

# **Exposé der Dissertation**

Titel der Dissertation

## **Die Erlangung und der Verlust der elterlichen Obsorge**

Verfasser

**Mag. iur. Lukas Gottschamel**

angestrebter akademischer Grad

**Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)**

Betreuerin

**Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M. (Cantab.)**

Wien, Jänner 2015

Studienrichtung: Rechtswissenschaften

Studienkennzahl: A 783 101

## 1. Thema der Arbeit

Die Geburt eines Kindes ist im besten Fall auch ein freudiges Ereignis für die Eltern und deren soziales Umfeld. Idealerweise sind Menschen vorhanden, die sich um das Kind kümmern möchten und können. Es stellt sich sofort die Frage, wer gesetzlich dazu berechtigt und verpflichtet ist, diese Aufgabe zu erfüllen. Vom Themenkomplex der Obsorgezuweisung ist der des Inhalts der Obsorge, also der Frage nach den konkreten Verpflichtungen und Befugnissen der Obsorgebetrauten, zu unterscheiden. Diese Aspekte werden nicht Inhalt dieser Arbeit sein.

Da der Nasciturus bereits Rechte erwerben kann,<sup>1</sup> stellt sich ab der Empfängnis die Frage, wer für die Wahrung der Rechte des Kindes zuständig ist. Gem § 183 ABGB endet die Obsorge jedenfalls mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes, bei vorheriger Eheschließung ordnet § 174 ABGB eine Volljährigkeitsfiktion für das Kind hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse an. Für den Zeitraum dazwischen muss es andere Personen geben, die mit der Obsorge betraut sind.

In dieser Zeitspanne können sich viele Veränderungen im Leben der betroffenen Menschen ergeben. Zu denken ist etwa an nachträgliche Eheschließungen oder Verpartnerungen, Veränderungen in der rechtlichen Elternschaft oder in den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten der Beteiligten. Diese mögliche Veränderlichkeit der Lebensumstände muss sich auch in einer gewissen Flexibilität des Obsorgerechts widerspiegeln. Das Gesetz muss somit neben einer initialen Zuweisung der Obsorge offen für Änderungen dieser Zuweisung sein.

Ganz allgemein kennt das Obsorgerecht drei „Systeme“ der Zuweisung oder Aberkennung der Obsorgebetrauung. Es kann zu automatischen, ex-lege eintretenden Änderungen kommen, in bestimmtem Umfang können die Eltern einvernehmliche Regelungen treffen und es kann gerichtlich angeordnete Obsorgeverteilungen geben.

Die systematische Darstellung, die Erforschung offener und die gründlichere Untersuchung von in der Wissenschaft bereits erörterten Fragen, wird das Thema des Dissertationsprojektes sein. In systematischer Hinsicht erscheint es sinnvoll, in der Darstellung den Systemen der möglichen Obsorgeänderungen zu folgen und die Grobkategorien der „ex-lege-Regelungen“ und der „initiierten Prozesse“ einzuführen. Im Gegensatz dazu erschiene es nicht zielführend, die Arbeit entlang den Kategorien der Erlangung und des Verlusts der Obsorge aufzubauen. Dafür sind diese zwei Vorgänge in verschiedenen Sachverhalten zu verschiedenen miteinander

---

<sup>1</sup> ZB Posch in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 22 Rn 2.

verknüpft. Der Verlust der Obsorge durch eine Person kann in einem Fall zur gleichzeitigen Erlangung der Obsorge durch eine andere Person führen, während dies in einem anderen Fall nicht so ist.

