

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Das Eltern-Eltern-Verhältnis

Österreich – Italien – Deutschland

Herausgegeben von

Martin Löhnig

Band 12



Wolfgang Metzner Verlag

Das Eltern-Eltern-Verhältnis

Österreich – Italien – Deutschland

Herausgegeben von

Professor Dr. Martin Löhnig

Regensburg



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-20-2 (Print)

ISBN 978-3-943951-21-9 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Vorwort 9

Besteht in Österreich ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Mutter eines Kindes allein aufgrund der gemeinsamen Elternschaft? 11

Jessica Moser

I. Einleitung 11

II. Rechtliche Elternschaft versus biologische Elternschaft 12

III. Beistandspflicht zwischen den Elternteilen? 13

1. Beistandspflicht im Kindschaftsrecht 14

2. Beistandspflicht im Eherecht 15

3. Fazit 17

IV. § 189 ABGB als Ausdruck einer besonderen Pflichtenbindung zwischen den Elternteilen? 17

V. Das durch das KindNamRÄG 2013 eingeführte Vertretungsrecht nach § 189 ABGB 18

VI. Wohlverhaltensgebot nach § 159 ABGB 19

VII. Pflicht zum Bemühen um ein einvernehmliches Vorgehen gem § 137 Abs 2 ABGB 19

VIII. Besondere Pflichten zwischen nicht miteinander verheirateten Elternteilen? 22

1. Die Regelung des § 235 ABGB 22

2. Unterhaltsanspruch des Elternteils eines unehelichen Kindes gegenüber dem anderen Elternteil? 23

IX. Rechtslage bei miteinander verheirateten Eltern 26

1. Bedeutung von Kindern für das Eherecht 26

2. Unterhaltsansprüche auch aufgrund der Kinderbetreuung? 28

X. Schlusswort 29

Besteht in Italien ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Mutter eines Kindes allein aufgrund der gemeinsamen Elternschaft? 31

Tereza Pertot

I. Einleitung 31

II. Wer sind überhaupt die Eltern? 34

1. Die eheliche Abstammung 35

2. Die uneheliche Abstammung 38

3. Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung 41

III. Die Elternschaft: Die Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber dem Kind 44

1. Das Zusammenwirken der Elternteile: Ein Ausgangspunkt zur Annahme eines Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern? 46

IV. Zusammenfassendes Ergebnis 51

Besteht in Deutschland allein aufgrund der gemeinsamen Elternschaft ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Mutter eines gemeinsamen Kindes? 53

Dr. Mareike Preisner, LL.M.

I. Einleitung 53

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben 54

III. Vorfrage: Die „Eltern“ eines Kindes im Rechtssinne 56

1. Keine statusrechtliche Unterscheidung 56

2. Mutterschaft im Rechtssinne 57

3. Vaterschaft im Rechtssinne 57

IV. Einfachgesetzliche Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der rechtlichen Eltern gegenüber dem Kind 59

1. Die elterliche Sorge 59

2. Das elterliche Umgangsrecht 62

3. Der Unterhaltsanspruch 63

4. Familiäre Rücksicht- und Beistandspflichten	63
V. Einfachgesetzliche Ausgestaltung des Rechte- und Pflichtengefüges zwischen den rechtlichen Eltern eines gemeinsamen Kindes	64
1. Rücksicht- und Beistandspflichten	64
2. Unterhaltsansprüche zwischen Eltern	65
3. Aufgrund gemeinsamer elterlicher Sorge	67
4. Aufgrund bestehenden Umgangsrechts	68
5. Gegenseitiger Auskunftsanspruch	69
6. Zusammenfassung	69
7. Dogmatische Einordnung des Eltern-Eltern-Verhältnisses	70
VI. Resümee und Ausblick	72

Vorwort

Das Eltern-Kind-Verhältnis erzeugt zahlreiche Pflichten der Eltern gegenüber ihrem Kind. Bei der Erfüllung ihrer Pflichten müssen sich die Eltern vom Kindeswohl leiten lassen; dabei steht ihnen ein erheblicher Spielraum zu. Es ist jedoch keineswegs zwingend, dass sich die Eltern, die gemeinsam mit der elterlichen Verantwortung für ihr Kind betraut sind, bei der Ausfüllung dieses Spielraums stets einig sind. Das gilt bereits für Eltern, die in einer stabilen Partnerschaft mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt leben. Erst recht können Konflikte entstehen, wenn sich die Eltern des Kindes getrennt haben oder sogar niemals in einer dauerhaften Paarbeziehung miteinander standen; in diesen Fällen können zusätzliche Probleme bei der Ausübung des Umgangsrechts eines Elternteils oder bei der Durchführung des sogenannten Wechselmodells entstehen.

Die Eltern haben sich hierbei im Verhältnis zueinander an gewisse Regeln zu halten, die in manchen Rechtsordnungen mehr oder weniger vollständig und explizit geregelt sind und die eine reibungslose Ausübung der elterlichen Verantwortung gewährleisten sollen; das deutsche BGB schreibt etwa vor, dass Eltern bei Meinungsverschiedenheiten versuchen müssen, sich zu einigen, § 1627 BGB, und alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert, § 1684 BGB. Doch wo lassen sich diese Pflichten zwischen zwei Eltern im Hinblick auf die gemeinsame Ausübung der elterlichen Verantwortung verorten? Welche Folgen hat eine Verletzung dieser Pflichten?

Diese Fragen sind nicht leicht zu beantworten. Aus einer verrechtlichten Paarbeziehung zwischen den Eltern lassen sich derartige Pflichten nicht herleiten. Eine solche Beziehung besteht zwischen Eltern nicht notwendig. Für den Katalog der Pflichten zwischen zwei Elternteilen aus Sicht der Kindes, in dessen Interesse diese Pflichten bestehen, kann es aber schwerlich darauf ankommen, ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht. Obschon inzwischen beispielsweise in Deutschland etwa 35% aller Kinder außerhalb einer Ehe geboren werden, ist diese Frage bislang nur selten zum Gegenstand vertiefter wissenschaftlicher Betrachtung gemacht worden. Die Rechtsvergleichung zeigt, dass dieses Defizit keine deutsche Eigenheit ist.

Dies erstaunt, denn es sind zahlreiche Fragen zu beantworten: Besteht zwischen den Eltern eines Kindes allein kraft gemeinsamer Elternschaft ein besonderes Rechtsverhältnis? Wenn ja: Wie ist dieses Rechtsverhältnis ausgestaltet? Haben die Eltern eines Kindes Pflichten einander gegenüber? Wie ist der Haftungsmaßstab? Welchen Inhalt haben diese Pflichten? Sind sie rein kindesbezogen? Oder betreffen sie auch das Verhältnis der Eltern zueinander in einem weiteren Sinne, so dass sie Ausgangspunkte einer Verrechtlichung der Partnerschaft (so eine solche besteht) als solcher allein kraft gemeinsamer Elternschaft sind? Wo sind diese Pflichten ggf. geregelt? Im Familienrecht oder im allgemeinen Zivilrecht? Wer sind ggf. überhaupt die verpflichteten Eltern? Die biologischen Eltern? Die rechtlichen Eltern? Die sorgeberechtigten Eltern? Kann es in diesem Sinne mehr als zwei Eltern eines Kindes geben? Werden derartige Pflichten ggf. überlagert durch eine hinzutretende Ehe oder andere Form der Verrechtlichung der Partnerschaft der Eltern? Oder treten beide Bereiche nebeneinander? Oder sind diese Pflichten im Fall einer Ehe (oder sonstigen Form von verrechtlichter Partnerschaft) ggf. auch nur subsidiär?

Das Young Researchers Panel des 11. Symposiums für Europäisches Familienrecht, das im Oktober 2012 in Regensburg stattgefunden hat, hat sich der Grundfrage gewidmet, ob zwischen Eltern eines Kindes allein kraft gemeinsamer Elternschaft ein besonderes Rechtsverhältnis besteht, und welche Folgen hieraus gegebenenfalls abzuleiten wären. Im Anschluss an die wissenschaftliche Diskussion der Teilnehmer des Young Researchers Panel sind drei Abhandlungen entstanden, die sich vor allem dieser entscheidenden Grundfrage aus der Perspektive des Deutschen, Österreichischen und Italienischen Rechts nähern und den wissenschaftlichen Diskurs über Rechtsprobleme gemeinsamer Elternschaft zu befruchten vermögen.

Besteht in Österreich ein Rechtsverhältnis zwischen Vater und Mutter eines Kindes allein aufgrund der gemeinsamen Elternschaft?

