

# *iFamZ*

Schwerpunktthema  
in diesem Heft  
Vermögensverwaltung für  
Pflegebefohlene

**Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht**  
Beratung · Unterbringung · Rechtsfürsorge

Peter Barth / Judit Barth-Richtarz / Astrid Deixler-Hübner / Robert Fucik / Michael Ganner /  
Christian Kopetzki / Matthias Neumayr / Felicitas Parapatits / Ulrich Pesendorfer /  
Martin Schauer / Gabriela Thoma-Twaroch / Wilhelm Tschugguel / Christa Zemanek

## **Grundrechte und Familie**

Was dürfen Eltern im Namen der Religionsfreiheit?

3. Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention

VfGH hebt alleinige Obsorge der Mutter für uneheliche Kinder auf

## **Kindschaftsrecht**

Opferschutz als Kinderschutz

Gemeinsame Obsorge nach italienischem Recht

## **Sachwalterrecht inkl Patienten- und Altenrecht**

Leitlinien zur Verwaltung des Vermögens behinderter Personen

Wertpapierveranlagung von Mündelgeld

Haftungsfragen bei der Vermögensverwaltung für Besachwaltete

Geldverwaltung für Menschen mit Lernschwierigkeiten: Praxisbericht

Schwerpunkt

## **Erbrecht**

Zeugenzusatz beim fremdhändigen Testament

## **Internationale Aspekte**

Auslandsadoptionen und ihre (überraschenden) Wirkungen

Neues aus Brüssel: EU-Erbrechtsverordnung



## Grundrechte und Familie

<b>Religiöse Rechtfertigung – was dürfen Eltern im Namen der Religionsfreiheit?</b>	220
Verena Strasser	

<b>3. Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention</b>	223
Ulrich Pesendorfer	

<b>Rechtsprechung</b>	
• Aufhebung der alleinigen Obsorge der Mutter für uneheliche Kinder	223
• Keine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung bei geschlossener Unterbringung	225
• Medizinisch nicht indizierte Beschneidung ist Körperverletzung	226



## Kindschaftsrecht

<b>Opferschutz als Kinderschutz</b>	228
Dina Nachbaur	

<b>Gemeinsame Obsorge nach italienischem Recht</b>	230
Isabella Ferrari	

<b>Rechtsprechung</b>	
• Voraussetzungen für die Anspannung des Vaters während einer Bildungskarenz	232
• Wohnungskosten des geldunterhaltspflichtigen Elternteils schmälern Bemessungsgrundlage nicht	234
• Kosten größerer Wohnung während Obsorgestreits reduzieren Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht	234
• Kein Entfall der Geldunterhaltspflicht des Vaters durch (behauptete) hohe Besuchsrechtskosten	234
• Kosten für „Familienentlastung“ als Sonderbedarf	235
• Anwaltshaftung wegen unrichtiger Beratung des Vaters in einem Unterhaltsverfahren	236
• Eine „stabile Teilleistung“ steht Unterhaltsbevorschussung in voller Titelhöhe nicht entgegen	237
• Keine Rechtsmittellegitimation des geldunterhaltspflichtigen Vaters im Vorschusseinstellungsverfahren	237
• Vaterschaftsfeststellung durch Zeugungsvermutung auch zwei Jahre nach Tod des Mannes	237
• Beschränkung der Obsorge durch gerichtliche Auftragserteilung nur bei Kindeswohlgefährdung	238
• Kein Auftrag an allein obsorgeberechtigte Mutter, dem Vater für Ausübung des Besuchsrechts die E-Card des Kindes zu übergeben	239
• Keine Amtshaftung des JWT bzw Pflegerschaftsgerichts wegen unterlassener Maßnahmen	239
• Keine gemeinsame Obsorge gegen den Willen eines Elternteils	240
• Keine Amtshaftung im Verhältnis zum Geschäftspartner des Pflegebefohlenen (hier: Bank) wegen unterlassener Bestellung eines Kollisionskurators	240
• Verwerfung der Ablehnung des Kinderbestands ist keine bloß verfahrensleitende Verfügung	241
• Kein Recht auf Feststellung der Pflegerternschaft	242



