

Download

ABGB

Texte Materialien Judikatur

(in zwei Teilen)

Amtliche Erläuterungen

RV zu BGBl. 58/1960: 1. Die in den §§ 179 bis 185 [ABGB] enthaltenen Bestimmungen über die Annehmung an Kindesstatt sind seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1812 mit zwei im folgenden anzuführenden Ausnahmen unverändert geblieben. Die kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914, RGBl. Nr. 276, über eine Teilnovelle zum ABGB setzte im § 180 das Mindestalter des Annehmenden von fünfzig auf vierzig Jahre herab und fügte dieser Gesetzesstelle die Bestimmung an, dass eine verheiratete Person grundsätzlich nur mit Zustimmung ihres Ehegatten annehmen oder angenommen werden darf. Gleichzeitig wurde auch der § 182 geändert. Nach der alten Fassung hatte das Wahlkind zwingend neben dem Namen des Annehmenden auch seinen bisherigen Familiennamen und Familienadel zu führen. Nach der neuen Fassung ist die Beibehaltung des bisherigen Familiennamens dem Ermessen der Vertragsteile überlassen.

Die geltenden Bestimmungen über die Kindesannahme gehen von veralteten Grundsätzen aus, regeln wichtige Fragen überhaupt nicht und sind in mancher Beziehung unklar. [...]

2. Die Rechtsvergleichung und die Erforschung der Erfahrungen in unserem Lande haben zur Aufstellung folgender Grundsätze geführt, von denen sich die Neuordnung des Rechtes der Kindesannahme leiten lassen sollte:

a) Der Hauptzweck der Kindesannahme soll die Förderung des Wohles des anzunehmenden nicht eigenberechtigten Kindes sein (Schutzprinzip). Die Kindesannahme soll ein geeignetes Mittel sein, elternlose Kinder, solche aus zerrütteten Familien oder von Eltern, die aus irgendeinem Grund eine geeignete Erziehung ihrer Kinder nicht gewährleisten können oder denen Kinder sogar unerwünscht sind, der Erziehung und Sorge geeigneter und verantwortungsbewusster Menschen zu übergeben. Die gesetzliche Neuordnung muss vor allem diesen Zweck im Auge haben. Daneben soll aber auch eine Annahme aus einem sonst sittlich gerechtfertigten Anliegen des Annehmenden oder des eigenberechtigten Wahlkindes möglich sein (Interessenprinzip). Um auch diesem Zwecke dienen zu können, muss [...] auch weiterhin die Annahme einer eigenberechtigten Person erlaubt sein. Die Gerichte sollen verpflichtet werden, in jedem Falle besonders zu prüfen, ob die angestrebte Kindesannahme diesen Zwecken dienen soll.

b) Der oben dargelegte Hauptzweck kann nur erreicht werden, wenn durch die Kindesannahme die Verhältnisse in der natürlichen Familie möglichst nachgebildet werden. Aus diesem Grunde soll das Wahlkind rechtlich vollkommen einem ehelichen Kinde gleichgestellt werden. Seine Rechtsbeziehungen zu seinen leiblichen Verwandten sollen dort, wo sich eine Kollision ergibt, in den Hintergrund treten. Dadurch erhält das Wahlkind die Sicherheit und Geborgenheit eines leiblichen Kindes seiner Wahleltern.

e) Das Mindestalter der Wahleltern soll herabgesetzt werden. Damit im Zusammenhang steht der Entfall des bisherigen Erfordernisses der Kinderlosigkeit. [...]

Der geänderte Hauptzweck der Kindesannahme lässt es als nicht richtig erscheinen, den Schwerpunkt des Zustandekommens einer Adoption auf die Abschließung eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages zwischen den Wahleltern und dem Wahlkind zu legen. Die Frage, ob ein Kind aus seiner bisherigen Familie ausscheiden und in eine andere verpflanzt werden soll, darf nicht nur dem Ermessen des einzelnen überlassen werden. Es handelt sich um eine Angelegenheit, die die Ordnung im Staat und damit die Öffentlichkeit stark berührt. Deshalb soll das Gericht - unter Wegfall der bisherigen Zerteilung seiner Tätigkeit in Genehmigung

und Bestätigung - bei jeder Kindesannahme mitwirken, gleich ob es sich um ein unter väterlicher Gewalt oder Pflegschaft stehendes oder um ein eigenberechtigtes Wahlkind handelt. Dadurch soll gewährleistet werden, dass nur solche Kindesannahmen zustandekommen, die dem Zwecke dieser Rechtseinrichtung entsprechen, und dass diese nicht durch leichtfertige oder unüberlegte Entschlüsse der Beteiligten oder gar bewusst missbraucht wird. Um aber zu verhindern, dass sich die Behörde über den berechtigten Willen der Beteiligten, insbesondere des Annehmenden, des Wahlkindes und seiner Eltern, hinwegsetzen kann und dadurch in die persönliche Freiheit der Verfügung über Familienrechte eingreift und die Unverletzlichkeit der Familie gefährdet, bleibt es bei der Voraussetzung der vertraglichen Einigung zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkind. [...]

e) Die Wichtigkeit der Kindesannahme lässt keinen Raum für gesetzliche Regelungen, die dem Parteiwillen einen Spielraum hinsichtlich der Wirkungen und der Auflösung einräumen. Der Widerruf einer Bewilligung und die Aufhebung einer Kindesannahme müssen zwar in den unbedingt notwendigen Fällen zugelassen, die Voraussetzungen müssen aber sehr eng gestaltet werden, um einen oftmaligen Wechsel der Familienzugehörigkeit eines Kindes zu verhindern. Die Strenge des Gesetzes in dieser Beziehung soll auch allen Beteiligten das Bewusstsein vermitteln, dass die Kindesannahme grundsätzlich nicht mehr aus der Welt geschafft werden kann und demgemäß eine gründliche Prüfung ihres Willensentschlusses erfordert.

3. [...]

RV zu BGBl. 108/1973: [...] Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, JGS Nr. 946 (im folgenden „ABGB“ genannt), setzte die für den Eintritt der Volljährigkeit maßgebende Altersgrenze, dem folgend, mit der Vollendung des 24. Lebensjahrs fest. Diese Altersgrenze des ABGB wurde alsbald als rückständig kritisiert. [...]

AB zu BGBl. 108/1973: Das Bundesverfassungsgesetz vom 13. November 1968, BGBl. Nr. 412, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 in den Bestimmungen über das Wahlalter geändert wird - das Mindestalter für die Ausübung des aktiven Wahlrechts wurde auf das vollendete 19. Lebensjahr herabgesetzt -, hat in Österreich die Diskussion über die junge Generation betreffenden Fragen, besonders über die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters, neu angefacht.

Diese Diskussion ist seit ihren Anfängen vom Bundesministerium für Justiz genau beobachtet und nach ihrer Verdichtung aufgegriffen worden. Österreichischen Bestrebungen stehen auf diesem Gebiet internationale gegenüber: In den vergangenen vier Jahren ist das Volljährigkeitsalter in sechs europäischen Staaten herabgesetzt worden, in Schweden, Norwegen, Dänemark, Finnland und Liechtenstein auf 20 Jahre, in Großbritannien auf 18. In der Bundesrepublik Deutschland hat die Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters zugeleitet, der das Volljährigkeitsalter mit dem vollendeten 18. Lebensjahr festsetzt. Schließlich hat der Europarat durch sein Ministerkomitee am 19. September 1972 in der Empfehlung (72) 29 den Mitgliedstaaten vorgeschlagen, das Volljährigkeitsalter auf 18 Jahre zu senken, wenn sie dies für zweckmäßig halten.

Die Regierungsvorlage entspricht diesen Bestrebungen. [...]

AB zu BGBl. 496/1974: Die durch das Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974, und die in der Regierungsvorlage eines Strafrechtsanpassungsgesetzes (850 BlgNR) erfolgenden Änderungen und Anpassungen von im ABGB verwendeten Begriffen bzw. Begriffsinhalten machen - soweit die generelle Anpassung durch das Strafrechtsanpassungsgesetz nicht ausreichend ist - eine spezielle Anpassung einiger Vorschriften notwendig, wobei aus Anlass dieser Novellierung auch obsolet gewordene Bestimmungen aufgehoben werden sollen.

RV zu BGBl. 412/1975: [...] V. Die Hauptgesichtspunkte des Gesetzentwurfs:

1. Verwirklichung des Gleichberechtigungssatzes im Bereich der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe: Dem Gleichberechtigungssatz entsprechend, werden die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten im Verhältnis zueinander [...] grundsätzlich

gleich gestaltet. Mit diesem Grundsatz unvereinbar ist die bestehende rechtliche Vorrangigkeit des Ehemanns als Haupt der Familie (§ 91 ABGB: „Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm vorzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten, es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und sie in allen Vorfällen zu vertreten.“). Der Gesetzentwurf beseitigt nicht nur die Vorrangstellung des Ehemanns, sondern auch den Überhang an Pflichten, die ihm das geltende Recht auferlegt. Dem Gesetzentwurf liegt die Auffassung zugrunde, dass Mann und Frau in der Ehe trotz ihrer biologisch oder seelisch bestimmten Persönlichkeitsunterschiede gleichrangige Partner sind, die gleichberechtigt die Entscheidungen in familiären Fragen treffen, sich gegenseitig vertrauen und unterstützen sollen. Nur das Prinzip gleichrangiger Partnerschaft ermöglicht rechtlich die Verbindung engster Gemeinschaft der Ehegatten mit der Wahrung ihrer Eigenständigkeit; es schafft und begrenzt zugleich den Raum für die gemeinsame Verantwortung der Ehegatten für die Ehe und die Verantwortung jedes Ehegatten für den anderen und für sich selbst. [...]

2. Rechte und Pflichten der Ehegatten: Im Sinn der vorstehenden Ausführungen lehnt der Gesetzentwurf eine auf einer sogenannten „natürlichen Aufgabenteilung“ zwischen Mann und Frau im Bereich der Ehe gestützte rechtliche Differenzierung der Ehegatten ab. Der Gesetzentwurf lässt im Übrigen den § 44 ABGB, der den Begriff der Ehe allgemein umschreibt, unberührt. Dementsprechend und nach den Leitbildvorstellungen des Gesetzesentwurfs sind die Ehegatten zur umfassenden Lebensgemeinschaft, Treue, anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet; der Gesetzesentwurf fordert von den Ehegatten außerdem, bei der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft aufeinander und auf die Familie Rücksicht zu nehmen; schließlich auch, dass sie einvernehmlich vorgehen sollen (§ 90 Abs. 1 ABGB). Innerhalb dieser Rahmenpflichten haben die Ehegatten die Möglichkeit der Selbstgestaltung der ehelichen Gemeinschaft. Diese Verschränkung von individuellen und überindividuellen Bezügen der Ehe gewährleistet dem einzelnen einen möglichst großen Gestaltungsraum und sichert die Ehe als eine mit rechtlich geschützten Werten ausgestattete gesellschaftliche Einrichtung gegen Eingriffe von außen; das gilt auch für richterliche Eingriffe. Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten über die Gestaltung der ehelichen Gemeinschaft, soweit diese Meinungsverschiedenheiten die rein persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten betreffen, sollen die Ehegatten selbst entscheiden; eine Anrufung des Gerichtes als Entscheidungsinstanz ist ausgeschlossen (§ 90 Abs. 2 ABGB). Der Gesetzesentwurf beseitigt die bisherigen rechtlichen Möglichkeiten, mit Hilfe des Richters eine bestimmte Gestaltung der ehelichen Gemeinschaft herbeizuführen, etwa die Erwirkung eines richterlichen Auftrags an einen Ehegatten, in die eheliche Gemeinschaft zurückzukehren oder bestimmte rein persönliche Rechte und Pflichten auszuüben. Schon nach dem geltenden Recht sind solche richterliche Aufträge nicht vollstreckbar. Ist daher ihr Wert schon aus diesem Grund fragwürdig, so bedeuten sie auch einen Eingriff in die Eigenmacht der Ehegatten. Ein Eheschutzverfahren, wie es manche gefordert haben, hält der Gesetzesentwurf für nicht zielführend. Damit soll nicht gesagt werden, dass die Beratung von Ehegatten, deren zwischenmenschliche Beziehungen abzubrockeln drohen, nicht in vielen Fällen Erfolg haben und so die Ehe retten können. Eine solche Beratung aber dem Richter aufzubürden, hieße seine Rolle verkennen und würde ihn außerdem überfordern. Hilfen solcher Art können Einrichtungen öffentlicher oder privater Art zur Beratung in Ehe- und Familienangelegenheiten sachkundiger und wirkungsvoller durchführen, als dies einem Gericht möglich wäre.

Die Geltendmachung von Ansprüchen nicht rein persönlicher Art, etwa der Unterhaltsansprüche, vor Gericht ist auch in Zukunft nicht ausgeschlossen. In dieser Beziehung ändert der Gesetzesentwurf die geltende Rechtslage nicht.

3. Gleichheitssatz und Ehwirkungen: Der Gesetzesentwurf regelt die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, den Ehenamen, den Unterhalt, das Recht auf Erwerbstätigkeit, die wechselseitige Vertretung und Haftung für Verpflichtungen im Rahmen der Haushaltsführung und den Schutz der Ehegatten bezüglich der ihrem dringenden Wohnbedürfnis dienenden Wohnung. Der wirtschaftlich schwächere Ehegatte wird außerdem geschützt, wenn er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, besonders weil er den gemeinsamen Haushalt führt oder

die Kinder erzieht und pflegt [...]; freilich sind die Ehegatten grundsätzlich verbunden, soweit sie dazu imstande sind, sich selbst die Mittel zu eigenem Unterhalt zu erwerben. Die Mitwirkung eines Ehegatten soll künftig keinesfalls mehr als Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht angesehen werden (§ 90 Abs. 1 dritter Satz ABGB); solche Leistungen, wie die Vereinigung von Vermögen, Einkommen oder Arbeit zur Erreichung eines beschränkten wirtschaftlichen Zweckes überhaupt, sollen im Zweifel nicht als unentgeltlich erbracht angesehen werden, die aus solchen Leistungen abgeleiteten Ansprüche ergeben sich nicht aus den eherechtlichen, sondern den allgemeinen Vorschriften (§ 94 ABGB).

Aus allen diesen Regelungen lässt sich erkennen, dass die Ehe rechtlich in Zukunft nicht zu einer Verminderung der Eigenständigkeit der Ehegatten, auch im Verhältnis zueinander, führen darf. [...]

AB zu BGBl. 412/1975: [Der] Gesetzesentwurf [geht] davon aus, dass Bestimmungen über ein ausdrückliches Recht eines Ehegatten auf eigene Erwerbstätigkeit, weil selbstverständlicher Ausdruck der Persönlichkeitsrechte, entbehrlich sind.

RV I zu BGBl. 403/1977: [...] VII. Die Hauptgesichtspunkte des Gesetzesentwurfs:

1. Entsprechend dem Gleichberechtigungsgrundsatz sind die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter eines minderjährigen ehelichen Kindes grundsätzlich gleich gestaltet. Bei allen aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern erfließenden rein persönlichen Rechten und Pflichten (Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung, gesetzliche Vertretung; s. § 145 ABGB [...]) haben die Eltern einvernehmlich vorzugehen. Grundsätzlich steht keinem Elternteil ein Stichtentscheid zu. Sind die familiären Beziehungen der Eltern gestört und kommen sie ihrer Pflicht zum einvernehmlichen Vorgehen nicht nach, so bietet der § 176 ABGB [...] dann Abhilfe, wenn das Wohl des Kindes auf dem Spiel steht. Wenn die Eltern ihre Pflichten nicht erfüllen, gröblich vernachlässigen oder durch ihr sonstiges Verhalten das Wohl des Kindes gefährden, kann, von wem immer, das Gericht angerufen werden, damit es allenfalls einzelne oder alle aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten einem Elternteil entziehe oder sonstige dem Wohl des Kindes angemessene Verfügungen treffe; auch kann das Gericht im Einzelfall auf Antrag eines Elternteils eine gesetzlich erforderliche Einwilligung oder Zustimmung des anderen Elternteils zu Maßnahmen für das Kind ersetzen, wenn keine gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung dieser Einwilligung oder Zustimmung vorliegen.

2. Das geltende Recht räumt dem Vater die „väterliche Gewalt“ ein. Der Gesetzesentwurf vermeidet es überhaupt, von einer „Gewalt“ zu sprechen. Familienrechtliche Gewaltverhältnisse sind Ausdruck einer Gesellschafts- und Rechtsordnung, die dem Hausvater weitgehende Befugnisse über die Mitglieder seiner Familie eingeräumt hat. Die tatsächliche Familienstruktur hat sich grundlegend gewandelt. Sie ist gekennzeichnet vom Übergang der produzierenden Großfamilie zur konsumierenden Kleinfamilie, durch eine gestiegene wirtschaftliche, berufliche und soziale Bedeutung der Frau, verbunden mit erhöhtem Selbstbewusstsein, durch einen Verlust des Vaterleitbildes als Folge dessen, was das soziologische Schrifttum die „Krise des Mannes“ bezeichnet, gewandelte Anschauungen vom Erziehungszweck und von den Beziehungen zwischen Eltern und Kindern. Eine zeitgemäße familienrechtliche Ordnung kann, um jede Missdeutung fernzuhalten, nicht mehr von Gewaltverhältnissen sprechen. Sie muss die familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern stattdessen danach ausrichten, dass die Eltern in die Lage versetzt werden, ihre Erziehungsaufgabe bestmöglich zu erfüllen.

3. Oberste Richtschnur für die Regelung des Eltern- und Kindesverhältnisses muss die Wahrung des Kindeswohls sein. Der Gesetzesentwurf lässt sich von diesem Grundsatz bei allen einzelnen Einrichtungen leiten. Wiewohl der Entwurf eine Begriffsbestimmung nicht bringt, kann der Begriff des Kindeswohls schon durch die bisherige Rechtsprechung als klar abgesteckt bezeichnet werden. Schon heute stehen alle Minderjährigen „unter dem besonderen Schutz der Gesetze“ (§ 21 ABGB), und das PflEG- oder Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen einzuschreiten (§ 2 AußStrG), wenn das Wohl eines Minderjährigen gefährdet ist. Der Entwurf entwickelt hier nur Bestehendes weiter. Sind „die Persönlichkeit des Kin-

des und seine Bedürfnisse, besonders seine Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten“ gewahrt, erfahren besonders diese die entsprechende Förderung und ist die Ausbildung des Kindes in Schule und Beruf gewährleistet, so wird im Einzelfall dem Grundsatz der Wahrung des Kindeswohls entsprochen sein (s. die §§ 140 Abs. 2, 146, 147, 176 Abs. 2 und 177 Abs. 2 ABGB [...]). Vom Kindeswohl lässt sich der Entwurf auch besonders bei der Regelung von Meinungsverschiedenheiten zwischen Eltern und mündigen Kindern in Ausbildungsfragen leiten (§ 147 ABGB [...]), hält im Übrigen aber gerade in diesem Punkt an Bestehendem fest.

Darüber hinaus nimmt der Gesetzesentwurf in einer Reihe wichtiger Fragen mittelbar auf die Persönlichkeit des heranwachsenden Kindes Bedacht, indem er dem mündigen Kind ausdrücklich das Recht auf Anhörung (§ 145a Abs. 1, §§ 148, 177) oder auf Anrufung des Gerichtes (§ 147) einräumt.

4. Der Gesetzesentwurf bringt den Gleichberechtigungsgrundsatz, und dessen Entsprechung, den Gleichverpflichtungsgrundsatz, nun auch [...] im Unterhaltsrecht zur Geltung. Vater und Mutter schulden nun den Unterhalt zur ungeteilten Hand, wobei das Ausmaß der Unterhaltsschuld jedes Elternteils darin besteht, dass er das Kind an seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen teilhaben lassen muss. Besonders berücksichtigt wird die Stellung der Frau als Hausfrau und Mutter. In Weiterentwicklung des vom Gesetzgeber bei der Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen für die Unterhaltspflicht der Ehegatten aufgestellten Grundsatzes (s. § 94 Abs. 2 erster und zweiter Satz ABGB) sieht der Gesetzesentwurf vor, dass der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem das Kind aufwächst, diesem dadurch seinen Unterhaltsbeitrag leistet. Auf diese Weise sollen bei der Festsetzung der Unterhaltspflicht die Leistungen anerkannt werden, die der den Haushalt führende Ehegatte für die Betreuung der Kinder erbringt (s. § 141 Abs. 1 zweiter Satz ABGB [...]).

5. In jedem Fall soll das Gericht eingeschaltet werden, wenn die Eltern die eheliche Gemeinschaft aufgegeben haben oder wenn ihre Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt worden ist. Dann sind die Verhältnisse in der Familie so gestört, dass ein Eingriff des Gerichtes, so nicht eine dem Kindeswohl dienende und gerichtlich genehmigte Vereinbarung der Eltern zustande kommt, gerechtfertigt ist. [...] Der Gesetzesentwurf nimmt sich der unvollständigen Familien, vor allem der „Scheidungswaisen“, in besonderer Weise an. Liegt eine unvollständige Familie vor, so sollen die Pflege und Erziehung, die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung des Kindes nur einem Elternteil allein zustehen. Die Eltern können eine diesbezügliche Vereinbarung treffen. Tun sie dies nicht oder entspricht diese Vereinbarung nicht dem Kindeswohl, so entscheidet das Gericht. Der Elternteil, dem künftighin die genannten Befugnisse nicht zustehen, behält das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren und sich zu bestimmten wichtigen Angelegenheiten, die das Kind betreffen, zu äußern (§§ 177, 178 ABGB [...]).

Davon unberührt bleibt die Unterhaltspflicht der Ehegatten. [...] Darüber hinaus sieht der vorliegende Gesetzesentwurf vor, dass das Gericht, wenn es von Schwierigkeiten bei der Unterhaltshereinbringung Kenntnis erlangt, den gesetzlichen Vertreter des Unterhaltsberechtigten, soweit es erforderlich ist, anzuleiten und ihm behilflich zu sein hat. [...]

VIII. Zur Gesetzestechnik des Entwurfes: Der Gesetzesentwurf übernimmt bei der Regelung von Einzelfragen Lösungen, die in den bereits durchgeführten, eingangs erwähnten gesetzlichen Erneuerungen des Familienrechts entwickelt worden sind, und baut diese Regelungen weiter aus. Demgemäß sind auch Teile des neuen Unehelichenrechts, besonders die unterhaltsrechtlichen Bestimmungen und die Vorschriften über die Pflege und Erziehung, ausgebaut und in Übereinstimmung mit dem Recht des ehelichen Kindes gebracht worden. Darüber hinaus bringt der Entwurf auch eine sehr bedeutsame weitere Verbesserung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes. Nach dem geltenden Recht sind Kinder, die aus einer Namens- oder Staatsangehörigkeitsehe stammen, nach deren Nichtigerklärung in jedem Fall unehelich; der Gesetzesentwurf verbessert die Stellung dieser Kinder, indem er sie als eheliche Kinder wertet, sofern ihnen die Vermutung des § 138 zustatten kommt.

Da auch das Recht der Annahme an Kindesstatt in einigen seiner Bestimmungen vom Grundsatz der väterlichen Gewalt beherrscht ist, sind auch hier die entsprechenden Änderungen durchgeführt worden.

Schließlich passt der Gesetzesentwurf auch das gesamte Vormundschaftsrecht den neu gestalteten kindschaftsrechtlichen Bestimmungen des ABGB an und scheidet dabei überholte Bestimmungen, die durch die Praxis bedeutungslos geworden sind, aus dem Bestand des ABGB aus.

RV II zu BGBl. 403/1977: [...] III. Haupt Gesichtspunkte des Entwurfes:

1. Ziel des Gesetzesentwurfs ist es vor allem sicherzustellen, dass für die Anlegung des Geldes Minderjähriger und sonstiger Pflegebefohlener, des sogenannten Mündelgeldes, vernünftige, allgemein geltende Grundsätze maßgebend sind. Dass die Anlage sicher sein soll, ist bereits im geltenden Recht deutlich ausgedrückt (s. § 230 ABGB). Daneben stellt der Gesetzesentwurf ein weiteres Merkmal wirtschaftlicher Vermögensverwaltung besonders in den Vordergrund: die Anlage soll möglichst fruchtbringend sein. Beide Anlagekriterien, Wertsicherheit und Ertrag, sollen im Einzelfall in einem ausgewogenen, dem besonderen Schutzbedürfnis des Minderjährigen entsprechenden Verhältnis zum Tragen kommen. Der Gesetzesentwurf stellt auch das als allgemeinen Anregungsgrundsatz anerkannte Gebot zur Streuung des anzulegenden Geldes auf und versucht dergestalt, das mit jeder Anlegung verbundene Wagnis möglichst zu verringern (§ 230 ABGB).

2. Das mit dem Gesetzesentwurf verfolgte Ziel kann, theoretisch gesehen, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden. Man könnte sich darauf beschränken, die für die Mündelgeldanlage maßgebenden Grundsätze nur ganz allgemein zu umschreiben. Eine solche Lösung hätte den Vorteil, dass sie besonders beweglich wäre und auch künftige, heute noch nicht abzusehende Anregungsmöglichkeiten erfassen würde. Sie hätte aber den unbestreitbaren Nachteil, dass sie die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters und des, Gerichtes erschweren, mit großer Verantwortung belasten und zu großer Rechtsunsicherheit auf dem Gebiet der Mündelgeldanlage führen würde. Aber auch der entgegen gesetzte Weg, ein starrer Katalog, der die Anregungsmöglichkeiten im Einzelnen erschöpfend umschreibt, wäre nicht zweckmäßig. Eine solche Lösung entspräche häufig nicht den Erfordernissen des Einzelfalls und könnte künftige Entwicklungen auf dem Gebiet der Vermögensanlage nicht berücksichtigen.

Der Gesetzesentwurf wählt aus diesen Gründen einen mittleren Weg, der dem besonderen Schutzbedürfnis Minderjähriger und sonstiger Pflegebefohlener Rechnung trägt. Er zählt zunächst einzelne Formen der Mündelgeldanlage auf, die sich bereits bewährt haben und vom Vermögensverwalter im allgemeinen leicht zu handhaben sind (§§ 230a bis 230d ABGB) und schließt daran eine allgemeine Bestimmung, die dem Mündel andere gegenwärtige oder künftige, den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung entsprechende, Anregungsmöglichkeiten eröffnet (§ 230e ABGB). Auf diese Weise wird dem Verwalter des Mündelgeldes ein größtmöglicher Entscheidungsspielraum und damit die Möglichkeit einer der besonderen Lage des Einzelfalls entsprechenden Vermögensanlage gegeben. Durch die beispielsweise Anführung zweier Anregungsmöglichkeiten in der allgemeinen Bestimmung des § 230e ABGB soll dem Vormund die Suche nach der im Einzelfall zweckmäßigsten Anlage erleichtert werden.

3. Der vorgeschlagene Aufbau der Mündelgeldanlegungsregelung ist noch aus einem anderen Grund sinnvoll. Die in den §§ 230a bis 230d ABGB im einzelnen umschriebenen Anregungsarten erfüllen von vornherein die an die Mündelgeldanlage gestellten besonderen Voraussetzungen, so dass es deren näheren Prüfung im Einzelfall in der Regel nicht bedarf. Auch stellt die Schließung der Rechtsgeschäfte, die der Anlage auf eine dieser Arten dienen, unter den im Entwurf umschriebenen Voraussetzungen keine zu hohen Anforderungen an den Vermögensverwalter. Diese Überlegungen lassen es vertretbar erscheinen, von einer Einschaltung des Vormundschafts- oder Pflegschaftsgerichts in diesen Fällen - sowohl bezüglich der Wahl der Anregungsart als auch für die rechtswirksame Schließung der erforderlichen Rechtsgeschäfte - im Allgemeinen abzusehen. Die dadurch bewirkte Verwaltungsvereinfachung wird nicht nur die Gerichte entlasten, sondern sich vielfach auch für die Minderjährigen vorteilhaft auswirken. Bei der Anlegung des Geldes kommt es nämlich sehr

häufig auf rasches Handeln an; der gesetzliche Vertreter soll die Möglichkeit haben, wenn sich ihm eine günstige Anregungsmöglichkeit bietet, deren Mündelsicherheit von vornherein feststeht; rasch und ohne Behinderung durch ein gerichtliches Genehmigungsverfahren zu handeln. Auf diese Weise wird auch sichergestellt, dass ein dem Minderjährigen zugefallenes Bargeld nicht lange ertraglos liegen bleibt, bis eine gerichtliche Entscheidung über seine zweckmäßigste Anlegung getroffen wird; der gesetzliche Vertreter kann es sofort zinsbringend anlegen und dann allenfalls andere günstigere Anregungsmöglichkeiten erkunden.

Schließlich wird die freiere Stellung, die auf diese Weise dem gesetzlichen Vertreter eingeräumt wird, auch dessen Verantwortungsbewusstsein und Eigeninitiative fördern. Er soll nicht bloß der verlängerte Arm des Gerichtes sein, der bloß dessen Aufträge ausführt, sondern sich aus eigenem Antrieb und in eigener Verantwortung für das Wohl des Pflegebefohlenen einsetzen.

4. Trotz der freieren Stellung, die der Entwurf dem gesetzlichen Vertreter bei der Mündelgeldanlage einräumt, soll auch dafür vorgesorgt werden, dass das Gericht in die Anlegung des gesetzlichen Vertreters eingreifen kann, wenn das Wohl des Pflegebefohlenen dies erfordert. Einen allgemeinen Schutz in dieser Beziehung bietet bereits die in der RV eines Bundesgesetzes über die Neuordnung der Rechtsstellung des ehelichen Kindes (RV 60 BlgNR 14. GP) vorgesehene Rechnungslegungspflicht des gesetzlichen Vertreters (s. §§ 150 und 238 ABGB). Diese Bestimmungen sollen durch besondere, in das AußStrG (§ 193) einzubauende Überwachungsvorschriften ergänzt werden. Schließlich soll der gesetzliche Vertreter für die Anlegung des Mündelgeldes und die damit verbundenen Rechtsgeschäfte überhaupt der Genehmigung des Gerichtes bedürfen, wenn er das Mündelgeld auf eine andere Weise als nach den §§ 230a bis 230d ABGB anzulegen beabsichtigt. [...]

RV zu BGBl. 280/1978: [...] IV. Die Hauptgesichtspunkte des Gesetzesentwurfs:

1. Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten: Die erbrechtliche Lösung des Gesetzesentwurfs besteht in einer Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten. Die schlechte erbrechtliche Stellung des Ehegatten im Recht des ABGB wurde in der Vergangenheit heftig kritisiert [...]. Die erste Teilnovelle zum ABGB vom 12. Oktober 1914, RGBl. Nr. 276 (im folgenden 1. TN genannt), brachte zwar eine Verbesserung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten, freilich nur in einem nicht sehr großen Umfang, verwirklichte aber nicht die alte Forderung nach Einführung eines Ehegattenpflichtteils.

Die vorgeschlagene Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten besteht in mehrfacher Hinsicht:

Zunächst sieht der Entwurf eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten vor. Sind neben dem Ehegatten auch Nachkommen des Erblassers vorhanden, so beträgt die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils gegenüber dem jetzigen Rechtszustand ein Zwölftel des Nachlasses, der gesetzliche Erbteil soll also von einem Viertel auf ein Drittel erhöht werden. Der Entwurf verlässt daher den Grundgedanken nicht, dass das hinterlassene Vermögen zum überwiegenden Teil in die Hand der jungen Generation kommen soll. Diese Überlegung hat keine Bedeutung, wenn das Erbrecht des Ehegatten mit dem anderer gesetzlicher Erben als der Nachkommen des Erblassers zusammentrifft. Die vorgesehene Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten von der Hälfte auf zwei Drittel für diesen Fall führt zu einer bedeutenden Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten. Zwei Drittel der Verlassenschaft sind ein Anteil, der der engen Verbundenheit der Ehegatten auch in vermögensrechtlichen Belangen gerecht wird.