Jessica Moser, Graz

I. Einleitung

Aus dem Kindschaftsverhältnis entspringen Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber ihrem Kind und umgekehrt. Zu nennen sind etwa der Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern¹ nach § 231 ABGB² oder die Obsorge der Eltern für ihr Kind nach § 158 ABGB und die damit zusammenhängenden Rechte und Pflichten. Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind wird durch das Kindschaftsrecht als Teilbereich des Zivilrechts sehr genau determiniert. Im Gegensatz dazu fällt auf, dass dem Verhältnis zwischen den Elternteilen selbst wenig Beachtung geschenkt wird. Auf den ersten Blick ist man versucht festzustellen, dass Elternschaft allein keine rechtlichen Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Mutter und Vater zeitigt bzw kein rechtliches Verhältnis zwischen diesen Personen begründet. Ein von der Rechtsordnung ausdrücklich geregeltes rechtliches Verhältnis scheint nur zwischen Eltern, die gleichzeitig Eheleute sind, zu bestehen. Dabei wird das Verhältnis aber natürlich durch das Eherecht bestimmt, und zwar scheinbar fast unabhängig davon, ob die beiden Personen gemeinsame Kinder haben.

Ziel dieses Beitrages ist es somit zu ergründen, ob Elternschaft allein – ob biologische oder rechtliche darunter zu verstehen ist, wird gleich zu klären sein – nicht doch Rechte und Pflichten zwischen den Elternteilen auslöst bzw ob sie auch Einfluss auf ein bereits bestehendes verrechtlichtes Verhältnis zwischen Vater und Mutter, welches in Österreich als gesetzlich geregelte Verbindung nur in einer Ehe bestehen kann, aufweist.

¹ Auch das Kind kann unter bestimmten Voraussetzungen seinen Eltern (und Großeltern) gegenüber unterhaltspflichtig werden.

² Das Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/15), das großteils mit 1.2.2013 in Kraft getreten ist, hat neben Änderungen insb im Bereich der Obsorge und des Namensrechts auch zu einer umfassenden Neunummerierung der Paragraphen im Kindschaftsrecht geführt.

II. Rechtliche Elternschaft versus biologische Elternschaft

Mutter eines Kindes ist gemäß § 143 ABGB stets die Frau, die das Kind geboren hat. Dies gilt somit auch in dem Fall, dass von der Frau ein aus einer fremden Eizelle entstandener Embryo ausgetragen wurde.³ Die eigentliche biologische Mutter stünde daher nach österreichischem Recht zum Kind in keinem abstammungsrechtlichen bzw familienrechtlichen Verhältnis.⁴

Vater eines Kindes ist nach § 144 Abs 1 ABGB der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist⁵, der die Vaterschaft anerkannt hat oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde. Dabei ist es auch möglich, dass biologische und rechtliche Vaterschaft einander nicht entsprechen. Der rechtliche Vater, der nicht gleichzeitig biologischer Vater ist, bleibt bis zur förmlichen Beseitigung der Vaterschaft Vater im Rechtssinne mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten.⁶ Umgekehrt treffen den nicht iSd des § 144 ABGB festgestellten biologischen Vater grundsätzlich keine Rechte und Pflichten aus dem Kindschaftsrecht. Dies muss wohl zukünftig im Hinblick auf die jüngste Judikatur des EGMR⁷ relativiert werden: Nach dieser wird ein biologischer, aber nicht rechtlicher Vater in dem nach Art 8 EMRK gewährleisteten Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt, wenn ihm ein Umgangs- bzw Auskunftsrecht ohne die Möglichkeit einer Einzelfallprüfung generell verwehrt wird. Auch die Rechtslage in Österreich genügte lange nicht dieser Anforderung nach einer diesbezüglichen Prüfung der Umstände des Einzelfalls.⁸ Zumindest im Bezug auf das Recht auf persönliche Kontakte wurde mit dem KindNamRÄG 2013⁹ der Entscheidung Anajo gegen Deutschland Rechnung getragen.¹⁰

³ Feil/Marent, Familienrecht (2007) § 137b Rz 1. Eine solche Vorgehensweise ist nach § 3 Abs 3 Fortpflanzungsmedizinengesetz aber unzulässig.

⁴ Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar zum ABGB: §§ 137 – 267 ABGB³ (2008) § 137b Rz 2 und 5.

⁵ Bzw der als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist.

⁶ Stefula in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 138 Rz 6.

⁷ EGMR E 21.12.2010, Anajo gg Deutschland, Nr 20578/07 NJW 2011, 3565 = EF-Z 2011/34 (Nademleinsky); EGMR E 15.9.2011, Schneider gg Deutschland, Nr 17080/07 FamRZ 2011, 1641 = EF-Z 2012/92 (Nademleinsky).

⁸ Ferrari, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60 (60).

⁹ Das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/15), das großteils mit 1.2.2013 in Kraft getreten ist, hat neben Änderungen insb im Bereich der Obsorge und des Namensrechts auch zu einer umfassenden Neunummerierung der Paragraphen im Kindschaftsrecht geführt.

¹⁰ Vgl § 188 Abs 2 ABGB: Das Gericht hat einem Dritten (ua auf seinen Antrag hin) ein Kontaktrecht einzuräumen, wenn der Kontakt dem Kindeswohl dient und dieser Dritte zum Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden hat. Auch der biologische, aber nicht rechtliche Vater ist als Dritter iS dieser Norm anzusehen. Siehe auch ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29.

Im österreichischen Kindschaftsrecht wird aber ansonsten *de lege lata* nach wie vor grundsätzlich nur auf die rechtliche und nicht auf die biologische Elternschaft abgestellt. In gewissen Konstellationen tritt die biologische Verwandtschaft sogar ganz hinter die rechtliche zurück. So hat der biologische Vater bei rechtlicher Vaterschaft eines anderen Mannes (zB aufgrund der Ehe mit der Mutter) allein keine Möglichkeit die Vaterschaft auch in rechtlicher Sicht zu erlangen.¹¹ Der Gesetzgeber nimmt auch bei der heterologen Insemination mit dem Samen eines Dritten in Kauf, dass rechtliche und biologische Vaterschaft einander nicht decken. Ein solcher Dritter kann nämlich nach § 148 Abs 4 ABGB gerichtlich nicht als Vater festgestellt werden. Vielmehr hat das Gericht den Mann, welcher der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, aus der das Kind entstanden ist, unter Einhaltung bestimmter Formvorschriften zugestimmt hat, als Vater festzustellen (§ 148 Abs 3 ABGB). Die österreichische Rechtsordnung kennt ganz allgemein nur wenige Bestimmungen, die auf die Blutsverwandtschaft abstellen. So zB ausdrücklich § 6 EheG, der in Verbindung mit § 25 EheG anordnet, dass eine entgegen dem Eheverbot der Blutsverwandtschaft¹² geschlossene Ehe nichtig ist.¹³ Für das Kindschaftsrecht ist aber, wie bereits oben beschrieben, in der Regel allein die rechtliche Elternschaft maßgeblich, daher muss auch bei der Frage, ob Rechte und Pflichten zwischen den Elternteilen bestehen, Elternschaft mE konsequenterweise im Sinne der rechtlichen Elternschaft und nicht der biologischen verstanden werden.

III. Beistandspflicht zwischen den Elternteilen?

Als Ausgangspunkt für die nähere Betrachtung der zivilrechtlichen Auswirkungen der Elternschaft soll untersucht werden, ob diese eine Beistandspflicht zwischen den Elternteilen zur Folge hat. Zu diesem Zweck sollen die im Kindschafts- und Eherecht zu findenden Beistandspflichten einer näheren Betrachtung unterzogen und festgestellt werden, ob daraus eine allgemeine Beistandspflicht zwischen Vater und Mutter abgeleitet werden kann.

¹¹ Ein Antrag auf gerichtliche Feststellung ist ihm nach § 150 ABGB *e contrario* verwehrt. Ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis bedarf gem § 147 Abs 2 ABGB der Zustimmung des Kindes; im Fall der mangelnden Eigenberechtigung des Kindes muss zusätzlich die Mutter den Anerkennenden als Vater bezeichnen.

¹² Vgl jedoch zur gleichzeitigen Relevanz der rechtlichen Verwandtschaft für § 6 EheG: Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON 1.02 (2013) § 143 Rz 2 (www.rdb.at).

¹³ Auch für die strafgerichtlich zu ahndende Blutschande nach § 211 StGB ist die Blutsverwandtschaft maßgeblich; vgl Philipp in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum StGB² (2012) § 211 Rz 5.