## Sachwalterrecht, Heimvertrags- und Altenrecht



<b>Wer verwaltet wen? – Leitlinien für die Verwaltung des Vermögens behinderter Personen</b>	243
Matthias Neumayr	

<b>Wertpapierveranlagung von Mündelgeld unter besonderer Berücksichtigung des Sachwalterrechts</b>	251
Derya Trentinaglia	

<b>Haftungsfragen bei der Vermögensverwaltung für den Besachwalteten</b>	255
Felicitas Parapatits	

<b>Geldverwaltung für Menschen mit Lernschwierigkeiten – ein Erfahrungsbericht</b>	261
Monika Rauchberger	

<b>Rechtsprechung</b>	
• Prozessvollmacht des Sachwalters	263
• Rechtsmittelbefugnis bei der Umbestellung	263
• Rechtsmittelbefugnis beim Enthebungsbeschluss	263
• Vom Betroffenen selbst erhobener Revisionsrekurs	264
• Fortsetzung des Sachwalterschaftsverfahrens	264
• Ablehnung der Sachwalterschaft	264



## UbG/HeimAufG/Medizinrecht

<b>Rechtsprechung</b>	
• Durchführung der Aufnahmeuntersuchung durch „Abteilungsleiter“	265
• Zwangsweise Verbringung in die Anstalt mithilfe von Handfesseln	265

- Keine Unterbringung wegen bloßer Behandlungsbedürftigkeit 265
- Viertagesfrist für Erstanthörung 266
- Judikaturdivergenz bezüglich der Qualifizierung des Abteilungsleiters und dessen Vertretung 266
- Dauer der Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Freiheitsbeschränkung 266
- Freiheitsbeschränkung durch medikamentöse Maßnahmen 267



## Ehe- und Partnerschaftsrecht

### Rechtsprechung

- Eheverfehlungen nach Eintritt der Ehezerstörung 268
- Keine Verzeihung der Eheverfehlung durch fortgesetzte Sexualkontakte 268
- Teilrechtskraft des Zuspruchs einer Ausgleichszahlung im Aufteilungsverfahren – keine Oppositionsklage 268
- Maßgeblichkeit einer Vereinbarung im Aufteilungsverfahren 269
- Erbringung von Pflegeleistungen durch einen Ehegatten in außergewöhnlich hohem Ausmaß 269



## Erbrecht

### Rechtsprechung

- Internationale Zuständigkeit für Pflichtteilsklagen 270
- Keine Inventarisierung der vom Erblasser in eine Privatstiftung eingebrachten Vermögenswerte 270
- Geschätzt darf nur werden, was zu inventarisieren ist; Anfechtbarkeit von Beschlüssen im Verlassenschaftsverfahren 270
- Auch nach dem AußStrG 2003 keine Überprüfung der Vermögenserklärung durch das Abhandlungsgericht 271
- Wesen der verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigungsklausel 271

Aus der Erbrechtspraxis des Dr. T. 272



## Internationale Aspekte

### Internationales fallweise

Robert Fucik 273

### Die EU-Erbrechtsverordnung (VO Rom IV)

Robert Fucik 275

### Rechtsprechung

- Enge Auslegung der Kindeswohlgefährdung im HKÜ 275
- Unterhaltsanspruch einer Mutter gegen ihren Sohn richtet sich – vor 1. 7. 2011 – nach dem Personalstatut des Sohnes 276



## Aktuelles

Lesenswert 276

#### Herausgeber- und Redaktionsteam

Dr. Peter Barth (Schriftleiter), Dr. phil. Judit Barth-Richtarz (Interdisziplinäres), Univ.-Prof. Dr. Astrid Deixler-Hübner (Ehe- und Partnerschaftsrecht; Gewaltschutz; Verfahrensrecht), LStA Dr. Robert Fucik (Internationales Familienrecht; Verfahrensrecht), Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner (UbG/HeimAufG/Medizinrecht), Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki (Grundrechte), HR Hon.-Prof. Dr. Matthias Neumayr (Unterhaltsrecht; Unterhaltsvorschussgesetz), Dr. Felicitas Parapatits (Rechtsprechung Sachwalterrecht), Mag. Ulrich Pendorfer (Kindschaftsrecht; Rechtsprechung Grundrechte), Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer (Sachwalterrecht, Heimvertrags- und Altenrecht), Dr. -Gabriela Thoma-Twaroch (Rechtsprechung Obsorge und Besuchsrecht), Präs. d. LG HR Dr. Wilhelm Tschugguel (Erbrecht), V.Präs. d. LG Dr. Christa Zemanek (Rechtsprechung Abstammungs- und Adoptionsrecht)