Des Weiteren soll dem Ehegatten ein Pflichtteilsanspruch im Ausmaß der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils zustehen. Dadurch ist einerseits dafür vorgesorgt, dass der überlebende Ehegatte nicht leer ausgehen kann, andererseits aber wird der Verfügungsfreiheit des Erblassers ein genügender Spielraum gelassen.

Sicherlich ist das Verhältnis des Ehegattenpflichtteils zum Erbrecht der Kinder heikel, wenn an der Funktion des Erbteils als der Überleitung des Vermögens von der älteren Generation auf die jüngere festgehalten wird. Ebenso wichtig ist ein Ehegattenpflichtteil aber dort, wo es um die Sicherung des Anspruchs des überlebenden Ehegatten gegenüber einer

allfälligen letztwilligen Verfügung des Erblassers zugunsten eines Dritten geht. Der Gesetzesentwurf findet eine angemessene Lösung in der Weise, dass dem überlebenden Ehegatten zwar ein Pflichtteilsanspruch eingeräumt wird, in den Pflichtteil aber die als Vorschuss darauf geleisteten Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden und das angerechnet wird, was der überlebende Ehegatte als gesetzliches Vorausvermächtnis erhält.

Eine weitere Sicherung des überlebenden Ehegatten besteht in seinem Anspruch auf den „gesetzlichen Voraus“, also auf die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen. Während das geltende Recht diesen Anspruch „außer dem Erbteile“ gewährt, die Verfügungsfreiheit des Erblassers also nicht beschränkt - der Erblasser kann das Vorausvermächtnis entziehen -, ist der gesetzliche Voraus des überlebenden Ehegatten nach dem Gesetzesentwurf unentziehbar, soweit der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist. Allerdings ist das gesetzliche Vorausvermächtnis in den Pflichtteil einzurechnen. Am Ausmaß des Anspruchs auf den „gesetzlichen Voraus“ soll sich grundsätzlich nichts ändern. Wie nach dem geltenden Recht sollen dem überlebenden Ehegatten neben Kindern des Erblassers nur die für den eigenen - der Entwurf fügt klarstellend hinzu „seinen bisherigen Lebensverhältnissen angemessenen“ -Bedarf nötigen Haushaltsgegenstände gehören, neben anderen Erben oder Noterben hingegen der gesamte Hausrat. Diese Unterscheidung entspricht dem allgemeinen Grundsatz des österreichischen Erbrechts, dass die Nachkommen des Erblassers besser zu behandeln sind als andere Erben. In der Praxis hat die Unterscheidung freilich nur dann Bedeutung, wenn zum ehelichen Haushalt auch Gegenstände gehören, deren der überlebende Ehegatte nicht unbedingt bedarf. [...]

Einer weiteren und ergänzenden Sicherung des überlebenden Ehegatten dient der Unterhaltsanspruch nach § 796. Zwar hat die Versorgung des überlebenden Ehegatten mit erbrechtlichen Mitteln in dem Maß an Bedeutung verloren, als diese Versorgung heute schon überwiegend durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Versorgungsansprüche gewährleistet ist; außerdem bereitet die Vorstellung Unbehagen, dass der Anspruch nach dem § 796 auch den ganzen Nachlass aufzehren und damit die Kinder, die es doch vor allem zu schützen gilt, um ihr gesamtes Erbe bringen kann [...]. Vergegenwärtigt man sich, dass der Anspruch nach § 796 zumindest eng mit dem Fehlen eines Pflichtteilsrechts zusammenhängt [...], wofür auch die Nachbarschaft zum § 795, der den Anspruch des Noterben auf den notwendigen Unterhalt regelt, und die Einleitungsworte des geltenden § 796 selbst sprechen, so läge es nahe, einem Entfall des § 796 das Wort zu reden. Dennoch kann die vollständige Streichung des § 796 nicht befürwortet werden. Der Unterhaltsanspruch des Ehegatten hat trotz dem Ausbau der Altersversorgung auf Grund des öffentlichen Rechtes auch heute noch Bedeutung, besonders wenn der Erblasser beträchtliches Vermögen hinterlässt und dem überlebenden Ehegatten kein öffentlich-rechtlicher oder sonstiger Versorgungsanspruch zusteht, der seinen Unterhalt im bisherigen Ausmaß sichern würde. Dies ist häufig bei Angehörigen des Unternehmerstandes oder der freien Berufe der Fall. Die mit dem Entwurf verfolgte Absicht, den Ehegatten besser zu stellen als heute, würde daher in manchen Fällen nicht erreicht werden, wenn der § 796 ganz entfielen. Um aber den angeführten Bedenken gegen diese Gesetzesstelle Rechnung zu tragen, sieht der Entwurf eine Neuregelung des Unterhaltsanspruchs des überlebenden Ehegatten vor. Die gefundene Lösung soll sicherstellen, dass der Unterhaltsanspruch nur hilfsweise besteht, dass er also nur dann gegeben ist, wenn die angemessene Versorgung des Ehegatten nicht durch andere Mittel, gleich woher diese kommen mögen, gesichert ist. In der Gestaltung der Einrechnungsvorschrift folgt der Gesetzesentwurf dem Vorbild des § 169 ABGB idF des BGBl. Nr. 342/1970 (neues Unehelichenrecht). [...] Schließlich findet der Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten insoweit eine Grenze, als er die Ansprüche anderer Noterben auf den Pflichtteil nicht schmälern darf.

2. Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts: Während die Rechtsentwicklung in den europäischen Ländern allgemein durch einen deutlichen Zug zur Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts, verbunden mit dem Bestreben gekennzeichnet ist, trotz Betonung der Gemeinsamkeit der Ehegatten in der Ehe auch ihre Freizügigkeit in vermögensrechtlichen Angelegenheiten bis zu einem gewissen Maß zu sichern, benachteiligt das ABGB

in den §§ 1237, 1238 und 1239 die Ehefrau in empfindlicher Weise. Nach wie vor gilt hinsichtlich des während der Ehe erworbenen Vermögens die Vermutung, dass dieses vom Mann stammt (§ 1237), es gilt weiter der Rechtssatz, dass dem Ehemann die Verwaltung des freien Frauenvermögens gebührt, und die Vermutung, dass die Frau dem Mann die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut hat (§ 1238), und schließlich benachteiligt auch der im § 1239 enthaltene Rechtssatz, dass der das Frauenvermögen verwaltende Ehemann nur für das Stammgut oder für das Kapitel zu haften hat und über die während der Verwaltung gezogenen Nutzungen nicht rechnungspflichtig ist, die Ehefrau in den Belangen des Güterrechts.

Diese Form der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen Ehegatten stammt aus einer gesellschaftlich, wirtschaftlich und sozial anders geformten Gesellschaftsordnung, die zusammen mit der Zeit, die sie getragen hat, vergangen ist. In unserer Zeit ist die Arbeit der Frau, mag sie in einer selbständigen oder unselbständigen beruflichen Tätigkeit, in der Führung des Haushalts allein oder neben einer beruflichen Tätigkeit oder in der Mithilfe im Unternehmen oder Betrieb des Mannes bestehen, für die gesamte Volkswirtschaft und für die wirtschaftliche Grundlage einer Ehe unentbehrlich geworden. Unser Sozialgefüge ist von der umfassenden Partnerschaft der Ehegatten in allen Bereichen der ehelichen Lebensgemeinschaft bestimmt, die beide Ehegatten einander gleichberechtigt, aber auch gleichverpflichtet gegenüberstehen lässt. Der Gesetzgeber hat das Prinzip der gleichberechtigten, aber auch gleichverpflichteten ehelichen Partnerschaft mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 412/1975 im Bereich der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe verankert; dieses Prinzip liegt auch dem vom Gesetzesentwurf vorgeschlagenen güterrechtlichen Lösung zugrunde.

3. Grundsätze der güterrechtlichen Lösung: Wie nach dem geltenden Recht soll auch in Zukunft das eheliche Güterrecht von den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und der Gütertrennung beherrscht sein. Diese Grundsätze waren schon vor der Zeit der Schaffung des ABGB Bestandteil der in den österreichischen Ländern geltenden Rechtsordnung. Sie haben sich durch eine jahrhundertalte Übung eingelebt, bewährt und entsprechen auch der heutigen Auffassung, die von einer gewissen wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Ehegatten im gegenseitigen Verhältnis ausgeht. Es ist daher gerechtfertigt, dass die Neuregelung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten von der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Ehegatten bei Eingehung und während der Ehe ausgeht. Der § 1237 Abs. 1 bestimmt deshalb ausdrücklich, dass jeder Ehegatte das in die Ehe eingebrachte und das während der Ehe von ihm erworbene Vermögen als sein Eigentum behält: es gilt also während der Ehe der gesetzliche eheliche Güterstand der Gütertrennung. Beschränkungen der Befugnis der Ehegatten, während aufrechter Ehe über ihr Vermögen frei zu verfügen, sieht der Gesetzesentwurf ebenso wenig vor wie besondere Rechtseinrichtungen zur Sicherung künftiger Ansprüche. [...]

Würde der Gesetzesentwurf aber nur unter Beachtung der Grundsätze der Gütertrennung und der Vertragsfreiheit die erwähnten, die Frau benachteiligenden, überholten Sonderregelungen beseitigen, so würden sich die güterrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, die keinen Ehepakt schließen, nicht von den güterrechtlichen Beziehungen anderer Personen unterscheiden. Ein solcher gesetzlicher Güterstand entspräche nicht dem Wesen der Ehe, das nach abendländischer Rechtsauffassung in einer umfassenden Lebensgemeinschaft der Ehegatten besteht (sich § 90 ABGB idF BGBl. Nr. 412/1975). Eine solche das Wesen der Ehe verkennende, den Individualgedanken über den Gemeinschaft stellende Regelung hätte in vielen Fällen unbillige Folgen, weil sie es dem Zufall oder - noch schlimmer - der bewussten Steuerung durch den geschickteren Ehegatten überließe, wie sich nach Endigung der Ehe die Aufteilung des während der Ehe von den Ehegatten erworbenen Vermögens gestaltet. Eine solche Regelung übersähe, dass sich die Ehe nicht nur in persönlichen Belangen, sondern - wie immer die Tätigkeit der Ehegatten im einzelnen beschaffen sein mag - auch in vermögensrechtlichen Dingen auswirkt. Es gibt viele Erscheinungsformen der gegenseitigen Beeinflussung der Vermögenslage eines Ehegatten durch den anderen. Die Beeinflussung reicht vom Geld- oder Sachbeitrag über die Mitwirkung beim Erwerb durch Hilfe im Unternehmen des anderen Ehegatten oder durch Ausübung eines eigenen Berufes, die Führung des Haushalts oder die Erziehung der Kinder bis zum bloßen Ratschlag, zur gelegentlichen, sich aber vielleicht sehr stark auswirkenden Hilfe und zur bloß moralischen Unterstützung oder seeli-

schen Beeinflussung, die vielleicht oft die tiefere Ursache der Leistungen des anderen Ehegatten auch auf vermögensrechtlichem Gebiet sein kann. Es handelt sich um eine im Einzelnen nicht messbare und daher auch durch das Gesetz kaum erfassbare Vielfalt von Wechselbeziehungen, denen man nur durch eine allgemeine Lösung, durch eine generelle Formel, werden kann. [...]

Der Gesetzesentwurf sorgt daher im Bereich des ehelichen Güterrechts für den Fall der Auflösung oder der Nichtigerklärung der Ehe dafür, dass es zu einem billigen Vermögensausgleich zwischen den Ehegatten kommt. Grundsätzlich soll der Zuwachs der Vermögen beider Ehegatten seit der Eheschließung berechnet und gegeneinander aufgerechnet werden. Ergibt sich dabei auf Seite eines Ehegatten ein Übermaß, so hat der andere Ehegatte einen Anspruch auf Ausgleich (§ 1237 Abs. 2). Von dieser güterrechtlichen Lösung unterscheidet sich die bereits behandelte erbrechtliche Lösung, wenn die Ehe durch den Tod eines Ehegatten gelöst wird. Diese Unterscheidung entspricht der grundsätzlichen Verschiedenheit der Sachverhalte. Wird das Band der Ehe durch den Tod gelöst, so darf der Gesetzgeber von der Annahme ausgehen, dass das Verhältnis der Ehegatten zueinander unbelastet gewesen ist. Es kann daher eine eingehende Untersuchung der Fragen, ob sich das Vermögen des verstorbenen Ehegatten während der Ehe überhaupt vermehrt und, wenn ja, ob der überlebende Ehegatte zu dieser Vermehrung beigetragen hat, vernachlässigt werden. Der Vorteil der einfachen und klaren Lösung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten und des Pflichtteilsanspruchs überwiegt den Nachteil, dass die erbrechtliche Lösung tatsächlichen Verhältnissen hinsichtlich der Vermögensentwicklung nicht angepasst sein kann und manchmal auch nicht ist. Veranlassen die Ehegatten hingegen selbst die Lösung des Rechtsbandes, das sie zu einer Gemeinschaft verbindet, so müsste eine die näheren Umstände nicht beachtende Lösung in jedem Fall als unbillig und ungerecht empfunden werden. Die güterrechtliche Lösung verlangt, dass auf den Umfang der Vermögenszuwächse der Ehegatten, das Verhältnis dieser Zuwächse zueinander und das Ausmaß der Beiträge der Ehegatten zur vermögensrechtlichen Entwicklung näher eingegangen werde. Leben beide Ehegatten noch, so können diese Fragen - mag ihre Beurteilung auch im Einzelfall sehr schwierig sein - jedenfalls leichter entschieden werden als dann, wenn ein Ehegatte bereits tot ist.

Die Hauptschwierigkeit der güterrechtlichen Lösung, die der Gesetzesentwurf für den Fall der Endigung der Ehe zu Lebzeiten beider Ehegatten vorsieht, liegt darin, zu sagen, aus welchem Rechtsgrund ein Ehegatte einen Ausgleichsanspruch gegen den anderen haben soll und, ist diese Frage beantwortet, wie hoch der Anspruch allgemein oder im Einzelfall bemessen werden soll. Der Gesetzgeber muss bei der Lösung, der er den Vorzug geben will, von den Aufgaben und vom sittlichen Wesen der Ehe ausgehen, den Regelfall im Auge haben und diesen so ordnen, dass diese Ordnung im Großteil der Fälle als vorbildhaft angesehen werden kann.

[...] Steht somit aber im Prinzip der Rechtsgrund des Ausgleichsanspruchs fest, so bedarf nur noch die Frage einer Lösung, wie hoch der Anspruch im Einzelfall sein soll. Zu diesem Zweck führt der Gesetzesentwurf zwei widerlegbare gesetzliche Vermutungen ein: Zunächst wertet der § 1240 Abs. 1 den gegenseitigen Beitrag der Ehegatten zur Vermögensentwicklung als grundsätzlich gleich, indem er bestimmt, dass der Ausgleichsanspruch in einer Geldforderung auf Zahlung der Hälfte des Betrages besteht, um den der Vermögenszuwachs des einen Ehegatten den des anderen übersteigt. Nun wird es wahrscheinlich keinen Fall geben, in dem tatsächlich die wirtschaftende Tätigkeit beider Ehegatten rechnerisch völlig gleichwertig ist; für die große Anzahl der Fälle kann eine annähernde Gleichheit jedoch bejaht werden. Wo der tatsächliche Anteil des den Ausgleich beanspruchenden Ehegatten geringer ist als der gesetzlich vermutete halbe Anteil, mindert sich dieser so weit, als der Ausgleichsberechtigte zur Vermehrung des Vermögens des anderen Ehegatten nicht im gleichen Gewicht und Umfang beigetragen hat (§ 1240 Abs. 2). Was als Beitrag zur Vermögensentwicklung in Betracht kommt, sagt in Form einer Fiktion der Abs. 3 des § 1240. Danach gelten als Beitrag des Ausgleichsberechtigten auch die Leistung des Unterhalts, die Mitwirkung im Erwerb, die Führung des Haushalts, die Pflege und Erziehung der Kinder und jeder sonstige eheliche Beistand. Selbst diese sehr elastische Lösung, die dem Richter große materielle Beweisfreiheit ein-

räumt, könnte der Vielfalt der Lebenswirklichkeit nicht ohne eine ergänzende verfahrensrechtliche Bestimmung gerecht werden. Der § 220 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (im folgenden AußStrG genannt) bestimmt deshalb, dass der 273 ZPO sinngemäß anzuwenden ist, wenn sich die Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht oder nur mit unverhältnismäßig großen Schwierigkeiten feststellen lässt. Von den wichtigsten Einzelheiten der Regelung des Ausgleichsanspruchs seien noch folgende erwähnt:

Vermögensvermehrungen, an denen ein Ehegatte nicht mitgewirkt haben kann, nämlich unentgeltlicher Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen, ist auszuschneiden. Desgleichen sind die nur auf die Änderung des inneren Geldwerts zurückzuführenden Scheingewinne und Wertänderungen, zu denen keiner der Ehegatten beigetragen hat, nicht zu berücksichtigen. Außer Betracht sollen die Ehwohnung, sofern sie nicht im Eigentum oder Wohnungseigentum eines oder beider Ehegatten steht, und der Hausrat im Sinn der Sechsten Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 21. Oktober 1944, RGBI. I S. 256 (im folgenden 6. DV zum EheG genannt), sowie die dem persönlichen Gebrauch der Ehegatten dienenden Kleidungsstücke bleiben. Eine Aufteilung dieser Kleidungsstücke wäre unzweckmäßig. Die Sonderbehandlung der Ehwohnung und des Hausrats nach der 6. DV zum EheG kann nicht entbehrt werden. Die Notwendigkeit, in billiger Weise das Schicksal der Ehwohnung zu klären und den ehelichen Hausrat aufzuteilen, tritt bei jeder Scheidung (Aufhebung) einer Ehe unabhängig davon ein, ob die Ehegatten einen Vermögenszuwachs erzielt haben. Es handelt sich um rechtsgestaltende Maßnahmen, die in die Zukunft gerichtet sind, weil sie den Ehegatten die Befriedigung ihrer zukünftigen Lebens- und Wohnbedürfnisse sichern sollen. Hingegen hat der vom Entwurf vorgesehene Ausgleich des Vermögenszuwachses Vorgänge im Auge, die sich in der Vergangenheit ereignet haben; er stellt eine Leistung für einen früher erbrachten Beistand dar. Aus dieser Verschiedenheit der Tatbestände ergibt sich die Verschiedenheit der Anknüpfung und des Inhalts ihrer gesetzlichen Regelung. Freilich darf nicht übersehen werden, dass das von den Ehegatten bewohnte Eigenheim oder die von ihnen als Ehwohnung benützte Eigentumswohnung vielfach ihr bedeutendster, wenn nicht gar einziger Vermögenszuwachs während der Ehe ist. Diese Ehwohnungen von der Ausgleichsregelung auszunehmen, würde in vielen Fällen zu unbilligen Ergebnissen führen oder die Regelung überhaupt ihren Anwendungsbereich nehmen. Deshalb soll die Ehwohnung bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs dann berücksichtigt werden, wenn sie im Eigentum oder Wohnungseigentum zumindest eines Ehegatten steht. Um aber die Wohnungsbedürfnisse der Ehegatten zweckentsprechend gestalten zu können, bleibt die 6. DV zum EheG aufrecht [...].

Der Entwurf sieht vor, dass das Bezirksgericht im außerstreitigen Verfahren über den Ausgleichsanspruch zu entscheiden hat, wenn sich die Ehegatten über diesen nicht außergerichtlich oder durch gerichtlichen Vergleich einigen. Dies nicht nur deshalb, weil der Gegenstand es gebietet, dass der Richter ein zum gütlichen Ausgleich, hinwirkendes Bemühen entfaltet, sondern weil der Richter auch die Aufgabe hat, rechtsgestaltende Verfügungen darüber zu treffen, in welcher Weise der Anspruch zu erfüllen ist. Er hat also eine ähnliche Tätigkeit - wenn auch auf einem anderen Gebiet - wie nach der 6. DV zum EheG auszuüben.

RV zu BGBl. 140/1979: Zum Schutz des Verbrauchers bedarf es einiger Regeln, deren Inhalt nicht nur bei Verbrauchergeschäften Gültigkeit beanspruchen kann, sondern auch darüber hinaus. [Es] sollen diese Regeln deshalb auch allgemeine Geltung haben. Um das Privatrecht nicht noch mehr zu zersplittern, sollen diese Regeln nicht im Konsumentenschutzgesetz als isolierte Bestimmungen des allgemeinen Privatrechtes verbleiben, sondern sie sollen in das ABGB eingebaut werden. Dies hilft auch, dass diese Regeln möglichst harmonisch in das Privatrechtsgefüge eingepasst und dass sie aus dem Gesamtzusammenhang heraus ausgelegt werden.

RV zu BGBl. 566/1983: I. Das geltende österreichische Eherecht ist größtenteils in dem aus dem Jahr 1938 stammenden Ehegesetz geregelt, das seinerseits auf noch ältere Regelungen des (deutschen) Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückgeht. Das für die Vollziehung des materiellen Ehe- und Familienrechts wegen der Verzeichnung der auf dem materiellen Recht

beruhenden Vorgänge bedeutsame Personenstandsrecht stammt in seinem Kern aus dem Jahr 1937, und zwar ebenfalls aus der deutschen Rechtsordnung. Eine groß angelegte Reform des Personenstandsrechts, die auch die in mehreren Rechtsvorschriften verstreuten Bestimmungen in einem einheitlichen Gesetzeswerk zusammenfasst, ist mit der Erlassung des Bundesgesetzes vom 19. Jänner 1983, BGBl. Nr. 60, über die Regelung der Personenstandsangelegenheiten einschließlich des Matrikenwesens (Personenstandsgesetz - PStG) [...] abgeschlossen worden. Dieses Reformvorhaben ist unter anderem auch von dem Gedanken beherrscht, einerseits den mit der Führung der Personenstandsbücher verbundenen Verwaltungsaufwand zu verringern und andererseits die entsprechenden Verfahren zugunsten der rechtsuchenden Bevölkerung zu entbürokratisieren.

Dieser Anlass bietet Gelegenheit, das österreichische Eherecht zu „durchforsten“ und von den Bürger belastenden oder gar inhaltsleer gewordenen Bestimmungen zu befreien. Weiter müssen die für die Vollziehung des neuen Personenstandsgesetzes bedeutsamen Regelungen auf dem Gebiet des Personen- und Kindschaftsrechts (§§ 161 bis 162d ABGB; § 163c Abs. 1 und 2 ABGB; [...]) mit den Zielen der Reform des Personenstandsrechts abgestimmt werden.

II. Der vorliegende Entwurf hat folgende Schwerpunkte:

1. Regelung der Voraussetzungen der Legitimation durch nachfolgende Ehe (Art. 1 Z 2),
2. Regelung der namensrechtlichen Folgen einer Legitimation (Art. I Z 3),
3. Schaffung der Möglichkeit, die Vaterschaft vor dem Standesbeamten anzuerkennen (Art. I Z 4),

[...]

III. [...] IV. Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung des vorliegenden Gesetzes fußt auf dem Tatbestand „Zivilrechtswesen“ (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG)

IA zu BGBl. I 100/2008: Nach den Bestimmungen des ABGB wird alles, was von der Person (des Menschen) unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient, als Sache definiert. Es ist somit ein verständliches Anliegen, auch im ABGB den Unterschied zwischen Tieren und anderen Sachen herauszuarbeiten. Die vorliegenden Bestimmungen [...] sollen deutlich machen, dass Tiere nicht allgemein den Regelungen unterliegen, wie leblose Gegenstände, dass also z.B. das Eigentumsrecht nicht nach Willkür ausgeübt werden darf (wie dies § 354 ABGB grundsätzlich vorsieht), sondern dass die Tiere unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen und dementsprechend im Interesse des Tieres erlassene Schutzvorschriften zu beachten sind.

RV zu BGBl. 162/1989: [...] III. Die Hauptgesichtspunkte des Entwurfs

1. [...]
2. Die Fälle, in denen elterliche Rechte und Pflichten von Gesetzes wegen erlöschen, werden eingeschränkt (§§ 144 ff ABGB).
3. Die noch bestehenden Unterschiede zwischen der Rechtsstellung ehelicher und unehelicher Kinder und deren Eltern auf dem Gebiet der gesetzlichen Vertretung und Vermögensverwaltung sollen auf das unbedingt notwendige, nämlich das sachlich gebotene Ausmaß vermindert werden (s. § 166 ABGB). Der Mutter eines unehelichen Kindes sollen kraft Gesetzes unmittelbar neben der Pflege und Erziehung des Kindes auch die gesetzliche Vertretung und Vermögensverwaltung zustehen. Für die Feststellung der Vaterschaft und die Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes steht der Jugendwohlfahrtsträger dem Kind als Vertreter (Sachwalter) bei. Das Verhältnis zwischen beiden entspricht weitgehend dem zwischen den Eltern eines ehelichen Kindes. Dies kann durch Vereinbarung oder Entscheidung des Gerichtes beendet werden (§ 212 ABGB).
4. Es soll aber auch dem Wunsch der nicht miteinander verheirateten Eltern eines Kindes Rechnung getragen werden, freilich bloß im Einvernehmen, durch Gerichtsbeschluss gemeinsame elterliche Rechte und Pflichten zu erhalten (s. §§ 167, 177 Abs. 3 ABGB).
5. Das Pflegeverhältnis wird grundlegend neu gestaltet: Nach geltendem Recht haben Pflegeeltern lediglich ein Anhörungsrecht im Verfahren zur Bewilligung der Annahme an Kin-

des Statt (§ 181a Abs. 2 Z 5 ABGB in der geltenden Fassung). Im Rahmen der Neugestaltung werden den Pflegeeltern nicht nur weitere materiellrechtliche Anhörungsrechte und verfahrensrechtliche Antragsrechte eingeräumt (§ 186 Abs. 2 ABGB), sondern es wird sogar die Möglichkeit geschaffen, unter bestimmten Voraussetzungen die elterlichen Rechte teilweise oder vollständig auf sie zu übertragen (§ 186a ABGB).

6. Die Stellung des Jugendwohlfahrtsträgers wird neu geordnet; dabei soll besonders dem Element beratender und betreuender Tätigkeit erhöhtes Gewicht beigemessen werden (§§ 16 a Abs. 2, 211 bis 215 ABGB). Die Worte „Amtsvormund“ und „Amtssachwalter“ werden aus der Rechtssprache entfernt. Vormund kraft Gesetzes wird der Jugendwohlfahrtsträger nur mehr dann, wenn die Mutter eines unehelichen Kindes von dessen gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen ist (§ 211 Abs. 1 ABGB) oder ein minderjähriges Kind, dessen Eltern unbekannt sind, im Inland gefunden wird (§ 211 Abs. 2 ABGB).

Künftig kann das Gericht bei Gefährdung des Kindeswohls durch die Erziehungsberechtigten auch einzelne oder alle elterlichen Rechte dem Jugendwohlfahrtsträger übertragen, wenn die Entfernung des Minderjährigen aus seiner bisherigen Umgebung erforderlich und die Unterbringung bei geeigneten nahestehenden Personen nicht möglich ist (§ 176a ABGB).

7. [...] Die Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers im Vormundschaftswesen sind jeweils abschließend im Zusammenhang mit den betreffenden Sachfragen geregelt (vgl. §§ 145, 148, 163c, 164, 176, 176a, 177, 181a, 186 ff und 211 ff ABGB; §§ 184 und 259 AußStrG; §§ 9, 13, 14, 26, 27, 30 und 34 a UVG).

8. [...]

9. Der geltende § 176 ABGB, aber vor allem der neue § 176a ABGB geben dem Gericht im Fall der Gefährdung des Kindeswohls umfassende Befugnisse; insgesamt bestehen sie darin, den Minderjährigen in seiner bisherigen Umgebung zu belassen und die elterlichen Rechte oder Teile davon einzuschränken oder zu entziehen (§ 176 ABGB in der geltenden Fassung) oder den Minderjährigen auch gegen den Willen der Erziehungsberechtigten gänzlich aus seiner bisherigen Umgebung zu entfernen. [...]

10. Weiter wird die Möglichkeit geschaffen, dass auch Großeltern elterliche Rechte im vollen Umfang erhalten können.

11. Die Stellen, vor denen die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind anerkannt werden kann, werden vermehrt.

12. [...]

13. Schließlich werden im Entwurf einzelne Bestimmungen, die den heutigen gesellschaftlichen Vorstellungen nicht mehr entsprechen bzw. nur noch „totes Recht“ darstellen, entfernt. So sollen die Vorschriften über die Mitvormundschaft (§§ 211 bis 215 ABGB in der geltenden Fassung) aus dem Rechtsbestand entfernt werden; [...]

Die Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes zum Ersatz der Entbindungskosten sowie des Unterhalts der Mutter für die ersten sechs Wochen nach der Geburt (§§ 167 f. ABGB in der geltenden Fassung) scheint - wegen der diesbezüglichen öffentlichen Sozialleistungen - nicht mehr zeitgemäß.

Schließlich ist das dem Vormund nach § 268 ABGB in der geltenden Fassung zustehende Rekursrecht gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts, die seine Sphäre berühren, bereits - ganz allgemein - in § 9 AußStrG verankert, so dass diese Sonderbestimmung entbehrlich ist.

14. [...]

15. Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung eines Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

IV. [...] V. [...]

RV zu BGBl. I 125/1999: I. Grundsätzliche Überlegungen: Im weiten Gebiet des gesamten Zivilrechts nehmen das Familienrecht im Allgemeinen und das Eherecht im Besonderen eine in mancherlei Hinsicht abgehobene Position ein. Ohne dazu auch nur ansatzweise den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können, sei dies an zwei markanten Besonderheiten dieser Rechtsbereiche verdeutlicht. Zum einen sind sie von einer wesentlich engeren Verbindung zu gesellschaftlichen Grundhaltungen und -werten geprägt, als dies für viele andere

zivilrechtliche Segmente gesagt werden kann. Dazu bedarf es nicht erst aufwendiger Herleitungen, sondern es kann dies für den hier gegebenen Zusammenhang ausreichend durch den Hinweis auf das Grundverständnis illustriert werden, dass die Familie die Keimzelle des Staates sei. Jede Veränderung der unmittelbaren gesetzlichen Rahmenbedingungen von Familie und Ehe, aber auch jeder regulative Ansatz zur partiellen rechtlichen Annäherung anderer Lebensformen an die Ehe wird unvermeidlich von den maßgebenden gesellschaftlichen und politischen Kräften unter Heranziehung der jeweiligen Wertvorstellungen und ideologischen Positionen hinterfragt und kategorisiert; die rechtspolitische Debatte gerade zum hier gegenständlichen Regelungsvorhaben gibt davon vielfach Zeugnis. Auf diesen gesellschaftspolitisch herausgehobenen Status des Eherechts muss bei der Vorbereitung einer Neuregelung in diesem Rechtssegment besonders Bedacht genommen werden. Anzustreben ist die Erzielung eines möglichst breiten gesellschaftlichen Konsenses über die projektierten Lösungsansätze. Wenn ein zentrales Element dieses Rechtsbereichs - etwa das Normengefüge darüber, aus welchen Gründen eine Ehe aufgelöst werden kann - in einer bestimmten (vorgeschlagenen) Ausprägung bei mehreren gesellschaftlich maßgebenden Interessenkreisen keine Zustimmung findet, muss eine dahin gehende Regelungsambition grundsätzlich überdacht werden.

