheirateten Eltern: Diese soll nun nicht mehr vor Gericht, sondern vor dem Standesbeamten „bestimmt“ werden. Um – wie die erläuternden Bemerkungen ausführen – „der Befürchtung entgegenzuwirken, die Mutter könnte unter Druck gesetzt werden, einer Obsorge beider Eltern zuzustimmen“ - soll sie von jedem Elternteil innerhalb von acht Wochen einseitig vor dem Standesbeamten widerrufen werden können.

Die Bundesarbeitskammer hegt Zweifel, ob ein so weitreichender Rechtsakt wie die Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge tatsächlich von den Gerichten weg verlagert werden sollte. Wie die erläuternden Bemerkungen zutreffend ausführen, sind beim Standesamt unmittelbar nach der Geburt personenstandsrechtlich relevante Beurkundungsmaßnahmen vorzunehmen, die also primär formalen Charakter haben. Es erscheint fraglich, ob dies dem Charakter der weit in die Rechtsposition der Eltern und des Kindes eingreifenden gemeinsamen Obsorge entspricht. Auch wenn die StandesbeamtInnen zweifellos nach bestem Wissen und Gewissen agieren, scheint schwer vorstellbar, dass unmittelbar nach der Geburt und im Kontext eines einfachen Verwaltungswegs eine seriöse Rechtsbelehrung zum Thema Obsorge möglich ist. Die zeitliche und räumliche Trennung der personenstandsrechtlichen Beurkundungen und der Obsorgevereinbarung erscheint aus diesen Gründen durchaus sinnvoll.

Unabhängig von der Zuständigkeit für die Obsorgevereinbarung erscheint aus Sicht der Bundesarbeitskammer jedenfalls wesentlich, dass ausreichende rechtliche Information (jedenfalls schriftlich, nach Möglichkeit auch mündlich) auch muttersprachlich angeboten wird.

Das Widerrufsrecht erscheint gerade in Hinblick auf die durch Erschöpfung, Freude und die schlagartige Veränderung der Lebenssituation geprägte emotionale Ausnahmesituation unmittelbar nach der Geburt erforderlich zu sein. Diese Regelung wird daher in ihrem Grundsatz stark befürwortet. Klargestellt werden sollte in den Materialien oder im Gesetz selbst noch, dass es sich bei der Frist nach Abs 2 um eine verfahrensrechtliche Frist handelt und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand jedenfalls zulässig ist. In Hinblick auf die bereits angesprochene Ausnahmesituation nach der Geburt wird zudem eine zeitliche Angleichung der Widerrufsfrist an die im Gesetz vorgesehene Phase der „vorläufigen elterlichen Verantwortung“ angeregt.

Die erforderliche Festlegung eines hauptsächlich betreuenden Elternteils im Rahmen der Obsorgevereinbarung erscheint jedenfalls sachgerecht und sinnvoll, um für das Kind ein stabiles Lebensumfeld zu schaffen.

Die in Abs 3 vorgesehene Notwendigkeit, den überwiegend betreuenden Elternteil mit der gesamten Obsorge zu betrauen wird ausdrücklich begrüßt.

§ 179 ABGB neu:

Aufgrund der begrifflichen Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder knüpft der vorgeschlagene Gesetzestext nunmehr am Bestehen oder Nichtbestehen der häuslichen Gemeinschaft an.

Durch diese weitreichende und an sich positiv bewertete Veränderung gerät aber eine durchaus relevante Sachverhaltskonstellation begrifflich aus dem Blick und droht eine schwerwiegende Regelungslücke zu entstehen, nämlich im Falle einer erfolgten Scheidung unter Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft.