#### Beirat

LStA Dr. Martin Adensamer, DGKS Mag. Dr. Gertrude Allmer, Mag. Dr. Christian Bürger, Dr. Roetraud Erhard, Univ.-Prof. Dr. Susanne Ferrari, Univ.-Doz. Dr. Helmuth Figdor, Univ.-Prof. Dr. Max Friedrich, Univ.-Prof. Dr. Rudolf Forster, Dr. Marion Gebhart, Dr. Werner Grabher, Dr. Wolfgang Hoke, Dr. Andrea Holz-Dahrenstaedt, Mag. Susanne Jaquemar, RA Dr. Christine Kolbitsch, Dr. Oskar Maleczky, Mag. Franz Mauthner, Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil, Univ.-Doz. Dr. Arno Pilgram, LStA Dr. Johannes Stabentheiner, Mag. Martina Stafke, Mag. Markus Važek, Dr. Michael Stormann, Dr. Werner Vogt, DSA Mag. Dr. Monika Vyslouzil, Mag. Johannes Wallner, Univ.-Prof. DDr. Lieselotte Wilk

#### Korrespondenten

Deutschland: Prof. Dr. iur. Werner Bienwald (Oldenburg)

#### Medieninhaber, Herausgeber und Medienunternehmen

LINDE VERLAG Ges.m.b.H., A-1210 Wien, Scheydgasse 24; Telefon: 01/24 630 Serie, Telefax: 01/24 630-23 DW, E-Mail: office@lindeverlag.at, http://www.lindeverlag.at DVR 0002356. Rechtsform der Gesellschaft: Ges.m.b.H., Sitz Wien Firmenbuchnummer: 102235x Firmenbuchgericht: Handelsgericht Wien ARA-Lizenz-Nr. 3991, ATU 14910701 Gesellschafter: Axel Jentzsch Geschäftsführer/innen: Dr. Eleonore Breitegger, Mag. Andreas Jentzsch, Dr. Oskar Mennel

#### Erscheinungsweise und Bezugspreise

Erscheint sechsmal jährlich. Jahresabonnement 2012 (6 Hefte) zum Preis von EUR 107,80 (inkl. MwSt., exkl. Versandkosten). Einzelheft 2012: EUR 26,50

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das Abonnement automatisch ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Nachdruck – auch auszugsweise – ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlages gestattet. Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Fachzeitschrift trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlages, der Redaktion oder der Autoren ausgeschlossen ist.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich

unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift ein, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc.) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG), sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) sowie der öffentlichen Zurverfügungstellung, insbesondere über das Internet (§ 18a UrhG). Gemäß § 36 Abs 2 UrhG erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts mit Ablauf des dem Erscheinen des Beitrages folgenden Kalenderjahres; dies gilt für die Verwertung durch Datenbanken nicht.

#### Personenbezogene Bezeichnungen

Das iFamZ-Team ist in den Beiträgen um eine möglichst ausgewogene Verwendung der weiblichen und männlichen Form bemüht.