Zum anderen unterscheidet sich das Eherecht von sonstigen Bereichen des Zivilrechts durch seine grundlegend abweichende Sanktionsstruktur. Zwar fußt es wie viele andere zivilrechtliche Segmente partiell - auch hierin allerdings nur eingeschränkt - im allgemeinen Vertragsrecht, doch fehlt es ihm im Gegensatz zu vielen anderen in diesen Vergleich einbezogenen Rechtsgebieten - von Ausnahmen abgesehen - an institutionenerhaltenden Eingriffsmöglichkeiten. Um es an einem Beispiel zu veranschaulichen: Bei zwei miteinander in ständiger Geschäftsverbindung stehenden Vertragspartnern (etwa eines Rahmenvertrags) kann durchaus der eine gegen den anderen Erfüllung einer vereinbarten Einzelleistung oder beispielsweise Preisminderung aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung gerichtlich geltend machen, ohne dass aus dem darüber geführten Rechtsstreit zwangsläufig das Ende der Geschäftsbeziehung erfließen muss. Die einzelnen Verpflichtungen aus der vertraglichen Beziehung sind selbständig und unabhängig vom Weiterbestand der geschäftlichen Verbindung einklagbar. Dies gilt gleichermaßen etwa für Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche. Im Eherecht ist dies anders. Jedenfalls bei einer Verletzung der Pflichten, die sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergeben, ist eine selbständige gerichtliche Geltendmachung nicht möglich. Der diesbezüglich in seinen Rechten Verletzte kann nicht etwa eine Klage auf gleichzeitige Mitwirkung des anderen Ehegatten bei der Haushaltsführung oder auf Beendigung eines ehewidrigen Verhältnisses zu einer dritten Person erheben, sondern ist auf die Geltendmachung einer die Rechtsbeziehung grundsätzlich auflösenden Sanktion, nämlich der Scheidung, verwiesen. So unbefriedigend im Einzelfall das Fehlen einer institutionenerhaltenden Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit empfunden werden mag, ist dieses doch Konsequenz eines wohl durchwegs akzeptierten und auch nicht ernsthaft in Frage zu stellenden Grundsatzes, nämlich des Prinzips der Familienautonomie. Es kann eben nicht - um ein geflügeltes Wort hiezu zu gebrauchen - der Familienrichter das Oberhaupt der Familie sein und beispielsweise einem Ehegatten die durch Richterspruch konkretisierte, exekutionsweise durchzusetzende Pflicht zur anständigen Begegnung mit dem anderen auferlegen, sondern es ist die Relevierung solcher Pflichtverstöße in einem Scheidungsverfahren - von einer Unterhaltsverwirkung einmal abgesehen - die einzige rechtsförmige Möglichkeit zur Sanktionierung solcher Pflichtverstöße. Dabei hat es auch zu bleiben, und zwar auch hinsichtlich der in den vergangenen Jahren verstärkt diskutierten Aufteilung der sich aus der ehelichen Lebensgestaltung ergebenden Aufgaben, insbesondere der Haushaltsführung, auf die Ehegatten.

Gleichwohl ist aber gesetzgeberisches Handeln in solchen Fragen keineswegs sinnentleert. Einerseits haben eben normative Aussagen zu solchen Fragen durchaus greifbare Auswirkungen vor allem im Scheidungsfall, allenfalls auch für den Unterhalt in aufrechter Ehe. Andererseits darf die Signalwirkung, die von solchen Anordnungen, aber auch bereits von der rechtspolitischen Debatte über sie ausgeht, nicht unterschätzt werden. Ebenso wie andere Bereiche des Familienrechts (etwa das Kindschaftsrecht) entfaltet auch das Eherecht einen Teil seiner Effektivität über die bloße Bewusstseinsbildung, die zumindest in bestimmtem

Maße von seinen allgemein bekannten Inhalten ausgeht. Insofern kann das Eherecht und hier vor allem das Ehwirkungsrecht durchaus ein zumindest unterstützendes Element zur Gestaltung und Weiterentwicklung gesellschaftlicher Realitäten sein. Es lohnt daher, fundierte Überlegungen darüber anzustellen, wie die geltende Rechtslage unter Fortführung ihrer Grundanliegen verdeutlicht und ausgebaut werden kann.

Die Erstellung dieser Gesetzesvorlage ist vom Bewusstsein um die gesellschaftliche Sensibilität der Materie, aber auch von den oftmals subtilen Wirkungsweisen des Eherechts getragen, weshalb den folgenden Darlegungen diese allgemeinen Erörterungen vorangestellt wurden.

II. Geschichte des Entwurfs: Seit den Familienrechtsreformgesetzen der siebziger Jahre, insbesondere dem Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (BGBl. Nr. 412/1975) und dem Bundesgesetz über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts (BGBl. Nr. 280/1978), und dem einige Jahre später folgenden Bundesgesetz über Änderungen des Personen-, Ehe- und Kindschaftsrechts (BGBl. Nr. 566/1983), gab es im Eherecht keine grundlegenden Neuerungen. Die seither auf diesem Gebiet geschehenen Gesetzgebungsakte - nämlich das Bundesgesetz über den Schutz des für einen Kredit mithaftenden Ehegatten (BGBl. Nr. 481/1985), das den eingeschlagenen Weg bei der Kreditmithaftung noch fortsetzende Bundesgesetz BGBl. I Nr. 6/1997, das Namensrechtsänderungsgesetz (BGBl. Nr. 25/1995) und das Gewaltschutzgesetz (BGBl. Nr. 759/1996) - betrafen nur Einzelbereiche des Eherechts und standen zum Teil auch nicht in allgemeiner Aufmerksamkeit. Doch wandte sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten die Rechtsdogmatik in zahlreichen literarischen Bearbeitungen dem Eherecht zu, und es erfuhr überdies eine äußerst vielfältige Ausgestaltung durch die reichhaltige Rechtsprechung, die bald zu nahezu allen seinen wesentlichen Rechtsfragen erging.

In prinzipieller Weise wurde das Eherecht erstmals wieder im Jahr 1992 auf die rechtspolitische Bühne gehoben, und zwar Anlässlich des 5. Familienrichtertags in Salzburg. Vor allem mit Blick auf die diesbezüglich differente Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland wurde gefordert, das Verschuldensprinzip aus dem österreichischen Ehescheidungsrecht grundlegend zu eliminieren und zur Gänze durch das Zerrüttungsprinzip zu ersetzen. Dabei wurde von Seiten der Familienrichter auch dahin argumentiert, dass die zur urteilsweisen Zuweisung eines Verschuldens am Scheitern einer Ehe erforderlichen Vorgänge nicht konstruktiv und nicht zukunftsorientiert seien und schweres menschliches Leid auslösten; menschliches Urteilen über ein solches Verschulden sei in allerletzter Konsequenz nicht möglich, jedenfalls aber nicht sehr sinnvoll.

Diese Veranstaltung und die dabei erhobenen rechtspolitischen Forderungen erreichten zwar hohe mediale Aufmerksamkeit, lösten jedoch unmittelbar keine entscheidenden Reaktionen anderer Interessenkreise zu diesem Thema aus. Sie führten auch nicht unmittelbar zu einer legislativen Aktivität, weil das Bundesministerium für Justiz - und diesbezüglich sei auf die Ausführungen in Punkt I hingewiesen - eine breitere gesellschaftliche Debatte über diesen Fragenkreis für notwendig erachtete.

In einem inhaltlichen Zusammenhang mit diesem rechtspolitischen Impuls der Familienrichter stand aber eine andere Initiative, die das Bundesministerium für Justiz ab dem Jahr 1994 gemeinsam mit dem Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie setzte, nämlich ein Projekt zur Erprobung der sogenannten „Mediation“ in Scheidungs- und Trennungsfällen. Ziel dieser Mediation ist es, scheidungs- oder trennungswillige Paare darin zu unterstützen, tragfähige und für beide Seiten akzeptable Vereinbarungen über die in ihrem Fall anstehenden rechtlichen und ökonomischen Fragen zu treffen und vor allem verantwortungsvolle Lösungen für die Zukunft der Kinder und für die Ausübung der jeweiligen Elternrollen zu erarbeiten. Das Modellprojekt wurde wissenschaftlich begleitend untersucht, um daraus eine Grundlage für weitergehende legislative und organisatorische Überlegungen zu gewinnen (Ch. Pelikan, Das österreichische Modellprojekt Familienmediation. Bericht der Begleitforschung, in Falk/Heintel/Ch. Pelikan [Hrsg.], Die Welt der Mediation 59).

Ein weiterer rechtspolitischer Vorstoß betraf das Ehwirkungsrecht: Von Seiten der damaligen Bundesministerin für Frauenangelegenheiten wurde gefordert, die Pflicht zur Mitwirkung

an der Hausarbeit zur verdeutlichen und einen Verstoß dagegen ausdrücklich als Scheidungsgrund im Gesetz zu benennen. Ein weiteres Anliegen der Frauenministerin ging dahin, eine eigenständige Pensionsvorsorge für Frauen zu schaffen. Von anderer Seite wurde verlangt, dass in Österreich ein der deutschen Rechtsfigur des Versorgungsausgleichs ähnliches Instrument zur Verbesserung der pensionsrechtlichen Absicherung für Ehefrauen eingeführt werden sollte; dabei geht es - vereinfacht ausgedrückt - darum, dass die von den Ehegatten während der Ehe erworbenen Pensionsansprüche bei der Scheidung - in der Regel gleichmäßig - auf beide Partner verteilt werden.

Im September 1995 richtete sodann der Bundesminister für Justiz eine Arbeitsgruppe zu Fragen der Änderung des Scheidungs-, Scheidungsfolgen- und Scheidungsverfahrensrechts ein, deren Aufgabenkreis in der Folge auch auf Fragen des Ehwirkungsrechts ausgedehnt wurde. Dieser Arbeitsgruppe gehörten Vertreter der inhaltlich mitberührten Ressorts, der von der Thematik institutionell angesprochenen Interessenvereinigungen und der Parlamentsklubs der fünf im Nationalrat vertretenen Parteien, sowie Experten aus dem Bereich der Wissenschaft an. Zur effizienteren Behandlung der Gesamthematik wurden im weiteren drei Unterarbeitsgruppen gebildet, die sich den Ehwirkungen, dem Scheidungsrecht einschließlich der Scheidungsfolgen und dem Verfahren in eherechtlichen Streitigkeiten und Angelegenheiten einschließlich der Mediation widmeten. Nach mehrjährigen Beratungen dieser Arbeitsgruppe wurde zu Beginn des Jahres 1998 auf Grundlage der Beratungsergebnisse sowie auf Basis von Konsultationen mit besonders ausgewiesenen universitären Vertretern des Familienrechts ein Diskussionsentwurf erstellt, der in der Folgezeit weiteren Erörterungen in der Arbeitsgruppe unterzogen wurde.

Unter Berücksichtigung dieser Diskussionsergebnisse wie auch zahlreich erstatteter schriftlicher Stellungnahmen wurde sodann der Ministerialentwurf eines Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetzes ausgearbeitet und im August 1998 zur allgemeinen Begutachtung versendet. Das Begutachtungsverfahren erbrachte zum einen vielfältige Anregungen sowie auch kritische Stimmen vor allem zu den unterhaltsrechtlichen Regelungsvorschlägen, zum anderen aber eine in Summe durchaus positive Resonanz auf die grundlegende Ausrichtung des Gesetzesvorhabens und seine wesentlichen Intentionen. Dem Gesetzesprojekt wurde auch ein hohes Maß an öffentlicher Aufmerksamkeit zuteil; soweit sich aus der medialen Berichterstattung ein allgemeines Stimmungsbild ablesen lässt, traf das Vorhaben weitgehend auf grundsätzliche Zustimmung. Nach Auswertung der erstatteten Stellungnahmen wurden auf Regierungs- und justizpolitischer Ebene noch intensive Beratungen über die Inhalte der Novelle und ihre legislative Umsetzung gepflogen, auf deren Grundlage der Ministerialentwurf in vielfältiger Weise überarbeitet und zur Regierungsvorlage eines Ehrechts-Änderungsgesetzes 1999 umgestaltet wurde.

III. Verschuldens- und Zerrüttungsgrundsatz im Ehescheidungsrecht: Einige Reformgedanken, die an das Bundesministerium für Justiz und im weiteren an die Arbeitsgruppe herangetragen wurden, werden als Ergebnis der darüber geführten Diskussion entweder nicht oder zumindest nicht in ihrem Kern umgesetzt. Im Einzelnen sei dazu auf Punkt V verwiesen. Vor allem gilt dies für die von mancher Seite geforderte Beseitigung des Verschuldensprinzips aus dem Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht. Auf Grund der mehrjährigen Debatte über diese grundlegende Frage gelangte das Bundesministerium für Justiz zur Überzeugung, dass die Systematik des geltenden Scheidungsrechts, also das Nebeneinander von Verschuldens- und Zerrüttungsgrundsatz und das teilweise Ineinandergreifen dieser beiden Prinzipien, weiterhin beibehalten werden soll.

In erster Linie ist dies darin begründet, dass sich für eine derart fundamentale Änderung des Scheidungsrechts durch gänzliche Abkehr vom Verschuldensgrundsatz - wie der bisherige Diskussionsverlauf gezeigt hat - kein tragender gesellschaftlicher Konsens fände. Vor allem in einer gesellschaftlich als so bedeutsam empfundenen Frage kann ein Gesetzgebungsakt nicht erfolgversprechend dafür instrumentalisiert werden, ein im größten Teil der Bevölkerung noch nicht vorhandenes Bewusstsein und Verständnis erst zu erzeugen. Das Verhältnis von gesellschaftlicher und rechtlicher Entwicklung kann jedenfalls in einem so sensiblen Bereich wie dem Familienrecht (siehe dazu die Ausführungen in Punkt I) nur umge-

kehrt sein: Erst wenn sich soziale Phänomene in einer quantitativ und qualitativ repräsentativen Weise durchgesetzt und zumindest eine gewisse gesellschaftliche Akzeptanz gefunden haben, kann eine markante, auf eine Abkehr von dem in diesem Bereich bestehenden Normensystem hinauslaufende Änderung der Rechtsordnung sinnvollerweise in Betracht kommen. Eine Eliminierung des Verschuldensprinzips aus dem Scheidungsrecht würde aber - wie die bisherige öffentliche Diskussion gezeigt hat - bei den Normadressaten weithin auf Unverständnis stoßen, und maßgebliche gesellschaftliche Kräfte würden einer solchen Neugestaltung erheblichen Widerstand entgegensetzen. Dies wäre aber - besonders vor dem Hintergrund der in Punkt I aufgezeigten Sonderstellung dieser Rechtsmaterie - kein fruchtbarer Boden für ein in diese Richtung zielendes Reformprojekt. Abgesehen von einer Reihe weiterer Faktoren, auf die im folgenden noch eingegangen werden wird, bleibt der vorliegende Entwurf schon aus diesem Grund mit seinen Änderungsvorschlägen zum Ehescheidungsrecht im wesentlichen im derzeit geltenden System und sieht nur Modifikationen im grundsätzlich weiterbestehenden Bereich der Verschuldensscheidung vor.

Bei all dem darf der - ebenfalls bereits in Punkt I dargelegte - Umstand nicht außer Acht gelassen werden, dass die einzige Sanktion einer Verletzung der sich aus dem Ehwirkungsrecht ergebenden rein persönlichen Pflichten der Ehegatten deren Geltendmachung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens ist. Dies erhält dadurch noch größere Bedeutung, dass gerade der vorliegende Gesetzentwurf ja auf eine Verdeutlichung und Intensivierung dieser Pflichten durch entsprechende Änderungen in § 91 ABGB abzielt. Die stärkere Verankerung der Pflicht zur gleichen Verteilung der Aufgaben in der Ehe trifft nach den bisherigen Erkenntnissen aus der rechtspolitischen Debatte auf sehr breite Zustimmung. Dies macht deutlich, dass vom Gesetzgeber auch heute noch erwartet wird, konkrete Verantwortlichkeiten bei der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft festzulegen. Umso weniger wäre es gerechtfertigt, gerade die Frage, wer durch die Verletzung solcher Pflichten in welchem Maße zum Scheitern der Ehe beigetragen hat, aus dem Scheidungsverfahren völlig auszuklammern und so den einzigen Sanktionsmechanismus für derartige Pflichtverstöße außer Kraft zu setzen.

Es scheint - gerade auch mit Blick auf jene Rechtsordnungen, die als Beispiele für eine ausschließliche Fundierung des Scheidungsrechts im Zerrüttungsprinzip ins Treffen geführt werden - sehr fraglich, ob nicht das Verschulden am Zerbrechen der ehelichen Beziehung selbst im Fall seiner Bedeutungslosigkeit als Scheidungsgrund doch wieder Auswirkungen im Bereich des Scheidungsfolgenrechts hätte. Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen zeigen, dass etwa im Bereich des naheheglichen Unterhalts die Verschuldensfrage letztlich über Rechtsmissbrauchsklauseln doch wieder hereinspielt.

Das Scheidungsfolgenrecht erbringt im Übrigen ein weiteres Argument gegen die gänzliche Beseitigung des Verschuldensprinzips. Nach geltender Rechtslage knüpfen die pensionsversicherungsrechtlichen Folgen einer Ehescheidung nach § 55 EheG an den Verschuldensaussspruch im Scheidungsverfahren an; es war dies ein zentraler Punkt der Ehe- und Scheidungsrechtsreform des Jahres 1978. Eine Abschaffung des Verschuldensprinzips könnte daher nur zugleich mit einer Neugestaltung der pensionsrechtlichen Absicherung des geschiedenen Ehegatten erfolgen. Diese wäre aber mit weitreichenden Änderungen im Pensionsversicherungssystem verbunden; die diesbezüglichen Lösungsansätze reichen vom Vorschlag eines Rentensplittings bis zur Schaffung einer pensionsversicherungsrechtlichen Eigenversorgung von Hausfrauen und Hausmännern. Entscheidungen darüber stehen aus politischen, aber wohl auch aus budgetären und systematischen Gründen noch aus.

Schließlich muss auch das Zusammenspiel der Verschuldensregelung im Scheidungsrecht einerseits und der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG andererseits mitbedacht werden. Zwischen 80 und 90% aller österreichischen Scheidungsfälle sind solche einvernehmlichen Scheidungen, und diese überaus hohe Quote ist rechtspolitisch unzweifelhaft wünschenswert. Wie allerdings schon seit der Schaffung dieser Scheidungsmöglichkeit vermutet und in jüngerer Vergangenheit durch rechtstatsächliche Untersuchungen (vgl. Dexpler-Hübner/Ranftl, Die Verteilung der Haus- und Versorgungsarbeit vor dem Hintergrund der Scheidung in der sozialen und gerichtlichen Praxis [1997] 85 ff, 124) bestätigt wurde, ergibt sich dieser erfreulich hohe Prozentsatz an einvernehmlichen Scheidungen unter anderem

auch daraus, dass ein Ehepartner, der sich einen gravierenden Verstoß gegen die sich aus dem Ehwirkungsrecht ergebenden Pflichten zuschulden kommen ließ, um die Bedeutung dieser Pflichtverletzung im Fall eines streitigen Scheidungsverfahrens weiß und sich auch dessen bewusst ist, dass sein Ehegatte deshalb die Scheidung der Ehe mit den daraus resultierenden Nachwirkungen besonders im Unterhaltsrecht durchsetzen könnte. Welchen Effekt nun eine Beseitigung des Verschuldensprinzips auf die Bereitschaft auseinanderstrebender Ehegatten zu einer Scheidung im Einvernehmen insgesamt der Größenordnung nach hätte, kann zwar nicht verlässlich abgeschätzt werden, doch muss auf Grund der erwähnten Studien davon ausgegangen werden, dass dadurch der Anteil der einvernehmlichen Scheidungen an der Gesamtzahl der Eheaufösungen sinken würde und vermehrt Streitigkeiten über die Scheidungsfolgen auftreten würden.

Aus all diesen Gründen wird hier eine grundlegende Umgestaltung des österreichischen Scheidungsrechts durch Eliminierung der Verschuldensscheidung und alleinige Maßgeblichkeit des Zerrüttungsprinzips nicht vorgeschlagen.

Allerdings soll das Zerrüttungsprinzip insofern stärker in den Vordergrund gerückt werden, als künftig jeder schuldhafte Verstoß gegen die aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe erfließenden Pflichten nur dann als Scheidungsgrund (schwere Eheverfehlung) in Betracht kommt, wenn dadurch die Ehe so tief zerrüttet wurde, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. In concreto ist dies das Abgehen von der gesetzlichen Anerkennung sogenannter „absoluter“ Scheidungsgründe, die ein darauf gestütztes Scheidungsbegehren jedenfalls, also unabhängig von der Frage der ehezerrüttenden Wirkung des geltend gemachten Verhaltens, rechtfertigen. Das geltende Scheidungsrecht kennt zwei absolute Scheidungsgründe dieser Art, nämlich den Ehebruch nach § 47 EheG und die Verweigerung der Fortpflanzung nach § 48 EheG. Die als Anachronismus empfundene Konstruktion dieser beiden Tatbestände als absolute Scheidungsgründe soll beseitigt werden, was - selbstverständlich - nicht bedeutet, dass ein Scheidungsbegehren nicht mehr auf diese beiden Gründe gestützt werden könnte. Vielmehr werden Ehebruch und Verweigerung der Fortpflanzung - der erstere Scheidungsgrund sogar unter ausdrücklicher Nennung - gleichsam in den Rechtsbestand des § 49 EheG über die schwere Eheverfehlung aufgenommen, so dass künftig alle an ein Verschulden anknüpfenden Gründe für die Scheidung einer Ehe in dieser Bestimmung konzentriert sind. Zu den dafür maßgeblichen Überlegungen wird auf die entsprechenden Ausführungen in Punkt IV.6 verwiesen.

IV. Hauptgesichtspunkte des Entwurfs:

1. Das in § 91 ABGB für die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verankerte Partnerschaftsprinzip wird dahin verdeutlicht, dass die damit verbundenen Aufgaben und Lasten, insbesondere Erwerbstätigkeit, Haushaltsführung und Kinderbetreuung, in Summe gleich aufgeteilt werden sollen. Es geht also nicht darum, hinsichtlich jedes einzelnen Aufgabenbereichs eine Pflichterfüllung exakt je zur Hälfte durch die beiden Ehegatten zu erreichen, sondern es wird noch unmissverständlicher als schon im geltenden Recht eine gerechte - und dies bedeutet im Regelfall: eine gleichteilige - Tragung der mit diesen Aufgabenbereichen insgesamt verbundenen Lasten vorgesehen.

2. Im Zusammenhang mit der soeben in Punkt 1 angesprochenen Regelung wird entsprechend den zu dieser Frage schon bisher vertretenen Lehrmeinungen in § 95 ABGB nun auch gesetzlich klargestellt, dass bei Erwerbstätigkeit nur eines Ehegatten und Haushaltsführung durch den anderen der berufstätige Teil in seiner Freizeit zur Mithilfe im Haushalt soweit verpflichtet ist, als dies von ihm nach den gesamten Umständen, insbesondere seiner beruflichen Belastung, den Anforderungen des Haushalts und den sonstigen Elementen der konkreten Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, verlangt werden kann.

3. § 91 ABGB verlangt von den Ehegatten die einvernehmliche Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft, enthält aber keine Regelung für den Fall, dass ein einmal gefundenes Einvernehmen darüber im Verlauf der Zeit abhanden kommt oder durch wichtige Änderungen bei zumindest einem der Ehegatten gegenstandslos geworden ist. Die Frage der Bindungswirkung einer solchen Gestaltung (wie immer diese rechtsdogmatisch beurteilt wird) musste daher von der Praxis gelöst werden. In der Judikatur wurden dabei zum Teil sehr strenge

Standpunkte in Richtung einer „Versteinerung“ der einmal geschenehen Gestaltung vertreten, woraus sich ein erhebliches Hemmnis für die Persönlichkeitsentfaltung des durch die getroffene Einigung auf bestimmte Funktionen und auf eine bestimmte Rolle verwiesenen Ehegatten ergeben kann. Daher wird durch einen neuen § 91 Abs. 2 ABGB unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass ein Ehegatte jedenfalls mangels kollidierender wichtiger Interessen seines Partners oder der Kinder zum Abgehen von der Gestaltungseinigung berechtigt ist, im Konfliktfall mit solchen entgegenstehenden Interessen aber auch dann, wenn er diesen Veränderungswunsch auf gewichtigere persönliche Gründe zu stützen vermag, wofür exemplarisch der Wunsch nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit genannt ist. Weiters wird für den Fall eines nach diesen Grundsätzen berechtigten Änderungsverlangens vorgesehen, dass sich die Ehegatten um ein Einvernehmen über die Neugestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zu bemühen haben. Im Grundsätzlichen soll also das Bemühen um die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine permanente Aufgabe in der Ehe sein. Es kann nicht etwa eine unmittelbar nach der Eheschließung getroffene Regelung über die Aufgabenteilung bedingungslose Fortgeltung während der gesamten Dauer der Ehe für sich beanspruchen.

4. Im Ministerialentwurf war noch vorgeschlagen worden, die derzeit in § 90 zweiter Satz ABGB vorgesehene Pflicht eines Ehegatten, im Rahmen der Zumutbarkeit und der Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen im Erwerb des anderen mitzuwirken, ersatzlos zu beseitigen, dies bei unveränderter Aufrechterhaltung der gesetzlichen Beistandspflicht, wie sie allgemein im ersten Satz des § 90 ABGB vorgesehen ist. Aus den im einzelnen im Besonderen Teil dargestellten Gründen wird nun ein anderer Weg beschritten: Die gesetzliche Verpflichtung zur Mitwirkung im Erwerb bleibt in einem neuen § 90 Abs. 2 ABGB inhaltlich unverändert bestehen, wird aber durch einen ausdrücklichen Hinweis des Gesetzes auf den dispositiven Charakter der Mitwirkungspflicht ergänzt. Unberührt bleibt auch die Regelung über die Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb nach § 98 ABGB (vgl. zu den Gründen für die unveränderte Beibehaltung dieser Bestimmung in Punkt V).

5. Nach geltendem Recht hat ein nach den darüber bestehenden Regelungen unterhaltspflichtiger Ehegatte während aufrechter Haushaltsgemeinschaft dem anderen den Unterhalt in natura zu leisten. Daraus ergibt sich nicht selten eine unangemessene Abhängigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten von seinem Partner. Zur Verbesserung seiner Stellung soll der einkommensschwächere oder einkommenslose Ehegatte künftig daher auch unabhängig von einer Unterhaltsverletzung oder einer Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft berechtigt sein, vom anderen die Leistung des Unterhalts ganz oder teilweise in Geld zu verlangen, soweit ein solches Verlangen nicht unbillig wäre. Eine solche Unbilligkeit kann sich etwa aus einer besonders schlechten ökonomischen Situation der Ehegatten oder partiell auch aus der Zurverfügungstellung der zur Lebensführung erforderlichen Mittel durch den Unterhaltspflichtigen ergeben.

6. Wie schon in Punkt III letzter Absatz erwähnt, sollen die beiden „absoluten“ Scheidungsgründe des Ehebruchs und der Verweigerung der Fortpflanzung nach §§ 47 und 48 EheG in den § 49 EheG als künftig umfassenden Tatbestand für die Verschuldensscheidung einbezogen werden. Um in der rechtspolitischen Diskussion aufgetretenen Missverständnissen zu begegnen, wird in einem in § 49 EheG eingefügten Satz ausdrücklich klargestellt, dass ein Ehebruch weiterhin eine schwere Eheverfehlung ist und als Grund für eine Verschuldensscheidung releviert werden kann, dies freilich nur unter der auch für andere Scheidungsgründe zu fordernden Voraussetzung, dass die Verletzung der Pflicht zur ehelichen Treue die Ehe unheilbar zerrüttet hat. Die Hereinnahme des Ehebruchs in die „relativen“ Scheidungsgründe des § 49 EheG hat daher in jenen Fällen, in denen der Ehebruch nicht zur Zerrüttung führt, zumindest im Grundsätzlichen eheerhaltende Wirkung. Nur solche Ehen sollen geschieden werden, die auch tatsächlich gescheitert sind.

Und es sei auch auf einen weiteren, praktisch bedeutsameren Aspekt hingewiesen: In der Praxis hat sich gezeigt, dass der absolute Charakter des Ehebruchs als Scheidungsgrund gerade auch zu Nachteilen des schutzbedürftigen Partners in der Ehe führen kann. verlässt etwa ein Mann seine Frau und zieht er zu einer neuen Partnerin, mit der er eine Lebensge-

meinschaft während aufrechter Ehe eingeht, so kann er eine Scheidung nur auf Grund des § 55 EheG, also nach dreijähriger (spätestens sechsjähriger) Trennung, erwirken; der verlassenen Frau kommt nach einer solchen Scheidung eine besonders begünstigte Rechtsstellung in unterhalts- und versorgungsrechtlicher Hinsicht zu. Begeht allerdings die Frau während dieser Zeit - in der die Ehe bereits unheilbar zerrüttet, aber rechtlich noch aufrecht ist - einmal einen Ehebruch, so erlangt der Mann damit infolge der derzeitigen Unabhängigkeit des Scheidungsgrundes Ehebruch von einer ehezerrüttenden Wirkung einen Anspruch auf Scheidung aus dem (Mit-)Verschulden der Frau, und diese verliert ihre besondere unterhalts- und versorgungsrechtliche Absicherung.

Schließlich kann auch - wie die Rechtsprechung zeigt - nicht generell, also losgelöst vom jeweiligen Einzelfall, davon ausgegangen werden, dass einem Ehebruch jedenfalls größeres ehezerrüttendes Gewicht zugeschrieben werden muss als anderen gravierenden Eheverfehlungen. Dies wird auch an dem zweiten, in § 49 EheG exemplarisch als Scheidungsgrund genannten Fehlverhalten (nämlich der Zufügung körperlicher Gewalt oder schweren seelischen Leides) deutlich, das ja bisher schon wegen seiner Häufigkeit als Scheidungsgrund in der forensischen Praxis hohe Bedeutung hatte.

Zusammenfassend zu diesem Punkt lässt sich also sagen, dass der Ehebruch durch seine Einordnung in die „relativen“ Scheidungsgründe keineswegs als Eheverfehlung bagatellisiert wird, dass aber die Frage des absoluten Charakters nichts mit dem Gewicht zu tun hat, das dem Ehebruch in einem konkreten Fall bei der Verschuldensabwägung zukommt.

7. Die unterhaltsrechtlichen Regelungen des Ehegesetzes werden durch eine Bestimmung ergänzt, wonach zur Vermeidung von Härtefällen unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen ein Unterhaltsanspruch - auch unabhängig vom Verschulden - in jenen Konstellationen zustehen soll, in denen die Unterhaltsbedürftigkeit eines Ehegatten ihren Grund im wesentlichen in der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft hat, der Bedarf also gewissermaßen ehebedingt ist. Es geht dabei vor allem um jene Fälle, in denen ein Ehegatte - in der gesellschaftlichen Wirklichkeit ist dies zumeist die Frau - nach der Eheschließung die Berufsausbildung abgebrochen oder den Beruf aufgegeben, durch Jahre hindurch die Kinder betreut, den Haushalt geführt und dem Partner den Rücken für seine berufliche Laufbahn freigehalten hat. Wird eine solche Ehe geschieden, so steht der Ehegatte, wenn nicht zumindest ein überwiegendes Verschulden des anderen festgestellt wird, nicht selten gänzlich unversorgt und ohne Erwerbsmöglichkeit da. Der Entwurf schlägt vor, diesem Ehegatten unter bestimmten Bedingungen gewissermaßen auch als Ausgleich dafür, was er in die Ehe „investiert“, vor allem der Ehe an eigenen Berufsmöglichkeiten geopfert hat, einen - zumeist wohl zeitlich beschränkten - Unterhaltsanspruch einzuräumen. Dadurch wird dem Unterhaltsberechtigten beispielsweise die Möglichkeit gegeben, sich etwa durch die Absolvierung von Kursen oder sonstigen Weiterbildungsangeboten eine qualifizierte Basis für eine eigene Erwerbstätigkeit zu schaffen.

Gleichgestellt soll diesem Fall jener sein, in dem ein Ehegatte nach der Scheidung auf Grund der aktuellen Pflege aus der Ehe stammender Kinder, die zufolge ihres Alters betreuungsbedürftig sind, nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten.

Durch eine entsprechende Einschränkung im Gesetzestext wird sichergestellt, dass es dabei nicht zu grob unbilligen Ergebnissen kommt; im Rahmen dieser Billigkeitsklausel wird insbesondere auch auf die Ursachen für das Scheitern der Ehe Bedacht zu nehmen sein. Denn nach allgemeiner Überzeugung können die Gründe für die Scheidung der Ehe auch bei diesem neuen Unterhaltstatbestand nicht außer Betracht bleiben.