## 2. Überblick über den Forschungsstand

Die Überarbeitung der Regeln der Obsorgezuteilung war ein Herzstück der Reform, die im KindNamRÄG 2013<sup>2</sup> rechtlichen Ausdruck gefunden hat. Von zentraler Bedeutung war dabei die Neuregelung des Zugangs des unverheirateten Vaters zur Obsorge, da die vormalige Regelung vom EGMR als EMRK-rechtswidrig<sup>3</sup> und in weiterer Folge vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurden.<sup>4</sup>

Seit dem In-Kraft-Treten der neuen Bestimmungen sind etliche Aufsätze<sup>5</sup>, Sammelbände<sup>6</sup> und Tagungsbände<sup>7</sup> erschienen. Da die neuen Bestimmungen grds auch in laufenden Verfahren gleich zur Anwendung kamen,<sup>8</sup> gab es auch sehr zeitnah die ersten letztinstanzlichen Entscheidungen.<sup>9</sup> Die Beiträge reichen dabei von Überblicksaufsätzen zu genaueren Betrachtung einzelner Themenbereiche. Die bereits veröffentlichte Literatur ändert nichts daran, dass noch ausreichend Fragen für ein Dissertationsprojekt offen bleiben, von denen einige kurz dargelegt werden sollen.

Relativ am Anfang der Arbeit wird der Frage nachgegangen werden, warum die elterliche Obsorge erst mit der Geburt einsetzt und vorher gem § 269 ABGB ein\_e Kurator\_in für die Wahrnehmung der Rechte des Nasciturus eingesetzt werden muss. Hier wird zu untersuchen

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Außerstreitgesetz, das Ehegesetz, das Justizbetreuungsagentur-Gesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Bundesgesetz zur Durchführung des Übereinkommens vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung und das Namensänderungsgesetz geändert werden (Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 – KindNamRÄG 2013) BGBl I 15/2013.

<sup>3</sup> EGMR 3.2.2011, 35637/03, *Sporer/Österreich*; dazu *E. Steiner/A-Z. Steiner*, Impulse aus Straßburg zur Neuregelung der Obsorge durch das Kindschafts- und Namensrecht-Änderungsgesetz 2013 – Relevante Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in FS Fenyves (2013) 361.

<sup>4</sup> VfGH 28.6.2012, G 114/11-12.

<sup>5</sup> ZB *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197; *Beclin*, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 4; *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6; *Barnreiter*, Materiellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013, JAP 2012/2013, 241; *Heinrich/Pendl*, Entziehung der Obsorge ohne Kindeswohlgefährdung? EF-Z 2013, 248; *Gottschamel*, Regelungsbefugnisse im Rahmen der einvernehmlichen Obsorgeverteilung, JBl 2014, 147; *Beck*, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17.

<sup>6</sup> *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013); *Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013); *Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013).

<sup>7</sup> *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (2013); *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014).

<sup>8</sup> OGH 14.2.2013, 5 Ob 237/12g = EF-Z 2013, 140 (zust *Gitschthaler*); ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 34.

<sup>9</sup> OGH 14.2.2013, 5 Ob 237/12g = EF-Z 2013, 140 (zust *Gitschthaler*); OGH 13.3.2013, 3 Ob 38/13d = EF-Z 2013, 167 (*Beck*).

sein, ob diese Unterscheidung einer Überprüfung vor Art 8 EMRK standhält. Soweit ersichtlich wurde diese Frage jedenfalls in der Kommentarliteratur noch nicht untersucht. Der OGH hat sich zwar mit der Frage befasst, wann ein Kurator gem § 269 (§ 274 alt) ABGB bei in vitro Fertilisationen zu bestellen ist, dabei jedoch das Verhältnis zur elterlichen Obsorge nicht behandelt.<sup>10</sup>

Als weiteres Untersuchungsfeld stellt sich die Verpflichtung der Eltern dar, bei fehlendem gemeinsamen Haushalt oder Eheauflösung (§§ 177 Abs 4 und 179 Abs 2 ABGB) zu bestimmen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird. In diesem Zusammenhang sind bereits zwei Themen diskutiert worden. Einerseits geht es um die Frage, wann diese Verpflichtung tatsächlich eintritt, andererseits wird die Verfassungskonformität bereits bezweifelt.<sup>11</sup> Im Zusammenhang mit dem Eintritt der Regelungsverpflichtung an sich, wird diese von einigen Stimmen – mit gewissen Abweichungen hinsichtlich der genauen Voraussetzungen – auf die Fälle eingeschränkt, in denen die Eltern tatsächlich nicht mehr gemeinsam wohnen,<sup>12</sup> während nach anderen Autoren die Regelungsverpflichtung auch nach Eheauflösung bei weiterbestehendem gemeinsamen Wohnsitz greifen soll.<sup>13</sup>