1. Beistandspflicht im Kindschaftsrecht

Im dritten Hauptstück („Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern“) des ersten Teils des ABGB bestimmt § 137 Abs 1 Folgendes: „*Eltern und Kinder haben einander beizustehen, die Kinder ihren Eltern Achtung entgegenzubringen.*“ Zwischen Eltern und Kindern besteht somit eine wechselseitige Beistandspflicht, die nicht mit der Eigenberechtigung des Kindes endet.¹⁴

*Stefula*¹⁵ ist der Ansicht, dass § 137 Abs 1 ABGB auch als Grundlage für eine allgemeine Beistandspflicht zwischen den Elternteilen eines Kindes herangezogen werden könne. Den Einwand, diese Bestimmung sei im Kindschaftsrecht zu finden und könne daher nicht auf das Verhältnis zwischen den Elternteilen angewendet werden, will er nicht gelten lassen. Seiner Meinung nach ist es bedenklich, dass den anderen Elternteil (soweit keine Ehe besteht) nur diejenigen Hilfeleistungspflichten treffen sollen, die jeder Fremde auch erfüllen müsste. Die Rechtsordnung erkenne nämlich durchaus auch eine Rechtsbeziehung zwischen den Eltern an, wie im Strafrecht das Entschlagungsrecht und die Begünstigung der Begehung einer Straftat im Familienkreis, die auch auf Eltern eines unehelichen Kindes (unabhängig vom Bestehen einer Lebensgemeinschaft) anzuwenden sind, zeigen würden. Inhaltlich bzw umfangmäßig will *Stefula* diese Beistandspflicht jedoch stark beschränken und sie dort enden lassen, wo das Kindeswohl einen Beistand dem anderen Elternteil gegenüber nicht notwendig erscheinen lässt.

Festzustellen ist, dass de lege lata überhaupt nur § 137 Abs 1 ABGB als Grundlage für eine Beistandspflicht zwischen den (nicht miteinander verheirateten)¹⁶ Elternteilen zumindest in Frage käme. Systematische Überlegungen als auch die Interpretation des Wortlauts des § 137 Abs 1 ABGB ergeben mE aber, dass keine Beistandspflicht zwischen Vater und Mutter allein aufgrund der gemeinsamen (rechtlichen) Elternschaft besteht. Nach *Fischer-Czermak*¹⁷ ginge es bei Annahme einer solchen in Wahrheit nur um die Pflicht des einzelnen Elternteils dem Kind gegen-

¹⁴ Gitschthaler in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Ergänzend I^a (2013) § 137 Rz 6..

¹⁵ Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 609 (619 ff). Im Übrigen leitet er aus § 137 Abs 1 ABGB auch eine Beistandspflicht zwischen Geschwistern ab (ÖJZ 2005, 616 f). Anders die hA, die eine solche Beistandspflicht verneint: vgl OGH 1 Ob 46/01y JB1 2001, 649; VwGH 99/19/0237 ZfVB 2003/61; Barth in Fenyves/Kerschner/Vonklich, Klang³ § 137 Rz 9; Hopf in Koziol/P. Bydliński/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB³ (2010) § 137 Rz 3; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB Ia § 137 Rz 6 Fn16. Auch der Gesetzgeber stellte in den Materialien zum Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 ausdrücklich fest, dass zwischen Geschwistern keine Beistandspflicht besteht, siehe ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP 24.

¹⁶ Zur Beistandspflicht unter Ehegatten siehe unter 0.

¹⁷ In Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 137 Rz 8.

über, das Kindeswohl zu fördern. Dies wird mE auch bei der von *Stefula* vertretenen Beschränkung des Inhalts der Beistandspflicht auf das nach dem Kindeswohl Erforderliche deutlich. Der Wortlaut der Bestimmung darf mE zudem nicht dahingehend gedeutet werden, dass „einander“ mit „untereinander“ gleichzusetzen ist, wie es *Stefula*¹⁸ offensichtlich sieht. Das Wort „einander“ beschränkt den Anwendungsbereich mE sogar eindeutig auf das Eltern-Kind-Verhältnis.

2. Beistandspflicht im Eherecht

Eine andere familienrechtliche Beistandspflicht findet sich im Eherecht. Eheleute sind einander gem § 90 Abs 1 ABGB ua zum Beistand verpflichtet, wobei darunter jede den Umständen nach zu erwartende materielle und immaterielle Hilfe zu verstehen ist.¹⁹ Aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entspringt im Gegensatz dazu keine wechselseitige Beistandspflicht.²⁰

(Gemeinsame) Kinder finden in § 90 Abs 1 ABGB keine explizite Erwähnung.²¹ Der durch das FamRÄG 2009²² neu eingefügte § 90 Abs 3 ABGB sieht ausdrücklich nur eine Beistandspflicht des verheirateten Stiefelternteils im Bezug auf Kinder des Ehegatten vor: *„Jeder Ehegatte hat dem anderen in der Ausübung der Obsorge für dessen Kinder beizustehen. Soweit es die Umstände erfordern, vertritt er ihm auch in den Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens.“*²³ § 90 Abs 3 ABGB ist aufgrund seines Wortlauts („dessen Kinder“) nicht auf gemeinsame Kinder anwendbar.²⁴ Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, dass Ehegatten verpflichtet sind, sich auch bei der Betreuung gemeinsamer Kinder gegenseitig zu unterstützen. Dies ergibt sich wohl bereits aus § 44 ABGB, der ua bestimmt, dass in einem Ehevertrag *„(...) zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen [erklären], in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten“*, auch wenn nach dem Wortlaut

¹⁸ ÖJZ 2005, 616.

¹⁹ Ferrari in Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar² (2013) § 90 Rz 7; Koch in KBB³ § 90 Rz 6.

²⁰ *Stefula*, ÖJZ 2005, 618 mwN.

²¹ Zur Berücksichtigung des Kindeswohls im Eherecht (§ 91 Abs 1 ABGB) siehe aber unter 0.

²² Familienrechts-Änderungsgesetz 2009, BGBl I 2009/75.

²³ Damit entsprach der Gesetzgeber der Rechtsprechung des OGH (2 Ob 292, 293/71 EFSlg 16.906 = ZVR 1972/173) und der sich anschließenden Lehre (etwa Hopf/Kathrein, Eherecht² [2005] § 90 Anm 16; *Stefula*, ÖJZ 2005, 615), wonach die eheliche Beistandspflicht auch die Erziehung der vom Ehepartner in die Ehe mitgebrachten Kinder umfasst.

²⁴ *Stefula*, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie, iFamZ 2009, 266 (267); ihm folgend Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 90 ABGB Rz 41.

dieser Norm Beistand und gemeinsame Kindererziehung sogar uU als zwei (zumindest formell) getrennte Pflichten angesehen werden können. In der Literatur und Judikatur wird auf die Frage der Beistandspflicht im Bereich der Kinderbetreuung kaum näher eingegangen. *Koch*²⁵ führt zum Beispiel lediglich aus, dass die eheliche Beistandspflicht auch die Betreuung von Kindern umfasst und zwar unabhängig davon, ob es sich um gemeinsame oder Stiefkinder handelt, ob ein gemeinsamer Haushalt mit dem Kind besteht und ob der Ehegatte mit der Obsorge betraut ist oder nicht. Auch der OGH²⁶ sieht offensichtlich die Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder als Teil des ehelichen Beistands an. ME ergibt sich dies bereits daraus, dass die Beistandspflicht eine umfassende ist und sich nach dem Bedarf und der Zumutbarkeit²⁷ im Einzelfall richtet. Benötigt der Ehegatte nun im konkreten Fall Unterstützung bei der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes, ist ihm diese durch den anderen zu gewähren. Eheleute mit Kindern sind also aufgrund der Elternschaft grundsätzlich potentiell zu mehr ehelichen Beistandsleistungen verpflichtet als kinderlose Ehegatten.

Die Erfüllung der ehelichen Beistandspflicht kann nicht gerichtlich durchgesetzt werden, eine Verletzung kann aber eine schwere Eheverfehlung und somit einen Scheidungsgrund darstellen.²⁸ Der Verstoß gegen Beistandspflichten kann uU auch zu schadenersatzrechtlichen Folgen führen.²⁹ *Höllwerths*³⁰ Feststellung, dass es sich bei der gemeinsamen Kinderbetreuung um eine nicht rein persönliche Ehwirkung handle und Schadenersatzansprüche bei Nichteinhaltung von diesbezüglichen gesetzlichen oder vertraglichen Regeln möglich seien, geht damit konform. Dabei ist es letztlich somit wohl auch nicht von Bedeutung, ob man die Pflicht zur gemeinsamen Kindesbetreuung als Teil der ehelichen Beistandspflicht oder als eigenständige Pflicht, wie der Wortlaut des § 44 ABGB, wie oben bereits angedeutet, nahe legen könnte, ansieht.