#### Anzeigenverkauf und -beratung

Gabriele Hladik, Tel.: 01/24 630-19 E-Mail: gabriele.hladik@lindeverlag.at Martin Bauer, Tel.: 01/513 38 07, E-Mail: 14cmartinbauer@aon.at P.b.b. Verlagspostamt 1210 Wien – Erscheinungsort Wien ISSN 1819-3889

**Linde-Bonus**  
**20% Seminarrabatt**  
für iFamZ-Abonnenten  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)



der prozessualen Rechte des Opfers unter größtmöglicher Bedachtnahme auf seine persönliche Betroffenheit erforderlich ist und schlussendlich (5) ein diesbezügliches Verlangen des Opfers besteht (§ 73b ZPO, § 7 AußStrG). Gleiches gilt, wenn das Opfer als Zeugin/Zeuge über den Gegenstand des Verfahrens vernommen werden soll. Die psychosoziale Prozessbegleitung wird dabei bis zu einem Höchstbetrag von 800 Euro gewährt; genießt das Opfer Verfahrenshilfe, so beträgt der Höchstbetrag 1.200 Euro. Die Rechtsstellung der/des psychosozial Begleitenden ist die einer Vertrauensperson.

Die Regelung der Prozessbegleitung im Zivilverfahren ist me nicht gelungen. Im ursprünglichen Initiativantrag<sup>8</sup> war noch eine Weiterführung der juristischen und psychosozialen Prozessbegleitung vorgesehen. Die aus Gründen der Sparsamkeit erzwungene „Entkoppelung“ der psychosozialen Prozessbegleitung gerade im zivilgerichtlichen Verfahren stellt eine **Überforderung der professionell Helfenden** dar, die sich zulasten der Betroffenen auswirken kann. In jedem der denkbaren Verfahren sind unterschiedlichste Entscheidungen zu treffen, Nicht-Juristinnen wird es kaum gelingen, den Überblick zu wahren. Die richterliche Anleitungspflicht wird der betroffenen Partei zwar durch das Verfahren helfen,

<sup>8</sup> 271/A. 24. GP; vgl. [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/A/A\\_00271/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/A/A_00271/index.shtml) (eingesehen am 8. 8. 2012).

die Prozessbegleitung wird jedoch unnötig reduziert. Zudem sehen sich Prozessbegleitende aus taktischen Gründen fast gezwungen, eine psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren möglichst frühzeitig zu beginnen (und abzurechnen!), damit den Betroffenen – im Fall der Einstellung eines Verfahrens – zumindest der Anspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung im Zivilverfahren erhalten bleibt. Der Kostenersparnis dienen solche Überlegungen nicht.

## IV. Conclusio

In Österreich wurden in den letzten Jahren Opferrechte im Strafverfahren verstärkt und zu einem fixen Bestandteil des Strafverfahrens. Dieser Trend ist auch Kindern und Jugendlichen als Opfern und Zeuginnen bzw Zeugen zugute gekommen. Jugendlichen über 14 Jahren sollte jedoch ein höheres Maß an Schonung zugestanden werden. Unbefriedigend ist darüber hinaus die Situation von jungen Zeuginnen und Zeugen, die nicht Opfer iSd StPO sind. Positiv anzumerken sind die Bemühungen, Sand im Getriebe zu besetzen, etwa durch das jährliche Abhalten von Runden Tischen. Zu wünschen bleibt, dass auch Zivil- und Familienrichterrinnen bzw -richter diese Runden Tische als Forum des Austauschs für sich entdecken. Denn gerade der Schutz von Kindern und Jugendlichen setzt voraus, dass alle beteiligten Institutionen miteinander kooperieren. ■

## Gemeinsame Obsorge nach italienischem Recht

### Ein Vorbild für Österreich?

DR. ISABELLA FERRARI\*

*In Italien hat das Gesetz Nr 54/2006 vom 8. 2. 2006 mit Wirkung ab 16. 3. 2006 bedeutende Veränderungen, insb im Familienrecht, mit sich gebracht. Im Einklang mit der EMRK, dem New Yorker Übereinkommen über die Rechte des Kindes und dem Straßburger Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten wurde im italienischen Zivilgesetzbuch, dem Codice civile (CC), die elterliche Verantwortung für minderjährige Kinder neu geregelt und der sog „affidamento condiviso“ eingeführt. Die folgende Darstellung soll – auch mit Blick auf die Reformüberlegungen in Österreich – einen ersten Einblick in das italienische Kindschaftsrecht bieten.*

### I. Legistische Umsetzung der Reform

Art 155 CC (Verfügungen, welche die Kinder betreffen), der die Wahrung der Kindesinteressen und Kinderrechte sowie die entsprechende **elterliche Verantwortung** regelte, wurde neu gefasst. Darüber hinaus wurden die Art 155bis bis Art 155sexies CC (Übertragung der Obsorge, Überprüfung der Anordnungen iZm der Obsorge, Familienwohnung und Wohnsitz, [Unterhalts-]Verfügungen zugunsten volljähriger Kinder, Gerichtsbefugnisse und Anhörung der Minderjährigen) eingeführt.