Das Gesetz sieht nunmehr vor, dass die gemeinsame Obsorge bei Trennung aufrecht bleibt, sofern keine abweichende Vereinbarung geschlossen wird. Die Eltern müssen vor Gericht aber jedenfalls eine Vereinbarung darüber schließen, wer der hauptsächlich betreuende Elternteil ist. Kommt diese Vereinbarung *nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft* nicht zustande, entscheidet das Gericht nach § 180 ABGB neu. § 55a EheG soll dahingehend geändert werden, dass auch eine einvernehmliche Scheidung nur bei Abschluss einer Obsorgevereinbarung zulässig ist. Ausgerechnet bei jenen strittigen Scheidungen, bei denen eine häusliche Gemeinschaft bestehen bleibt (etwa bis zum Abschluss der Vermögensaufteilung und der Zuweisung der Ehewohnung) und die daher besonders konfliktanfällig sind, sieht das Gesetz kein gerichtliches Aktivwerden vor, durch das eine dem Kindeswohl angemessene Obsorgeregelung (samt Regelung von Kontaktrecht, Kindesunterhalt, Pflege und Erziehung) sichergestellt wird. Gerade in der oben beschriebenen Sachverhaltskonstellation erscheint es im Sinne der Deeskalation und zur Vermeidung von Konflikten auf dem Rücken des Kindes jedoch dringend geboten, dass es nicht einem Elternteil zugemutet wird, einen Antrag auf alleinige Obsorge zu stellen, sondern dass das Gericht tätig wird, um auf eine Vereinbarung der Eltern hinzuwirken.

Es wird daher angeregt, § 179 um einen dritten Absatz zu ergänzen und dem Gericht aufzutragen, im Falle einer strittigen Scheidung die Eltern zum Abschluss einer Obsorgevereinbarung aufzufordern und bei Nichtzustandekommen einer solchen Vereinbarung darüber zu entscheiden.

§ 180 ABGB neu:

Vermisst wird in § 180 Abs 1 ABGB neu zunächst das Recht des alleine obsorgeberechtigten Elternteils, die Beteiligung des anderen Elternteils an der Obsorge zu beantragen und dem Gericht nach Maßgabe des Kindeswohls die Entscheidung darüber zu überlassen. Es bestünde auch in diesem Zusammenhang ein gewisses Ungleichgewicht, die Wahrnehmung von Obsorgerechten und -pflichten ausschließlich dem Belieben des bislang nicht-obsorgeberechtigten Elternteils zu überlassen. Hier entstünde ein „Blockaderecht“ des nicht-obsorgeberechtigten Elternteils (in der Regel des Vaters), während die häufig kritisierte Beseitigung eines solchen „Blockaderechts“ des alleine obsorgeberechtigten Elternteils (in der Regel der Mutter) auch ein Anstoß für die vorliegende Gesetzesinitiative war. Es wird daher angeregt, den Gesetzesentwurf in dieser Hinsicht zu ergänzen und auch ein entsprechendes Antragsrecht des alleine obsorgeberechtigten Elternteils vorzusehen.

§ 180 ABGB neu sieht aber va ein völlig neues Verfahren für die Entscheidung über die Zuteilung der gemeinsamen bzw der alleinigen Obsorge vor, die „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“. Wird eine Änderung der Obsorge beantragt, so wird - „sofern dies dem Kindeswohl entspricht“ - unter Wahrung der bisherigen Obsorgeregelung einem Elternteil die hauptsächliche Betreuung zugewiesen, während der andere ein über das normale Besuchsrecht hinausgehendes Kontaktrecht erhält, das eine Wahrnehmung von Pflege- und Betreuungspflichten beinhaltet. Nach dieser sechsmonatigen Probephase entscheidet das Gericht. Der Grundgedanke hinter diesem Konzept, die Fähigkeit zur alleinigen bzw. gemeinsamen Wahrnehmung der Obsorge gerichtlich beobachtet zu erproben, erscheint – unter der dis-

kussionswürdigen Prämisse der erzwingbaren gemeinsamen Obsorge - grundsätzlich sinnvoll und werden die dabei gewonnenen Erfahrungen in einigen Sachverhaltskonstellationen bei der Entscheidungsfindung zweifellos sehr hilfreich sein.