²⁵ In KBB³ § 90 Rz 6.

²⁶ 5 Ob 548/81 EFSlg 38.872; vgl außerdem Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008) § 90 ABGB Rz 27.

²⁷ Siehe zu diesen beiden Aspekten als allgemeine Voraussetzungen jeder Beistandspflicht, Stefula, ÖJZ 2005, 612.

²⁸ Stefula, ÖJZ 2005, 621 f.

²⁹ OGH 6 Ob 29/09x EF-Z 2009/137 (Stefula) = JBl 2010, 113; aA zB Hopf/Kathrein, Eherecht² § 90 Anm 18.

³⁰ In Gitschthaler/Höllwerth, Ehe- und Partnerschaftsrecht § 90 Rz 13.

3. Fazit

Im österreichischen Recht gibt es keine allgemeine Beistandspflicht zwischen Elternteilen nur aufgrund der gemeinsamen Elternschaft. Bei der im Eherecht existierenden Beistandspflicht bei der Pflege und Erziehung von Kindern handelt es sich, wie mehrmals betont, um einen Teil der ehelichen Pflichten nach § 90 Abs 1 ABGB. Die Elternschaft selbst erweitert also nur den Bereich, in dem Beistand zu leisten ist um die Pflege und Erziehung der Kinder, ohne selbständige, von den ehelichen Pflichten losgelöste Verpflichtungen zu begründen.

IV. § 189 ABGB als Ausdruck einer besonderen Pflichtenbindung zwischen den Elternteilen?

§ 189 Abs 1 Z 1 ABGB normiert ein Informations- und Äußerungsrecht des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils. Laut einer Entscheidung des OGH aus 2009³¹ bringt diese Norm zum Ausdruck, dass zwischen den Elternteilen eine besondere Pflichtenbindung besteht. Eine nähere Begründung dieser Feststellung bzw eine nähere Umschreibung dieser „Pflichtenbindung“ bleibt das Höchstgericht jedoch schuldig. Unter Verweis auf diese Entscheidung spricht auch *Karner*³² von einer „zwischen den Eltern bestehenden Sonderverbindung, die durch die gemeinsame Elternschaft begründet und durch das gesetzliche Pflichtenprogramm näher konkretisiert wird.“

Die tatsächliche Aussagekraft beider Feststellungen ist mE gering. Beide gehen nicht darauf ein, wie diese Sonderverbindung zwischen Elternteilen ausgestaltet ist. *Karner* verweist zusätzlich auf das „gesetzliche Pflichtenprogramm“ ohne aufzuklären, was er darunter versteht oder welche Pflichten er dabei im Auge hat. Das österreichische Familienrecht enthält ja gerade keinen Katalog an Regelungen, die nur an die gemeinsame Elternschaft anknüpfen. Der Meinung des OGH kann mE auch deshalb nicht vollinhaltlich gefolgt werden, da als ein nach § 189 ABGB Verpflichteter nicht nur der andere Elternteil, sondern auch jede sonst mit der Obsorge betraute Person in Frage kommt.³³ § 189 ABGB ist somit nicht nur im Verhältnis zwischen den Elternteilen anwendbar. Kann nun eine Norm, die gerade nicht nur auf das Verhältnis zwischen Vater und Mutter Anwendung findet, Ausdruck der

³¹ 6 Ob 197/08a EF-Z 2010/44.

³² Besuchsrechtsvereitelung und Schadenersatz – ein Paradigmenwechsel? ÖJZ 2011, 572 (574).

³³ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB Ia § 189 Rz 4.

besonderen Pflichtenbindung zwischen eben diesen Personen sein? ME ist dies zu bezweifeln. § 189 ABGB kann daher mE nicht herangezogen werden, um pauschal eine Sonderverbindung kraft Elternschaft anzunehmen. Um von einer solchen Sonderverbindung oder einem Pflichtenprogramm sprechen zu können, muss man sich Klarheit darüber verschaffen, welche Pflichten im Einzelnen überhaupt allein durch die Elternschaft begründet werden. Dass das Bestehen solcher Pflichten im österreichischen Recht nicht selbstverständlich ist, hat schon die Ablehnung einer allgemeinen Beistandspflicht zwischen Elternteilen gezeigt. Es ist daher mE voreilig, von einem ganzen Pflichtenprogramm zu sprechen, vielmehr sollen daher im Folgenden weitere mögliche Verpflichtungen kraft Elternschaft untersucht werden, um Rückschlüsse darauf ziehen zu können, ob der Begriff „Sonderverbindung“ tatsächlich gerechtfertigt ist.

V. Das durch das KindNamRÄG 2013 eingeführte Vertretungsrecht nach § 189 ABGB

Seit dem KindNamRÄG 2013 vertritt der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil den mit der Obsorge betrauten Elternteil gem § 189 Abs 1 Z 2 ABGB in Angelegenheiten des täglichen Lebens, soweit die Umstände dies erfordern und sich das Kind rechtmäßig bei ihm aufhält. Unter denselben Voraussetzungen trifft diesen Elternteil nach dieser Norm im Übrigen auch die Pflicht, das Kind zu pflegen und zu erziehen. Parallel dazu wurde in § 139 Abs 2 ABGB festgelegt, dass jede volljährige Person, die mit einem Elternteil und dessen minderjährigem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt und die in einem familiären Verhältnis zum Elternteil steht, nicht nur alles den Umständen nach Zumutbare zu tun hat, um das Kindeswohl zu schützen, sondern auch den Elternteil in den Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens vertritt, soweit die Umstände dies erfordern. Von § 139 Abs 2 ABGB sind ua Personen betroffen, die mit dem Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft oder eingetragener Partnerschaft leben. Vorbild für beide Bestimmungen war der durch das FamRÄG 2009 eingefügte und oben bereits erwähnte § 90 Abs 3 ABGB und das darin festgelegte Vertretungsrecht des mit dem Elternteil verheirateten Stiefelternteils. Wie eindeutig ersichtlich ist, steht das Vertretungsrecht somit gerade nicht nur einem Elternteil zu und kann daher ebenfalls nicht dazu herangezogen werden, eine Sonderverbindung zwischen den Elternteilen zu begründen.

VI. Wohlverhaltensgebot nach § 159 ABGB

Gem § 159 ABGB haben Personen, die das Kind betreffende Rechte und Pflichten nach dem 3. Hauptstück des ersten Teiles des ABGB treffen, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Minderjährigen zu anderen Personen, denen ebensolche Rechte und Pflichten zukommen, beeinträchtigt oder zur Erschwerung der Wahrnehmung ihrer Aufgaben führt. Das Kind darf daher gegen diese anderen Personen bspw nicht vereinnahmt, aufgewiegelt oder aufgehetzt werden.³⁴ Herabwürdigende, beleidigende Äußerungen oder Gewalttätigkeiten gegenüber zB dem anderen Elternteil stellen dann einen Verstoß gegen § 159 ABGB dar, wenn diese Verhaltensweisen sich auf das Verhältnis zwischen dem Kind und dem betroffenen Elternteil auswirken.³⁵ Darin wird auch der Zweck des Wohlverhaltensgebots deutlich: Dieser liegt nämlich in der Wahrung des Kindeswohls.³⁶ Der andere Elternteil soll durch diese Pflicht somit nicht (direkt) geschützt werden. Eine schuldhaft Verletzung des Wohlverhaltensgebots und der damit zusammenhängenden Unterlassungspflicht kann laut OGH³⁷ aber zu Schadenersatzansprüchen des anderen Elternteils führen.

Diese Norm ist zwar auch oder insbesondere auf Vater und Mutter eines Kindes anwendbar, aber nicht nur auf deren Verhältnis beschränkt. Von einer Verpflichtung allein aufgrund der Elternschaft kann also auch hier nicht wirklich gesprochen werden.

VII. Pflicht zum Bemühen um ein einvernehmliches Vorgehen gem § 137 Abs 2 ABGB

„Soweit tunlich und möglich sollen die Eltern die Obsorge einvernehmlich wahrnehmen.“ Durch das KindNamRÄG 2013 wurde diese Bestimmung in die allgemeinen Grundsätze des Kindschaftsrechts aufgenommen. Eine hinsichtlich des Wortlauts ähnliche, wenn auch nicht gleiche Bestimmung war bis dahin in § 144

³⁴ Hopf in KBB³ § 145b Rz 2.