In engem Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Regelung des hauptsächlichlichen Betreuungshaushaltes steht die Norm des § 180 Abs 1 Z 1 ABGB. Auf den ersten Blick eröffnet diese eine amtswegige Neuregelung der Obsorge, wenn die Obsorgeberechtigten ihrer Verpflichtung der Haushaltsregelung nicht nachkommen. Diese Möglichkeit wird als zu weitgehend kritisiert.<sup>14</sup>

Mit dem KindNamRÄG 2013 wurde die neue Möglichkeit geschaffen, die gemeinsame Obsorge beim Standesamt zu bestimmen. Dies ist solange möglich, wie noch keine gerichtliche Regelung vorliegt. Neben anderen Fragen – wie etwa der Auswirkung von falschen Angaben bzgl des gemeinsamen Wohnens – ist noch nicht ausreichend untersucht, was genau eine „gerichtliche Regelung“ darstellt, die Sperrwirkungen erfasst.

Auch das Verhältnis von § 180 zu § 181 ABGB gilt untersucht zu werden. Im Rahmen des § 180 ABGB kann die Obsorge zB von einem auf den anderen Elternteil übertragen werden.

---

<sup>10</sup> OGH 16.12.1996, 1 Ob 2259/96d = RdM 1997, 121 (zust *Bernat*).

<sup>11</sup> Zuletzt *Beck*, iFamZ 2015, 17, 20.

<sup>12</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2013, 197, 204 Fn 63; *Hinteregger*, Familienrecht<sup>6</sup> (2013); *Gottschamel*, Neuregelung gemeinsamer Obsorge, EvBl 2013, 963, 966 (Anm zu OGH 8.5.2013, 6 Ob 41/13t); möglicherweise ebenso *Barth/Jelinek*, Das neue Obsorgerecht, in *Barth/Deixler-Hüber/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts 109, 124 f.

<sup>13</sup> *Weitzenböck* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar<sup>2.01</sup> § 179 Rn 1.

<sup>14</sup> Vgl *Beclin*, iFamZ 2013, 6, 7; *Heinrich/Pendl*, EF-Z 2013, 248, 249 Fn 5.

Dies stellt für den verlierenden Elternteil einen Obsorgeentzug dar. Auf den ersten Blick bedarf es nach § 180 ABGB für die Zulässigkeit dieses Vorganges nur, dass die Neuregelung dem Kindeswohl besser entspricht, eine Kindeswohlgefährdung durch den verlierenden Elternteil ist keine Voraussetzung. Nach § 181 ABGB darf einem Elternteil die Obsorge jedoch nur dann entzogen werden, wenn er\_sie das Kindeswohl gefährdet. Diese Situation wird an einer Stelle dadurch aufgelöst, dass es für die Übertragung der Obsorge nach § 180 ABGB ebenfalls einer Kindeswohlgefährdung bedarf.<sup>15</sup> Die herrschende Ansicht bejaht jedoch die Übertragungsmöglichkeit der Alleinobsorge auch ohne Kindeswohlgefährdung, teils unter Hinweis auf das Verhältnis zu § 181 ABGB,<sup>16</sup> teils nur implizit.<sup>17</sup> Der OGH dürft in dieser Frage wie die herrschende Ansicht entscheiden.<sup>18</sup>

Die Regelungsbefugnisse bei einvernehmlichem Vorgehen der Eltern wurden in der Literatur bereits diskutiert. Dabei scheint sich ein restriktives Verständnis von § 177 Abs 3 ABGB durchzusetzen.<sup>19</sup>

Durch das FMedRÄG 2015<sup>20</sup> wurde gem §§ 144 f ABGB die Möglichkeit geschaffen, dass zwei Frauen beide Elternteile sind. § 144 Abs 2 ABGB ordnet an, dass für den „weiteren Elternteil“ die *„auf den Vater und die Vaterschaft Bezug Nehmenden Bestimmungen in diesem Gesetz und anderen bundesgesetzlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden [sind]“*. Dieser Bereich stellt ein spannendes neues Feld für Untersuchungen dar.