Hinsichtlich des Ausmaßes des Unterhaltsanspruchs ist daran anzuknüpfen, dass der Entwurf grundsätzlich nicht vom Prinzip der Verschuldensscheidung abgeht. Nach den einem solchen System des Scheidungsrechts zugrundeliegenden Wertungen kann ein Unterhaltsanspruch, der unter Umständen auch einem an der Scheidung (überwiegend) schuldigen Ehegatten zusteht, nicht das Ausmaß des Anspruchs des an der Scheidung schuldlosen oder minderschuldigen Ehegatten erreichen. Der Anspruch nach dem neuen Unterhaltstatbestand soll daher aus grundsätzlichen Erwägungen ein geringerer sein als der nach dem geltenden § 66 EheG.

Für die Regelung der Unterhaltshöhe ist auch der Umstand von Bedeutung, dass dem neuen Unterhaltstatbestand recht unterschiedliche Fallkonstellationen zugeordnet werden können. Deshalb muss die Regelung möglichst flexibel gestaltet sein, um im Einzelfall zu adäquaten („gerechten“) Lösungen zu gelangen. Dies soll einerseits dadurch erreicht werden, dass auf den allgemeinen Begriff des Lebensbedarfs des Ehegatten (statt auf die Lebensverhältnisse der Ehegatten; vgl. auch § 1578 BGB) abgestellt wird, andererseits aber auch dadurch, dass die oben erwähnte, bereits für das Bestehen des Anspruchs an sich maßgebliche Billigkeitsklausel auch bei der Unterhaltsbemessung als Kriterium für eine allfällige Minderung des Anspruchs heranzuziehen ist.

In diesem Sinn ist der hier vorgeschlagene Alimentationsanspruch ein an ganz spezifische Voraussetzungen geknüpfter, nur für bestimmte Härtefälle als Ausnahmeregelung gedachter Unterhaltstypus.

8. Weitere Regelungsvorschläge auf dem Gebiet des nahehelichen Unterhalts knüpfen zum einen an die Unwirksamkeit einer im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung nach § 55a Abs. 2 EheG getroffenen Unterhaltsvereinbarung und zum anderen an eine Scheidung nach den Zerrüttungstatbeständen der §§ 50 bis 52 und 55 EheG an. Im Einzelnen sei dazu auf die Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen.

9. Von den Neuregelungen im Recht der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse ist zunächst jene zu nennen, durch die die in die Ehe eingebrachte, von Todes wegen erworbene oder von einem Dritten geschenkte Ehwohnung künftig auch dann in die Aufteilung einbezogen werden soll, wenn an ihr ein berücksichtigungswürdiger Bedarf eines gemeinsamen Kindes besteht. Weiters sollen aus dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder den ehelichen Ersparnissen getätigte Investitionen eines Ehegatten in ein Unternehmen, an dem ihm oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht, wertmäßig in die Aufteilung einbezogen werden. Dabei sollen aber alle Vorteile berücksichtigt werden, die die Investition mittelbar - nämlich über die dadurch herbeigeführte Stärkung des Unternehmens und damit verbundene Erhaltung oder Erhöhung der Zuflüsse aus diesem an die Ehegatten - für den durch sie zunächst - aufteilungsrechtlich - verkürzten Ehegatten bewirkt hat. Ebenso zu berücksichtigen ist die allfällige Herkunft solcherart investierter ehelicher Ersparnisse aus den Gewinnen des Unternehmens.

10. Wie schon in Punkt II erwähnt, unternahm das Bundesministerium für Justiz gemeinsam mit dem Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie einen Modellversuch zur Erprobung der Mediation in Scheidungs- und Trennungsfällen, der sozialwissenschaftlich begleitet und evaluiert wurde. Auf Grund des Erfolgs dieses Projekts wurde der gerichtsbezogene Einsatz der Mediation ab dem Jahr 1997 schrittweise ausgebaut. Nun kann zwar das Konfliktregelungsinstrument der Mediation auch ohne besondere gesetzliche Bestimmungen in solchen Scheidungs- und Trennungssituationen eingesetzt werden, doch soll dieser Einsatz durch materiell- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen gefördert werden. Zu diesem Zweck wird im Ehegesetz eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht des professionell tätigen Mediators vorgesehen. Durch eine Bestimmung über die Hemmung der Verjährung und sonstiger Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen wird sichergestellt, dass die Ehegatten während laufender Einigungsversuche nicht gezwungen sind, wegen drohenden Fristablaufs der Einigung abträgliche Verfahren gegeneinander einzuleiten. Korrespondierend zu diesen materiellrechtlichen Regelungen werden in die Zivilprozessordnung Bestimmungen über ein Verbot der Vernehmung von Mediatoren in Ansehung der ihrer Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Wissensinhalte und über die Erstreckung der Tagsatzung zur Ermöglichung der Inanspruchnahme einer Mediation sowie in die Strafprozessordnung eine Bestimmung über die Befreiung des Mediators von der Zeugnispflicht hinsichtlich dieser Wissensinhalte eingefügt.

11. Der Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten ist eine eigene, in den Abschnitt der Exekutionsordnung über einstweilige Verfügungen eingefügte Gesetzesbestimmung gewidmet, in der unter anderem die dafür zur Verfügung stehenden Sicherungsmittel ausdrücklich angeführt sowie die Voraussetzungen für die und die Vorgangsweise bei der Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung zum Teil - und zwar in einer den sicherungsbedürftigen Ehegatten privilegierenden Weise - abweichend von den allgemeinen Bestimmun-

gen über solche Provisorialmaßnahmen geregelt werden. Im Einzelnen wird dazu auf die entsprechenden Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen.

V. Nicht verwirklichte Regelungsüberlegungen: Schon in Punkt III wurde dargelegt, dass einige der zu diesem Gesetzesvorhaben erstatteten Reformvorschläge auf Grund der darüber geführten Diskussion und der sich daraus ergebenden Abwägungen nicht oder jedenfalls nicht in ihrem Kern in diesen Gesetzentwurf aufgenommen wurden. Für die Frage eines gänzlichen Abgehens vom Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht wurden die dafür maßgebenden Überlegungen in Punkt III präsentiert. Im Folgenden sei auch auf andere, in diesem Entwurf (noch) nicht realisierte Änderungsvorschläge eingegangen.

1. Die Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb des anderen nach § 98 ABGB wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als eine Art Gewinnbeteiligung am Erwerbserfolg des anderen Ehegatten verstanden. In der im Verlauf der Gesamtdiskussion zu dem Gesetzesprojekt gebildeten Unterarbeitsgruppe, die sich mit dem Erwerbsrecht befasste, wurde demgegenüber eine andere Konstruktion dieses Anspruchs erwogen. Demnach sollte der im Erwerb mitwirkende Ehegatte Anspruch auf eine angemessene Vergütung haben, die sich an den Einkünften orientieren sollte, die er für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im Erwerbsleben erzielen würde. Der wesentliche Unterschied dieses Modells zur derzeit gegebenen Rechtslage in ihrer durch Doktrin und Judikatur herausgebildeten Ausprägung bestünde darin, dass es für diesen Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht mehr auf den ökonomischen Erfolg des Erwerbs bzw. der Mitwirkung daran ankäme. Dieser Vorschlag fand auch noch Eingang in den Diskussionsentwurf, und zwar durch eine entsprechende Neuformulierung zu § 98 ABGB und die jeweilige Ersetzung des Wortes „Abgeltung“ durch den neu gewählten Begriff „Vergütung“ in den §§ 99, 1486a und 1495 ABGB. In der Unterarbeitsgruppe waren parallel zu dieser Neuregelung auch Änderungen bezüglich der Verjährung dieses Anspruchs überlegt worden, die allerdings im Diskussionsentwurf nicht mehr vorgeschlagen wurden.

Im weiteren Diskussionsverlauf wurden allerdings gegen diese Änderungsanregungen ernstzunehmende Bedenken erhoben. Vor allem wurde darauf hingewiesen, dass der auf dem Boden des geltenden Rechts von Rechtsprechung und Lehre überwiegend vertretene Gewinnbeteiligungsgedanke eher dem Wesen der Ehe als Risiko- und Schicksalsgemeinschaft adäquat sei als eine dem arbeitsrechtlichen Entlohnungsanspruch verwandte Vergütungsregelung. Auch wurde zutreffend eingewendet, dass den Ehegatten, wenn sie einen derartigen Anspruch begründen wollten, ohnedies das dienstvertragliche Gestaltungsinstrumentarium zur Verfügung stünde. Wenn der mitwirkende Ehegatte für seine Tätigkeit eine entlohnungsähnliche Gegenleistung erhalten will, hat er zumeist wohl die Möglichkeit, sich im Rahmen einer Vereinbarung mit dem anderen Ehegatten über diese Mitwirkung einen solchen Anspruch auszubedingen. Und tatsächlich kommt es ja in der Praxis auch durchaus häufig vor, dass zwischen Ehegatten - aus den verschiedensten Erwägungen - Dienstverträge abgeschlossen werden, die ein entsprechendes Entgelt für solche Mitwirkungsleistungen vorsehen. Die unveränderte Beibehaltung des § 98 ABGB lässt für den mitwirkenden Ehegatten auch künftig noch die Chance offen, im Fall eines guten unternehmerischen Erfolgs über den vereinbarten Arbeitslohn hinaus auch noch eine betragslich übersteigende Abgeltung verlangen zu können (§ 100 letzter Halbsatz ABGB). Diese Möglichkeit müsste bei einer lohnähnlichen, an vergleichbaren Arbeitseinkünften orientierten Konstruktion der Mitwirkungsvergütung wohl entfallen, so dass in einer solchen Konstellation der mitwirkende Ehegatte durch eine solche Regelung sogar schlechter gestellt sein könnte als nach geltendem Recht. Aus all diesen Gründen wurde dieser Regelungsvorschlag der Unterarbeitsgruppe nicht in diesen Gesetzentwurf übernommen.

An dieser Stelle sei erwähnt, dass auch die im Ministerialentwurf noch vorgesehene Streichung der Mitwirkungspflicht (§ 90 zweiter Satz ABGB) hier nicht mehr vorgeschlagen wird; stattdessen soll die Abdingbarkeit dieser Verpflichtung im Gesetz eindeutig zum Ausdruck gebracht werden. Zu den dafür maßgeblichen Erwägungen sei auf die Ausführungen im Besonderen Teil [...] des Entwurfes verwiesen.

2. Die zweitinstanzliche und später auch höchstgerichtliche Rechtsprechung hat zur Bemessung des Ehegattenunterhalts generalisierende Regeln dergestalt entwickelt, dass für die

konkrete Unterhaltsberechnung bestimmte Prozentsätze der Unterhaltsbemessungsgrundlage herangezogen werden. Nach dieser Judikatur hat der einkommenslose Ehegatte (bzw. jener mit einem nur sehr niedrigen Einkommen) gegen den anderen grundsätzlich einen Unterhaltsanspruch in Höhe von 33% der - im Wesentlichen aus dem Nettoeinkommen des anderen Ehegatten bestehenden - Bemessungsgrundlage; diese Prozentquote kann sich infolge Berücksichtigung sonstiger Sorgepflichten des anderen Ehegatten durch Prozentabschläge von jeweils 3 bis 4% noch verringern. Wenn beide Ehegatten ein für die Unterhaltsermittlung relevantes Einkommen erzielen, bildet im wesentlichen die Summe der beiden Nettoeinkommen die Bemessungsgrundlage, von der dem minderverdienenden Ehegatten nach dieser Rechtsprechung ein Unterhaltsanspruch im Ausmaß von 40% dieses Familieneinkommens abzüglich seines Eigeneinkommens zusteht; auch diese 40%ige Berechnungsquote kann durch die Bedachtnahme auf sonstige Unterhaltspflichten prozentuale Reduktionen erfahren.

Diese Judikaturlinien sind in der Lehre bereits mehrfach auf Kritik gestoßen. Es wurde darin eine nicht sachgerechte Benachteiligung des haushaltsführenden bzw. des einkommensschwächeren Ehegatten erblickt. Die Kritik an der gängigen Unterhaltspraxis mündete in die Forderung, dass etwa im Fall beidseitiger Erwerbstätigkeit grundsätzlich von einer 50%igen Anspruchsquote des minderverdienenden Ehegatten ausgegangen und auch der Berechnung des Unterhalts für den einkommenslosen Ehegatten ein höherer Ausgangsprozentsatz zugrunde gelegt werden sollte (so etwa Lackner, Gleichbehandlung im Unterhaltsanspruch der Ehegatten? RZ 1992, 62; Kerschner, Gesellschaftspolitische Tendenzen in der Zivilrechtsjudikatur, RZ 1995, 272 [272]). Auch in der Arbeitsgruppe wurde von mancher Seite die Forderung nach einer prinzipiell halbeiligen Anspruchsquote erhoben.

Der Entwurf setzt diese Forderung aus systematischen, rechtspolitischen und dogmatischen Gründen nicht um. Zunächst ist zu bedenken, dass sich die kritisierten Prozentsätze ja nicht unmittelbar aus dem Gesetzesrecht, sondern erst durch dessen Anwendung in der gerichtlichen Praxis ergeben. Die gesetzlichen Bestimmungen über den ehelichen und nachehelichen Unterhalt sind hingegen allgemein gehalten und treffen keine konkreten Aussagen über die Unterhaltshöhe. Dies entspricht durchaus auch dem System des österreichischen Unterhaltsrechts und seiner Rollenverteilung zwischen gesetzlichen Normen und ihrer judikativen Handhabung. Die vorerwähnte Kritik richtet sich daher auch primär an die Rechtsprechung und nicht etwa an den Gesetzgeber. Ein korrigierender Eingriff des Gesetzgebers in diese von manchen nicht gewünschten Judikaturlinien durch eine singuläre Anordnung über die Unterhaltshöhe stünde zu dieser Systematik und Aufgabenverteilung in einem Spannungsverhältnis.

Zu berücksichtigen ist weiters, dass eine starre Regelung etwa des Inhalts, dass beiden Ehegatten jedenfalls 50% des Familieneinkommens (vorbehaltlich der Berücksichtigung weiterer Sorgepflichten) zukommen sollten, mit den fundamentalen Säulen des Unterhaltsanspruchs nicht in Einklang zu bringen wäre. Das Einkommen, also die Leistungsfähigkeit des oder der erwerbstätigen Ehegatten, ist ja nach den dogmatischen Grundfesten des Unterhaltsrechts nicht alleiniges Kriterium für den Unterhaltsanspruch. Wesentlich ist ja auch der Bedarf und in engem Konnex dazu die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wenn nach diesen weiteren Kriterien wesentliche Teile des Familieneinkommens nicht zum laufenden ehelichen Lebensaufwand, sondern zur Bildung von Vermögen verwendet werden, hätte die uneingeschränkte Verwirklichung eines gleichteiligen Partizipationsanspruchs der Ehegatten zum Teil auch ehегüterrechtlichen Charakter. Zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgruppe bestand aber Übereinstimmung darüber, dass Änderungen am geltenden Ehегüterrecht nicht vorgenommen werden sollten.

Schließlich wäre eine gesetzliche Regelung über einen grundsätzlich 50%igen Unterhaltsanspruch auch nicht konsensfähig gewesen. Schon in der bisherigen Debatte traf dieses Ansinnen auf durchaus maßgeblichen Widerstand. Dieser stützte sich vor allem auf zwei Argumente: Zum einen habe der erwerbstätige (und daher unterhaltspflichtige) Ehegatte wegen seiner Erwerbstätigkeit einen höheren Aufwand - z.B. an Kleidung - als der haushaltsführende Ehegatte; zum anderen müsse dem Erwerbstätigen auch ein Leistungsanreiz geboten werden. Wie immer man zu diesen Argumenten steht, muss doch in rechtspolitischer

Hinsicht die schon in Punkt I dargestellte Bedeutung der Konsensfähigkeit wichtiger familienrechtlicher Regelungen bedacht werden. Eine gesetzliche Regelung zur Korrektur der Rechtsprechung über die Höhe des Unterhalts zwischen Ehegatten wurde daher in den Entwurf nicht aufgenommen.

3. Noch vor der Einsetzung der Arbeitsgruppe wurde im Zusammenhang mit den Bestrebungen zur Reformierung des Ehe- und Scheidungsrechts die Forderung erhoben, die pensionsrechtliche Vorsorge für nicht oder nicht voll erwerbstätige Ehefrauen möge grundlegend verbessert werden. Die dazu skizzierten Lösungsansätze etwa eines Rentensplittings oder aber einer pensionsversicherungsrechtlichen Eigenversorgung von Hausfrauen und Hausmännern wurden bereits in Punkt III angesprochen. Dieser Fragenkreis bedarf noch eingehender Diskussion und fällt überdies auch nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Justiz, weshalb Regelungen hierüber in den vorliegenden Gesetzentwurf nicht eingearbeitet wurden.

4. In einem engen inhaltlichen Konnex mit dem Scheidungsrecht steht die Frage, welche Auswirkungen eine Ehescheidung auf die Rechtsbeziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten und den aus der Ehe stammenden minderjährigen Kindern hat. Exemplarisch sei hier die in den letzten Jahren diskutierte Thematik der Obsorge nach der Scheidung erwähnt. Die damit angesprochenen kindschaftsrechtlichen Fragen sind jedoch aus systematischen Gründen nicht im vorliegenden Gesetzentwurf zu behandeln, sondern bleiben einem im Bundesministerium für Justiz parallel dazu vorangetriebenen Gesetzesprojekt eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes vorbehalten [...]. Im Rahmen dieses Vorhabens wird beispielsweise auch die schon angerissene Frage zu lösen sein, durch welche gesetzliche Regelung einerseits das Fortdauern gemeinsamer Elternverantwortung auch über eine Scheidung hinaus optimal unterstützt und andererseits Konfliktfelder, Machtkämpfe und Missbräuche, wie sie noch aus Zeiten der Rechtsfigur der „väterlichen Gewalt“ bekannt sind, bestmöglich vermieden werden können. Hier sei nur erwähnt, dass sich zur Erfüllung dieser potentiell zum Teil konfligierenden Anforderungen im Verlauf der darüber geführten Diskussion nicht so sehr das von manchen vehement geforderte, aber etwas pauschale und das zweiterwähnte Erfordernis nicht ausreichend befriedigende Modell der gemeinsamen Obsorge, sondern eher die neu entwickelte, fein ausdifferenzierte Rechtsfigur der Teilnahme an der dem anderen übertragenen Obsorge als geeignetes Instrument herauskristallisiert hat (dies auch im Zusammenwirken mit der vom erwähnten Ministerialentwurf ebenfalls vorgeschlagenen Verbesserung der Stellung des nicht obsorgeberechtigten Elternteils).

5. Der Ministerialentwurf hatte noch die Aufhebung des § 92 Abs. 3 ABGB vorgesehen, der den Ehegatten die Möglichkeit einräumt, eine gerichtliche Entscheidung über die Feststellung der Rechtmäßigkeit einer gesonderten Wohnungnahme oder einer Verlegung der gemeinsamen Wohnung herbeizuführen. Dies wurde im wesentlichen damit begründet, dass die durch diese gerichtliche Feststellung bewirkte, im Rahmen ihrer Rechtskraft - vor allem für Ehescheidungs- und Unterhaltsverfahren - bindende Vorfragenentscheidung keinem tatsächlichen Rechtsschutzbedürfnis entspreche. Im Verlauf der auf Regierungsebene, aber auch bei einer - von einer der Parlamentsparteien veranstalteten - Enquete geführten Diskussion über den Ministerialentwurf wurde allerdings von mehreren Seiten darauf hingewiesen, dass das Feststellungsverfahren nach § 92 Abs. 3 ABGB sehr wohl eine sinnvolle und wichtige Funktion im Rechtsschutzsystem habe und in der Praxis auch durchaus seinen eigentlichen Intentionen gemäß in Anspruch genommen werde. Besonders hervorgehoben wurde dabei, dass dieses Verfahren vor allem für bestimmte Gruppen von Frauen, nämlich insbesondere für ältere Frauen sowie für Immigrantinnen, ein unverzichtbares Rechtsinstrument zur Bewältigung ehelicher Krisensituationen darstelle. Im Hinblick auf diese Argumente soll die Bestimmung des § 92 Abs. 3 ABGB erhalten bleiben.

VI. Kosten (Auswirkungen auf den Bundeshaushalt): [...]

VII. EU-Konformität: Für die Lebensbereiche Ehe, Ehescheidung, Scheidungsfolgen und Scheidungsverfahren gibt es keine hier in irgendeiner Weise relevanten Normen des Gemeinschaftsrechts. Das Gesetzesvorhaben berührt daher keine Rechtsnormen der Europäischen Union.

AB zu BGBl. 280/1978: 1. Der Justizausschuss hat die Vorschläge der RV 136 BlgNR 14. GP zur Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten im Wesentlichen übernommen. Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten wird neben Kindern von einem Viertel auf ein Drittel und neben Vorfahren und Seitenverwandten von der Hälfte auf zwei Drittel des Nachlasses erhöht, dem Ehegatten wird ein Pflichtteilsrecht eingeräumt, und das gesetzliche Vorauvermächtnis des Ehegatten wird verbessert.

2. Die ein der erwähnten Regierungsvorlage enthaltenen güterrechtlichen Vorschläge hat der Justizausschuss nicht übernommen. Er ist bei der Regelung der vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe zu einer abweichenden Lösung gelangt. Wird eine Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so sollen das eheliche Gebrauchsvermögen - das sind die beweglichen oder unbeweglichen körperlichen Sachen, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben - und die ehelichen Ersparnisse - das sind die Wertanlagen, die die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben - unter den Ehegatten nach Billigkeit aufgeteilt werden. Dabei soll besonders auf den Beitrag eines jeden Ehegatten zum Erwerb des aufzuteilenden Vermögens und auf das Wohl der Kinder Bedacht genommen werden; als Beitrag in diesem Sinn sind aber u.a. auch die Führung des gemeinsamen Haushalts und die Pflege und Erziehung der gemeinsamen Kinder zu werten. Die gefundene Lösung trägt nicht nur dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen und dem umfassenden Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft Rechnung, sie ist auch lebensnah und - im Vergleich zu den Vorschlägen der Regierungsvorlage - leichter vollziehbar. [...]

3. Neu ist auch der Vorschlag, dem Ehegatten, der im Erwerb des anderen mitwirkt, einen Anspruch auf angemessene Abgeltung seiner Mitwirkung einzuräumen. Dieser Anspruch steht dem mitwirkenden Ehegatten auch schon während aufrechter Ehe zu. Es entspricht dem familienhaften Wesen des Anspruchs, dass sich seine Höhe nicht nur nach Art und Dauer der Leistungen, sondern auch nach den gesamten Lebensverhältnissen der Ehegatten richtet. Ansprüche eines mitwirkenden Ehegatten, die ihre Grundlage in einem - ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen - Vertrag haben, werden durch die vorgeschlagene Regelung nicht berührt.

4. Die Neufassung der Abs. 1 und 2 des § 55 EheG - in Abweichung von den Vorschlägen der RV 289 BlgNR 14. GP - stellt sicher, dass bei der Entscheidung über das Scheidungsbegehren eines Ehegatten wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft der Frage der Wiederherstellbarkeit der zerrütteten Ehe und den Lebensumständen beider Ehegatten besonders Rechnung getragen wird. Gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass - trotz mindestens dreijähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten - die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist, so ist das Scheidungsbegehren abzuweisen. Überdies ist dem Scheidungsbegehren so lange nicht stattzugeben, als den beklagten Ehegatten die Scheidung härter trafe als den an der Zerrüttung allein oder überwiegend schuldigen - klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens. [...]

5. Der vorliegende Gesetzesentwurf regelt auch die Scheidung im Einvernehmen (§ 55a EheG). Auch dabei ist der Justizausschuss von den Vorschlägen der RV 289 BlgNR 14. GP abgewichen, weil deren Verwirklichung keine ausreichenden Sicherheiten vor übereilten Scheidungen bedeutet hätte. Die Ehegatten sollen gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe begehren können, wenn ihre eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben ist, beide die unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zugestehen und zwischen ihnen Einvernehmen über die Scheidung besteht. Überdies haben die Ehegatten eine schriftliche Vereinbarung über die Scheidungsfolgen im Verhältnis zueinander und zu den Kindern dem Gericht zu unterbreiten oder vor Gericht zu schließen. Dem Zweck möglicher Erhaltung der Ehe dient eine Bestimmung des Verfahrensrechts: gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass eine Aussicht auf Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht, so hat es das Verfahren auf höchstens ein halbes Jahr zu unterbrechen.

6. Auch bezüglich der unterhaltsrechtlichen Folgen der Scheidung nach § 55 EheG weicht der Justizausschuss von den Vorschlägen der RV 289 B1gNR 14. GP ab. Ziel der neuen Lösung ist es, den schuldlos gegen seinen Willen geschiedenen Ehegatten unterhaltsrechtlich möglichst so zu stellen, wie wenn die Ehe nicht geschieden wäre. Ausdrücklich ist daher bestimmt, dass für den Unterhaltsanspruch des beklagten Ehegatten nach der Scheidung - wie bei aufrechter Ehe - der § 94 ABGB gilt, wenn der klagende Ehegatte die Zerrüttung der Ehe allein oder überwiegend verschuldet hat. Überdies wird besonders vorgesorgt, dass sich dieser Anspruch durch das Hinzutreten der Unterhaltspflicht für einen neuen Ehegatten des Verpflichteten nur dann schmälert, wenn dies bei Abwägung aller Umstände aus Gründen der Billigkeit geboten ist. [...]

AB zu BGBl. 656/1989: A) Gleichstellung des unehelichen Kindes mit dem ehelichen im Erbrecht:

1. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung vom 13. Juni 1979 im Fall Paula und Alexandra Marckx gegen Belgien unter anderem ausgesprochen, dass das Erbrecht zwischen nahen Verwandten, insbesondere zwischen Kindern und ihren Eltern und zwischen Enkeln und ihren Großeltern, ein Teil des durch Art. 8 MRK, die in Österreich im Verfassungsrang steht, geschützten Familienlebens sei. Zwar besage Art. 8 nicht, dass Kinder Anspruch auf einen bestimmten Teil des Nachlasses haben müssten; eine unterschiedliche Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht könne aber Art. 8 im Verein mit Art. 14 MRK verletzen. In einem späteren Erkenntnis vom 28. Oktober 1987 hat der Europäische Gerichtshof im Fall Inze, diesmal gegen Österreich, festgestellt, dass im Hinblick auf die Bedeutung, die die Mitgliedstaaten des Europarates der Gleichbehandlung ehelicher und unehelicher Kinder beimessen, sehr gewichtige Gründe gegeben sein müssten, die eine Unterscheidung auf Grund ehelicher und unehelicher Geburt gemäß Art. 14 MRK rechtfertigen würden.

Auf Grund dieser Entscheidungen muss davon ausgegangen werden, dass die derzeitige gesetzliche Erbfolgeregelung, wonach eheliche Nachkommen das uneheliche Kind vom Erbrecht zum Nachlass des Vaters ausschließen und auch die Witwe das Erbrecht des unehelichen Kindes zum Nachlass des Vaters stark einschränkt, eine Verletzung der Menschenrechtskonvention darstellt. Dem Argument, eine solche Erbfolgeregelung unterstütze und fördere die eheliche Familie, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entgegengehalten, dass eine solche Förderung zwar verdienstvoll sei, zur Erreichung dieses Ziels jedoch nicht auf Maßnahmen zurückgegriffen werden dürfe, die dazu führen, der nichtehelichen Familie zu schaden. Die Mitglieder der nichtehelichen Familie würden die Garantien des Art. 8 genauso wie die Mitglieder der traditionellen Familie genießen. Auch wenn der Familienfrieden der ehelichen Familien zuweilen gestört werden könne, wenn ein nichteheliches Kind nach dem Gesetz in gleicher Weise wie ein aus der Ehe hervorgegangenes in die Familie der Mutter einbezogen werde, sei dies kein ausreichender Grund, den nichtehelichen Kindern Grundrechte vorzuenthalten.

Die gesellschaftliche Entwicklung, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt hat und die sich in der Mitte der 70er Jahre in den meisten Mitgliedstaaten auch in einer erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder niedergeschlagen hat, hat sich auch in Österreich vollzogen. Wenn es vielleicht zahlenmäßig auch nicht so viele uneheliche Kinder geben mag, die zumindest zeitweise bei ihrem Vater aufwachsen, so wird dennoch im Einzelfall an dieser Situation nichts Außergewöhnliches mehr gefunden. Auch die Entwicklung im Familienrecht hat das uneheliche Kind immer mehr in das Blickfeld der Gemeinschaft gerückt. Eine erbrechtliche Gleichstellung des unehelichen Kindes ist daher nicht bloß aus verfassungsrechtlichen Gründen und, um den internationalen Standard in Westeuropa zu erreichen, geboten, sondern entspricht auch der gesellschaftlichen und rechtlichen Fortentwicklung in Österreich.

Diese Gleichstellung wird schließlich die Rückziehung des von der Republik Österreich erklärten Vorbehaltes zum Europäischen Übereinkommen vom 15. Oktober 1975, BGBl. Nr. 1980/313, über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes ermöglichen.

2. Die gesetzliche Erbfolge tritt ein, wenn der Erblasser nicht letztwillig verfügt hat. Sie soll einerseits seinem vermuteten Willen entsprechen, andererseits aber zugleich ein Leitbild für eine Erbfolge sein, wie sie der Gesetzgeber im Regelfall für gerecht hält. Nur durch eine volle Einbeziehung des unehelichen Kindes in die gesetzliche Erbfolge kann die angestrebte Gleichstellung erreicht werden.

3. Die Verwandtschaft zwischen Erblasser und Erben ist immer schon ein wesentlicher Grund für das Erbrecht gewesen. Ist die Verwandtschaft mit dem Erblasser aber zweifelhaft und gibt es keinen anderen das Erbrecht rechtfertigenden Grund, so steht auch das Erbrecht in Frage. Da die gesicherte Verwandtschaft und damit die Feststellung der Abstammung für das gesetzliche Verwandtenerbrecht von zentraler Bedeutung ist, aber eine gesicherte, auf derzeit angewandten naturwissenschaftlichen Methoden beruhende Feststellung der Abstammung nach dem Tod einer die Verwandtschaft vermittelnden Person nicht mehr möglich ist, soll die gesetzliche Verwandtenerbfolge voraussetzen, dass die Verwandtschaft zu Lebzeiten der jeweiligen Verwandten festgestellt worden ist. Nach dem Tod eines von ihnen hinge das Erbrecht im Fall unehelicher Abstammung allein von der Würdigung der Beweise über die Beiwohnung ab (die die Vermutung der Abstammung nach sich zieht). Missbräuchlichen Abstammungsklagen gegen den ruhenden Nachlass, die gleichsam als Glückspiel erhoben werden könnten, wären Tür und Tor geöffnet.

4. Die Testamentsauslegungsregeln der §§ 776 ff ABGB, die unter anderem das dem Testator unbekanntes Kind zum Zug kommen lassen wollen, sind auf die Erbfolge ehelicher Kinder zugeschnitten. Durch die Einbeziehung des unehelichen Kindes in den Kreis der gesetzlichen Erben würden sie auch für diese gelten. Ein uneheliches Kind ist zum Nachlass des Vaters regelmäßig aber nur dann erbberechtigt, wenn die Vaterschaft zu Lebzeiten des Vaters feststeht, er also die Vaterschaft anerkannt hat oder die Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden ist. Dem Vater kann in diesen Fällen das Kind nicht unbekannt geblieben sein. Im Ergebnis sind die Auslegungsregeln hinsichtlich des unbekanntes Kindes daher für das erbrechtliche Verhältnis zwischen Vater und Kind weiterhin nur bei ehelicher Verwandtschaft anwendbar. Lediglich den väterlichen Verwandten kann das uneheliche Kind, das auch erbberechtigt ist, unbekannt geblieben sein (etwa, wenn das Vaterschaftsanerkennnis des Sohnes dem Vater verborgen geblieben ist). Diese Situation ist aber vergleichbar mit der verborgen gebliebenen Zeugung ehelicher Kinder. Die Testamentsauslegungsregeln müssen auch für diesen Fall nicht geändert werden.