So ist bereits begrifflich bei der „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ an jene Sachverhaltskonstellationen zu denken, in denen zB der unverheiratete Vater eines kleinen Kindes einen entsprechenden Antrag stellt. In diesem Kontext ist auch die mit der geplanten Gesetzesänderung verbundene beschleunigte Kontaktregelung aus Sicht der Bundesarbeitskammer sehr zu begrüßen.

Zweifelhaft erscheint jedoch der Nutzen einer „Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung“ in jenen Fällen, in denen die Obsorge bereits jahrelang unter vergleichbaren beruflichen Bedingungen gemeinsam ausgeübt wurde und daher ausreichende Erfahrungswerte für eine gerichtliche Entscheidung vorliegen. Es sind in der Regel gerade diese Erfahrungswerte, die eine gerichtliche Entscheidung, etwa über eine alleinige Obsorge, überhaupt notwendig machen. Hier deutet ja bereits begrifflich alles darauf hin, dass eine Phase „vorläufiger“ elterlicher Verantwortung längst überholt ist. Es ist davor zu warnen, dass gerade in solchen Sachverhaltskonstellationen, in denen im Rahmen der gemeinsamen Obsorge verstärkt Konflikte auftreten, durch die „vorläufige elterliche Verantwortung“ im Vorfeld einer Entscheidung über die alleinige Obsorge es zu einer Konflikteskalation zu Lasten des Kindes kommt.

Angeregt wird zudem, im Gesetz auch eine Möglichkeit bzw. die Bedingungen für den Abbruch der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung vorzusehen, sofern das Verhalten eines der Elternteile dem Kindeswohl zuwiderläuft oder die Phase zu einer Eskalation von Elternkonflikten führt, die dem Kindeswohl abträglich sind. § 107 Abs 2 AußStrG zielt derzeit, wie auch aus den erläuternden Bemerkungen zu schließen ist, auf derartige Situationen nicht ab.

Ebenfalls wünschenswert wäre eine ausdrückliche Klarstellung, dass die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung in Fällen der Gewalt jedenfalls ausgeschlossen ist bzw sofort abgebrochen wird. Dies könnte (ergänzend) auch durch die im Katalog des § 138 ABGB angeregte Änderung erfolgen.

Die Regelung des § 180 ABGB neu setzt jedenfalls eine sehr detaillierte, zeit- und arbeitsaufwendige Begleitung und Beobachtung durch die Gerichte voraus. Ein Aufstocken der Richterplanstellen und ein flächendeckendes Bereitstehen der Familiengerichtshilfe kann in diesem Zusammenhang kein Fernziel je nach budgetären Möglichkeiten sein, es ist vielmehr unerlässlich, um die in den erläuternden Bemerkungen dargelegten Intentionen des Gesetzes einigermaßen zu erfüllen.

Werden diese Ressourcen nicht zeitgerecht bereitgestellt, so ist zu bezweifeln, dass die im Gesetz mehrfach angesprochene Einzelfallbeurteilung unter individueller Berücksichtigung des Kindeswohls tatsächlich in der notwendigen Differenzierung erfolgen kann und wäre zu

befürchten, dass entgegen der gesetzgeberischen Intention durch Überlastung der Gerichte eine quasi-automatische Obsorgeregelung entsteht.

Zu § 187 ABGB neu und § 107 AußStrG:

Die Bundesarbeitskammer befürwortet Maßnahmen, die eine effiziente und zügige Regelung von Kontaktrechten zwischen Eltern und Kindern im Falle der Trennung begünstigen. In diesem Zusammenhang wird auch die vorgesehene Änderung von § 107 Abs 2 AußStrG begrüßt.