---

<sup>15</sup> *Heinrich/Pendl*, EF-Z 2013, 248, 251 ff; für eine vermittelnde Sicht mit umfassenderer Abwägung der Interessen des Kindes und der Eltern *Beclin*, iFamZ 2013, 6, 7.

<sup>16</sup> *Beclin*, Zak 2013, 4, 5 f; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar<sup>2.01</sup> § 181 Rn 1.

<sup>17</sup> *Kathrein*, ÖJZ 2013, 197, 206; *Barth/Jelinek*, Die Pase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12, 15.

<sup>18</sup> Vgl OGH 28.1.2014, 10 Ob 53/13m Tz 2; 18.9.2014, 1 Ob 156/14v; eindeutig für vorläufige Maßnahmen OGH 6.9.2014, 5 Ob 144/14h.

<sup>19</sup> *Barth/Jelinek* in *Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* 109, 121; ausführlich *Gottschamel*, JBl 2014, 147, 149 ff; *Ferrari*, Die Obsorge nicht miteinander verheirateter Eltern für ihre Kinder, in *Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namenrechts 19, 25 f; aA *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht durch das KindNamRÄG 2013, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 61, 66.

<sup>20</sup> Bundesgesetz, mit dem das Fortpflanzungsmedizingesetz, das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Gentechnikgesetz und das IVF-Fonds-Gesetz geändert werden (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015) BGBl I 35/2015; vgl *Wendehorst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, iFamZ 2016, 4.

### 3. Forschungsfragen, -ziele und –methoden

Die gerade unter 2. dargelegten Forschungsfragen stellen einen exemplarischen Ausschnitt der zu behandelnden Themen dar. Diese Arbeit soll in mehrerer Hinsicht einen Beitrag zur Forschung leisten.

Erstens gibt es Fragen, die in der Literatur bereits diskutiert werden, deren Betrachtung jedoch noch vertieft werden kann. Dadurch werden Hintergründe für Entscheidungen offengelegt, was eine große Rolle für die Weiterentwicklung des Rechtsbereichs spielen kann.

Zweitens können Themenkomplexe ausgemacht werden, die noch gar nicht näher erörtert wurden. Durch die Sichtbarmachung und Lösung bislang unbearbeiteter Fragen wird der Diskurs in besonderem Maße gefördert. Dazu gehören bspw Fragen, die sich durch das FMedRÄG 2015 stellen.

Zuletzt soll durch die Gliederung nach möglichen Systemen (ex-lege; einvernehmlich; gerichtliche Anordnung) von Obsorgeveränderungen eine Darstellung des Rechts der Obsorgezuteilung ermöglicht werden, die in sich stringent und nachvollziehbar ist. Im Unterschied zu einem Vorgehen nach „Erlangungs- und Verlusttatbeständen“ kann ein häufiges Hin-und-Her-Verweisen unterbleiben.

Methodisch wird der Gesetzestext den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden. Bei der Lösung von Fragen wird die argumentative Überzeugungskraft von Literaturmeinungen und Gerichtsentscheidungen lege artis berücksichtigt werden. Da bei familienrechtlichen Fragen Art 8 EMRK stets mitgedacht werden muss, sind bei der Untersuchung grundrechtliche Vorgaben mit erhöhter Aufmerksamkeit mitzudenken und zu berücksichtigen.