5. Nach dem österreichischen Erbrechtssystem zieht die Aufnahme des unehelichen Kindes in den Kreis der gesetzlichen Erben dessen Pflichtteilsberechtigung nach sich.

Das Pflichtteilsrecht der Verwandten beruht aber nicht nur auf der Verwandtschaft, sondern auch auf einer Nahebeziehung zum Erblasser, was in der engen Umschreibung des Kreises der Noterben zum Ausdruck kommt. Die ehelichen Abkömmlinge, die Eltern und Großeltern sind regelmäßig dem Erblasser nahe verbunden (ebenso der Ehegatte). Erweitert man den Kreis der Noterben, so wird es Fälle geben, in denen diese Verbundenheit geringer und damit ein Wunsch des Erblassers, andere Personen zu bedenken, in größerem Maß anzuerkennen sein wird. Es wird daher die Möglichkeit der Pflichtteilsminderung für den Fall vorgesehen, dass keine entsprechende Nahebeziehung zwischen dem Elternteil und dem Kind bestanden hat. Diese Möglichkeit einer Pflichtteilsminderung soll aber nicht von der Ehelichkeit oder Unehelichkeit, sondern vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Nahebeziehung zum Elternteil oder Kind [...] abhängen.

B) Gesetzliches Vorausvermächtnis des überlebenden Ehegatten: Der Ehegatte ist von der Rechtsordnung vor dem Verlust der Ehwohnung, die einem existentiellen Bedürfnis dient, geschützt. So verpflichtet § 97 ABGB den verfügungsberechtigten Ehegatten, alles zu tun, dass dem anderen, der ein dringendes Wohnbedürfnis hat, die Wohnung nicht verloren geht. Es besteht für Ehegatten auch die Möglichkeit, gemeinsames Wohnungseigentum zu begründen (mit besonderen erbrechtlichen Folgen); schließlich sorgt ein Eintrittsrecht im Mietrecht ebenfalls für den Schutz der Wohnung. Allerdings ist der Schutz damit nicht lückenlos. Es kann vorkommen, besonders wenn die Wohnung allein dem verstorbenen Ehegatten gehört hat und der Hauptwert des Nachlasses ist, dass sie zur Befriedigung der Miterben veräußert

werden muss oder die Miterben die Wohnung zu Zwecken der Zivilteilung veräußern. Daher soll das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten auf das Recht, in der Ehenwohnung weiter zu wohnen, ausgedehnt werden und so in Fortführung des Gedankens, dass nach dem Tod eines Ehegatten dem anderen die gewohnte Umgebung erhalten bleiben soll, der Schutz des hinterbliebenen Ehegatten verbessert werden.

AB zu BGBl. 25/1995: I. Ehenamensrecht:

1. Das geltende Ehenamensrecht stammt in seinen Grundzügen aus dem Jahr 1975 (Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl. Nr. 412/1975 - im folgenden EheRWG). Das EheRWG ist nach seinem Art. V § 1 Abs. 1 zwar am 1. Jänner 1976 in Kraft getreten und hat damit die Stammfassung des § 92 ABGB, nach der die Gattin den Namen des Mannes erhalten hat, förmlich außer Kraft gesetzt. Seit diesem Zeitpunkt besteht das Recht zur Führung eines Doppelnamens nach § 93 Abs. 2 ABGB. Dennoch sah Art. V § 1 Abs. 3 des erwähnten Bundesgesetzes vor, dass bei Ehen, die zwischen dem 1. Jänner und dem 31. Dezember 1976 geschlossen wurden, die Frau wie bisher den Familiennamen des Mannes erhielt. Erst am 1. Jänner 1977 ist der § 93 ABGB idF EheRWG zur Gänze in Kraft getreten. Dieser sah vor, dass die Ehegatten den gleichen Familiennamen zu führen haben, der mangels einer vor der Eheschließung getroffenen Vereinbarung der Familienname des Mannes wird (§ 93 Abs. 1 ABGB idF EheRWG). Die Frau erhielt allerdings das höchstpersönliche Recht, ihren bisherigen Familiennamen unter Setzung eines Bindestrichs nachzustellen; dies galt jedoch nicht für die Ausstellung von Personenstandsurkunden (§ 93 Abs. 2 ABGB idF EheRWG).

2. Der VfGH hat mit seinem Erkenntnis vom 5. März 1985, G174/84, BGBl. Nr. 196/1985 (VfSlg. 10.384/1985 = JBl 1985, 414 = ÖStA 1985, 59 = ZfVB 1985/5/1994, 2016), § 93 ABGB idF EheRWG im wesentlichen aus dem Grund aufgehoben, dass die Regelung des Abs. 2 nicht auch Männern in dem Fall zugute gekommen ist, dass der Familienname der Frau als gemeinsamer Familienname vereinbart wurde. § 93 Abs. 1 zweiter Satz ABGB idF EheRWG, mit dem der Mann durch Verweigerung der Zustimmung zur Führung des Familiennamens der Frau als gemeinsamen Familiennamen einseitig erwirken konnte, dass sein Familienname gemeinsamer Familienname wird, hat der VfGH in seiner Begründung ausdrücklich als keine „Bevorzugung des Mannes, sondern als technisch einfachste Form, die von den Verlobten regelmäßig gewünschte Rechtsfolge eintreten zu lassen“ bezeichnet und somit als mit dem Gleichheitssatz vereinbar gefunden.

Als Folge der Aufhebung wurde § 93 ABGB durch das Bundesgesetz über eine Änderung der ehenamensrechtlichen Bestimmungen im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, BGBl. Nr. 97/1986, (Ehenamensrechtsänderungsgesetz 1986 - im folgenden EheNamRÄG) im wesentlichen dahin geändert, dass die Verlobten den gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen haben, wobei dies auch „bei der Eheschließung“ - also spätestens vor Abschluss des Trauungsaktes - vorgenommen werden kann. Weiter wurde der Abs. 2 dahin neu gefasst, dass jeder Ehegatte (also auch der Mann), der den Familiennamen des anderen Ehegatten als gemeinsamen Familiennamen führen muss, das Recht zur Führung des Doppelnamens erhält.

3. Anlässlich der Beschlussfassung über das EheNamRÄG hat der Justizausschuss die Erwartung ausgedrückt, dass der Bundesminister für Justiz die Praxis der Vereinbarung des gemeinsamen Familiennamens weiter prüfen und gegebenenfalls Änderungsvorschläge erstatten werde (AB 893 BlgNR 16. GP). Die im Hinblick darauf angestellten Beobachtungen haben ergeben, dass die Vereinbarungen des Frauennamens als gemeinsamen Familiennamen kaum 2% der Eheschließungen erreicht haben.

4. Inzwischen wurde in der Bundesrepublik Deutschland ebenfalls die Möglichkeit eröffnet, Anlässlich der Eheschließung einen Doppelnamen zu erwerben; der Ehegatte ist jedoch verpflichtet, fortan diesen Doppelnamen zu führen. Weiters sieht die Regelung der Bundesrepublik Deutschland vor, dass der bisherige Familienname nicht (wie in Österreich) nach-, sondern vorangestellt wird.

5. Im Zug der Beschlussfassung des Nationalrats über das Bundesgesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (Namensänderungsgesetz - NÄG), BGBl. Nr.

195/1988, wurden daher Wünsche geäußert, auch im österreichischen Recht die Voranstellung des bisherigen Familiennamens zu ermöglichen. In einer EntschlieÙung wurde der Bundesminister für Justiz aufgefordert, zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine wahlweise Nach- und Voranstellung der Familiennamen möglich wäre (EntschlieÙung vom 22. März 1988, E 45-NR/XVII. GP).

6. Wenngleich in der überwiegenden Anzahl der Fälle Frauen weiterhin damit einverstanden sind, dass sie bei einer Eheschließung den Familiennamen des Mannes als gemeinsamen Familiennamen erhalten, gibt es doch auch eine Reihe von Frauen, die nach einer Eheschließung ihren bisherigen Namen, unter dem sie möglicherweise berufliches, gesellschaftliches oder wirtschaftliches Ansehen erlangt haben, beibehalten wollen.

7. Das Bundesministerium für Justiz hat daher im April 1990 den Entwurf eines Namensrecht-Änderungsgesetzes im Rahmen einer allgemeinen Begutachtung einer weiten öffentlichen Erörterung zugeführt. Das Begutachtungsverfahren hat gezeigt, dass die Verwirklichung des im vorstehenden Punkt dargestellten Wunsches von einigen Stellen als ehefeindlich heftig abgelehnt, von anderen freudig begrüßt wird. Besonders hervorzuheben ist aber, dass sich zahlreiche Frauen, die in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, weil sie von einer Ehe wegen des geltenden österreichischen Ehenamensrechtes Abstand genommen haben, an das Bundesministerium für Justiz gewandt und die rasche Verwirklichung des Gesetzesvorschlages gewünscht haben, um eine Ehe eingehen zu können.

Das Bundesministerium für Inneres hat unter anderem darauf hingewiesen, dass einige Vorschläge des zur allgemeinen Begutachtung ausgesandten Gesetzentwurfes zu einer Erschwerung der Verwaltung im Bereich der öffentlichen Sicherheit führen könnten und Verbesserungen des das Personenstandsrecht betreffenden Teiles vorgeschlagen. [...]

II. Kindesnamensrecht:

1. Durch das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 403/1977 (im folgenden KindG), wurde der bisher den Erwerb des Namens des Vaters durch das Kind regelnde § 146 ABGB in seiner Stammfassung durch § 139 ABGB ersetzt. Dieser ordnet an, dass das eheliche Kind den gemeinsamen Familiennamen der Eltern erhält, mangels eines solchen den letzten gemeinsamen Familiennamen der Eltern, sofern ihn ein Elternteil im Zeitpunkt der Geburt noch führt, sonst oder in Ermangelung eine früheren gemeinsamen Familiennamens den Familiennamen des Vaters. Eine ähnliche Regelung enthält § 162a Abs. 1 ABGB hinsichtlich der Namensführung des legitimierten Kindes. Diese Regelung wurde durch das Bundesgesetz über Änderungen der Personen-, Ehe- und Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 566/1983, neu eingefügt. Die Namensführung an Kindes Statt angenommener Kinder regelt der § 183 ABGB. Er sieht vor, dass das Wahlkind den Familiennamen des Annehmenden erhält. Wird ein Ehegatte an Kindesstatt angenommen, so ändert sich der Familienname, den die Ehegatten gemeinsamen führen, nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten. Für den Fall, dass Ehegatten gemeinsam oder ein Ehegatte allein das leibliche Kind des anderen angenommen hatte und ihre Familiennamen nicht übereinstimmten, sah § 183 Abs. 2 ABGB idF EheRWG eine Regelung vor, die nach zweijähriger Geltung durch eine einfachere Regelung des KindG ersetzt wurde. Nunmehr ist für diesen Fall vorgesehen, dass das Wahlkind den Familiennamen des Wahlvaters erhält, allenfalls behält.

2. [...] 7. [...]

8. Der Justizausschuss [...] kam zur Auffassung, dass ein Doppelname eines Kindes zwar eine Beziehung zwischen dem Familiennamen des Kindes und beiden Eltern herstellt, jedoch die Lösung der Frage, welchen Familiennamen ein Kind bei Namensverschiedenheit der Eltern tragen sollte, sowohl vom Gesetzgeber als auch von den Eltern auf das Kind verlagert wird. Muss dieses in jungen Jahren einen Bestandteil seines Doppelnamens ablegen, ist es vor die schwierige Wahl gestellt, sich gegen einen Elternteil entscheiden zu müssen. Die Ablegung eines Doppelnamensbestandteiles ist nämlich nur dann sinnvoll, wenn sie zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem eine Ableitung eines Namens von der betreffenden Person - sei es durch Eheschließung, sei es durch Geburt eigener Kinder - noch nicht stattgefunden hat. Darüber hinaus diskriminiert die nur ehelichen Kindern offenstehende Möglichkeit einen Doppelnamen zu führen, uneheliche Kinder. Weiter ist auch bei einer Doppelnamenslösung die

Frage zu klären, welcher Familienname der Eltern voranzustellen ist. Da völlige Gleichheit beider Elternteile nicht erreicht werden kann, kann eine gesetzliche Regelung nur darauf hinauslaufen, dass kraft gesetzlicher Anordnung entweder der Vatername oder der Muttername vorangestellt wird sowie dass entweder ein kaum von sachlichen Kriterien abhängiger behördlicher Entscheidungsvorgang oder ein behördlicher Losentscheid - wie ihn das deutsche Bundesverfassungsgericht angeordnet hatte - darüber befindet, welcher Name voranzustellen ist. Der Ausschuss ist daher der Auffassung, dass die Schaffung einer Möglichkeit, dass Personen eine Ehe schließen, jedoch den Familiennamen beibehalten, sich im Kind-schaftsrecht zwangsläufig dadurch niederschlagen muss, dass der Familienname eines Elternteils sich im Familiennamen des Kindes entweder überhaupt nicht oder aber erst an zweiter Stelle eines Doppelnamens widerspiegelt. Das bedeutet jedenfalls, dass es mit dem Inkrafttreten des neuen Rechtes keinen Anspruch eines Elternteils mehr geben kann, dass ein Kind einen von ihm abgeleiteten Familiennamen führt. Die bisherige Rechtsprechung des VwGH in Fragen der Änderung des Familiennamens minderjähriger Kinder hat im Übrigen gezeigt, dass diesem Recht gegenüber den Interessen eines Kindes auf Änderung seines Familiennamens regelmäßig der Nachrang zugewiesen wurde.

9. Der vorgeschlagene Entwurf schafft folgende Schwerpunkte im Bereich des Kindesnamensrechts:

- a) Der Grundsatz, dass tunlichst alle Kinder aus einer Ehe den gleichen Familiennamen führen sollen, wird beibehalten.
- b) Das eheliche, legitimierte und adoptierte Kind erhält dementsprechend den gemeinsamen Familiennamen der Eltern.
- c) Stimmen die Familiennamen der Eltern nicht überein, so erhält das Kind den Familiennamen, den die Eltern vor oder bei der Eheschließung zum Familiennamen der aus der Ehe stammenden Kinder bestimmt haben.
- d) Mangels einer Bestimmung erhält das Kind den Familiennamen des Vaters.
- e) Das uneheliche Kind erhält den Familiennamen, den die Mutter zum Zeitpunkt seiner Geburt führt.
- f) Die Namensgebung, die nur bezüglich des unehelichen Kindes möglich ist, wird im Hinblick auf die Erleichterung der verwaltungsbehördlichen Namensänderung als nicht mehr zeitgemäß beseitigt.

III. [...]

IV. Zuständigkeit des Bundes: Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der Regelungen fußt auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 („Zivilrechtswesen“) und Z 7 („Personenstandsangelegenheiten einschließlich des Matrikenwesens“) B-VG.

V. Übereinstimmung mit Rechtsvorschriften der Europäischen Union: In der Europäischen Union bestehen keine einheitlichen Regelungen des Namensrechts. Es bestehen keine Bestrebungen zur Vereinheitlichung.

IA zu BGBl. I 164/1999: Alte sprachliche Formulierungen, die geeignet sind, Behinderte zu diskriminieren, sollen durch zeitgemäße ersetzt werden, wobei sich diese teilweise an die §§ 310 und 865 ABGB anlehnen. Dadurch soll der Inhalt der gesetzlichen Bestimmung nicht geändert werden.

RV zu BGBl. I 44/2000: Die soziale Gerechtigkeit am Arbeitsplatz erfordert die weit gehende arbeitsrechtliche Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten insbesondere im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Dienstverhinderungen aus sonstigen, wichtigen Gründen.

Die Bundesregierung hat dieses berechtigte Anliegen in ihr Regierungsprogramm in dem Kapitel „Erneuerung des österreichischen Sozialrechts“ unter Punkt 3. aufgenommen und mit der Aliquotierung des Urlaubs sowie mit dem Entfall des Postensuchtages verknüpft.

[...] Die Regelung der Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderung aus sonstigen Gründen wird aus dem Angestelltenrecht ins ABGB übernommen, ist allerdings durch Kollektivvertrag abdingbar. [...]

Finanzielle Auswirkungen: [...]

Hinsichtlich der Angleichung der Rechtsstellung der Arbeiter an die Angestellten gibt es keine rechtlich verbindlichen Normen im EG-Recht.

Die Zuständigkeit des Bundes für diese Neuregelung des Arbeitsvertragsrechts und des Sozialversicherungsrechts gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 11 B-VG.

RV zu BGBl. I 135/2000: I. Ausgangslage und wesentliche Anstöße für die Reform:

A. Das geltende Recht: Das geltende Kindschaftsrecht des ABGB ist das Ergebnis eines mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, BGBl. Nr. 342/1970 (UeKindG), begonnenen grundlegenden, schrittweisen Reformprozesses. Dem UeKindG folgte im Jahr 1973 das Bundesgesetz, mit dem Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit und die Ehemündigkeit geändert werden (BGBl. Nr. 108/1973; VolljährigkeitsG); seit damals gilt das vollendete 19. Lebensjahr als Grenze für die Erreichung der Volljährigkeit. Das derzeitige System des Kindschaftsrechts wurde im Wesentlichen mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 403/1977 (KindG), geschaffen. Seinen Abschluss erfuhr der Reformprozess mit dem Bundesgesetz über die Änderung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 162/1989 (KindRÄG). Damit waren die wesentlichen Ziele einer Umgestaltung des Kindschaftsrechts erreicht: die früheren gravierenden Unterschiede zwischen ehelicher und unehelicher Geburt waren weitestgehend beseitigt, die väterliche Gewalt als eine Art besonderes „Gewaltverhältnis“ durch die in der Regel partnerschaftliche Verantwortung (Obsorge) der Eltern gegenüber ihren Kindern ersetzt und die sehr weitgehende staatliche Bevormundung der unehelichen Mutter im Wesentlichen beseitigt. Das österreichische Kindschaftsrecht des Jahres 1989 konnte damals mit Recht für sich in Anspruch nehmen, Vorbild für die Rechtsentwicklung in anderen europäischen Staaten zu sein.

Die Umgestaltung des Kindschaftsrechts in mehreren Schritten, die immer nur Teilbereiche betroffen haben, brachte es jedoch mit sich, dass sowohl in der Terminologie als auch im Verhältnis der einzelnen Rechtsfiguren zueinander (etwa der Vertretung des Kindes im Rahmen der Obsorge einerseits und der Vormundschaft andererseits) eine gewisse Inhomogenität, teilweise aber auch eine nicht sachgerechte Parallelität (z.B. zwischen Obsorge und Sachwalterschaft) entstand. Einzelne Bereiche, wie etwa - sieht man von der Mündelgeldanlage ab - Teile des materiellen und formellen Rechtes der Vermögensverwaltung, waren kaum Gegenstand von Reformüberlegungen und blieben in nicht mehr zeitgemäßer und die Betroffenen zum Teil belastender Form und Terminologie weitgehend unberührt.

B. Wesentliche Anstöße für die Reform: Gesamtgesellschaftliche Entwicklungen, die teilweise bereits während der 80er-Jahre europaweit feststellbar waren, setzten sich in den 90er-Jahren verstärkt fort:

1. „Neues Selbstbewusstsein“ der Heranwachsenden: Wirtschaftliche Veränderungen, neue Medien, Änderungen in der Arbeitswelt, im Bildungssystem und in den sozialen, insbesondere familiären, Strukturen stellen nicht nur neue Herausforderungen für die heranwachsenden Menschen dar, sondern führen auch zu einem höheren Selbstbewusstsein der Jugend. Der Prozess des Suchens und Strebens nach der eigenen Identität und nach Identifikationen im Umfeld, aber auch nach Eigenständigkeit und Selbstverantwortung setzt in jüngeren Jahren ein. Von entsprechenden gesamtgesellschaftlichen Tendenzen verstärkt ist die Bereitschaft, sich kalkulierbaren Gefahren und Herausforderungen zu stellen, eigenständig Entscheidungen zu treffen und dafür Verantwortung zu übernehmen, deutlich größer geworden. Generell treten Heranwachsende derzeit früher in den Status des Jugendlichen ein. In der Kinder- und Jugendpsychiatrie wird diese Entwicklung als „verbreitertes Jugendalter“ beschrieben.

Bei einer großen Mehrheit der Jugendlichen ist dieser Prozess auch davon begleitet, dass sie sich früher als bisher mit grundlegenden Fragen und Problemen unserer Gesellschaft selbstständig und durchaus kritisch auseinandersetzen. Damit ist tendenziell auch eine frühere Reifung der Gesamtpersönlichkeit verbunden. In der öffentlichen Diskussion immer wieder für verschiedenste Bereiche (z.B. für das kommunale Wahlrecht) erhobene Forderungen nach erweiterten Möglichkeiten altersadäquater Mitbestimmung für Jugendliche spiegeln diese Entwicklung wieder.

2. *Wachsendes Grundrechtsbewusstsein: Weltweit, insbesondere auch im Prozess der europäischen Integration, spielen heute Fragen der Gewährleistung der Grundrechte eine wesentliche Rolle. So wird etwa europaweit über die Konvention des Europarats über Menschenrechte und Biomedizin diskutiert. Die Debatte über die fremdbestimmte Sterilisation behinderter Mädchen und Frauen schlug auch in Österreich Wellen. Bei verschiedensten legislativen Reformprojekten steht immer wieder der Grundrechtsschutz im Vordergrund.*

Dieses verstärkte Grundrechtsbewusstsein und das daraus resultierende Bestreben, die Grundrechte auf allen internationalen und nationalen Ebenen zu wahren, haben auch im innerstaatlichen Bereich die Sensibilität gegenüber Grundrechtseingriffen gefördert. In der Gesellschaft hat sich die Überzeugung verfestigt, dass die Rechtsordnung dem Menschen die verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmung auch im täglichen Leben gewährleisten muss, und zwar - in der Terminologie des Pflegschaftsrechts - grundsätzlich unabhängig von Alter, geistiger Behinderung und psychischer Krankheit, sofern nur die so genannte natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben ist. Ordnet das Gesetz anstelle möglicher Eigenbestimmung Fremdbestimmung ohne sachliche Rechtfertigung an, so gerät es mit dem modernen Grundrechtsverständnis zunehmend in Konflikt.

Dieses gestiegene Grundrechtsbewusstsein wirkt sich u.a. auch auf dem Gebiet der medizinischen Betreuung, also im Verhältnis zwischen Arzt und Patient, aus. Es ist heute nicht nur juristische, sondern auch allgemeine gesellschaftliche Überzeugung, dass sich Ärzte für ihre Maßnahmen um die Zustimmung des informierten Patienten (um den „informed consent“) zu bemühen haben. Ärztliche Entscheidungen werden heute häufiger als früher von Nichtmedizinerinnen hinterfragt, und die Forderung nach ausdrücklicher Verankerung der „Patientenrechte“ ist mehr denn je Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen. Diese Entwicklung - verschärft durch das bereits erwähnte „verbreiterte Jugendalter“ - bringt die geltenden, sehr allgemein gehaltenen zivilrechtlichen Regelungen über die medizinische Behandlung Minderjähriger in ein zunehmendes Spannungsverhältnis zur Lebens- und Rechtswirklichkeit.

3. *Änderungen in den familiären Strukturen: Die Änderung familiärer Strukturen wurde bereits angesprochen. Damit ist jedoch nicht nur der Trend unserer Zeit zur Kleinfamilie und zur Berufstätigkeit beider Elternteile gemeint, sondern auch die weiterhin steigende Anzahl außerehelicher Geburten und von der Trennung ihrer Eltern betroffener Kinder. Hand in Hand mit der Diskussion über eine ausgewogenere, gerechtere Aufteilung der mit einer Partnerschaft oder Ehe verbundenen Pflichten ist auch die Überzeugung von der Wichtigkeit des väterlichen Anteils an der Wahrnehmung von Aufgaben der Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder gewachsen. Waren die eingangs erwähnten bisherigen Reformschritte im Kindschaftsrecht noch stark vom Bestreben nach einer endgültigen Überwindung der mit der „väterlichen Gewalt“ verbundenen rechtspolitischen Vorstellungen gekennzeichnet, so verdichtet sich in jüngerer Zeit - auch basierend auf Überzeugungen psychiatrischer und psychologischer Fachkreise - die Erkenntnis zunehmend, dass das Seelenleben der Kinder nicht allein unter den Konflikten zwischen ihren Eltern, sondern auch unter dem häufig damit verbundenen Abbruch des Kontakts zu einem Elternteil leidet. Neben einer - weiterhin erforderlichen - klaren Orientierung für die Kinder im Trennungskonflikt bedarf es rechtlicher Rahmenbedingungen, die derartigen Kontaktabbrüchen - soweit durch Gesetz möglich - vorbeugen helfen.*

4. *Internationale Entwicklungen und Kodifikationen auf dem Gebiet des Kindschaftsrechts: Letztlich hat es auf internationaler Ebene bedeutsame und beachtenswerte Initiativen zur Weiterentwicklung des Kindschaftsrechts gegeben. Grundlegende Reformen in einzelnen Staaten (zuletzt etwa in der Schweiz und in Deutschland) haben zwar teilweise die dort geltenden Regelungen erst Mitte der 90er-Jahre auf den Stand gebracht, den Österreich schon früher erreicht hatte, teilweise gehen sie aber erheblich darüber hinaus und geben wertvolle Anstöße für Reformüberlegungen in Österreich. Rechtspolitische Impulse - wenn auch kein zwingender Änderungsbedarf - ergeben sich auch aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 26. Jänner 1990, von Österreich ratifiziert mit BGBl. Nr. 7/1993, der so genannten Kinderrechtekonvention, und der von Österreich noch nicht ratifizierten „European Convention on the exercise of childrens rights“, der so genannten*

Kinderrechteausübungskonvention. Ohne hier näher auf die Frage der Umsetzung dieser Übereinkommen in die österreichische Rechtsordnung einzugehen, kann doch jedenfalls festgehalten werden, dass sie wesentlich dazu beitragen, das Verständnis des Kindes als Träger von eigenen Rechten zu fördern.

II. Grundlegende Ziele und Schwerpunkte des Entwurfs: Der Entwurf trägt den dargestellten Entwicklungen Rechnung, indem er

- die Rechtsstellung heranwachsender Menschen stärkt,
- die Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern in den Vordergrund stellt,
- das Recht der Vermögensverwaltung für Pflegebefohlene modernisiert sowie
- terminologische und systematische Mängel sowie unnötige Formalismen des geltenden Kindschafts- und Pflegschaftsrechts beseitigt.

Weiters sollen mit dem vorliegenden Gesetzesvorhaben die Mediation im Bereich des Kindschaftsrechts nach dem Vorbild des Eherechts-Änderungsgesetzes 1999 geregelt und das Rechtsinstrument der Europäischen Union für die Anerkennung eheauflösender und ehentrennender Entscheidungen in der österreichischen Rechtsordnung implementiert werden.

A. Zur Stärkung der Rechtsstellung heranwachsender Menschen:

1. Herabsetzung der Altersgrenze für die Erreichung der Volljährigkeit: Gemäß § 21 Abs. 2 ABGB wird ein Mensch in Österreich mit der Vollendung des 19. Lebensjahrs volljährig; er erhält aus zivilrechtlicher Sicht seine volle Handlungs- und Geschäftsfähigkeit. Diese Altersgrenze wurde mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 108/1973 festgesetzt; bis dahin trat die Volljährigkeit mit Vollendung des 21. Lebensjahrs ein.

Im Gegensatz zu dieser zivilrechtlichen Regelung knüpfen zahlreiche andere innerstaatliche Gesetze mittlerweile bereits an die Vollendung des 18. Lebensjahrs bedeutende Rechtsfolgen. Wahlordnungen, insbesondere die Nationalratswahlordnung, weiters das Waffengesetz, das Wehrgesetz, das Mediengesetz, das Führerscheingesetz und viele andere Rechtsvorschriften verbinden mit der Vollendung des 18. Lebensjahrs den Erwerb wichtiger Rechte, aber auch den Eintritt von Pflichten. Von allen Mitgliedstaaten des Europarats ist Österreich - zuletzt hat auch Liechtenstein die Volljährigkeitsgrenze auf 18 herabgesetzt (Gesetz vom 16. Dezember 1999, BGBl. Nr. 41/2000) - der einzige Staat, der eine das vollendete 18. Lebensjahr übersteigende Grenze der Volljährigkeit vorsieht. Internationale Übereinkommen und völkerrechtliche Verträge jüngerer Datums gehen von der Erreichung der Volljährigkeit mit Vollendung des 18. Lebensjahrs aus.

Die wesentliche Funktion der Grenze der Volljährigkeit ist es, heranwachsenden Menschen jenen Schutz durch die Rechtsordnung zu gewähren, den sie infolge ihrer körperlichen, intellektuellen und emotionalen Entwicklung brauchen. Das mit der Minderjährigkeit verbundene Rechtsinstitut der Obsorge soll die jungen Menschen vor Nachteilen bewahren. Für die Beantwortung der Frage, ob den erwähnten Vorbildern folgend auch im Zivilrecht die Grenze für die Erreichung der Volljährigkeit auf das vollendete 18. Lebensjahr gesenkt werden soll, ist daher ausschlaggebend, ob Menschen jenseits dieser Altersgrenze dieses Schutzes noch bedürfen.

Die vom Einzelnen zu bewältigenden Probleme in der Lebenswirklichkeit sind zwar einerseits in den letzten 25 Jahren - die geltende Altersgrenze von 19 Jahren wurde, wie erwähnt, mit dem VolljährigkeitsG aus dem Jahr 1973 festgesetzt - in mancher Hinsicht komplexer geworden, wobei allerdings durch verschiedenste Maßnahmen, etwa im Bereich der Bildung oder des Konsumentenschutzes, gerade auch für junge Menschen die Voraussetzungen für die Bewältigung dieser Probleme verbessert werden konnten. Auf der anderen Seite wird im Rahmen von Berufsausbildung und -ausübung von den jungen Menschen heute mehr denn je Flexibilität, Mobilität und Selbständigkeit gefordert und erwartet. Viele junge Menschen beginnen noch vor Vollendung des 19. Lebensjahrs fernab ihres bisherigen Wohnorts ein Studium oder eine Berufstätigkeit. Angesichts der Tendenz der nationalen und internationalen Rechtsetzung, Menschen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, die nötige Reife und das nötige Verantwortungsbewusstsein für selbständige Entscheidungen in ihren Angelegenheiten zuzubilligen, schlägt daher der Entwurf in Übereinstimmung mit von verschiedenen Seiten öffentlich erhobenen Forderungen die Herabsetzung der Volljährigkeit um ein Jahr vor.

Im Gegensatz zur geltenden Rechtslage, die eine Verlängerung und Verkürzung der Minderjährigkeit vorsieht (§§ 173, 174 ABGB, 266 AußStrG), soll die Volljährigkeit nach dem Entwurf in jedem Fall mit Vollendung des 18. Lebensjahrs eintreten. Nach dem geltenden § 174 ABGB kann ein Kind vom Gericht für volljährig erklärt werden, wenn es das 18. Lebensjahr vollendet hat und zur selbständigen und gehörigen Besorgung seiner Angelegenheiten reif erscheint. Angesichts des Umstandes, dass auf Grund der Herabsetzung der Volljährigkeitsgrenze um ein Jahr gewissermaßen dieser Ausnahmefall künftig die Regel darstellen soll, wird auf der Basis der übereinstimmenden Meinung der in die Beratungen zur Vorbereitung des Entwurfs einbezogenen Experten das Rechtsinstitut der Verkürzung der Minderjährigkeit für entbehrlich erachtet. Eine weitere Herabsetzung der Grenze für die Erreichung der Volljährigkeit nach dem Vorbild des geltenden § 174 ABGB, etwa auf das vollendete 17. Lebensjahr, scheint weder erforderlich noch sinnvoll.