Das minderjährige Kind soll im Rahmen der Regelung der Familienbeziehungen im Zentrum stehen, unabhängig davon, ob es um ein eheliches oder nichteheliches bzw ein Kind zusammen- oder getrennt lebender Eltern handelt. Aus

diesem Grund hat der Gesetzgeber die Reform durch **weitreichende Änderungen im CC** und nicht bloß als *lex specialis* umgesetzt. Die auf eheliche und eheähnliche Gemeinschaften anwendbaren Regelungen sollten harmonisiert und vereinheitlicht werden, um eventueller Kritik wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsprinzip (Art 30 Costituzione della Repubblica Italiana [italienische Verfassung]) und gegen das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK vorzubeugen.

### II. Gemeinsame Obsorge – Recht auf „Coparenting“

Die Reform führte zu einem Übergang von einem System, in dem sich gemeinsame und alleinige Obsorge<sup>1</sup> alternativ gegenüberstanden, zu einem neuen System der **gemeinsa-**

\* Dr. Isabella Ferrari ist Dozentin für Vergleichendes Privatrecht an der Universität Modena und Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Vor der Reform war die gemeinsame Obsorge nur bei einvernehmlicher Trennung oder Scheidung möglich.



**men** (wörtlich: geteilten) **Obsorge** („*affidamento conditio*“). Dabei erscheint die Perspektive, aus der die in der Familie stattfindende Krise zu betrachten ist, auf den Kopf gestellt: Der Richter ist berufen, vorrangig die **Interessen und das Wohl des minderjährigen Kindes zu schützen**, auch wenn er damit von (elterlichen) Anträgen abweicht.

Das Recht des minderjährigen Kindes auf den Erhalt ausgeglichener, andauernder und stabiler Beziehungen zu beiden Elternteilen auch nach der Trennung verdrängt also möglicherweise entgegenstehende Elternrechte (alleinige Obsorge und alleiniger Umgang), unabhängig davon, ob die Eltern zusammenleben, was etwa nach Aufgabe des gemeinsamen Wohnsitzes nicht mehr der Fall ist (sog **Coparenting**).

#### Art 155 Abs 2 CC<sup>2</sup>

„(...) trifft das Gericht, das die Trennung der Ehegatten ausspricht, die Verfügungen hinsichtlich der Kinder unter ausschließlicher Berücksichtigung ihrer ideellen und materiellen Interessen. Es **prüft dazu vorrangig die Möglichkeit, die minderjährigen Kinder bei den Elternteilen anzuvertrauen**, (...) und bestimmt die Zeiten und die Art und Weise ihres Zusammenseins mit jedem Elternteil, wobei es auch den Umfang und die Art vorschreibt, wie jeder von diesen zum Unterhalt, zur Pflege, zur Ausbildung und zur Erziehung der Kinder beizutragen hat. Es geht dazu von den zwischen den Eltern zustande gekommenen Vereinbarungen aus, sofern diese nicht den Interessen der Kinder zuwiderlaufen. (...)“

Nach Art 4 des Gesetzes 54/06 ist Art 155 CC auch auf nicht-eheliche Lebensgemeinschaften und Scheidungsfamilien anzuwenden; in solchen Fällen kommt dem Gericht eine besondere Aufgabe zu: Da ein gemeinsames Leben des minderjährigen Kindes mit beiden Elternteilen nicht möglich ist, muss es das Kind bei einem Elternteil unterbringen und dem anderen ein Umgangsrecht einräumen und zur Teilhabe an der elterlichen Verantwortung verhalten. Hierbei wird die **gleich(wertig)e Anwesenheit beider Elternteile im Leben des Kindes** weniger quantitativ (Aufteilung der Zeit) als vielmehr **qualitativ** (Teilhabe beider Elternteile an für das Kind wesentlichen Entscheidungen) gewichtet.