Die erläuternden Bemerkungen führen aus, dass Kontakte zum getrennt lebenden Elternteil, je nach Altersstufe, nicht nur in der „Freizeit“ am Wochenende, sondern zB auch während der Woche erfolgen sollen, um eine „Teilhabe“ am Alltag des Kindes zu ermöglichen und den nicht hauptsächlich betreuenden Elternteil nicht „in die Rolle eines Besuchers zu drängen“. Diese Überlegung wird im Grunde ausdrücklich unterstützt, gleichzeitig aber eine Erweiterung der etwas einseitig erscheinenden Betrachtungsweise angeregt. Das Kontaktrecht nicht auf Freizeitgestaltung zu reduzieren, sondern den nicht hauptsächlich betreuenden Elternteil auch in einem gewissen Ausmaß in die Alltagspflichten der Kinderbetreuung (Hausübung machen, Schulsachen vorbereiten, Kind zum Waschen und Schlafengehen anleiten etc) einzubinden, wird in aller Regel nicht nur eine im Interesse des hauptsächlich betreuenden Elternteils gelegene Entlastung sein, in vielen Fällen besteht ja sogar der (in der Praxis noch immer häufig nicht erfüllte) Wunsch des hauptsächlich betreuenden Elternteils oder des Kindes selbst nach einer solchen Beteiligung. Es wäre wünschenswert, bei gesetzgeberischen Akten auf diesem Gebiet, nicht primär den Blickwinkel des nicht obsorgeberechtigten oder nicht hauptsächlich betreuenden Elternteils, sondern die Perspektive beider Elternteile und des Kindes einzunehmen, wie es die erläuternden Bemerkungen an anderer Stelle auch tun.

Zu Abs 2 ist anzumerken, dass die Intention, das Thema familiäre Gewalt in diesem Kontext ausdrücklich zu regeln, sehr begrüßt wird. In der konkreten Formulierung wird eine Schärfung angeregt, da nach dem derzeit vorgeschlagenen Wortlaut, das Gericht bei Gewaltausübung nur „nötigenfalls“ eine Einschränkung oder Untersagung des Kontaktrechts vorzunehmen hat. Angeregt wird, das Wort „nötigenfalls“ entfallen zu lassen, da die Ausübung familiärer Gewalt jedenfalls zu einer Einschränkung (zB nur begleitete Kontakte) bzw eher noch zu einer Untersagung des Kontaktrechts führen sollte.

§ 190 ABGB neu:

Die in Abs 1 getroffene Klarstellung, dass die Wahrung des Kindeswohls die Eltern bei Vereinbarung über Obsorge, persönlichen Kontakt und Unterhalt leiten soll, ist zu begrüßen.

In Frage gestellt wird jedoch die Sinnhaftigkeit des Entfalls der notwendigen pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung von Vereinbarungen. Es ist anzunehmen, dass – gerade etwa in Hinblick auf den Kindesunterhalt – bereits das Wissen um die pflegschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht zu Vereinbarungen beigetragen hat, die den gesetzlichen Bestimmungen

entsprechen. Eine Beseitigung der gerichtlichen Genehmigungspflicht, auch wenn diese durch ihre „Präventivwirkung“ oftmals nur Formsache war, trägt die Gefahr in sich, künftig zu für das Kind nachteiligen Vereinbarungen zu führen.

Die in den erläuternden Bemerkungen angesprochene „Missbrauchskontrolle“ bezieht sich nur auf Obsorge, die persönlichen Kontakte sowie die Betreuung des Kindes, jedoch nicht auf den Unterhalt. Aus Sicht der Bundesarbeitskammer wäre es wünschenswert um die justizielle Erledigung aufrecht zu erhalten, zum Zeitpunkt des Abschlusses der Unterhaltsvereinbarung eine erhöhte Manuduktionspflicht (wie es in der Praxis in der Mehrzahl der Fälle auch schon derzeit geschieht) vorzusehen. Das Gericht sollte bei Bedenken zur Unterhaltshöhe eingreifen können und die Vorlage und Einsicht in Unterlagen, die für die korrekte Bemessung des Kindesunterhalts (zB Einkommenssteuerbescheide) notwendig sind, anregen. Die erläuternden Bemerkungen legen den „gänzlichen Verzicht“ auf Kindesunterhalt zwar als unwirksam aus, ein teilweiser Verzicht wäre daraus abgeleitet jedoch rechtswirksam. Die in Abs 3 angesprochene Möglichkeit nachträglich – und im Rahmen der gesetzlichen Verjährung! – Unterhaltsdifferenzen geltend zu machen, sind eine unbefriedigende Korrekturmöglichkeit.