Nach dem Ergebnis der Expertengespräche ist auch das Rechtsinstitut der Verlängerung der Minderjährigkeit (§ 173 ABGB) entbehrlich. Zwar wurde von dieser Möglichkeit in der Vergangenheit fallweise dann Gebrauch gemacht, wenn man sich von der Verlängerung der Minderjährigkeit (und damit von der weiterhin bestehenden Beschränkung der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit) eine erhöhte Bereitschaft junger Menschen für die Weiterführung jugendwohlfahrtsrechtlicher Maßnahmen erwartet hat. Im Lichte der oben unter I B dargestellten Entwicklung überwiegt aber derzeit selbst unter den Vertretern der Jugendwohlfahrtsträger die Auffassung, dass eine Verlängerung der Minderjährigkeit den Erfolg weiterer Maßnahmen weder positiv beeinflussen, geschweige denn sicherstellen könnte. Betreuung gegen den vehementen Widerstand junger Menschen - auf welcher Rechtsgrundlage immer - wird allgemein als wenig aussichtsreich angesehen. Soweit sonst in der Praxis die Minderjährigkeit verlängert worden war, konnte zumeist kaum eine Nachreifung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs festgestellt werden, sodass letztlich doch die Bestellung eines Sachwalters für die dann volljährig gewordene Person erforderlich war.

Gegen die Verlängerung der Minderjährigkeit sprechen auch verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit der Mittel. Die Verlängerung der Minderjährigkeit bedeutet einen pauschalen und sehr weitgehenden Eingriff in die Handlungs- und Geschäftsfähigkeit eines Menschen. Dagegen beschränkt die Bestellung eines Sachwalters diese nur insoweit, als der - sich an den individuellen Erfordernissen orientierende - Wirkungskreis des Sachwalters reicht.

Bei Abwägung der Argumente für und wider die Verlängerung der Minderjährigkeit überwiegen somit insgesamt die Argumente dagegen, sodass der Entwurf die ersatzlose Aufhebung auch des § 173 ABGB vorsieht. Fehlt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit bei einer Person, die das 18. Lebensjahr vollendet hat, so besteht die Möglichkeit, einen Sachwalter zu bestellen. Die notwendigen Verfahrensbestimmungen dafür und für einen nahtlosen Übergang der Verantwortung auf den Sachwalter finden sich in § 266 AußStrG [...].

2. Verstärkte Berücksichtigung des Willens des heranwachsenden Menschen in Angelegenheiten der Personensorge, insbesondere bei medizinischen Behandlungen:

a) Der Entwurf verpflichtet die mit der Obsorge betrauten Eltern ausdrücklich, in den Angelegenheiten der Pflege und Erziehung auch auf den Willen des Kindes Bedacht zu nehmen. Dabei soll der Wille des Kindes umso maßgeblicher sein, je mehr es den Grund und die Bedeutung einer Maßnahme einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag. Seine Grenze soll diese Berücksichtigung des Willens des Kindes dort haben, wo das Wohl des Kindes oder die Lebensverhältnisse der Eltern, in die das heranwachsende Kind ja integriert ist und auf die es schon auf Grund des § 137 ABGB Rücksicht zu nehmen hat, entgegenstehen.

Mit dieser grundsätzlichen Regelung soll den unter I B aufgezeigten gesellschaftlichen sowie international- und grundrechtlichen Entwicklungen, aber auch gewandelten Einstellungen zur Erziehung heranwachsender Menschen Rechnung getragen werden.

Besondere rechtliche Bedeutung kommt der verstärkten Berücksichtigung des Willens junger Menschen bei Maßnahmen zu, durch die in ihre körperliche Unversehrtheit oder ihre Persönlichkeit eingegriffen wird.

b) Aus den Grundrechten auf Leben, Schutz vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, auf Freiheit und auf Schutz des Privatlebens (Art. 2, 3, 5 und 8 EMRK) leiten der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, die Verfassungsrechtslehre und die Rechtsprechung das - nirgends ausdrücklich geregelte - Recht auf Selbstbestimmung in solchen Angelegenheiten ab. Eine Person, die Grund und Bedeutung etwa einer medizinischen Behandlung einsehen und ihren Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann, darf nicht ohne ihre Zustimmung oder gar gegen ihren Willen behandelt werden. Moderne Gesetze bringen diesen Grundsatz deutlich zum Ausdruck (vgl. § 36 Abs. 1 UbG). Wie sich dieser Grundsatz mit den Pflichten und Rechten der Eltern im Rahmen ihrer Aufgaben der Pflege und Erziehung (die im Wege des Schutzes des Familienlebens - Art. 8 EMRK - ebenfalls verfassungsrechtlichen Schutz genießen) vereinbaren lässt, war und ist strittig (für viele Aicher in Rummel, Kommentar zum ABGB², Rz 17 zu § 16 ABGB; Edlbacher, ÖJZ 1982, 365 ff; zuletzt Menardi, ÖA 1998, 3 ff).

Das körperliche Wohl und die Gesundheit des minderjährigen Kindes zu wahren (§ 146 Abs. 1 ABGB), ist nach geltendem Recht Teil der elterlichen Verantwortung im Rahmen der Pflege des Kindes (als Teilbereich der Obsorge). In Verbindung mit § 144 ABGB haben die Eltern (oder andere mit der Obsorge betraute Personen) das Kind in diesen Angelegenheiten auch zu vertreten, mithin notwendige Zustimmungen zu medizinischen Behandlungen gegenüber Dritten (insbesondere den behandelnden Ärzten) zu erteilen. Konkretere Regelungen enthält das geltende Zivilrecht nicht. Teilweise bestehen Sonderbestimmungen (etwa § 8 Abs. 3 KAG oder § 36 Abs. 1 und 2 UbG), die wiederum zueinander teilweise in Widerspruch stehen.

Diese - nicht befriedigende - Rechtslage wurde auch im Zuge der im Sommer 1997 geführten öffentlichen Diskussion zur Frage der Sterilisation Minderjähriger und geistig Behinderter thematisiert. Einigkeit herrschte zwar weitgehend darüber, dass ein Bedürfnis nach klarerer Regelung dieser Fragen besteht; in welche Richtung diese Klärung aber gehen soll, war in der Diskussion auf Grund der zu Tage getretenen grundsätzlich unterschiedlichen Werthaltungen und Einstellungen der interessierten Kreise sehr kontrovers. Auch auf internationaler Ebene ist die Frage der Abgrenzung zwischen der Reichweite der elterlichen Befugnisse einerseits und der auch minderjährigen Kindern grundrechtlich garantierten möglichst weitgehenden Selbstbestimmung andererseits umstritten. Als illustratives Beispiel dafür kann auf den Fall Nielsen gegen Dänemark verwiesen werden (Entscheidung des EGMR vom 28. November 1988; veröffentlicht u.a. in ÖJZ 1989, 666 ff). In diesem Fall waren nicht nur die Europäische Kommission für Menschenrechte und der Gerichtshof im Ergebnis anderer Meinung, auch der Gerichtshof selbst fällte seine Entscheidung mit denkbar knapper Mehrheit von 9:7 Stimmen.

c) Der Entwurf unternimmt den Versuch, eine verfassungskonforme, klare und den praktischen Erfordernissen des täglichen Lebens genügende Regelung zu schaffen, die sich an der derzeit herrschenden Ansicht in Lehre und Rechtsprechung orientiert und sowohl dem Selbstbestimmungsrecht des heranwachsenden Kindes wie auch der Verantwortung der Eltern für das Kind Rechnung trägt. Ausgehend von dem Prinzip des geltenden Rechts, wonach Befugnisse den Eltern nur insoweit eingeräumt werden, als es zur Erfüllung ihrer aus der Verantwortung gegenüber dem Kind resultierenden Pflichten erforderlich ist (so bereits § 146b des geltenden Rechts, wo es heißt „soweit die Pflege und Erziehung es erfordern, hat der hiezu berechnete Elternteil auch das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen“), soll in Hinblick eine elterliche Befugnis zur stellvertretenden Zustimmung zu medizinischen Behandlungen nur dort vorgesehen werden, wo es notwendig ist oder - anders ausgedrückt - wo das Kind diese Einwilligung nicht selbst erteilen kann. Die Entscheidung, ob letztere Voraussetzung gegeben ist, kann kaum allgemein getroffen werden. Sie hängt vielmehr von verschiedensten Faktoren ab, von denen beispielhaft die mit der Behandlung verbundenen Risiken und möglichen Spätfolgen, die Gefahren, die mit dem Unterbleiben der Behandlung verbunden sind, oder mögliche Alternativen zur beabsichtigten Behandlung genannt seien. Um bei einer gesetzlichen Regelung alle in die Betrachtung einzubeziehenden Faktoren zu erfassen, muss man sich des unbestimmten Rechtsbegriffs der Einsichts- und Urteilsfähigkeit (nach dem Vorbild des § 36 UbG) bedienen. Wenn eine Person Grund und Bedeutung der Behand-

lung einsehen und ihren Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann, kann die Einwilligung in eine medizinische Behandlung immer nur sie selbst erteilen. Ist diese Voraussetzung gegeben, so muss das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht dieser Person einer allfälligen Fremdbestimmung (auch durch die Eltern oder andere mit der Obsorge betraute Personen) vorgehen.

In den Expertengesprächen zur Vorbereitung des Entwurfs wurde das Problem der Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit im Einzelfall ausführlich diskutiert. Bei aller nach dem Vorgesagten notwendigen Flexibilität darf auch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit, vor allem für diejenigen, die eine medizinische Behandlung vorzunehmen haben, nicht vernachlässigt werden. Zu dieser Frage wurde der Stand der rechtspolitischen Diskussion beobachtet und vor allem auch die Meinung führender Vertreter aus den Fachgebieten der Kinder- und Jugendneuropsychiatrie und der Kinderpsychologie eingeholt. Für Zweifelsfälle schlägt demnach der Entwurf eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit - und zwar unabhängig von der Schwere und Bedeutung der Behandlung - ab dem vollendeten 14. Lebensjahr (also bei mündigen minderjährigen Kindern) vor. Ist das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht nach den Umständen offenkundig, so können sich Eltern, andere mit der Obsorge betraute Personen oder der Arzt an das Gericht wenden (§ 154b ABGB [...]).

Das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit soll somit in Hinkunft (in Übereinstimmung mit der bereits derzeit herrschenden Lehre und Rechtsprechung) grundsätzlich das entscheidende Kriterium dafür sein, ob das minderjährige Kind selbst einer medizinischen Behandlung rechtswirksam zustimmen kann oder ob es der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (zu dieser Klarstellung des Entwurfs angesichts der divergierenden Rechtsprechung - Menardi, ÖA 1998, 4 - siehe die Erläuterungen im Besonderen Teil zu § 144 und § 176 Abs. 4 ABGB [...]).

Der Entwurf berücksichtigt jedoch auch, dass den mit der Pflege und Erziehung betrauten Personen, also insbesondere den Eltern, eine aus dieser Aufgabe erfließende Verantwortung zukommt, die sie in einer Alter und Entwicklung des Kindes berücksichtigenden Weise wahrzunehmen haben. Daher soll zwar bei Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in jedem Fall die Zustimmung des Kindes erforderlich sein. Der im Ministerialentwurf enthaltene Gedanke, den mit Pflege und Erziehung betrauten Personen (den Eltern) in schwerwiegenden Fällen die Gelegenheit zu geben, die Behandlung mit dem Kind und dem Arzt vor deren Vornahme eingehend zu erörtern, um auf diese Weise mit ihrem Rat und Zuspruch die Willensbildung des Minderjährigen unterstützen zu können, wird - nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens und der anschließenden rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Diskussion - in modifizierter Form aufrechterhalten. Die Einbeziehung der Eltern stellt der Entwurf nunmehr dadurch sicher, dass er unter bestimmten Voraussetzungen neben der Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes auch die Zustimmung der mit Pflege und Erziehung betrauten Personen fordert. Zwar wird die Vornahme der Behandlung gegenüber dem Kind bereits durch dessen Zustimmung gerechtfertigt, jedoch darf der Arzt die Behandlung nur dann tatsächlich vornehmen, wenn auch die notwendige Zustimmung der Eltern vorliegt (§ 146c Abs. 2 [...]). Dies soll nach dem Entwurf dann gelten, wenn es um Behandlungen geht, die gewöhnlich (also unter Ausklammerung atypischer Risiken) mit einer schweren oder nachhaltigen Beeinträchtigung des minderjährigen Kindes verbunden sind. Damit wird der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zum geltenden Recht - die eine Einwilligung der Eltern bei schweren Eingriffen fordert - Rechnung getragen, ohne das Selbstbestimmungsrecht des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen einzuschränken.

Im Übrigen soll - den weitaus überwiegenden Stimmen im Begutachtungsverfahren folgend - eine allzu detaillierte und zusätzliche Probleme aufwerfende Regelung vermieden werden. Vor allem wurde - auch gegründet auf das Vertrauen in pflichtgemäßes Verhalten der Ärzte - die im Ministerialentwurf enthaltene Regelung der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung im Fall der Ablehnung einer Behandlung durch das nicht einsichts- und urteilsfähige minderjährige Kind nicht nur als verzichtbar, sondern sogar als wenig praxisgerecht und lebensnah bezeichnet. Diese Bestimmung ist daher entfallen.

d) Mangelt es dem Kind an der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so haben grundsätzlich die Eltern darüber zu entscheiden, ob eine medizinische Behandlung vorzunehmen ist, indem sie die Zustimmung hiezu erteilen oder verweigern. Für den Fall, dass die Verweigerung der Zustimmung aus medizinischer Sicht zu Unrecht erfolgt und dadurch das Wohl des Kindes gefährdet wird, können etwa die behandelnden Ärzte nach § 176 ABGB das Pflegschaftsgericht anrufen, das auf dem in dieser Bestimmung vorgezeichneten Weg die erforderlichen Vorkehrungen zur Abwehr der Gefahr für das Kind zu treffen hat.

e) Einen Sonderfall eines besonders schwerwiegenden und nachhaltig wirksamen Eingriffs in die Persönlichkeit eines Kindes stellt die im Sommer 1997 in der Öffentlichkeit diskutierte Frage der Sterilisation dar. Als Ergebnis dieser Diskussion kann ein breiter Konsens bei Experten dahin gehend festgestellt werden, dass - wenn überhaupt - die Sterilisation (oder, allgemeiner ausgedrückt, die Herbeiführung dauernder Fortpflanzungsunfähigkeit) nur in ganz engen und klar definierten Grenzen zulässig sein soll. Festzuhalten ist weiters, dass sich sowohl die öffentliche Diskussion als auch die nunmehr angestellten Überlegungen ausschließlich mit der so genannten „fremdbestimmten“ Herbeiführung einer dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit beschäftigen, während die bestehenden Regelungen des § 90 Abs. 2 StGB für voll handlungsfähige (und damit einsichts- und urteilsfähige) volljährige Menschen für durchaus ausreichend gehalten werden.

Gegenstand besonderer Regelungen sind daher die Herbeiführung der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit eines minderjährigen Kindes und einer unter Sachwalterschaft stehenden Person. Nur in diesen Fällen stellt sich die Frage einer Fremdbestimmung. Der Entwurf sieht in beiden Fällen nach umfangreichen Diskussionen und Beratungen die strengsten denkbaren Lösungen vor.

Bei minderjährigen Kindern bleibt nach den Ergebnissen der Expertengespräche im Vorfeld der Erstellung des Entwurfs für diese medizinische Maßnahme keine sachliche Rechtfertigung übrig. Argumente, wie der Schutz der minderjährigen Kinder vor ungewollten und mit schweren psychischen und körperlichen Belastungen verbundenen Folgen einer Schwangerschaft, verkehren sich bei genauerer Betrachtung ins Gegenteil. Sexuelle Übergriffe werden durch diese Maßnahme und die damit verbundene Sicherheit für den oder die potentiellen Täter, dass eine Schwangerschaft ausgeschlossen ist, eher gefördert denn vermieden. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schwangerschaft, der Geburtsvorgang oder die sich anschließende allfällige Unfähigkeit, das Kind selbst zu betreuen, zu psychischen Beeinträchtigungen eines Mädchens führt. Jedoch kann auch die Vornahme einer Sterilisation auf Grund der Schwere des Eingriffs und seiner Folgen unabsehbare psychische Konsequenzen haben. Schon eine Prognose über die Schwere der mit der Vornahme dieses Eingriffs einseitig oder dem Eintritt einer Schwangerschaft und ihrer Folgen andererseits verbundenen psychischen Folgen ist nach Meinung der in den Diskussionsprozess eingebundenen Fachleute äußerst schwierig. Nahezu unmöglich ist jedoch eine Abwägung zwischen den möglichen Auswirkungen beider Ereignisse, die jedes für sich einen so genannten „Life-Event“ darstellen. Darüber hinaus stehen der modernen Medizin derart vielfältige und eine Schwangerschaft immer sicherer verhütende alternative Methoden der Kontrazeption zur Verfügung, dass auch dem Argument, einer gewissen Personengruppe würde in Verstoß gegen den Gleichheitssatz eine bestimmte Form der Empfängnisverhütung vorenthalten, im Ergebnis keine praktische Bedeutung zukommt. Der Entwurf schlägt daher, dem deutschen und anderen Vorbildern folgend - nicht zuletzt aber auch aus ethischen Erwägungen - vor, eine medizinische Maßnahme, die die Herbeiführung einer dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit zum Ziel hat, bei minderjährigen Kindern generell auszuschließen.

Es ist zuzugestehen, dass diese keine Ausnahmen zulassende Lösung mit dem Prinzip der alleinigen Entscheidung einsichts- und urteilsfähiger minderjähriger Kinder in einen gewissen Widerspruch gerät. Bedenkt man aber, dass die Herbeiführung der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit wohl einen der schwersten Eingriffe in das zukünftige Leben einer Person darstellt, die Vorstellungen von Familie und Partnerschaft selbst bei mündigen Kindern oft noch nicht hinreichend entwickelt sind und - wie erwähnt - alternative Möglichkeiten der Empfängnisverhütung bestehen, so kann diese Konsequenz in Kauf genommen werden.

Nach übereinstimmender Auffassung der in den Diskussionsprozess eingebundenen Experten gelten die dargestellten Überlegungen grundsätzlich auch für volljährige Personen, denen wegen einer geistigen Behinderung ein Sachwalter bestellt werden muss, ebenso. Allerdings sind aus der Sicht der Experten nach Erreichung der Volljährigkeit, vor allem bei Personen in mittlerem Alter einige Besonderheiten zu beachten. Zum einen sind bei diesen Personen allenfalls wesentlich längere Zeiträume durch alternative Methoden der Empfängnisverhütung zu überbrücken und - teilweise auch darin begründet - Unverträglichkeiten häufiger. Zum anderen ist mit fortschreitendem Alter das Auftreten von körperlichen Leiden wesentlich wahrscheinlicher, die - wenn auch in seltenen Fällen - den Eintritt einer Schwangerschaft an sich als mit einer ernststen Gefahr für das Leben oder einer schweren Schädigung der Gesundheit verbunden erscheinen lassen. Aus gynäkologischen Fachkreisen wurde in diesem Zusammenhang auf bestimmte Herz/Kreislaufkrankungen und schwere Stoffwechselstörungen hingewiesen. In diesen Fällen muss im Interesse der behinderten Person der Eintritt einer Schwangerschaft unter allen Umständen ausgeschlossen werden können, will man diese Person nicht einem erheblichen, ja lebensgefährlichen Risiko aussetzen. In diesen Fällen, aber nur in diesen Fällen, wird - sofern nicht durch alternative Methoden der Empfängnisverhütung der wahrscheinliche Eintritt einer Schwangerschaft verhindert werden kann - mit gerichtlicher Genehmigung ein Sachwalter, dessen Wirkungskreis derartige Maßnahmen umfasst, der Vornahme einer medizinischen Maßnahme, die eine dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit der behinderten Person zum Ziel hat, auch in Hinkunft zustimmen können. Diese Zustimmung bedarf freilich zu ihrer Rechtswirksamkeit in jedem Fall der gerichtlichen Genehmigung (§ 282 Abs. 2 ABGB [...]).

Die genannten Regelungen des ABGB erfassen medizinische Maßnahmen, die die Herbeiführung einer dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit der behinderten Person zum Ziel haben. Mit dieser Wendung sollen jene Fälle nicht erfasst werden, in denen der Eintritt der Fortpflanzungsunfähigkeit notwendige Begleiterscheinung einer anderen, unabwendbaren medizinischen Behandlung (etwa der Entfernung der Hoden bei Hodenkrebs oder der Entfernung der Gebärmutter bei Gebärmutterkrebs) ist. Die Vornahme dieser medizinischen Behandlungen wird weiterhin nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen sein.

3. Antragslegitimation und selbständige Verfahrensfähigkeit mündiger Minderjähriger: Bereits im geltenden Recht wird mündigen Minderjährigen die Fähigkeit zugestanden, selbstständig vor Gericht zu handeln. Gemäß § 147 ABGB kann das mündige Kind das Gericht anrufen, wenn es seine Meinung über seine Ausbildung erfolglos vorgetragen hat. Neben diesem wohl wichtigsten Fall sieht das geltende Recht u.a. in den namensrechtlichen Angelegenheiten (z.B. §§ 162a Abs. 2, 162c Abs. 2 in Verbindung mit §§ 139 und 165 ABGB, § 183 Abs. 1 zweiter Satz ABGB) und in Adoptionsangelegenheiten (§ 257 Abs. 2 AußStrG) eine selbständige Handlungsfähigkeit des mündigen Minderjährigen vor. Es gibt auch Fälle der notwendigen Zustimmung des mündigen Minderjährigen zum Handeln seines gesetzlichen Vertreters und Fälle, in denen das mündige minderjährige Kind zwar selbstständig handeln muss, aber dazu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (z.B. in Angelegenheiten der Vaterschaftsfeststellung durch Anerkenntnis; § 163d ABGB, § 163c Abs. 2 zweiter Satz ABGB).

Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung soll ein mündiges minderjähriges Kind nicht gegen seinen Willen zur Duldung des Besuchsrechts gezwungen werden. Daraus ergab sich die - nicht immer konsequent durchgehaltene - Rechtsprechung, dass mündige minderjährige Kinder gegen Besuchsrechtsentscheidungen rechtsmittelbefugt seien. Unsicherheiten bestanden auch in der Anwendung des in der Regel, aber nicht immer beachteten Grundsatzes, dass man die Obsorge für mündige minderjährige Kinder nicht gegen ihren Willen zuteilen sollte (z.B. OGH 4. Juni 1996, 1Ob601/95 veröffentlicht u.a. in JBl 1996, 714). Zuletzt hat der Oberste Gerichtshof einem Minderjährigen Parteistellung zuerkannt, sofern sein persönliches Wohl betroffen ist und er die zur Wahrung seiner Rechte und zur Gewährleistung eines geordneten Verfahrensablaufs notwendige geistige Reife besitzt (z.B. OGH 23. April 1996, 1Ob2043/96i).

Am 14. Juli 1994 fasste der Nationalrat anlässlich der Verhandlung des Berichts des Familienausschusses über den Expertenbericht zur Kinderrechtekonvention, vorgelegt von der damaligen Bundesministerin für Umwelt, Jugend und Familie, eine EntschlieÙung (E 156 NR XVIII.GP), in der es u.a. heißt, die Bundesregierung möge darauf hinwirken, dass die Möglichkeiten des Kindes im Verfahren über die Pflege, die Erziehung und den persönlichen Verkehr, für sich selbst zu handeln und seine Meinung zu äußern, ausgebaut werden. In der österreichischen Rechtslehre wurde ebenfalls nicht nur generell die Stärkung der Rechte Minderjähriger gefordert, sondern wiederholt ausdrücklich die selbständige Verfahrensfähigkeit zumindest für mündige Minderjährige (für viele und mit zahlreichen Nachweisen H. Pichler in seinem Rechtsgutachten zum zweiten Jugendwohlfahrtsbericht des Bundesministeriums für Jugend und Familie an den Nationalrat: „Notwendige und nützliche Gesetzesänderungen als Folge des Beitritts Österreichs zur Kinderrechtekonvention“).

Art. 6 Abs. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten u.a. dazu, unbeschränkten Zugang zu Gericht zu gewähren. Beschränkungen dürfen den Wesensgehalt dieses Rechtes nicht beeinträchtigen und sind nur im Interesse einer geordneten Rechtspflege zulässig. In Fällen, in denen ein Minderjähriger die erforderliche Reife erreicht hat, könnte die Verweigerung der selbständigen Verfahrensfähigkeit als unzulässige Beeinträchtigung und als nicht im Interesse einer geordneten Rechtspflege geboten gewertet werden. Die Kinderrechteausübungskonvention empfiehlt in Art. 3 bis 6 u.a. bei entsprechender Einsichtsfähigkeit die selbständige Stellung Minderjähriger im Verfahren einschließlich des Rechts, selbst auftreten und einen Vertreter im Verfahren selbst namhaft machen zu dürfen.

Die eigene Antragslegitimation und die selbständige Verfahrensfähigkeit mündiger minderjähriger Kinder werden nicht nur von Experten aus dem Bereich der Rechtswissenschaft und der Jugendwohlfahrt, sondern auch von Vertretern aus dem Fachbereich der Kinder- und Jugendneuropsychiatrie und der Kinderpsychologie als wesentlicher Schritt auf dem Weg des Kindes vom „Objekt“ zum „Subjekt“ des pflegschaftsgerichtlichen Verfahrens begrüßt.

Die Umsetzung dieses Vorhabens erfolgt primär durch § 182a Abs. 1 AußStrG [...]. Demnach können Minderjährige, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, im Verfahren über die Pflege und Erziehung und über das Recht auf persönlichen Verkehr selbstständig vor Gericht handeln, insbesondere verfahrenseinleitende Anträge stellen. Das Gericht hat - z.B. durch entsprechende Anleitungen oder Belehrungen - dafür zu sorgen, dass ihnen eine effektive Wahrnehmung ihrer Parteirechte im gerichtlichen Verfahren auch tatsächlich möglich wird.

Durch die eigene Antragslegitimation und die selbständige Verfahrensfähigkeit des mündigen Kindes selbst soll die Befugnis seines gesetzlichen Vertreters, in seinem (des Kindes) Namen Anträge zu stellen und Verfahrenshandlungen zu setzen, nicht berührt werden. Das bedeutet, dass etwa die mit der Obsorge betraute Mutter einen aus ihrer Sicht als gesetzliche Vertreterin des Kindes zu weitgehenden Antrag des Kindes auf Regelung des persönlichen Verkehrs mit dem nicht mit der Obsorge betrauten Vater zwar nicht zurückziehen kann, jedoch sehr wohl namens des Kindes eine abweichende Regelung beantragen kann. Sie wird dadurch nicht etwa nur auf die Geltendmachung eigener Interessen beschränkt. Das Gericht wird sich nach dem Konzept des § 182a Abs. 2 mit beiden durch das Kind gestellten Anträgen auseinandersetzen und die dem Wohl des Kindes am besten entsprechende Regelung zu treffen haben.

Im Wesentlichen bestand bei der Vorberatung des Gesetzesvorhabens auch Übereinstimmung darüber, dass jüngeren, also unmündigen Kindern derartige Rechte nicht eingeräumt werden sollten. Dies aus der Überlegung heraus, dass ihnen im Regelfall die nötige geistige Reife, aber auch die notwendige Belastbarkeit fehlen wird, um selbstständig in einem gerichtlichen Verfahren handeln zu können. Hinsichtlich unmündiger minderjähriger Kinder soll es daher bei einem allgemeinen Aufsichtsrecht und der Aufsichtspflicht des Pflegschaftsgerichts bleiben (in diesem Sinne das Rechtsgutachten von H. Pichler, aaO). Die in den vorbereitenden Expertengesprächen zum Entwurf ebenfalls diskutierte Alternative, in jedem Einzelfall das Vorliegen der für die selbständige Führung des Verfahrens notwendigen Reife zu prüfen, wurde letztlich als praktisch undurchführbar und mit dem Erfordernis der Rechtssicherheit nicht vereinbar verworfen.

Die Antragslegitimation und selbständige Verfahrensfähigkeit mündiger Minderjähriger werden vom Entwurf nicht auf weitere Bereiche, etwa die Verfahren in Statussachen, ausgedehnt: In Verfahren, die nicht Angelegenheiten von Pflege und Erziehung betreffen, geht es nicht um zutiefst persönliche Angelegenheiten des Kindes, um emotionale oder soziale Beziehungen, sondern auch und vorwiegend um rechtliche Beziehungen und Angelegenheiten der Vermögensverwaltung. Eine Antragslegitimation oder eine selbständige Verfahrensfähigkeit minderjähriger Kinder käme diesfalls unweigerlich mit den durchaus bewährten und im Wesentlichen unverändert beibehaltenen materiell-rechtlichen Vorschriften der gesetzlichen Vertretung in Vermögensangelegenheiten in Konflikt. Die Einschränkung auf Personen über 14 Jahre und auf wichtige persönliche Angelegenheiten der Pflege und Erziehung, also der Ausschluss von vermögensrechtlichen Angelegenheiten einschließlich Unterhalt, entspricht auch der berechtigten Forderung nach Effizienz und Raschheit der Rechtsdurchsetzung auch in dem der Rechtsfürsorge besonders verpflichteten Außerstreitverfahren (für viele: Jelinek, Grundfragen der Erneuerung des Außerstreit- und Insolvenzverfahrensrechts, in: Verbesserter Zugang zum Recht [Richterwoche 1979], 135 f; Knoll, Veränderbares im Außerstreitverfahren, RZ 1995, 107).

B. Zur stärkeren gesetzlichen Betonung elterlicher Verantwortung:

1. Die Obsorge der Eltern als Verantwortung für das Kind:

a) Bereits das geltende Recht versteht die unter dem Begriff der „Obsorge“ zusammengefassten Befugnisse der Eltern primär in dem Sinne, dass sie nur eingeräumt sind, um die Aufgaben, die im Rahmen der Obsorge zu bewältigen sind, erfüllen zu können. Wenn das Gesetz von Rechten der Eltern gegenüber den Kindern spricht, will es diese Rechte in diesem Sinne verstanden wissen.

Demgegenüber ist in der öffentlichen Diskussion, aber auch in gerichtlichen Verfahren, insbesondere in Beschwerden betroffener Eltern, immer wieder noch vom „Recht auf das Kind“ die Rede, das nicht verletzt werden dürfe.