³⁵ Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ Ergänzungsband (2003) §§ 145a – 145c Rz 5; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 155 Rz 2.

³⁶ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 155 Rz 1.

³⁷ 4 Ob 8/11x EF-Z 2011/85 = EvBl 2011/96: Die obsorgeberechtigte Mutter hatte das Kind so beeinflusst, dass es Besuchskontakte zum Vater ablehnte. Ersatzfähige Schäden können dabei laut OGH in den vom Vater aufgewendeten Kosten des Besuchsrechtsverfahrens und in Gesundheitsbeeinträchtigungen (im konkreten Fall begehrt der Vater auch Schmerzengeld) liegen.

Abs 1 2. Halbsatz ABGB aF³⁸ zu finden. Wie bisher ist die Betrauung beider Elternteile mit der Obsorge Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Einvernehmlichkeitsgrundsatzes. § 137 Abs 2 ABGB gilt somit für alle Eltern unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind oder nicht, vorausgesetzt, beiden Elternteilen steht die Obsorge für das Kind gemeinsam zu.³⁹

Während nun das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit und Tunlichkeit der Herstellung des Einvernehmens als Voraussetzungen für das „Gebot“ hervorhebt, wurde auch schon bisher aus dem Wort „sollen“ abgeleitet, dass ein Einvernehmen nicht um jeden Preis hergestellt werden muss und von den Eltern nichts Unzumutbares gefordert werden kann.⁴⁰ Für die Eltern besteht unter den genannten Voraussetzungen somit die Pflicht, sich um ein Einvernehmen zu bemühen. Die Eltern haben daher nach Möglichkeit und Tunlichkeit miteinander in Kontakt zu treten, bevor sie für das Kind handeln.⁴¹

Der Einvernehmlichkeitsgrundsatz betrifft aber nur das Innenverhältnis zwischen den Elternteilen. Im Außenverhältnis, also im Verhältnis zu dritten Personen, genügt trotz Obsorge beider Elternteile nach § 167 Abs 1 ABGB meist die Vertretungshandlung eines Elternteils.⁴² Auch wenn dabei das Einvernehmlichkeitsgebot verletzt wurde, ist eine wirksame Vertretung des Kindes durch den (zuerst) handelnden Elternteil erfolgt.⁴³

Gefährden die Eltern das Kindeswohl, kann das Gericht allgemein nach § 181 ABGB insb die Obsorge entziehen oder eine gesetzlich geforderte Zustimmung oder Einwilligung ersetzen, wenn ein Elternteil diese ohne Rechtfertigung verwei-

³⁸ „Bei Erfüllung dieser Pflichten und Ausübung dieser Rechte [nämlich im Zusammenhang mit der Obsorge] sollen die Eltern einvernehmlich vorgehen.“

³⁹ Sind Großeltern oder Pflegeeltern mit der Obsorge betraut, gelten nach dem Gesetz (§ 178 Abs 1 letzter Satz, § 185 Abs 1 letzter Satz ABGB) die Regelungen über die Obsorge für sie, somit bei gemeinsamer Obsorgebetrauung wohl auch das Einvernehmlichkeitsgebot nach § 137 Abs 2 ABGB, vgl Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I^a § 137 Rz 18.

⁴⁰ Siehe Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 144 Rz 7 mwN.

⁴¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 15 f.

⁴² Der Einwilligung beider obsorgebetrauter Elternteile bedürfen nach § 167 Abs 2 ABGB die Änderung des Vor- oder Familiennamens des Kindes, der Ein- oder Austritt aus einer Kirche oder Religionsgesellschaft, die Übergabe in fremde Pflege, der Erwerb einer Staatsangehörigkeit oder der Verzicht auf eine solche, die vorzeitige Lösung eines Lehr-, Ausbildungs- oder Dienstvertrages und die Anerkennung einer Vaterschaft zu einem unehelichen Kind. Zusätzlich zur Zustimmung beider obsorgebetrauter Elternteile ist gem § 167 Abs 3 ABGB in Vermögensangelegenheiten, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die Genehmigung des Gerichts erforderlich.

⁴³ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 16; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I^a § 137 Rz 20; Barth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 144 Rz 18.

gert. Nach hA kann jeder Elternteil aber auch ohne Kindeswohlgefährdung eine gerichtliche Entscheidung beantragen, wenn in einer wichtigen, das Kind betreffenden Angelegenheit kein Einvernehmen erreicht werden kann.⁴⁴ Liegt hingegen keine wichtige Angelegenheit vor, ist bei mangelndem Einvernehmen allein die Vertretungshandlung des zuerst handelnden Elternteils entscheidend. Eine Ersetzung oder Abänderung durch die nachfolgende Vertretungshandlung des anderen Elternteils ist aber dann möglich, wenn es sich bei der Erklärung des zuerst handelnden Elternteils um eine widerrufbare Erklärung handelt.⁴⁵ Ob eine Angelegenheit wichtig ist oder nicht, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen, wobei aber die Anrufung des Gerichts durch einen Elternteil schon als Indiz dafür gewertet werden kann, dass die betroffene Angelegenheit in dieser Familie eine wichtige darstellt.⁴⁶ Wichtige Angelegenheiten können im Übrigen nicht nur solche sein, in denen im Außenverhältnis die Zustimmung des anderen Elternteils erforderlich ist (§ 167 Abs 2 und 3 ABGB), sondern auch solche, in denen an sich die Alleinvertretung eines Elternteils ausreichend wäre.⁴⁷ Mit anderen Worten kann somit auch bei einem Verstoß gegen die im Innenverhältnis bestehende Bemühungspflicht nach § 137 Abs 2 ABGB eine gerichtliche Entscheidung beantragt werden, wenn eine wichtige Angelegenheit vorliegt.

In der Literatur findet sich keine Stellungnahme dazu, ob die Bemühungspflicht primär gegenüber dem Kind besteht oder ob es sich auch um eine Pflicht unmittelbar dem anderen Elternteil gegenüber handelt. Da der andere Elternteil sich, wie oben beschrieben, an das Gericht wenden kann, kann hier mE aber auch eine Verpflichtung gegenüber diesem angenommen werden.⁴⁸ Auch die in der Literatur durchgehend zu findende Hervorhebung, dass das Gebot nur das Innenverhältnis zwischen den Elternteilen betrifft, kann mE als Argument dafür herangezogen werden. Zudem kann schließlich ins Treffen geführt werden, dass in der Lehre aus dem Einvernehmlichkeitsgrundsatz zum Teil ausdrücklich eine Informationspflicht zwischen den Elternteilen abgeleitet wird, da das einvernehmliche Vorgehen der El-

⁴⁴ So etwa Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 137 Rz 18; Weitzenböck in Schwimann, ABGB Taschenkommentar^{2.01} § 181 Rz 7 (www.lexisnexis.at); Stabentheiner in Rummel, ABGB³ Ergbd § 176 Rz 4; aA Thunhart in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 176 Rz 40 ff, der das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung für eine Entscheidung des Gerichts ansieht.

⁴⁵ Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I³ § 137 Rz 21.

⁴⁶ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 137 Rz 18; Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I³ § 137 Rz 21.

⁴⁷ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 137 Rz 18.

⁴⁸ Zu schadenersatzrechtlichen Konsequenzen, die ein Eingriff in die Obsorge uU nach sich ziehen kann, siehe noch unter O.

ternteile die gegenseitige Information erfordere.⁴⁹ ME hängt die Informationspflicht aus diesem Grund mit der Bemühungspflicht sogar untrennbar zusammen, erfährt daher aber notwendigerweise dieselben Beschränkungen durch Möglichkeit und Tunlichkeit.

VIII. Besondere Pflichten zwischen nicht miteinander verheirateten Elternteilen?

Für den weiteren Gang der Untersuchung scheint es zweckmäßig, zwischen miteinander verheirateten und nicht miteinander verheirateten Eltern⁵⁰ zu differenzieren, da zumindest eine ausdrücklich geregelte, im Folgenden darzustellende Verpflichtung im Verhältnis nicht miteinander verheirateter Eltern besteht, die für verheiratete Eltern nicht existiert.