### III. Die elterliche Verantwortung

Der italienische Begriff „*affidamento*“ erhält damit seine ursprüngliche, auf das lateinische Wort „*fides*“ (Schutz, Sorge, Treue) zurückgehende Bedeutung zurück: Die Eltern haben sich, unabhängig von Erfolg oder Misserfolg ihrer Paarbeziehung, gemeinsam darum zu bemühen, ihren Kindern materielle und moralische Unterstützung zuteilwerden zu lassen.

#### Art 155 Abs 3 CC

„Die elterliche Gewalt wird durch beide Elternteile ausgeübt. Die Entscheidungen, welche wichtige Interessen der Kinder hinsichtlich der Ausbildung, Erziehung und Gesundheit betreffen, werden durch sie **in gemeinsamer Absprache** unter Berücksichtigung der Fähigkeiten, der natürlichen Neigungen und der Wünsche der Kinder getroffen. Bei Uneinigkeit ist die Entscheidung dem Gericht vorbehalten. Das Gericht kann beschränkt auf Entscheidungen

über Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung festlegen, dass die Eltern die elterliche Gewalt getrennt ausüben.“

Die Ausübung der elterlichen Verantwortung erfolgt stets gemeinschaftlich, da jede für das Kind wichtige Entscheidung<sup>3</sup> im Einverständnis beider Elternteile unter Einbeziehung des Kindes zu treffen ist.

Die zentrale Rolle des minderjährigen Kindes bei der Regelung der Familienbeziehungen bedeutet eine Umkehr im Vergleich zur Vergangenheit: Das minderjährige Kind ist nicht mehr nur passiver Empfänger autoritärer Entscheidungen der Eltern, sondern genießt eine **seiner Reife entsprechende Entscheidungsfreiheit**. In dieser neuen Ordnung der häuslichen Verhältnisse haben die Eltern die Aufgabe, miteinander und mit dem Kind zusammenzuarbeiten, um gemeinsam das Kindeswohl zu wahren. Anweisung und Kontrolle werden durch Führung und Unterstützung ersetzt.

Der Gesetzgeber hat zudem festgelegt, dass bei Uneinigkeit zwischen den Eltern die Entscheidung dem Gericht vorbehalten ist, das sich dabei an den Interessen und dem Willen des Kindes – und nicht an widerstreitenden elterlichen Anträgen – zu orientieren hat: eine deutliche Ermahnung an die Eltern, sich um eine Einigung zu bemühen.

Die alleinige Obsorge gilt bloß subsidiär und wird somit zu einer Art „Restgröße“, die das Gericht nur bei schweren Verfehlungen oder akuter Kindeswohlgefährdung verfügen kann.

### IV. Unterhalt und Familienwohnung

Im Einklang mit der personalistischen Logik der Reform haben die Eltern nach der Trennung bzw Scheidung mangels Einigung untereinander den Kindesunterhalt **entsprechend ihren Einkommensverhältnissen** zu bestreiten,<sup>4</sup> wobei die Bedürfnisse des Kindes, der Lebensstandard während aufrechter Ehe bzw Lebensgemeinschaft, die Aufenthaltszeiten bei jedem Elternteil, die wirtschaftlichen Verhältnisse und die vom jeweiligen Elternteil erbrachten Haushalts- und Obsorgeleistungen zu berücksichtigen sind.

Der **Geldunterhalt** geht bis zum Erreichen der Volljährigkeit an den Elternteil, bei dem das Kind wohnt, danach an das Kind selbst (der Anspruch auf Unterhalt besteht bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes).

Eine **Neuregelung bzw Anpassung des Kindesunterhalts** aufgrund geänderten Bedarfs ist – entweder durch gegenseitige Vereinbarung oder gerichtliche Entscheidung – jederzeit möglich.