Mit dem vorliegenden Entwurf soll das schon dem geltenden Recht zugrunde liegende Verständnis des Begriffs „Obsorge“ im Sinn von Verantwortung gegenüber dem Kind verdeutlicht werden. Ein Mittel dazu ist die verwendete Terminologie: Während es im geltenden Recht heißt, die Obsorge „kommt zu“ (womit man im Allgemeinen die Einräumung von Rechten assoziiert), soll es in Zukunft in den überarbeiteten oder neu geschaffenen Bestimmungen heißen, dass die Eltern (oder andere Personen) mit der Obsorge betraut sind. Das Gesetz betont die aus der besonderen, als elementares Menschenrecht grundrechtlich geschützten (art. 8 EMRK) Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern resultierende Verantwortung, es weist den Eltern kein - von dieser Verantwortung losgelöstes - Recht zu. Damit soll hervorgehoben werden, dass aus der Obsorge erfließende Rechte nur der besseren Ausübung der übertragenen Verantwortung dienen, nicht jedoch als bloße Befugnisse der mit der Obsorge betrauten Person missverstanden werden sollen.

b) Besondere Verantwortung tragen die Eltern immer dann, wenn sie Anordnungen für notwendig halten, die dem begründeten und gefestigten Willen des Kindes widerstreiten. Das geltende Recht nimmt derzeit in diesen Fällen ausschließlich auf das Kindeswohl, wie es sich aus der Sicht der Eltern darstellt, Bezug, indem es anordnet, dass die Eltern bei ihren Anordnungen und deren Durchsetzung auf Alter, Entwicklung und Persönlichkeit des Kindes Bedacht zu nehmen haben (§ 146a ABGB). Für die Frage, inwieweit neben diesen - aus der Sicht der Eltern - objektiven Kriterien auch der Wille des Kindes für die Entscheidung der Eltern von Bedeutung ist, enthält das geltende Recht keine Handlungsanleitung. Vor dem Hintergrund der oben zu I B dargestellten Entwicklung, sowie verschiedener Forderungen, etwa der Kinder- und Jugendanwälte, aber auch des Nationalrats selbst in seiner Entschliebung vom 16. Juli 1994 betreffend Wünsche von Kindern und Jugendlichen hinsichtlich ihres Aufenthalts (E 164 XVIII. GP), nicht zuletzt aber auch im Licht der Rechtsprechung, die Wünschen von Kindern mit zunehmendem Alter immer mehr Bedeutung beimisst (z.B. OGH 4. Juni 1996, 1Ob601/95, veröffentlicht u.a. in JBI 1996, 714), muss das Fehlen einer solchen Handlungsanleitung als Lücke im geltenden Recht empfunden werden. Diese Lücke soll durch

die ausdrückliche Anordnung geschlossen werden, dass die Eltern in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung auch auf den Willen des Kindes Bedacht zu nehmen haben, soweit dem nicht das Wohl des Kindes oder die Lebensverhältnisse der Eltern entgegenstehen. Der Wille des Kindes soll umso maßgeblicher sein, je mehr es den Grund und die Bedeutung einer Maßnahme einzusehen und seinen Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen vermag (§ 146 Abs. 3 [...]; s. auch oben unter II A 2a).

c) Ein besonders wichtiger Aspekt der elterlichen Verantwortung ist es, Spannungen und Enttäuschungen aus dem zwischenmenschlichen Bereich, z.B. im Verhältnis zum gegenwärtigen oder früheren Lebenspartner, nicht in eigene oder fremde Erziehungsbemühungen einfließen zu lassen und diese dadurch zu stören. Dieser Erkenntnis folgend verlangt die Rechtsprechung etwa im Zusammenhang mit der Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr zunehmend von beiden Elternteilen, für einen störungsfreien Ablauf der Kontakte zu sorgen (z.B. KG Krems 1. Juli 1992 EFSig 68.640 oder LGZ Wien 21. Dezember 1994 EFSig 74.976). Der vorliegende Gesetzesvorschlag geht in zweierlei Hinsicht über diese Ansätze der Judikatur hinaus.

Der Entwurf schützt nicht nur den nicht erziehenden Elternteil bei der Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr, sondern auch die Erziehungsbemühungen des mit der Obsorge betrauten Elternteils, die durch den anderen gefährdet werden, wenn er seine vermeintlichen Rechte gegenüber seinen tatsächlichen Pflichten überbetont: In Anlehnung an Vorbilder im deutschen (§ 1634 Abs. 1 BGB) und schweizerischen (Art. 274 Abs. 1 ZGB) Recht sollen die Eltern in Hinkunft - selbst in kritischen Zeiten ihrer Beziehung zueinander - alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Wahrnehmung von dessen Aufgaben erschwert („Wohlverhaltensklausel“). Diese Verpflichtung gilt gleichermaßen für Eltern, die in aufrechter häuslicher Gemeinschaft leben, als auch für getrennt lebende Eltern und ganz allgemein für alle Personen, die Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind haben (§ 145b ABGB [...]). Der Entwurf stellt zudem nicht bloß sanktionslose Verhaltensregeln für beide Eltern auf: In besonderen Konfliktsituationen hat das Gericht einzelfallgerechte Durchsetzungsmöglichkeiten (z.B. § 148 Abs. 2 und § 178 Abs. 2 ABGB [...]).

2. Das „Besuchsrecht“ als Recht des Kindes:

a) Das Recht auf persönlichen Verkehr, das nach dem Wortlaut des Gesetzes bisher dem nicht mit Pflege und Erziehung betrauten Elternteil eingeräumt war, soll über das von der neueren Rechtsprechung vertretene Maß hinaus primär als Recht des Kindes normiert werden. Damit soll nicht zuletzt psychologischen und soziologischen Erkenntnissen Rechnung getragen werden, wonach die Aufrechterhaltung ausreichender persönlicher Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil, bei dem es nicht lebt, für die weitere Entwicklung des Kindes von besonderer Bedeutung ist. Auch in diesem Zusammenhang wird die Elternverantwortung vom Entwurf dadurch betont, dass die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln sollen. Nur soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt werden kann, wird das Gericht - wie bisher - die Ausübung dieses wechselseitigen Rechtes in einer dem Wohl des Kindes gemäßen Weise zu regeln haben. Die Erkenntnis, wonach der persönliche Verkehr des Kindes mit dem nicht betreuenden Elternteil besonders wichtig ist, und der Umstand, dass es sich nunmehr primär um ein Recht des Kindes handelt, sollen auch den Blick aller Beteiligten dafür schärfen, dass es in ihrer gemeinsamen Verantwortung liegt, diesen Kontakt nach Kräften zu fördern.

Die Wichtigkeit der Aufrechterhaltung sozialer Bindungen und emotionaler Beziehungen soll überdies durch die Schaffung einer rechtlichen Grundlage für den persönlichen Verkehr mit für das Kind besonders wichtigen dritten Personen unterstrichen werden (§ 148 Abs. 4 ABGB [...]).

b) Ergänzt wird diese grundsätzlich neue Sicht des persönlichen Verkehrs als Recht des Kindes durch das Bemühen, wirksamere, für das Kind aber gleichzeitig schonendere Sanktionsmechanismen für die Fälle vorzusehen, in denen die Ausübung des Rechtes auf persönlichen Verkehr zu Lasten des Kindes ohne gerechtfertigten Grund vereitelt wird. Ist der - nunmehr kraft Gesetzes zur Aufrechterhaltung der persönlichen Kontakte verpflichtete - nicht

betreuende Elternteil dazu nicht bereit, wird es in der Regel wenig Sinn machen, ihn gegen seinen Willen dazu zu zwingen. Eine Durchsetzung dieses Rechtes des Kindes mit den traditionellen Beugemitteln wird nicht dem Wohl des Kindes dienen (§ 185b Abs. 2 AußStrG [...]).

Allerdings dokumentiert der nicht betreuende Elternteil durch die Verweigerung des persönlichen Verkehrs ein tiefgreifendes Desinteresse, das es rechtfertigt, ihm auch seine Informations- und Äußerungsrechte nach § 178 Abs. 1 ABGB zu versagen (§ 178 Abs. 3 zweiter Satz ABGB [...]). Nach dem dem § 178 ABGB [...] zugrunde liegenden beweglichen System führt dieses nicht durch die Umstände des Einzelfalles gerechtfertigte Verhalten unmittelbar zu den von § 178 Abs. 3 ABGB [...] umschriebenen Folgen, nämlich dem Entfall der Informations- und Äußerungsrechte. Neben dieser Sanktion sieht der Entwurf - im Begutachtungsverfahren mehrfach erhobenen Forderungen folgend - vor, dass das Recht auf Pflichtteilsminderung nach § 773a ABGB dem besuchsunwilligen Elternteil (wie auch dem persönlichen Kontakt verweigern den Kind) nicht zustehen soll (§ 773a Abs. 3 ABGB [...]).

c) Die Konzeption des Rechtes auf persönlichen Verkehr primär als Recht des Kindes enthält auch eine - gegenüber der in der Rechtsprechung bereits bisher angenommenen - verstärkte Verpflichtung des betreuenden Elternteils, die Aufrechterhaltung der Kontakte des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern. Zur Gewährleistung des für die Persönlichkeits- und Charakterbildung wichtigen persönlichen Kontakts zum nichterziehenden Elternteil kann und soll die Tatsache nutzbar gemacht werden, dass dieser Kontakt dem nicht betreuenden Elternteil jene Informationen verschafft, derer er zur Wahrnehmung seiner Verantwortung gegenüber dem Kind bedarf. Vereitelt der mit der Obsorge betraute Elternteil ohne gerechtfertigten Grund den persönlichen Verkehr mit dem Kind, so muss sich der nicht mit der Obsorge betraute Elternteil diese notwendigen Informationen auf andere Art und Weise beschaffen können. Um nach Möglichkeit den Abbruch der Beziehung (der auch auf Desinformation beruhen kann) hintanzuhalten, sollen bei einer Vereitelung des persönlichen Verkehrs ohne gerechtfertigten Grund durch den mit der Obsorge betrauten Elternteil erweiterte Informations- und Äußerungsrechte die notwendige Information gewährleisten (§ 178 Abs. 1 zweiter Satz ABGB [...]).

d) Der Leitgedanke der Förderung der Entwicklung des Kindes durch persönlichen Kontakt mit dem nicht erziehenden Elternteil soll schließlich durch gleichermaßen flexible und wirksame sowie für alle Beteiligten, insbesondere das Kind, möglichst schonende Ausübungsmechanismen unterstützt werden, damit die zwangsweise Durchsetzung von vornherein vermieden werden kann. Die im geltenden Recht zur Verfügung stehenden Sanktionsmöglichkeiten - entweder durch Beugestrafen oder durch (Teil-)Entziehung von Pflege und Erziehung - wurde nämlich zu Recht als unbefriedigend empfunden: Sie beeinträchtigen meist im Ergebnis die für die Entwicklung der Psyche des Kindes wichtige Eltern-Kind-Beziehung (vgl. jüngst G. Kohlegger, ÖJZ 1998, 132).

Der Entwurf knüpft an eine wichtige Beobachtung in der Praxis an: In den Problemfällen ist der mit der Obsorge betraute Elternteil meist subjektiv überzeugt, dass gute Gründe vorliegen, die die Kontakte mit dem anderen Elternteil für das Kind als nachteilig oder gar als gefährlich erscheinen lassen, obwohl diese Befürchtungen objektiv zumindest nicht in diesem Ausmaß berechtigt sind. Die Gründe für solche Vorbehalte sind vielschichtig, die Überprüfung ihres Wahrheitsgehalts gehört mit zu den schwierigsten von den Gerichten zu lösenden Beweisfragen: die Schwierigkeiten bei der erstmaligen Kontaktanbahnung, insbesondere wenn das Kind seinen Vater bisher überhaupt nicht gekannt hat; die Überwindung einer mittlerweile eingetretenen Entfremdung gegenüber dem nicht betreuenden Elternteil; das früher vielleicht nicht kindgerechte Verhalten des nicht erziehenden Teiles; die nicht kindgerechte Gestaltung der Kontakttermine; die Versuche, den anderen Elternteil schlecht zu machen, ja das Kind gegen den betreuenden Elternteil aufzuwiegeln oder über sein Privatleben auszufragen, sind nur einige Beispiele dafür.

In der Praxis haben sich in letzter Zeit Angebote entwickelt, die im Interesse des Kindes (und auch zur Zerstreuung der Bedenken des betreuenden Elternteils und zum Schutz des nicht betreuenden Elternteils vor ungerechtfertigten Vorwürfen) einen wichtigen Beitrag leisten (für viele Thoma-Twaroch, Bericht über die Arbeitsgruppe Pflégenschaftsverfahren der Richter-

woche 1997, Schriftenreihe des BMJ Nr. 88 [1997], 285 [287]); dies sind etwa die so genannten „Besuchskaffees“. Auch die Gerichte ordnen in den geschilderten konfliktgeladenen Situationen zur Überwindung von Vorbehalten des mit der Obsorge betrauten Elternteils - vorerst allerdings noch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage - immer häufiger ein „begleitetes“ Besuchsrecht an. Der Entwurf versucht, sich dieser Tendenzen zu bedienen und diese - auch unter Berücksichtigung guter Erfahrungen in der Schweiz, die ein ähnliches Rechtsinstitut unter der Bezeichnung des „Beistands“ iSd. Art. 308 ZGB kennt - fortzuentwickeln: die Besuchsbegleitung gemäß § 185c AußStrG [...].

Im Begutachtungsverfahren wurde der Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Besuchsbegleitung als solcher ausnahmslos begrüßt. Allerdings zeigte sich, dass sowohl die bereits vorhandenen Angebote als auch die Praxis der Gerichte regional sehr unterschiedlich sind. Meinten etwa die einen, dass Angebote für Besuchsbegleitung weiterhin eine der zentralen Aufgaben der Jugendwohlfahrt bleiben sollten (und wünschten demgemäß eine möglichst zurückhaltende Regelung), forderten die anderen die Schaffung eines (bundes-)gesetzlich einheitlich und möglichst genau determinierten Systems (etwa bezüglich der erforderlichen fachlichen Qualifikation der Besuchsbegleiter oder der Finanzierung der Besuchsbegleitung auch im Rahmen der Verfahrenshilfe).

Zu diesen grundsätzlich unterschiedlichen Sichtweisen tritt die Finanzierungsproblematik und die Tatsache hinzu, dass regional professionelle Angebote überhaupt fehlen und auch nicht in ausreichendem Umfang geschaffen werden können, um den Gerichten die Möglichkeit zu geben, in allen Fällen, in denen eine Besuchsbegleitung sinnvoll scheint, eine solche von Amts wegen anzuordnen. Der Entwurf schlägt daher vor, die vorhandenen Angebote dadurch bestmöglich nutzbar zu machen, dass Besuchsbegleitung nur auf Antrag angeordnet werden kann, wobei der Antragsteller eine dazu bereite Person namhaft zu machen hat. Das Gericht hat - neben dem Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - die Eignung dieser Person zu prüfen. Eine Weiterentwicklung der Regelungen für die Besuchsbegleitung wird nach Vorliegen praktischer Erfahrungen mit dem vorliegenden Modell zu überlegen sein.

3. Elterliche Verantwortung nach Trennung der Eltern:

a) Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass richtig verstandene, gemeinsame Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern auch im Falle der Trennung der Eltern eine ideale Lösung wäre. Für die Fälle, in denen die Eltern diese Verantwortung ganz oder teilweise trotz des Scheiterns ihrer Beziehung weiterhin gemeinsam tragen können und wollen, soll eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden (§ 177 ff ABGB [...]).

b) Es ist zwar zutreffend, dass im Fall des Bestehens eines Einvernehmens zwischen den Elternteilen bereits derzeit durch Erteilung einer Vollmacht im Ergebnis eine Teilnahme des nicht mit der Obsorge betrauten oder das Kind betreuenden Elternteils an der Obsorge rechtlich möglich ist. Allerdings begegnet diese „Vollmachtskonstruktion“ nicht unerheblichen Bedenken. So ist dabei die notwendige Rechtssicherheit nicht immer gewährleistet. Eine einmal schriftlich erteilte Vollmacht kann auch dann noch ausgenützt werden, wenn sie schon längst widerrufen wurde. Auch sind gelegentlich die Vorgänge, die zur Erteilung einer Vollmacht geführt haben, wenig transparent. Eine Vollmacht kann mit beliebigem Inhalt erteilt werden. Die Wirkungen einer Obsorge beider Eltern nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung ihrer Ehe ist dagegen - solange und soweit sie besteht - durch die zwingenden Bestimmungen des Gesetzes über die Obsorge in häuslicher Gemeinschaft lebender Eltern eindeutig determiniert. Letztlich macht es für den nicht mit der Obsorge betrauten oder das Kind betreuenden Elternteil einen wesentlichen Unterschied, ob er sich in Wahrnehmung seiner Verantwortung gegenüber dem Kind auf das Gesetz oder (bloß) auf eine Vollmacht berufen kann.

c) An die Gerichte wird immer häufiger von getrennt lebenden Eltern das Ansinnen hergetragen, auch nach ihrer Trennung gemeinsam die Verantwortung gegenüber ihren Kindern tragen zu wollen. In vielen Fällen stößt die gesetzeskonforme Auskunft, nur bei weiterhin bestehender häuslicher Gemeinschaft der Elternteile sei dies möglich, vor allem bei jenen Eltern, die ihre gemeinsame Verantwortung gegenüber dem Kind nachhaltig erkannt und akzeptiert haben (sie daher wünschenswert wäre), auf zunehmendes Unverständnis. Vielfach werden den Gerichten vermeintliche Lösungsmöglichkeiten unterbreitet, etwa dahin gehend,

dass ein gemeinsamer Haushalt gegründet wird, den das Kind und abwechselnd ein Elternteil benützt. Manche Gerichte halten in diesen Fällen eine dauernde häusliche Gemeinschaft der Eltern mit dem Kind für gegeben. Abgesehen davon, dass derartige Lösungen der berechtigten Kritik begegnen, sie seien ausschließlich für sozial besser gestellte Familien gangbar, erweist sich, dass ein bestehendes Bedürfnis durch die geltende Rechtslage nicht ausreichend befriedigt wird. Stellungnahmen von Experten aus der Jugendwohlfahrt, der Sozialarbeit und von Psychologen, aber auch die Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens bestärken darin, das im Besonderen Teil noch näher erläuterte, auf dem Prinzip der Einvernehmlichkeit beruhende Modell einer Obsorge beider Eltern nach Scheidung vorzuschlagen. Im Begutachtungsverfahren war noch das Modell einer Teilnahme an der Obsorge mit einer einjährigen „Abkühlphase“ zur Diskussion gestellt worden. Bis auf wenige Stimmen stieß vor allem diese Jahresfrist auf Ablehnung. Auch in der juristischen Literatur wurde an dieser vorgeschlagenen Regelung Kritik geübt. Sie sei zu starr, nehme auf die Umstände des konkreten Einzelfalls zu wenig Rücksicht und bevormunde nach wie vor auch jene Eltern, die trotz Scheiterns ihrer Beziehung in Angelegenheiten ihrer Kinder einvernehmlich vorgehen wollten und könnten. Auch habe das vorgeschlagene Modell keine Vorbilder in anderen Rechtsordnungen.

d) Die meisten europäischen Rechtsordnungen sehen - in Übereinstimmung mit einer Empfehlung des Europarates vom 28. Februar 1984 - das Weiterbestehen der gemeinsamen Verantwortung (ehelicher und unehelicher Eltern) nach Auflösung der Ehe oder Trennung als Regelfall vor. Gemeinsam ist ihnen, dass die Aufhebung der Obsorge beider Eltern - von den Fällen einer Gefährdung des Kindeswohls abgesehen - eines Antrags bedarf (demgegenüber ist etwa in der Schweiz nach der seit 1. Jänner 2000 geltenden neuen Rechtslage für das Weiterbestehen der Obsorge beider Eltern ein Antrag erforderlich). Zwar weichen die Regelungen in Details voneinander ab, jedoch ist allen weiters gemeinsam, dass Uneinigkeit der Eltern zu Interventionen der Gerichte in den Fragen der Obsorge führt. Auch sehen die Rechtsordnungen die Möglichkeit der Begründung der Obsorge beider Eltern für unehelich geborene Kinder vor; die Regelungen über die Aufhebung dieser Obsorge entsprechen weitestgehend jenen für ehelich geborene Kinder (nähere Einzelheiten bei Gründer, Die Neuregelung einer Teilnahme an der Obsorge nach Trennung und Scheidung der Eltern durch den Entwurf des KindRÄG 1999, ÖJZ 2000, 332).

Bei der Prüfung, inwieweit die Regelung in einem anderen Staat Vorbild sein kann, muss freilich das Gesamtsystem des Eltern-Kind-Verhältnisses beachtet werden.

So müssen etwa nach deutschem Recht bei aufrechter Ehe die Eltern das Kind gemeinschaftlich vertreten (§ 1629 Abs. 1 BGB); für dauernd getrennt lebende Eltern sieht § 1687 Abs. 1 BGB vor, dass ihr gegenseitiges Einvernehmen nur dann erforderlich ist, wenn Entscheidungen in Angelegenheiten zu treffen sind, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist. Der Elternteil, bei dem sich das Kind gewöhnlich aufhält (auch das deutsche Recht geht also vom so genannten „Eingliederungsmodell“ im Gegensatz zum „Wandelmodell“ aus), hat die Befugnis zur alleinigen Entscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens. Die Abgrenzung wird im Einzelfall schwierig sein. Praktiker vertreten die Auffassung, dass Angelegenheiten des täglichen Lebens alle Angelegenheiten sind, außer grundsätzliche Fragen der Ausbildung, Maßnahmen der religiösen Kindererziehung, schwerwiegende medizinische Eingriffe und erheblichere Aufenthaltsänderungen (etwa von einem Bundesland in ein anderes). Dieses Verständnis ist auch in den Erläuterungen (Bundesratsdrucksache 180/1996, S. 117) vorgezeichnet. Der deutsche Gesetzgeber hat also das Prinzip der „gemeinsamen Obsorge“ nicht voll verwirklicht. Bei getrennt lebenden Eltern muss eben auch dem Bedürfnis, eine Vielzahl von Entscheidungen rasch und ohne Kontaktnahme miteinander treffen zu können, Rechnung getragen werden (Bundesratsdrucksache 180/1996, 117).

e) Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage gilt für die aufrechte Ehe in Österreich das Prinzip der Einzelvertretung, dh. von wenigen Fällen (§ 154 Abs. 2 und Abs. 3 ABGB) abgesehen, entscheidet ein Elternteil allein. Eine von den Regeln für die aufrechte Ehe abweichende Sonderregelung für den Fall der Auflösung der Ehe ist daher im österreichischen Recht nicht notwendig. Davon abgesehen wurde im Begutachtungsverfahren eine Regelung der Obsorge beider Eltern, wie sie das deutsche Recht vorsieht, überwiegend befürwortet;

demgegenüber blieben diejenigen, die auch bei dem im Begutachtungsverfahren vorgeschlagenen „Teilnahmmodell“ eine Gefahr für den primär mit der Obsorge betrauten Elternteil sahen, in der Minderheit. Der vorliegende Entwurf entwickelt daher das im Begutachtungsverfahren vorgeschlagene „Teilnahmmodell“ - abgesehen vom Entfall der Jahresfrist - weiter.

In Hinkunft soll nicht das Weiterbestehen der Obsorge beider Eltern, sondern deren Aufhebung eines Antrags bedürfen. Im Übrigen hält der Entwurf aber - Erkenntnissen der Wissenschaft folgend - daran fest, dass den Kindern im Fall der Trennung oder Scheidung der Eltern eine klare Orientierung gegeben werden muss, indem sich die Eltern darüber einigen müssen, im Haushalt welchen Elternteils sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll („Eingliederungsmodell“ nach deutschem Vorbild). Festgehalten wird weiters an dem - auch im Begutachtungsverfahren nahezu unbestritten gebliebenen - Grundsatz, dass das Weiterbestehen der Obsorge beider Eltern von deren Willen und deren Fähigkeit zum einvernehmlichen Vorgehen abhängt. Dabei wird auch auf die Möglichkeiten der Mediation Bedacht zu nehmen sein. Fällt jedoch entweder der Wille eines Elternteils oder die Fähigkeit zur Kooperation weg, soll auch in Hinkunft nur ein Elternteil allein mit der Obsorge betraut sein. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf die Erläuterungen im Besonderen Teil verwiesen.

f) Wie bereits mehrfach betont, ist es jedoch auch in den Fällen, in denen die Eltern nicht einvernehmlich vorgehen können oder wollen, dem richtig verstandenen Kindeswohl nicht dienlich, wenn sich der Elternteil, der nicht mit der Obsorge betraut ist, infolge einer - in der Praxis bedauerlicherweise nicht selten vorkommenden - völligen Ausgrenzung und Entfremdung vom Kind abwendet. Um diesem Verlust einer wichtig gewordenen Bezugsperson für das Kind vorzubeugen, widmet der Entwurf der Position des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils verstärktes Augenmerk. Wie bereits zu Punkt II B 2 ausgeführt, sollen die Rechtsinstitute des persönlichen Verkehrs und der Mindestrechte (in Hinkunft „Informations- und Äußerungsrechte“) im Interesse des Kindes effektiver ausgestaltet werden.

C. Zur Modernisierung des Rechtes der Verwaltung des Vermögens Pflegebefohlenen:

1. Allgemeines: Auslösend für die Neuregelung der Vermögensverwaltung Minderjähriger sind hauptsächlich zwei Gesichtspunkte: einerseits die in Lehre und Praxis vermehrt erhobene Forderung, den obrigkeitlichen Ansatz des geltenden Rechtes, auf Grund dessen das PflEGsgericht als eine Art allumfassende Oberaufsichtsinanz fungieren muss, fallen zu lassen und durch eine Konstruktion zu ersetzen, die den geänderten gesellschaftlichen Realitäten - vermehrte Vermögensstreuung, stark gehobenes Bildungsniveau, vermehrte Eigeninitiative und Eigenverantwortung - besser gerecht werden kann; andererseits die unmittelbare Anwendbarkeit des EG-Vertrags, insbesondere der Beschränkungsverbote seines dritten (Dienstleistungsfreiheit) und vierten Kapitels (vor allem: Kapitalverkehrsfreiheit).

2. Anpassung an geänderte gesellschaftliche Realitäten: Aus § 21 Abs. 1 ABGB leitet die herrschende Rechtsprechung eine umfassende pflEGsgerichtliche Rechtsfürsorgepflicht ab. Diese differenziert nicht zwischen dem Schutz der Person und dem Schutz des Vermögens des Minderjährigen. Das PflEGsgericht muss daher alle Maßnahmen der elterlichen Vermögensverwaltung nicht bloß auf ihre Gesetzmäßigkeit, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit hin kontrollieren (OGH z.B. 22. September 1993, 6Ob594/93, EvBl 1994, 315/67 = ÖA 1994, 107 = EFSlg 72.573; 11. März 1994, 1Ob7/94, RZ 1995, 208/61; 25. Februar 1997, 4Ob37/97p, NZ 1997, 245). Soll das PflEGsgericht diesem Leitbild der umfassenden pflEGsgerichtlichen Rechtsfürsorgepflicht gerecht werden, muss es sich von der Zufälligkeit der rechtzeitigen Verständigung von einer gesetzwidrigen oder unzumutbaren Maßnahme der Vermögensverwaltung befreien. Dies setzt voraus, dass es - auch ohne konkrete Verdachtsmomente - sehr weitgehend in den gewöhnlichen Ablauf der Vermögensverwaltung eingreift: durch laufende Kontrollen der Entwicklung des Vermögens des Minderjährigen und laufende Einschränkung der Verfügungsgewalt des gesetzlichen Vertreters über das Kindesvermögen, z.B. im Wege der „gerichtlichen Sperre“.

Seit der Konzeption des ABGB und des AußStrG haben sich aber sowohl die Vermögensverteilung als auch das Bildungsniveau in der Bevölkerung vollkommen geändert. Auch der Durchschnittsbürger verfügt entweder über einschlägige Erfahrungen bei der Veranlagung eigenen Vermögens oder über ein allgemeines Bildungsniveau, das ihm die Beschaffung

dieser Kenntnisse ermöglicht. Die wenn auch im Interesse des Wohles des Minderjährigen entfaltete sehr weitgehende Kontrolle im vermögensrechtlichen Bereich wird von den betroffenen Beteiligten, insbesondere den gesetzlichen Vertretern, häufig weder gewünscht noch akzeptiert und nicht selten als Ausdruck eines Misstrauens und einer obrigkeitlichen Gängelung empfunden. Es mehrten sich daher die Rufe nach einer Anpassung der gesetzlichen Grundlagen für die pflegschaftsrechtliche Vermögensverwaltung an diese veränderten gesellschaftlichen Realitäten, insbesondere im Sinn einer gezielteren gerichtlichen Überwachung der Vermögensverwaltung: schlichte Aufsicht statt umfassende Fürsorge im Bereich der Vermögensverwaltung für Minderjährige.

3. Auswirkungen von Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit: Wie noch unten zu Art. XVII des Besonderen Teiles der Erläuterungen näher darzustellen sein wird, hängt es von der konkreten Gestaltung des Einzelfalls, insbesondere der gerade zu beurteilenden Verwaltungshandlung und von der Funktion der betroffenen Person ab, ob die Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit oder der Kapitalverkehrsfreiheit oder beider Grundfreiheiten anwendbar sind. Beide Grundfreiheiten enthalten ein unmittelbar anwendbares absolutes Beschränkungsverbot (Art. 49 [früher 59 ff] EGV in der Auslegung des EuGH z.B. in der Rs Alpine Investments BV und Art. 56 [früher 73b ff] Abs. 1 EGV). Die §§ 229 ff ABGB und 193 ff AußStrG in der geltenden Fassung unterwerfen jedoch sowohl den freien Dienstleistungsverkehr von und mit ausländischen, nicht in Österreich niedergelassenen Bankinstituten, Versicherungen und anderen Dienstleistungserbringern im Vermögensverwaltungs- und Vermögensverwaltungssektor als auch den freien Kapitalverkehr mit dem Ausland zahlreichen Einschränkungen im Interesse des Schutzes Minderjähriger. Vor allem die geltende Regelung der mündelsicheren Anlage (§§ 229 ff ABGB) ist jedenfalls keine auf in- und ausländische Dienstleistungserbringer oder in- und ausländische Anlageformen unterschiedslos anwendbare Beschränkung, sondern eine unmittelbare Diskriminierung, weil sie ua. die genehmigungsfreie mündelsichere Anlage ausschließlich bei inländischen Bankinstituten anordnet. Im Sinn der unten zu Art. XVII noch näher darzustellenden Judikatur des EuGH liegt daher eine gemeinschaftsrechtswidrige Ungleichbehandlung vor.

Die - über die unmittelbare Anwendbarkeit, den Anwendungsvorrang sowie die Mitwirkungspflicht österreichischer Gerichte bereits entgegen dem geltenden innerstaatlichen Recht bestehende - freie Wahlmöglichkeit ausländischer Dienstleistungserbringer im Vermögensverwaltungsbereich und ausländischer Anlageformen hat zusätzliche Auswirkungen auf die schon oben näher referierte umfassende pflegschaftsgerichtliche Rechtsfürsorgepflicht: Beantragt ein gesetzlicher Vertreter die (vorherige) Genehmigung der Anlage von ihm verwalteten Mündelvermögens bei einem ausländischen Bankinstitut, bei einem ausländischem Versicherungsunternehmen oder einem anderen ausländischen Dienstleistungserbringer im Vermögensverwaltungssektor, so dürften ihm die österreichischen Pflegschaftsgerichte wenigstens die Genehmigung nach § 230e Abs. 1 ABGB nicht mehr verwehren. Ausländische Bankinstitute, Versicherungen oder andere Dienstleistungserbringer im Vermögensverwaltungssektor können aber mit den vom geltenden Recht zur Verfügung gestellten Mitteln nicht mehr kontrolliert, insbesondere nicht zu einem bestimmten, dem Schutzbedarf des Minderjährigen entsprechenden Verhalten verpflichtet werden. Diese Adressaten müssen sich den österreichischen gerichtlichen Verfügungen nämlich nicht zwingend unterwerfen, sondern es steht ihnen frei, ob sie diese Anordnungen auf freiwilliger Basis befolgen oder nicht. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Pflegschaftsgerichte beschränken sich hier auf einen im Inland aufhältigen gesetzlichen Vertreter.