1. Die Regelung des § 235 ABGB

§ 235 Abs 1 ABGB lautet wie folgt: *„Der Vater ist verpflichtet, der Mutter die Kosten der Entbindung sowie die Kosten ihres Unterhaltes für die ersten acht⁵¹ Monate nach der Entbindung und, falls infolge der Entbindung weitere Auslagen notwendig werden, auch diese zu ersetzen.“*

Dieser Anspruch familienrechtlicher Natur steht nur der nicht mit dem Kindesvater verheirateten Mutter gegen den festgestellten⁵² Vater zu, wobei die Geburt des Kindes Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung ist.⁵³ Als Kosten der Geburt iSd § 235 Abs 1 ABGB gelten alle Auslagen, welche mit der Geburt zusammenhängen, nicht aber die Kosten der medizinischen Betreuung vor der Entbindung oder die Kosten der Säuglingsausstattung⁵⁴. Sind durch die Geburt weitere Kosten

⁴⁹ Reischauer, Überalimentierung und Schadenersatz (§§ 140, 144, 178, 1304 ABGB; §§ 21 f UVG), EF-Z 2010, 65 (66).

⁵⁰ Im Übrigen durch das KindNamRÄG 2013 wurden die Begriffe des ehelichen und unehelichen Kindes aus dem Gesetz gestrichen, vgl ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7.

⁵¹ Mit dem KindNamRäg 2013 wurde der Zeitraum ohne Begründung in den Materialien von sechs auf acht Monate verlängert.

⁵² Ist die Vaterschaft noch nicht festgestellt, kann diese auch als Vorfrage geklärt werden, siehe Meissel, Unterhaltsansprüche aus Lebensgemeinschaft? Teil II, EF-Z 2008, 13 (15) mwN.

⁵³ Haberl in Schwimann/Kodek, ABGB I⁸ § 235 Rz 1 ff.

⁵⁴ Diese fallen aber unter den Unterhalt des Kindes.

(zB medizinische Nachbetreuung) entstanden, hat die Mutter auch Anspruch auf deren Ersatz. Des Weiteren hat sie selbst Anspruch auf Unterhalt für die ersten acht Wochen nach der Niederkunft, dessen Höhe sich nach den Lebensverhältnissen des Kindesvaters richtet. Dieser Anspruch besteht unabhängig⁵⁵ davon, ob die Mutter die Kosten ihres Unterhalts aus eigenen Mitteln bestreiten könnte. Nicht zu ersetzen ist ihr der Verdienstentgang.⁵⁶ Der OGH⁵⁷ stellte bereits im Jahr 1955 den Ausnahmecharakter der der Mutter durch § 235 ABGB eingeräumten Rechte fest und erteilte einer ausdehnenden Auslegung der Bestimmung eine Absage.

Leistungen der Sozialversicherung und der Sozialhilfe sind, auch wenn die Mutter diese nicht konsumiert, auf den Anspruch nach § 235 ABGB anzurechnen.⁵⁸ Da die Kosten der Entbindung und die Versorgung der Mutter in den ersten Wochen heute grundsätzlich durch die Sozialversicherung oder Sozialhilfe bestritten werden, ist die praktische Bedeutung des § 235 ABGB gering.⁵⁹ Er „stellt (...) weitgehend totales Recht dar.“⁶⁰

2. Unterhaltsanspruch des Elternteils eines unehelichen Kindes gegenüber dem anderen Elternteil?

Im Folgenden soll analysiert werden, ob die österreichische Rechtsordnung eine Grundlage für eine Unterhaltsverpflichtung zwischen nicht miteinander verheirateten Elternteilen vorsieht. Ausgeklammert bleiben soll dabei die selbstverständlich bestehende Möglichkeit, (auch konkludent) eine entsprechende privatautonome Vereinbarung zur Unterhaltsleistung zu schließen.⁶¹

a) Analoge Anwendung des Eherechts

Die ganz hA⁶² lässt keine analoge Anwendung des ehelichen Unterhaltsanspruchs nach § 94 ABGB⁶³ auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu. Für die Frage eines

⁵⁵ OGH 1 Ob 329/52 SZ 25/145; zweifelnd Hopf in KBB³ § 168 Rz 2.

⁵⁶ Haberl in Schwimann/Kodek, ABGB I⁸ § 235 Rz 4 mwN.

⁵⁷ 7 Ob 100/55 SZ 28/97.

⁵⁸ Pfurtscheller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 168 Rz 2 mwN; Hopf in KBB³ § 168 Rz 1.

⁵⁹ Meissel, EF-Z 2008, 15; Pfurtscheller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 168 Rz 1.

⁶⁰ Haberl in Schwimann/Kodek, ABGB I⁸ § 235 Rz 2.

⁶¹ Siehe dazu Beclin, Sind nicht verheiratete Eltern einander zu Unterhalt verpflichtet? EF-Z 2007, 10 (12 f) und Meissel, EF-Z 2008, 14 f.

⁶² Statt vieler Koziol/Welser (Bearb Kletečka), Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 445 f; Beclin, EF-Z 2007, 11.

⁶³ Ob gemeinsame Kinder für einen solchen Unterhaltsanspruch überhaupt eine Rolle spielen, soll unter 0. geklärt werden.

Unterhaltsanspruchs zwischen Elternteilen, die nicht einmal in einer Lebensgemeinschaft leben, kann selbstverständlich nichts anderes gelten. Auch eine analoge Anwendung des nahehelichen Unterhaltsanspruchs nach § 68a Abs 1 EheG⁶⁴ ist abzulehnen.⁶⁵ Eine entsprechende Heranziehung von Bestimmungen des Eherechts scheidet somit aus.

b) Anteilige Haftung der Eltern für den Kindesunterhalt nach § 231 ABGB (§ 140 ABGB aF)

Die Elternteile haben gem § 231 ABGB zur Deckung der Bedürfnisse ihres Kindes „nach ihren Kräften anteilig beizutragen“. Zwischen Elternteilen besteht keine Solidarschuld, das Kind kann also vom jeweiligen Elternteil nur den auf ihn entfallenden Anteil fordern (Teilschuld).⁶⁶ Der OGH⁶⁷ spricht aufgrund der anteiligen Haftung der Eltern auch davon, dass insoweit ein besonderes Rechtsverhältnis („Unterhaltsrechtsverhältnis“) zwischen Vater und Mutter vorliegt. Doch welche Rechte bzw Pflichten hat der OGH bei dieser Aussage vor Augen? ME kann er dabei nur an die Regressmöglichkeit nach § 1042 ABGB⁶⁸ denken. Sonstige Rechte oder Pflichten zwischen den Elternteilen aufgrund von § 231 ABGB sind nämlich nicht feststellbar. Auf Grundlage des § 1042 ABGB kann ein Elternteil, dessen Beitrag seinen Anteil nach § 231 ABGB in Relation zum anderen Elternteil übersteigt, nämlich uU Regress gegen diesen nehmen.⁶⁹ Leistet ein Elternteil mehr an Unterhalt, als seinem Anteil iSd § 231 ABGB entspricht, stellt dies einen Aufwand, den der andere „nach dem Gesetz hätte selbst machen müssen“, dar. Der Elternteil, der in der Absicht, die Unterhaltungspflicht des eigentlich den Unterhalt schuldenden Elternteils zu erfüllen und von diesem in weiterer Folge Ersatz einzuklagen⁷⁰, Leistungen erbringt, kann daher gem § 1042 ABGB Regress nehmen.⁷¹

c) Rückgriff für den Verdienstentgang nach § 1042 ABGB iVm § 231 ABGB?

Derjenige Elternteil, der das Kind in dem von ihm geführten Haushalt betreut, leistet gem § 231 Abs 2 ABGB damit grundsätzlich seinen gesamten, dem Kind ge-

⁶⁴ Zu dieser Bestimmung siehe unten unter 0.

⁶⁵ Beclin, EF-Z 2007, 11 f.

⁶⁶ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ (2000) § 140 Rz 7; Beclin, EF-Z 2007, 13; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁶ (2012) 92.

⁶⁷ OGH 6 Ob 197/08a EF-Z 2010/44.

⁶⁸ Diese Norm besagt: „Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.“

⁶⁹ Vgl Beclin, EF-Z 2007, 15. Eine Ausnahme ist nur dort zu machen, wenn eine von der gesetzlichen Aufteilung abweichende Vereinbarung zwischen den Elternteilen die Mehrleistung deckt.

⁷⁰ Es darf keine Schenkungsabsicht vorliegen.