Auch hinsichtlich der **Familienwohnung** hat sich das Gericht bei seiner Entscheidung von Kindeswohlerwägungen leiten zu lassen; es hat zB das Interesse des Kindes zu berücksichtigen, im selben häuslichen Umfeld wie vor der Trennung aufzuwachsen, wenn zu befürchten ist, dass sich die negativen Auswirkungen durch den Bruch in der elterlichen Beziehung bei einem Wohnungswechsel verschlim-

<sup>3</sup> Betreffend Erziehung, Gesundheit, Wohnort usw.

<sup>4</sup> Mit der Möglichkeit für das Gericht, „Nachforschungen durch die Steuerpolizei über die strittigen Einkünfte und Vermögenswerte an[zuzuordnen], auch wenn diese auf andere Personen lauten“ (Art 155 letzter Satz CC).

<sup>2</sup> Zitiert nach Bauer/Eccher/König/Kreuzer/Zanon, Italienisches Zivilgesetzbuch, Übersetzung im Auftrag der Südtiroler Landesregierung (Stand 31. 5. 2010).



mern würden. Aus diesem Grund wird das Recht an der Familienwohnung vorzugsweise dem Elternteil zugesprochen, bei dem das Kind wohnt. Dieses Recht erlischt freilich bei neuerlichem Wohnungswechsel, einer neuen Lebensgemeinschaft oder Wiederverheiratung.

## V. Besonderheiten bei nichtehelichen Kindern

Die dargestellten Neuregelungen kommen iS einer Vereinheitlichung des Kindschaftsrechts gem Art 4 des Gesetzes 54/06 nicht nur bei Scheidung, Auflösung, Aufhebung oder Annullierung der Ehe, sondern auch in Verfahren betreffend Kinder unverheirateter Eltern, auch ohne gemeinsamen Wohnsitz, zur Anwendung.

Diesbezüglich sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

- Die Eltern wenden sich an das Jugendgericht, um ihre gegenseitigen Verhältnisse und die Obsorge für ihr Kind zu regeln. Unabhängig davon, ob es sich um eine Krise der eheähnlichen Gemeinschaft, um ein nichteheliches Kind, das im Verbund mit der ehelichen Familie eines seiner Elternteile lebt, oder um ein Abstammungsverfahren zur Feststellung der Elternschaft handelt: Die **gemeinsame Obsorge** ist der **Regelfall** und verdrängt damit implizit Art 317*bis* CC, der die Ausübung der elterlichen Verantwortung bei nichtehelichen Kindern an die Anerkennung des Kindes und das elterliche Zusammenleben knüpft.
- Die Eltern wenden sich *nicht* an ein Gericht: In diesem Fall greift nach wie vor Art 317*bis* CC, wonach die Eltern, wenn sie das **Kind anerkannt haben und zusammenleben**, gemeinsam die elterliche Verantwortung innehaben. Wenn sie nicht zusammenleben, fällt die Verantwortung demjenigen zu, der das Kind zuerst anerkannt hat; wenn nur ein Elternteil die Anerkennung vornimmt, ist dieser der alleinige Träger elterlicher Verantwortung. Dem anderen steht allerdings die Möglichkeit offen, das nichteheliche Kind (per standesamtliche

Erklärung, Notariatsurkunde oder Testament) anzuerkennen und danach das Jugendgericht anzurufen, um letztlich in den Genuss der vom Gesetz vorgesehenen gemeinsamen Obsorge zu gelangen.

## VI. Zuständigkeit

In **Obsorgeverfahren iZm Scheidung bzw Trennung** ist das für den Rechtsstreit zwischen den Eltern zuständige ordentliche Gericht zur Entscheidung berufen; bei **nichtehelichen Kindern** ist das besondere Jugendgericht sowohl für Obsorge- als auch für Vermögensangelegenheiten zuständig.

## VII. Vereinheitlichung in Europa?

Der EGMR hat jene Rechtsordnungen, die für verheiratete und nicht verheiratete Eltern unterschiedliche, Letztere benachteiligende Obsorgeregelungen vorsehen, bereits verurteilt.<sup>5</sup> Der EGMR verlangt eine der Gleichheit verpflichtete, diskriminierungsfreie Regelung und rückt das Interesse des minderjährigen Kindes, **mit der Unterstützung von und der dauerhaften Beziehung zu beiden Elternteilen aufzuwachsen**, in den Mittelpunkt; ein Interesse, das nicht durch anachronistische Bestimmungen, die Ehepaare gegenüber in eheähnlichen Gemeinschaften lebenden Eltern bevorzugt behandeln, verletzt werden dürfe.