Einem Rückzug der pflegschaftsgerichtlichen Verantwortung für die Sicherstellung des gesetzlichen Kindesunterhalts stehen gerade unter dem Aspekt der Wahrung des Kindeswohls keine erkennbaren Vorteile aus der „Stärkung der Familienautonomie“ gegenüber und wird daher angeregt, die Pflicht zur gerichtlichen Genehmigung aufrecht zu erhalten.

Zu § 231 Abs 4 ABGB neu:

Die beabsichtigte gesetzliche Regelung ist an sich zu begrüßen. Wie die erläuternden Bemerkungen zutreffend ausführen, sollte eine saubere und klare Trennung von Ansprüchen der Kinder und der Eltern erfolgen. Aus diesem Grund wird allerdings die Frage aufgeworfen, warum dieses wichtige Regelungsprinzip bei einer „umfassenden Regelung“ der Scheidungsfolgen vor Gericht nicht gelten sollte. Gerade in diesem Zusammenhang wäre die von den erläuternden Bemerkungen angesprochene „saubere Trennung“ besonders notwendig.

Zu § 106a und 106b AußStrG:

Die Schaffung der Familiengerichtshilfe wird ausdrücklich begrüßt. Wie bereits mehrfach angesprochen erscheint ihre flächendeckende Ausgestaltung dringend geboten. Die schrittweise Einführung durch Verordnung je nach budgetären Gegebenheiten droht diesen Ansprüchen nicht zu genügen.

Aus Sicht der Bundesarbeitskammer erscheint auch wesentlich, dass die Schaffung dieser für die pädagogische und sozialarbeiterische Begleitung von Gerichtsverfahren notwendige Einrichtung nicht zu einer höheren Kostenbelastung der Rechtshilfe Suchenden führt.

Zu § 108 AußStrG:

Es wird begrüßt, dass künftig nur dem Kind das Recht zukommt, die Ausübung des persönlichen Kontakts von vornherein abzulehnen, nicht jedoch mehr dem nicht betreuenden Elternteil.

Zu § 110 AußStrG:

Die Schaffung von Besuchsmittlern nach Abs 5 ist aus Sicht der Bundesarbeitskammer ein Schritt in die richtige Richtung, um bei Problemen rund um die Ausübung des Kontaktrechts vermittelnd einzugreifen. Die geplante Maßnahme stellt in seiner Dimension jedoch keinen ausreichenden Ersatz für das als „nicht erledigt“ angesprochene Modell einer außergerichtlichen Schlichtungseinrichtung dar. Auch die Regelung der Kostenfrage – außerhalb der Verfahrenshilfe hat jeder Elternteil € 200,00 pro Quartal zu entrichten – scheint eine für die Betroffenen oftmals sehr hohe Belastung mit sich zu bringen. Hier regt die Bundesarbeitskammer dringend an, eine gebührenfreie und großflächigere Lösung anzustreben. Es ist zu berücksichtigen, dass durch die sozialarbeiterische und pädagogische Vermittlung die Häufigkeit und Intensität der Inanspruchnahme der Gerichte senken soll und senken wird und daher auch im unmittelbaren Kosteninteresse der Republik liegt.

Herbert Tumpel  
Präsident  
**F.d.R.d.A.**

Hans Trenner  
iV des Direktors  
**F.d.R.d.A.**