⁷¹ OGH 3 Ob 606/90 JBl 1991, 309 (Apathy).

schuldeten Unterhalt. *Beclin*⁷² hebt hervor, dass der betreuende Elternteil, der seine Berufstätigkeit zu diesem Zweck aufgibt – was sie speziell in den ersten drei Lebensjahren des Kindes als gerechtfertigt erachtet – noch zusätzlich einen Verdienstentgang erleidet. Ein eigener, gesetzlicher Unterhaltsanspruch steht dem betreuenden Elternteil aber nicht zu, wenn die Eltern nicht verheiratet sind bzw waren. *Beclin* verweist darauf, dass schon die Betreuungsleistung an sich von § 231 Abs 2 ABGB als gleichwertiger Kindesunterhaltsbeitrag gewertet wird und der Betreuende daher durch den Verdienstentgang zusätzlich einseitig belastet und massiv benachteiligt wird. Der Verdienstentgang⁷³ stellt ihrer Meinung nach einen Aufwand eigener Art dar, der unter § 1042 ABGB subsumiert werden könne und wegen der grundsätzlich gleichen Verpflichtung der Eltern zur Unterhaltsleistung dem Kind gegenüber teilweise vom anderen, nicht betreuenden Elternteil zu tragen sei. Haben beide Elternteile vor der Geburt ein gleich hohes Einkommen bezogen, sei der Verdienstentgang je zur Hälfte von ihnen zu übernehmen.⁷⁴ Ansonsten haben sie anteilig nach ihrer Leistungsfähigkeit die Last zu tragen.

Der VfGH⁷⁵ ist der Meinung, dass gute Gründe für diesen Ansatz sprechen. Es bleibt aber abzuwarten, ob sich auch der OGH den Ausführungen *Beclins* anschließen wird. ME dürfte er dabei aber nicht außer Acht lassen, wie sich das Verhältnis zu (nach)ehelichen Unterhaltsansprüchen darstellt. Man wird wohl vertreten müssen, dass für einen Anspruch nach § 1042 ABGB neben dem Eherecht kein Raum bleibt. Gleichzeitig müsste wohl, wenn sich der OGH der Meinung *Beclins* anschließen sollte, aber auch sichergestellt werden, dass der anteilige Ersatz des Verdienstentgangs bei nicht verheirateten Eltern im konkreten Fall nicht betragsmäßig höher ausfällt als die Ansprüche, die während oder nach einer Ehe bestünden. Der Blick ins Eherecht zeigt mE aber insgesamt die Problematik, den Verdienstentgang

⁷² EF-Z 2007, 13 ff.

⁷³ Genauer: Die Differenz des Verdienstes, der vom betreuenden Elternteil ohne Betreuungsarbeit erzielt worden wäre, und des Betrages an finanziellen Mitteln, die ihm stattdessen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zur Verfügung steht.

⁷⁴ Bsp: Die mit dem Kindsvater nicht verheiratete Mutter widmet sich nach der Geburt des Kindes dessen Betreuung und gibt zu diesem Zweck ihre Berufstätigkeit auf. Wenn sie und der Vater vor der Geburt gleich viel verdient haben, könnte sie – wenn man *Beclin* folgt – die Hälfte ihres Verdienstentgangs nun vom Vater nach § 1042 ABGB fordern.

⁷⁵ VfGH G 184/10 – G 195/10 EF-Z 2011/71. AA Meissel (EF-Z 2008, 16 ff), der die von *Beclin* vertretene Lösung de lege lata als schwer argumentierbar ansieht. Er schlägt stattdessen die Annahme einer Sonderbeziehung zwischen Lebensgefährten vor, die im Rahmen einer Vertrauenshaftung spezifische Schutz-, Sorgfalts- und Informationspflichten begründet und aus der Schadenersatzansprüche entspringen können. Darauf soll hier aber nur verwiesen werden, da Meissel an die spezifische Gestaltung einer Lebensgemeinschaft und den damit gesetzten Vertrauenstatbestand anknüpft und nicht an die Elternschaft. Deixler-Hübner, Rechtliche Regelungen für Lebensgemeinschaften im Innenverhältnis, iFamZ 2012, 193 (193 f) ist von beiden Ansätzen nicht überzeugt.

als Aufwand iSd § 1042 ABGB zu betrachten: Auch jeder Ehegatte, der daheim bleibt, um die Kinder zu betreuen, tätigt schließlich den gleichen „Aufwand“ – für seinen Unterhaltsanspruch spielt der Verdienstentgang aber keine Rolle. Auch die ausdrückliche Unterhaltsregelung des § 235 ABGB lässt mE (auch wenn ihre praktische Bedeutung heute gering ist) erkennen, dass kein sonstiger, zusätzlicher Anspruch des betreuenden Elternteils eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern besteht. Hätte ein solcher Elternteil ohnehin die Möglichkeit, seinen Verdienstentgang nach § 1042 ABGB ersetzt zu bekommen, wäre § 235 ABGB wohl gänzlich überflüssig. Selbstverständlich handelt es sich bei dem Anspruch nach § 1042 ABGB nicht um einen Unterhaltsanspruch per se, die Diskrepanz zu den Unterhaltsansprüchen, die nicht an den Verdienstentgang anknüpfen, kann aber mE dennoch nicht hingenommen werden. De lege lata ist also ein „unterhaltsähnlicher“ Anspruch des Elternteils eines unehelichen Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern zum Ersatz des Verdienstentgangs auf der Grundlage des § 1042 ABGB mE abzulehnen. De lege ferenda wäre aber wohl auch für das österreichische Recht⁷⁶ für die ersten Lebensjahre des gemeinsamen Kindes ein ausdrücklich geregelter Unterhaltsanspruch des betreuenden, nicht mit dem anderen Elternteil verheirateten Elternteils eine sachgerechte Lösung.⁷⁷ Im Zuge des KindNamRÄG 2013 wurde trotz entsprechender Forderungen vonseiten der Wissenschaft im Gesetzwerdungsverfahren⁷⁸ hier keine Änderung herbeigeführt.

IX. Rechtslage bei miteinander verheirateter Eltern

1. Bedeutung von Kindern für das Eherecht

Für miteinander verheiratete Eltern sind die unter XIII. dargestellten (möglichen) Ansprüche nicht relevant. Das Verhältnis von verheirateten Eltern wird grds durch das Eherecht determiniert. Sind Eltern eines Kindes verheiratet, haben sie bei der

⁷⁶ Ähnlich der deutschen Regelung des § 1615I Abs 2 und 4 BGB.

⁷⁷ Vgl auch Fischer-Czermak/Beclin, Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften? Gutachten zum 18. Österreichischen Juristentag II/1 (2012) 170 ff, die de lege ferenda einen nach Billigkeit zu gewährenden Betreuungsunterhalt vorschlagen, wenn es einem Elternteil aufgrund der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung des Kindeswohls nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten. Die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung soll ihrer Meinung nach gesetzlich bis zum 3. Lebensjahr des Kindes vermutet werden. Das Bestehen einer Lebensgemeinschaft soll keine Voraussetzung für einen solchen Unterhaltsanspruch darstellen.

⁷⁸ Siehe Ferrari, Stellungnahme zum Ministerialentwurf betreffend das Kindschafts- und Namensrechts- Änderungsgesetz 2012, 63/SN-432/ME 24. GP 3.

einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft gem § 91 ABGB ua auch das Wohl der Kinder zu berücksichtigen. Auch in anderen Normen des Eherechts wird auf die gemeinsamen Kinder bzw deren Wohl Bezug genommen.⁷⁹

Der OGH⁸⁰ leitet aus § 91 ABGB in Verbindung mit dem Einvernehmlichkeitsgebot nach § 137 Abs 2 letzter Satz ABGB⁸¹ auch Pflichten zwischen den Ehegatten ab. Indem ein Elternteil und Ehegatte ohne ausreichenden Grund und ohne Einwilligung des anderen Elternteils diesem das Kind entzieht, verstößt er nach dem Höchstgericht gegen diese (ehelichen) Pflichten und kann schadenersatzpflichtig zB im Hinblick auf die dem anderen Elternteil durch die Kindesentziehung entstandenen Rückholkosten werden. Eine explizite Bezeichnung der von ihm angesprochenen Pflichten nimmt der OGH nicht vor. Jedoch lässt sich mE aus der rechtlichen Begründung seiner Entscheidung insgesamt ableiten, dass er dabei einerseits die Pflicht zum Bemühen um eine einvernehmliche Vorgehensweise und andererseits die Pflicht zur Wahrung der absoluten Rechte des Ehegatten, die sich laut OGH sowohl aus dem „Wesen der Ehe“ als auch aus der Obsorge nach § 158 ABGB ergeben, vor Augen hat. ME hätte der OGH bei nicht miteinander verheirateten Eltern aber wohl im Ergebnis gleich entscheiden müssen, da den aus der Obsorge entspringenden Rechten auch allein absoluter, somit gegenüber jedermann bestehender Schutz zukommt.⁸² Eine weitere Verpflichtung zwischen Elternteilen, die über das bisher in diesem Beitrag Behandelte hinausgeht, ist aus der genannten Entscheidung jedoch nicht ableitbar.