## 4. Vorläufige Gliederung

### I. Vorbemerkungen

- A. Begriffsklärung – Obsorge
- B. Grundvoraussetzungen der Obsorgeausübung
- C. Regelungsverpflichtung hinsichtlich des hauptsächlichen Betreuungshaushaltes

### II. Ex-lege Vorgänge bei zu mindest einem vorhandenen Elternteil

- A. Erlangung ohne gleichzeitige Verlustwirkung
- B. Erlangung im Zusammenhang mit einer Verlustwirkung
- C. Verlust der Obsorge
- D. Exkurs: Kein Elternteil im Zeitpunkt der Geburt

### III. Initiierte Prozesse

- A. Einvernehmliche Gestaltungsmöglichkeiten
- B. Nicht-einvernehmliche Gestaltungsmöglichkeiten
- C. Einstweilige Obsorgeverfügungen

## 5. Zeitplan

Bisher erarbeitet (März 2013 – März 2015)

Themenwahl, Literaturrecherche und Absolvierung der notwendigen Lehrveranstaltungen;

Veröffentlichung von Teilen der Forschungsergebnisse in den Juristischen Blättern;

Erstellung des Exposé

Im Folgenden:

Bis August 2015: Abfassen der Dissertation

August 2015 – Oktober 2015: Überarbeitung der Dissertation

Ende 2015/Anfang 2016: Öffentliche Defensio

## 6. Ausgewählte Bibliographie

*Barnreiter*, Materiellrechtliche Highlights des KindNamRÄG 2013, JAP 2012/2013, 241

*Barth/Deixler-Hübner/Jelinek* (Hrsg), Handbuch des neuen Kindschafts- und Namensrechts (2013)

*Barth/Jelinek*, Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung nach § 180 ABGB, iFamZ 2013, 12

*Barth-Richtarz*, Gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils? iFamZ 2013, 16

*Beck*, Kindschaftsrecht<sup>2</sup> (2013)

*Beck*, Muss Kinderbetreuung hauptsächlich sein? iFamZ 2015, 17

*Beclin*, Die wichtigsten materiellrechtlichen Änderungen des KindNamRÄG 2013, Zak 2013, 4

*Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6

*Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft<sup>11</sup> (2013)

*Deixler-Hübner/Fucik/Huber* (Hrsg), Das neue Kindschaftsrecht (2013)

*Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz (2013)

*E. Steiner/A.-Z. Steiner*, Impulse aus Straßburg zur Neuregelung der Obsorge durch das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 – Relevante Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in FS Fenyves (2013) 361

*Feldman/Borgida/Rodis/Campbell*, Irreversible Maternal Brain Injury During Pregnancy: A Case Report and Review of the Literature, Obstetrical & Gynecological Survey 2000 Vol 55 No 11, 708

*Ferrari/Hinteregger/Kathrein* (Hrsg), Reform des Kindschafts- und Namensrechts (2014)

*Ferrari/Moser*, Änderungen im österreichischen Familienrecht durch das Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, StAZ 2013, 369

*Gitschthaler* (Hrsg), Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (2013)

*Gottschamel*, Neuregelung gemeinsamer Obsorge, EvBl 2013, 963 (Anm zu OGH 8.5.2013, 6 Ob 41/13t)

*Gottschamel*, Regelungsbefugnisse im Rahmen der einvernehmlichen Obsorgeverteilung, JBl 2014, 147

*Heinrich/Pendl*, Entziehung der Obsorge ohne Kindeswohlgefährdung? EF-Z 2013, 248

*Hinteregger*, Familienrecht<sup>6</sup> (2013)

*Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197

*Lane/Westbrook/Grady/O'Connor/Counihan/Marsh/Laffey*, Maternal brain death: medical, ethical and legal issues, Intensive Care Med 2004, 1484, DOI: 10.1007/s00134-004-2305-6

*Neumayer*, Das Kindeswohl als Maßstab zur Entscheidungsfindung, iFamZ 2013, 42

*Schofield/Urch/Stebbing/Giamas*, When does a human being die? QJM November 2014, 1  
DOI: 10.1093/qjmed/hcu239

*Ulsenheimer*, Hirntod und Intensivmedizin, Der Anaesthesist 2009, 722

*Wendehorst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015