Angesichts dieser Ausführungen erscheint insb die österreichische Rechtslage konventions- und verfassungswidrig.<sup>6</sup> Derartige Bestimmungen verursachen eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit zum Nachteil des nicht mit dem minderjährigen Kind zusammenlebenden Elternteils, uU auch des Kindes selbst. ■

<sup>5</sup> EGMR 3. 12. 2009, Beschw-Nr 22028/04, *Zaunegger* gg Deutschland, iFamZ 2010/1, 10; 3. 2. 2011, Beschw-Nr 35637/03, *Sporer* gg Österreich, iFamZ 2011/52, 61 (ablehnend *Klaar*).

<sup>6</sup> S ausführlich dazu VfGH 28. 6. 2012, G 114/11, iFamZ 2012/161, 224 (S. *Ferrari*).

#### § 140 ABGB

iFamZ 2012/164

#### Voraussetzungen für die Anspannung des Vaters während einer Bildungskarenz

OGH 24. 5. 2012, 1 Ob 75/12d

Im Scheidungsvergleich vereinbarten die Eltern, dass die Obsorge beider Elternteile aufrecht bleibt und der hauptsächliche Aufenthaltsort beider Söhne (11 und 9) beim Vater sein soll. Tatsächlich befindet sich der 11-Jährige (zumindest seit Mai 2011) in Betreuung der Mutter, während sein Bruder weiterhin im Haushalt des Vaters betreut wird.

Am 26. 5. 2011 verpflichtete sich der Vater vor dem JWT zu einem monatlichen Unterhalt von 524 Euro monatlich für seinen 11-jährigen Sohn ab 1. 4. 2011. Zugrunde gelegt wurden eine monatliche Bemessungsgrundlage von 3.105,68 Euro sowie die weitere Sorgepflicht für den jüngeren Sohn. Die Mutter verpflichtete sich am 29. 9. 2011 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung an den im Haushalt des Vaters betreuten Sohn.

Nach einer im September 2011 geschlossenen Vereinbarung stimmte der Arbeitgeber des Vaters gem § 11 AVRAG einer Bildungskarenz für den Zeitraum von 1. 10. 2011 bis 30. 9. 2012 zu. Während dieser Bildungs-

karenz bezieht der Vater vom AMS ein Weiterbildungsgeld von monatlich 1.424,10 Euro. Daneben erhält er aus einer geringfügigen Tätigkeit ein monatliches Einkommen inklusive anteiliger Sonderzahlungen von 420 Euro. Das monatliche Durchschnittsnettoeinkommen des Vaters seit 1. 10. 2011 beträgt somit 1.844 Euro. Während der Bildungskarenz absolviert der Vater eine Ausbildung in der Fremdsprache Englisch. Die Bildungskarenz ist aus therapeutischer und psychiatrischer Sicht „indiziert“. Bedenken, dass der Vater aufgrund seiner Gesundheit seiner bisherigen Beschäftigung nicht mehr nachgehen könnte, bestehen nicht.

Der Vater beantragte, seine Unterhaltsverpflichtung für seinen älteren Sohn ab 1. 10. 2011 auf monatlich 350 Euro herabzusetzen. Die Inanspruchnahme der einjährigen Bildungskarenz begründete er einerseits mit einer „Neuorientierung im beruflichen Umfeld“. Er wolle seine derzeitige berufliche Position durch eine Ausbildung, insb eine Verbesserung seiner Englischkenntnisse, absichern, eine etwaige berufliche Veränderung prüfen und eine Selbständigmachung vorbereiten. Andererseits wolle er mehr Zeit zur intensiveren Betreuung des in seinem Haushalt lebenden jüngeren Sohns aufbringen. Schließlich diene die „Auszeit“ der Burn-out-Prävention; sie sei aus therapeutischer und psychiatrischer Sicht indiziert.