Das Verhalten in Bezug auf gemeinsame Kinder der Ehegatten wurde in der Judikatur auch schon bei der Beurteilung als Eheverfehlung herangezogen: Das LGZ Wien⁸³ sah etwa bereits in der ernstlichen Androhung einer Kindesentführung ins Ausland eine schwere Eheverfehlung im Sinne des § 49 EheG. Als schwere Eheverfehlung wertet der OGH⁸⁴ aber auch die Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber gemeinsamen Kindern.

⁷⁹ Siehe zB § 92 Abs 3 letzter Satz ABGB oder § 83 Abs 1 EheG.

⁸⁰ 3 Ob 505/96 SZ 70/163 = JBl 1998, 243.

⁸¹ Siehe dazu bereits unter VII.

⁸² Vgl etwa Gitschthaler in Schwimann/Kodek, ABGB I^a § 158 Rz 7; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.02 § 158 Rz 3.

⁸³ 44 R 959/98z EFSlg 90.260.

⁸⁴ 8 Ob 575/78 und 7 Ob 638/79 EFSlg 33.953; Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹¹ (2013) Rz 101.

Auf die oben bereits ausgeführte „Erweiterung“ der ehelichen Beistandspflicht zwischen Elternteilen um die Unterstützung bei der Kindererziehung und -betreuung sei hier noch einmal verwiesen.

2. Unterhaltsansprüche auch aufgrund der Kinderbetreuung?

Auch bei Ehegatten stellt sich natürlich die Frage, ob die Elternschaft bzw in weiterer Folge die Kinderbetreuung zu einem Unterhaltsanspruch führt. Während aufrechter Ehe ist zu diesem Zweck § 94 ABGB einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Gem Abs 2 leg cit hat derjenige Ehegatte, der den gemeinsamen Haushalt führt, einen Unterhaltsanspruch gegenüber dem anderen Gatten. Wie aber schon der Wortlaut der Bestimmung ersichtlich macht, ist allein die Haushaltsführung ausschlaggebend. Irrelevant ist, ob der Haushaltsführer gleichzeitig Kinder betreut oder nicht.⁸⁵ Während aufrechter Ehe knüpft der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten somit nicht an die Elternschaft bzw Kinderbetreuung an.

Das österreichische Scheidungsfolgenrecht kennt jedoch einen Unterhaltsanspruch, der auf die Betreuung gemeinsamer Kinder⁸⁶ abstellt. § 68a Abs 1 EheG sieht nämlich vor, dass einem geschiedenen Ehegatten, soweit und solange es ihm aufgrund der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes unter Berücksichtigung von dessen Wohl nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten, ein verschuldensunabhängiger Unterhaltsanspruch nach seinem Lebensbedarf⁸⁷ zusteht. Bis zur Vollendung des fünften Lebensjahres des Kindes wird die Unzumutbarkeit widerleglich⁸⁸ vermutet. Ausschlaggebend ist die tatsächliche Betreuung des Kindes, unabhängig davon, ob dem Betreuenden auch die Obsorge zukommt. Grundsätzlich ist der Anspruch nach § 68a Abs 1 EheG auf die voraussichtlich Dauer der mangelnden Selbsterhaltungsfähigkeit zu befristen, über das fünfte Lebensjahr des

⁸⁵ LGZ Wien 42 R 26/05t EFSlg 110.049; Beclin, EF-Z 2007, 11; Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ (2011) § 94 Rz 11; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁶ 186 f. Auch wenn die Kinderbetreuung wohl „mittelbar“ zur Haushaltsführung dazugehört, vgl Buchwalder, Unterhalt bei aufrechter Ehe (2007) 84.

⁸⁶ Darunter zu verstehen sind gemeinsame leibliche oder adoptierte Kinder, nicht jedoch Pflegekinder. Siehe Schwimann in Schwimann, ABGB Taschenkommentar² § 68a EheG Rz 4.

⁸⁷ Der Unterhalt ist nach dem konkreten Bedarf des Berechtigten festzulegen. Der als Kontrollgröße fungierende Prozentsatz soll zwischen 15 und 33 % des Nettoeinkommens des Verpflichteten betragen, vgl OGH 6 Ob 108/08p, EF-Z 2008/139; Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, Ehe- und Partnerschaftsrecht § 68a EheG Rz 26 f.

⁸⁸ Deixler-Hübner, Scheidung¹¹ Rz 153a; Schwimann in Schwimann, ABGB Taschenkommentar² § 68a EheG Rz 4.

(jüngsten) Kindes hinaus ist eine Befristung jeweils auf längstens drei Jahre möglich.⁸⁹

Wie ersichtlich, begründet zwar die Elternschaft allein nicht einen Unterhaltsanspruch zwischen den ehemaligen Ehegatten (hinzu muss schließlich die Kinderbetreuung und die damit zusammenhängende Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung treten), aber sie eröffnet überhaupt erst die Möglichkeit, Unterhalt nach § 68a Abs 1 EheG prinzipiell in Anspruch nehmen zu können.

X. Schlusswort

Rechtliche Elternschaft allein zeitigt, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, nur wenige Rechtswirkungen auf das Verhältnis zwischen Vater und Mutter. Im österreichischen Recht findet man eine einzige ausdrückliche Regelung, die an die Elternschaft ohne gleichzeitiges Bestehen einer Ehe anknüpft: Dies ist der Anspruch der Mutter gegen den Vater nach § 235 ABGB, der allerdings kaum praktische Relevanz hat. Auch aus dem Einvernehmlichkeitsgrundsatz des § 137 Abs 2 ABGB lässt sich eine Bemühungspflicht ableiten, die wohl nicht nur gegenüber dem Kind, sondern auch gegenüber dem anderen Elternteil besteht und auch die Pflicht zur gegenseitigen Information umfasst. Diese setzt allerdings voraus, dass beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind und die einvernehmliche Wahrnehmung der Obsorge möglich und tunlich ist.

Die Elternschaft allein führt, wie sich gezeigt hat, weder zu einer Beistandspflicht noch zu einem Unterhaltsanspruch zwischen den Eltern. Diese werden nur durch das Eherecht begründet, wobei für das Eherecht Kinder und deren Wohl eine gewisse Relevanz aufweisen. Das Informations- und Äußerungsrecht nach § 189 ABGB sowie das Wohlverhaltensgebot nach § 159 ABGB wirken zwar auch im Verhältnis zwischen Elternteilen, sind aber nicht auf diese beschränkt. Aus einem Eingriff in die absolut geschützte Obsorge können im Übrigen uU Schadenersatzansprüche entstehen, aber ebenfalls unabhängig davon, ob der andere Elternteil oder ein Dritter diesen getätigt hat. ME ist es daher de lege lata für das österreichische Recht wohl noch nicht gerechtfertigt von einer „Sonderverbindung kraft Elternschaft“ zu sprechen.

⁸⁹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁶ 227 f. In Ausnahmefällen, wenn der Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit nicht abgesehen werden kann, kann auf eine Befristung auch verzichtet werden.

Das KindNamRÄG 2013 hat für die vorliegende Frage keine inhaltlichen Änderungen mit sich gebracht. Für den Gesetzgeber zeigt sich mE somit immer noch insb ein Handlungsbedarf beim Unterhaltsanspruch eines nicht mit dem anderen Elternteil verheirateten, das Kind betreuenden Elternteils. Auch eine allgemeine Beistandspflicht zwischen Elternteilen könnte wohl erwogen werden, wobei dabei selbstverständlich die Gefahr besteht, dass diese nicht allen möglichen familiären Konstellationen gerecht wird, da ein Beistand teilweise vielleicht nicht erwünscht sein könnte. Eine zu starke Verrechtlichung des Verhältnisses der Eltern ist aber wohl insgesamt auch nicht unbedingt geboten: Wollen die Eltern eine solche, können sie eine Ehe eingehen bzw entsprechende privatautonome Vereinbarungen treffen. Und dem Kindeswohl selbst sollte durch das Kindschaftsrecht und die damit zusammenhängenden Pflichten der Eltern dem Kind gegenüber Rechnung getragen werden.