4. Die Grundsätze der Neuregelung: Die Forderungen aus Lehre und Praxis legen die Einschränkung gerichtlicher Einmischung in die Vermögensverwaltung auf das für eine angemessene Aufsicht nötige Maß und eine Entlastung der mit der Vermögensverwaltung betrauten gesetzlichen Vertreter durch Vereinfachung ihrer Pflichten und der für diese grundlegenden Bestimmungen nahe. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zwingen dazu, einerseits in- und ausländische Anlageformen sowie in- und ausländische Vermögensverwalter unterschiedslos zu behandeln.

a) *Pflegschaftsgerichtliche Aufsichtspflicht*: Um den von verschiedenen Seiten geäußerten Forderungen nach Reduzierung des obrigkeitlichen Ansatzes sowie nach Entlastung des mit der Vermögensverwaltung betrauten gesetzlichen Vertreters und den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts gerecht zu werden, schlägt der Entwurf zunächst - insbesondere in § 229 ABGB [...] und den §§ 193 und 204 ff AußStrG [...] - im Bereich der Vermögensverwaltung die maßvolle Rückstufung der bisher bestehenden pflegschaftsgerichtlichen Fürsorgepflicht auf eine pflegschaftsgerichtliche Aufsichtspflicht vor. Das Pflegschaftsgericht soll nicht mehr den „Oberaufseher“ bzw. die „oberste Zweckmäßigkeitsinstanz“ im vermögensrechtlichen Bereich der Eltern-Kind-Beziehung darstellen, sondern seine Eingriffe auf die Vermeidung und Abwendung von Gefährdungsfällen reduzieren. Dazu werden dem Gericht ausreichende Interventionsmechanismen, insbesondere ausreichende Kompetenzen zu Sofortmaßnahmen, gegebenenfalls unter der unbedingten notwendigen, kurzfristigen Erstreckung auf Dritte eingeräumt (§ 193 Abs. 1 AußStrG [...]). Außerdem soll jener Personenkreis, der sich erfahrungsgemäß mit dem Minderjährigen besonders verbunden sieht und daher besonders sorgsam mit dessen Vermögen umgeht, nämlich Eltern, Großeltern und Pflegeeltern (§ 193 Abs. 2 [...]), nur mehr so weit den Sicherungsmaßnahmen und der Überwachungstätigkeit des Pflegschaftsgerichtes unterworfen sein, als dies zur Aufrechterhaltung der gerichtlichen Aufsicht unabdingbar ist. Die vorgeschlagene Neuregelung insbesondere des § 193 AußStrG knüpft daher - zwecks Straffung, Vereinfachung und Modernisierung des Verfahrens - an den Gedanken an, die für den Schutzbedürftigen verantwortliche Person, hier den mit der Vermögensverwaltung betrauten gesetzlichen Vertreter, lediglich beim Antritt und bei Beendigung seiner Tätigkeit zu kontrollieren sowie für die Zwischenzeit ein bewegliches System der Kontrolle zu schaffen, das es dem Gericht ermöglicht, den Überwachungsbedürfnissen des Einzelnen zu entsprechen.

b) *Mündelsichere Anlage*: Nach Auffassung der der Erarbeitung des Entwurfs beigezogenen Experten sollen der Schutzgedanke und die Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht bei der Vermögensverwaltung Minderjähriger nicht aufgegeben werden. Dies wird am besten durch eine Verordnungsermächtigung erfüllt.

c) *Rechnungslegung*: Die Einschränkung der pflegschaftsgerichtlichen Fürsorgepflicht auf eine pflegschaftsgerichtliche Aufsichtspflicht wirkt sich auch bei der Ausgestaltung der Rechnungslegung (§§ 204 ff AußStrG [...]) vereinfachend und erleichternd für alle Beteiligten aus. [...]

D. Zur Beseitigung terminologischer und systematischer Mängel des geltenden Kindschaftsrechts:

1. Das im Zuge der zu Punkt I A dargestellten Reformen entstandene System des Kindschaftsrechts beruht im Wesentlichen auf einer grundsätzlichen Zweiteilung: Im Dritten Hauptstück (§§ 137 bis 186a) wird das Verhältnis zwischen Eltern, Großeltern und Pflegeeltern einerseits und minderjährigen Kindern andererseits geregelt, während das Vierte Hauptstück von den Rechtsbeziehungen von minderjährigen Kindern zu anderen Personen, die nicht Eltern, Großeltern oder Pflegeeltern sind, handelt. Das Vierte Hauptstück bedient sich dabei verschiedenster Rechtsfiguren, nämlich

- der Amtsvormundschaft des Jugendwohlfahrtsträgers (§ 211),
- der Vormundschaft des Jugendwohlfahrtsträgers (§ 213) mit Sonderregelungen innerhalb des Vierten Hauptstücks (§ 214),
- der Vormundschaft anderer Personen,
- der Sachwalterschaft des Jugendwohlfahrtsträgers für Minderjährige (§ 212),
- der so genannten „Kollisionskuratel“ (§ 271 und § 272),
- der Sachwalterschaft
- für psychisch kranke und geistig behinderte Personen und wiederum für Minderjährige und Volljährige sowie
- für Ungeborene (§ 274),
- der Kuratel für Abwesende und für unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft (§ 276).

Darüber hinaus kann die Obsorge, wie sie im Dritten Hauptstück umschrieben ist, ganz oder teilweise auf den Jugendwohlfahrtsträger übertragen werden, ohne dass dieser zum Vormund oder Sachwalter (§ 213) bestellt werden müsste. Obwohl es sich in diesen Fällen um eine Übertragung der Obsorge handelt, gelten nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für die Obsorge des Jugendwohlfahrtsträgers dann aber nicht die Bestimmungen des Dritten Hauptstücks, sondern die des Vierten Hauptstücks, als ob der Jugendwohlfahrtsträger zum Vormund oder zum Sachwalter bestellt worden wäre.

Umgekehrt sieht das Dritte Hauptstück vor, dass für Teilbereiche der Obsorge ein Sachwalter bestellt werden kann, für den aber die Vorschriften des Vierten Hauptstücks gelten. Die besonderen Verfahrensbestimmungen der §§ 236 ff AußStrG gelten wiederum nur für die Bestellung des Sachwalters für psychisch kranke oder behinderte Personen, unabhängig davon, ob sie volljährig oder minderjährig sind, während die Bestellung eines Sachwalters für Minderjährige für Teilbereiche der Obsorge nach den Verfahrensbestimmungen über die Vormundbestellung zu erfolgen hat. Bedenkt man nun, dass bezüglich aller dieser Rechtsinstitute unterschiedliche materiell-rechtliche Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit bestehen, so hat man ein System vor sich, das selbst für Fachleute des Kindschaftsrechts schwer durchschaubar ist (vgl. H. Pichler in Rummel, Kommentar zum ABGB², Rz 2 ff zu § 145c ABGB und Rz 9, 10 zu §§ 176-176b ABGB).

2. Diese Komplexität des Systems des Dritten und Vierten Hauptstücks des Ersten Teils des ABGB hängt wohl zumindest zum Teil damit zusammen, dass die Reform des Kindschaftsrechts in mehreren Teilschritten zustande kam, bei denen systematische Fragen in den Hintergrund traten (vgl. Schlemmer in Schwimann, Praxiskommentar², Rz 2 zu § 187). Dazu kommt, dass die vor den Reformen bedeutsame „klassische“ Vormundschaft von dem minderjährigen Kind nahe stehenden Personen durch die Änderung der sozialen Strukturen, durch den Ausbau des Pflegeelternwesens im Rahmen der Jugendwohlfahrt und durch die Möglichkeit der Übertragung der Obsorge auf den Jugendwohlfahrtsträger nahezu bedeutungslos geworden ist. Die Zeit für eine grundlegende Überarbeitung scheint gekommen, die Vielzahl an Rechtsfiguren mit (funktional gesehen) nahezu deckungsgleichen Aufgaben soll beseitigt werden.

Der Entwurf verfolgt das Ziel, im Sinne wohlverstandener Deregulierung klare Abgrenzungen zwischen den Rechtsinstituten der Obsorge für Minderjährige, der Sachwalterschaft für volljährige, psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen und der Kuratel in Sonderfällen (Kollisionsfälle, Ungeborene und Abwesende) zu schaffen. Das Rechtsinstitut des Vormunds soll in modernerer und von unnötigem Formalismus befreiter Gestalt in der Obsorge für Minderjährige durch andere Personen als Eltern, Großeltern und Pflegeeltern aufgehen.

Bei den mit der Obsorge betrauten Personen sollen demnach nur zwei Gruppen unterschieden werden, nämlich Eltern, Großeltern und Pflegeeltern einerseits, für die nur die Vorschriften des Dritten Hauptstücks gelten, und andere mit der Obsorge betraute Personen, einschließlich der Jugendwohlfahrtsträger, andererseits, für die ergänzend zum Dritten Hauptstück die Bestimmungen des Vierten Hauptstücks gelten. Sachwalter ist in Hinkunft nur noch eine Person, die für einen volljährigen, psychisch kranken oder geistig behinderten Menschen mit einem bestimmten Wirkungskreis bestellt ist; für ihn gelten die Bestimmungen des Vierten Hauptstücks. Diese gelten auch für die Fälle der Kuratel.

Damit entsteht ein klares, übersichtliches und (unter Berücksichtigung der inhaltlichen Änderungen, die im Einzelnen im Besonderen Teil näher erläutert werden) modernes System der Rechtsfürsorge für die in § 21 ABGB genannten besonders schutzbedürftigen Personen.

3. Einen Sonderfall unnötigen Aufwands stellt die notwendige Führung eines Ehelichkeitsbestreitungsprozesses dar, wenn allen Beteiligten die Unrichtigkeit der Vermutung des § 138 Abs. 1 bewusst ist. Ein vom tatsächlichen Vater abgegebenes Anerkenntnis ist bis zu einem rechtskräftigen stattgebenden Urteil im Streitverfahren nicht rechtswirksam. Abgesehen davon, dass außer dem Mann, für den die Ehelichkeitsvermutung gilt, und dem Staatsanwalt keiner der Beteiligten ein Bestreitungsrecht hat, bringt die Führung eines streitigen Verfahrens für alle (einschließlich der Gerichte) erhebliche Kosten (vor allem auch für das allenfalls unterliegende Kind) und Belastungen sowie einen unnötigen Aufwand an Zeit und Mühe mit sich.

Der Entwurf schlägt daher für klare Fälle, in denen sich alle Beteiligten über die tatsächliche Vaterschaft einig sind und gemeinsam den Wunsch haben, dass diese auch - auf einfachem Wege - festgestellt werde, ein einfaches Verfahren vor, in dem die Vermutung des § 138 Abs. 1 durch ein Anerkenntnis durchbrochen werden kann (§ 163e [...]). Damit wird einem besonderen Bedürfnis der Praxis entsprochen.

Das Begutachtungsverfahren hat auch ergeben, dass die Vermutung der Ehelichkeit nach Aufhebung, Scheidung oder Nichtigerklärung der Ehe der Mutter unnötigen Aufwand verursacht. In nahezu allen Fällen (Schätzungen reichen bis etwa 95%) stammt das danach geborene Kind nicht vom ehemaligen Ehemann der Mutter ab. Dem Vorbild des § 1592 des deutschen BGB (idF d Kindschaftsrechtsreformgesetzes) folgend sollen daher nach Aufhebung der Ehe durch Richterspruch geborene Kinder als unehelich gelten. Die Ehelichkeitsvermutung gilt in Hinkunft für innerhalb der (ebenfalls neuen) 300-Tagesfrist nach Auflösung der Ehe geborene Kinder nur, wenn die Ehe durch Tod des Mannes aufgelöst wurde (§§ 138 Abs. 1 und 155 erster Satz ABGB [...]). [...]

III. Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens: Der Ministerialentwurf eines Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes, welcher vom Bundesministerium für Justiz am 21. Jänner 1999 zur Begutachtung versandt wurde, wurde in den hiezu eingelangten 89 Stellungnahmen überwiegend positiv beurteilt. Die einzelnen Anregungen wurden eingehend geprüft, von der Vielzahl der Vorschläge wurden zahlreiche aufgegriffen und bei der Überarbeitung des Entwurfs berücksichtigt. Die Weiterentwicklung der Vorschläge zur Obsorge nach Scheidung oder Trennung (vor allem die Abkehr von der im Ministerialentwurf vorgeschlagenen Jahresfrist) fußt ebenso auf Anregungen aus dem Begutachtungsverfahren wie die Neufassung der „Wohilverhaltensklausel“ des § 145b und die Neufassung des § 145c, dessen ersatzlose Aufhebung vorgeschlagen worden war. Auch im Bereich des Abstammungsverfahrens (§§ 138, 155) wurden wichtige Anregungen aus der Praxis aufgegriffen. Weitergehende Anregungen zu Änderungen im Abstammungsrecht sollen - nicht zuletzt auch um notwendig mit einem derartigen Vorhaben verbundene Verzögerungen zu vermeiden - einem zukünftigen, die Reform des Kindschaftsrechts endgültig abschließenden Gesetzesvorhaben vorbehalten bleiben. Weiters wurde ua., wie bereits oben zu Punkt II A ausgeführt, Änderungsvorschläge zu den §§ 148 in Verbindung mit § 773a, § 178 und § 146c (teilweise, näheres dazu 2c und im Besonderen Teil der Erläuterungen) Rechnung getragen; desgleichen wurden die im Entwurf vorgesehenen Verfahrensbestimmungen (Art. VI) überarbeitet. [...]

IV. Überschneidungen mit anderen Gesetzesvorhaben: [...]

V. Kompetenzlage und Verfassungsrechtliches: Die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der vom Entwurf erfassten Bereiche ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen).

VI. Kosten: [...]

VII. EU-Konformität:

Wie bereits zu Punkt II C 3 und 4. b) dargelegt, sollen die Bestimmungen über die Veranlagung von Mündelgeld im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht erweitert werden.

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften hat am 29. März 2000 eine „Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten“ (Brüssel II-VO) mit folgendem wesentlichen Inhalt angenommen (ABIEG 2000 L 160, 19):

- Sie erfasst einerseits Verfahren über die Auflösung einer Ehe sowie die Trennung einer Ehe ohne Auflösung des Ehebandes und andererseits damit im Zusammenhang stehende Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren.
- Für diese Verfahren werden unmittelbar anwendbare Zuständigkeitsregeln geschaffen. Die einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts werden dadurch - ebenso wie im Bereich des EuGVÜ - verdrängt.
- Ehetrennende oder eheauflösende Entscheidungen sind in weiterer Folge in den anderen Mitgliedsstaaten automatisch anzuerkennen. Ein formales Anerkennungsverfahren (wie in Österreich bisher nach § 24 der 4. DVEheG) ist daher nicht mehr erforderlich.

derlich. Bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses kann jedoch die gerichtliche Anerkennung (oder die Feststellung der Nichtanerkennung) beantragt werden.

- *Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen aus Anlass einer Ehetrennung oder -auflösung sind ebenfalls automatisch anzuerkennen. Nach dem Vorbild des EuGVÜ ist weiters ein Verfahren zur Vollstreckbarerklärung solcher Entscheidungen vorgesehen.*

Diese Verordnung, die am 1. März 2001 in Kraft treten wird, beruht auf dem von allen Mitgliedstaaten am 28. Mai 1998 unterzeichneten Übereinkommen „Brüssel II“, dessen Inhalt wegen des Inkrafttretens des Vertrags von Amsterdam in die Form eines Gemeinschaftsrechtsakts übergeführt werden muss. Die Verordnung (in der Folge Brüssel-II-VO) wird in ihrem Anwendungsbereich unmittelbar anwendbar sein. Dennoch wäre es jedenfalls notwendig, einzelne Bestimmungen des nationalen Rechts daran anzupassen.

- *Die Brüssel-II-VO sieht ungeachtet der automatischen Anerkennung eheauflösender Entscheidungen ein fakultatives, in erster Instanz einseitiges gerichtliches Anerkennungsverfahren vor. Dem § 24 der 4. DVEheG, wonach die Anerkennung ausländischer Ehescheidungen durch Bescheid des Bundesministeriums für Justiz erfolgt, wird somit teilweise materiell derogiert. Zur Umsetzung dieses Verfahrens in das nationale Recht sind Ergänzungen der Jurisdiktionsnorm und des Außerstreitgesetzes sowie des Gerichtsgebührengesetzes erforderlich (Regelung der örtlichen Zuständigkeit, Rechtsbehelfe, Gebühr).*
- *Für Entscheidungen über die elterliche Verantwortung sieht die Brüssel-II-VO nach dem Vorbild des EuGVÜ ein in erster Instanz ebenfalls einseitiges Vollstreckbarerklärungsverfahren vor. Dies entspricht nicht der gegenwärtigen Rechtslage im Verfahren außer Streitsachen: Anders als in der insofern mit der Novelle 1995 geänderten Exekutionsordnung wird hier noch immer die Vollstreckung unmittelbar auf Grund eines ausländischen Titels, also ohne zwischengeschaltetes Vollstreckbarerklärungsverfahren, angeordnet. Ein Vollstreckbarerklärungsverfahren wäre zumindest für die von der Verordnung erfassten Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen einzuführen.*

Eine auf diese Punkte beschränkte Änderung des österreichischen Rechts führte jedoch zu einer untragbaren Rechtszersplitterung.

3.1. Für die Anerkennung eheauflösender Entscheidungen ist bisher auf Grund § 24 4. DVEheG das Bundesministerium für Justiz ausschließlich zuständig. Nach einem Inkrafttreten der Brüssel-II-VO wäre zu differenzieren: Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten wären automatisch anzuerkennen und daher von Standesämtern - etwa bei der Prüfung der Ehefähigkeit anlässlich einer beabsichtigten neuen Eheschließung - ohne weiteres zu beachten. Bei Nichtanerkennung stünde den Parteien (neben Rechtsmitteln im Bereich der Verwaltung) jedenfalls das gerichtliche selbständige Anerkennungsverfahren zur Verfügung, dessen Ergebnis für die Personenstandsbehörde verbindlich wäre. Im umgekehrten Fall könnte ein Ehegatte, der sich durch eine von der Personenstandsbehörde vorgenommene Anerkennung beschwert erachtet, in einem gerichtlichen Verfahren die Feststellung der Nichtanerkennung bewirken. Bei Drittstaatenentscheidungen bliebe es demgegenüber bei der Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz. Gegen dessen Entscheidungen wäre weiterhin nur die Beschwerde beim Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof zulässig.

Dies führte zu einer massiven Divergenz im Rechtsschutz: Während bei eheauflösenden Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union jedenfalls ein gerichtliches Verfahren zur Verfügung stünde, entschiede bei (potentiell problematischeren) Drittstaatenentscheidungen eine Verwaltungsbehörde, ohne dass eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Tatsachengrundlagen von deren Entscheidung gewährleistet wäre. Eine sachliche Rechtfertigung dieser Divergenz ist nicht ersichtlich.

Aus diesem Grund ist auch für Drittstaatenentscheidungen ein gerichtliches Anerkennungsverfahren vorzusehen. Allerdings ist eine vollständige Übernahme des Regelungskonzepts der Brüssel-II-VO nicht möglich. Die dort angeordnete automatische Anerkennung und das in erster Instanz einseitige Anerkennungsverfahren beruhen auf dem hohen Vertrauen, das die EU-Mitgliedstaaten einander im Hinblick auf die rechtsstaatliche Ausgestaltung ihrer

Zivilverfahrensrechte und ihrer Justizsysteme entgegenbringen. Bei Drittstaatenentscheidungen ist ein solcher Vertrauensvorschluss nicht generell möglich. Daher sollte hier (wie bisher) die Anerkennung einer eheauflösenden oder über den Bestand der Ehe ergehenden Entscheidung vom (jetzt gerichtlichen) Ausspruch der Anerkennung abhängen. Weiters sollte es - anders als im Bereich der Brüssel-II-VO - möglich sein, den Antragsgegner bereits in erster Instanz am Verfahren zu beteiligen. Die Gründe, die zur Verweigerung der Anerkennung berechtigen, sind ebenfalls zu modifizieren, und zwar insbesondere im Hinblick auf die Prüfung der Zuständigkeit des Ursprungsstaates. Mangels einheitlicher Zuständigkeitsregeln wird eine solche Prüfung - anders als im Bereich der Brüssel-II-VO - weiterhin erforderlich sein; sinnvollerweise wird man insofern auf die „österreichische Jurisdiktionsformel“ zurückgreifen (§ 80 Z 1 EO, Prüfung der Zuständigkeit durch spiegelbildliche Anwendung der einschlägigen österreichischen Vorschriften).

3.2. Eine Vollstreckbarerklärung ausländischer Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen ist aus mehreren Gründen auch über den Bereich der Brüssel-II-VO hinaus vorzusehen. Zunächst erfordert auch das Europäische Sorgerechtsübereinkommen (BGBl. 321/1985) in Art. 7 eine Vollstreckbarerklärung; gleiches gilt für das in absehbarer Zukunft zu ratifizierende neue Haager Minderjährigenschutzübereinkommen 1996 (Art. 26). Weiters wurde die traditionelle österreichische Regelungstechnik, wonach die Vollstreckung unmittelbar, also ohne Vollstreckbarerklärung, auf Grund des ausländischen Titels angeordnet wird, für den Bereich der Exekutionsordnung bereits mit der EO-Novelle 1995 aufgegeben. Gleiches sollte für ausländische Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen gelten.

Die von der Bewilligung der Vollstreckung gesonderte Vollstreckbarerklärung hat zudem praktische Vorteile: Im alten System wurde über die Voraussetzungen der Vollstreckung und über allfällige Verweigerungsgründe nur vorfrageweise - also nicht mit Bindungswirkung über die konkrete Vollstreckung hinaus - entschieden. Die Vollstreckbarerklärung ermöglicht demgegenüber die frühzeitige rechtskräftige Klärung dieser Fragen.

Aus diesen Gründen sind Bestimmungen über die Vollstreckbarerklärung von ausländischen Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen einzuführen. Auch in diesem Bereich ist jedoch eine vollständige Übernahme des Systems der Brüssel-II-VO nicht möglich. So soll es insbesondere möglich sein, den Antragsgegner außerhalb von deren Anwendungsbereich bereits in das erstinstanzliche Verfahren einzubeziehen. Weiters sind die Verweigerungsgründe - wie im Bereich der Anerkennung eheauflösender Entscheidungen - zu modifizieren.

4. Die oben genannten Änderungen sind in das Außerstreitgesetz aufzunehmen. Die Regelungen für die Vollstreckbarerklärung von Obsorge- und Besuchsrechtsentscheidungen werden dabei als neue §§ 185d bis 185h an die mit dem KindRÄG 2001 neu geschaffenen Bestimmungen des Pflegschaftsverfahrens angefügt, jene für Anerkennung von Eheentscheidungen folgen als neue §§ 228a bis 228d auf die Vorschriften über die einvernehmliche Scheidung. Erforderlich sind weiters Anpassungen der Jurisdiktionsnorm und des Gerichtsgebührengesetzes, § 24 der 4. DVEheG ist aufzuheben.

5. Im Übrigen tangiert das Gemeinschaftsrecht die Regelungsinhalte des Entwurfes nicht.

RV zu BGBl. I 48/2001: 1. Ausgangslage: Das österreichische Gewährleistungsrecht ist in manchen Teilen veraltet. Es kann die im Rechts- und Wirtschaftsleben auftretenden Bedürfnisse nicht mehr angemessen befriedigen. Auch entspricht die geltende Rechtslage nicht den Anforderungen an einen modernen Verbraucherschutz. Die allgemeinen Gewährleistungsbestimmungen des ABGB stammen im Wesentlichen aus dem Jahre 1811. Der Gesetzgeber versuchte zwar, mit der 3. Teilnovelle einige besonders schwere Gesetzesmängel zu sanieren. Im Kern - vor allem mit seinen Fristen - entspricht das Gewährleistungsrecht aber nach wie vor der zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Kraft getretenen Stammfassung des Gesetzbuchs. Seither haben sich die ökonomischen Verhältnisse allerdings grundlegend geändert. Der wirtschaftliche Wandel und seine Begleiterscheinungen (etwa die Ausbildung wirtschaftlicher Machtpositionen auf Anbieterseite, die Durchdringung des Alltags mit Marketing- und Werbestrategien und die Entwicklung besonderer Vertriebs- und Handelstechniken) erzeugen Fragen, auf die das geltende Gesetz nur unzureichende Antworten gibt. Auch lassen sich die tagtäglich von Unternehmen und von Privaten geschlossenen Geschäfte ihrer Art, ihrer Anzahl

und ihrem Wert nach mit den im vorindustriellen Zeitalter abgewickelten Transaktionen kaum vergleichen. Dazu kommen die Probleme auf Grund der sozialen und gesellschaftlichen Veränderungen, hier vor allem die Teilnahme weiter Bevölkerungskreise am geschäftlichen Verkehr und das Entstehen der „Konsumgesellschaft“. Diesen Entwicklungen sucht das moderne Zivil- und Verbraucherschutzrecht Rechnung zu tragen. Im Bereich der Gewährleistung konnte sich der Gesetzgeber allerdings nur zu wenigen Anpassungen (etwa in den §§ 8, 9 und 23 KSchG) durchringen.

Die Kritik am derzeitigen Rechtsbestand richtet sich gegen verschiedene Bestimmungen des geltenden Rechts. Im Vordergrund steht dabei die als zu kurz empfundene sechsmonatige Frist des § 933 ABGB für die Gewährleistung beim Kauf beweglicher Sachen. Aber auch andere Bereiche werden als unzureichend angesehen, etwa die Beweislastverteilung, die Behandlung verdeckter Mängel, das Verhältnis zu anderen Leistungsstörungenansprüchen oder der rechtliche Charakter der Gewährleistungsfristen. Besondere Probleme bereitet die seit der Entscheidung des OGH 7. März 1990 SZ 63/37 anerkannte volle Konkurrenz zwischen Gewährleistung und Schadenersatz. Diese Rechtslage trägt dazu bei, dass die Fristen des Gewährleistungsrechts in der Praxis (insbesondere im Bauwesen) obsolet werden.

Eine Reform dieses Rechtsgebiets wird seit Beginn der Neunzigerjahre intensiver diskutiert (vgl. Kandut, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf [1991]; Krejci, Reform des Gewährleistungsrechts [1994]; Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung [1994]). Im Jahre 1995 versandte das Bundesministerium für Justiz einen Ministerialentwurf zur allgemeinen Begutachtung. Hauptanliegen dieses Entwurfs waren die Verlängerung der Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen, die Einführung eines Vorrangs der Verbesserung und die Verkürzung der Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche auf zehn Jahre. Auch sollte das Gewährleistungsrecht vereinheitlicht werden.

Der Entwurf begegnete im Begutachtungsverfahren einigen Widerständen und Bedenken. Da sich in der Folge abzeichnete, dass das Gewährleistungsrecht auf europäischer Ebene teilweise harmonisiert werden könnte, wurde das Vorhaben vorläufig nicht mehr weiter betrieben. Stattdessen konzentrierten sich die Reformbestrebungen auf die Mitarbeit an dem von der Europäischen Kommission im Jahre 1996 vorgelegten Richtlinienvorschlag.

Die Verhandlungen im Europäischen Rat wurden von einer vom Bundesministerium für Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe begleitet. Daran beteiligten sich Vertreter der vom Vorhaben betroffenen Ressorts, der Sozialpartner, des Vereins für Konsumenteninformation, der Rechtsberufe und der Wissenschaft (Univ.-Prof. Dr. Karollus, Univ.-Prof. Dr. Krejci, Univ.-Prof. Dr. Welser und Univ.-Ass. Dr. B. Jud). Nach der Verabschiedung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie wurde in diesem Gremium die Umsetzung der Richtlinie in das österreichische Recht diskutiert.

Die Reform des Gewährleistungsrechts wurde weiters in der Abteilung Bürgerliches Recht des 14. Österreichischen Juristentags im Mai 2000 in Wien auf der Grundlage eines Gutachtens von Univ.-Prof. Dr. Welser und Univ.-Ass. Dr. B. Jud beraten (im Folgenden: Welser/B. Jud, Gutachten). Univ.-Prof. Dr. Welser verfasste für den Juristentag in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Justiz auch einen Gesetzesvorschlag.

2. Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf: Die Richtlinie 1999/44/EG über bestimmte Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie oder bloß Richtlinie) muss von den Mitgliedstaaten bis 1. Jänner 2002 umgesetzt werden. Ziel der Richtlinie ist es, grenzüberschreitende Verkäufe von Verbrauchern zu fördern. Auch sie sollen an den Vorteilen des Binnenmarkts teilhaben. Dazu bedarf es einheitlicher Mindestvorschriften für den Verbrauchsgüterkauf auf einem möglichst hohen Niveau. Zudem sollen Wettbewerbsverzerrungen, die im Binnenmarkt durch unterschiedliche Rechtsvorschriften bewirkt werden, vermieden werden.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt sich grundsätzlich auf das Verbrauchergeschäft, konkret auf den so genannten „Verbrauchsgüterkauf“. Sie regelt den Verkauf beweglicher körperlicher Sachen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher. Dabei werden sowohl grenzüberschreitende Verkäufe als auch Geschäfte innerhalb eines Mitglied-

staats erfasst. Die Richtlinie betrifft aber auch Werkverträge über die Herstellung oder die Erzeugung beweglicher körperlicher Sachen.

Die Richtlinie verpflichtet den Unternehmer, dem Verbraucher „dem Kaufvertrag gemäßee Güter zu liefern“. Der Verkäufer entspricht seinen Pflichten, wenn die Sache mit einer Beschreibung, einer Probe oder einem Muster übereinstimmt, wenn sie sich für den vertraglich bestimmten Zweck eignet, wenn sie sich für Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden und wenn sie schließlich eine Qualität und Leistungen aufweist, die bei gleichartigen Gütern üblich sind und die der Verbraucher vernünftigerweise erwarten kann. Diese Voraussetzungen lehnen sich inhaltlich an die Tatbestände des Art. 35 Abs. 2 UN-Kaufrecht an.

Dem Verbraucher kommen nach der Richtlinie die auch dem österreichischen Recht (und den Rechten anderer Mitgliedstaaten) geläufigen Gewährleistungsbeihilfe zu, nämlich die unentgeltliche Nachbesserung der Sache (also Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), die unentgeltliche Ersatzlieferung (das ist der Austausch des Verbrauchsgutes), die Preisminderung sowie das - inhaltlich der Wandlung entsprechende - Recht auf Auflösung des Vertrags. Die Rechte des Verbrauchers wegen einer vertragswidrigen Leistung sind allerdings gestaffelt: Zunächst hat er nur Anspruch auf unentgeltliche Nachbesserung oder auf unentgeltliche Ersatzlieferung, sofern dies nicht jeweils unmöglich oder unverhältnismäßig ist. Die Nachbesserung oder Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen. Erst in einer zweiten Phase kann der Verbraucher die Preisminderung oder - sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt - die Auflösung des Vertrags fordern. Im Ergebnis sieht die Richtlinie damit einen Vorrang der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung vor.

Die Gewährleistungsfrist beträgt nach der Richtlinie mindestens zwei Jahre ab der Lieferung des Verbrauchsgutes. Die Vertragswidrigkeit muss bereits im Zeitpunkt der Lieferung vorhanden sein und innerhalb dieser Frist auftreten.

Eine wichtige Erleichterung für den Käufer (und Werkbesteller) bildet die Vermutung der ursprünglichen Mangelhaftigkeit: Bei Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar werden, wird vermutet, dass der Mangel schon im Zeitpunkt der Lieferung bestand. Die Vermutung kann vom Verkäufer widerlegt werden, und sie tritt darüber hinaus dann nicht ein, wenn sie mit der Art des Gutes oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar ist.

Anders als der ursprüngliche Vorschlag der Kommission enthält die Richtlinie keine Rückpflicht des Verbrauchers. Die Mitgliedstaaten können aber vorsehen, dass der Verbraucher den Verkäufer zur Wahrung seiner Rechte über die Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Monaten nach der Feststellung des Mangels informieren muss.

Die Richtlinie behandelt auch Garantiezusagen und -versprechen des Verkäufers oder Herstellers. Für solche Garantien werden gewisse Mindestanforderungen vorgesehen, die vom Gebot der Transparenz im geschäftlichen Verkehr geprägt sind: Die Garantie muss den Garant zu den in der Erklärung und der Werbung angegebenen Bedingungen binden und darlegen, dass der Verbraucher auch gesetzliche Gewährleistungsrechte hat, die von der Garantie nicht berührt werden. Der Transparenz dient auch die Verpflichtung, dass die Garantie „in einfachen und verständlichen Formulierungen“ den Inhalt und die wesentlichen Angaben für ihre Geltendmachung zu enthalten hat.

Die Richtlinie wird in manchen Mitgliedstaaten zur Verbesserung der rechtlichen Position des Verbrauchers beitragen. Damit können gewisse Erschwernisse für die Wirtschaft, insbesondere für bestimmte Zweige des Handels, verbunden sein. Die Verschärfungen des Gewährleistungsrechts sollen nicht den gewährleistungspflichtigen Letztverkäufern zur Last fallen, wenn die Vertragswidrigkeit auf den Hersteller oder einen Vormann in der Vertriebskette zurückgeht. Daher verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten, einen Rückgriffsanspruch des Letztverkäufers gegen seine Vormänner vorzusehen. Der Rückgriff ist nach der Richtlinie freilich nicht zwingend, er kann abbedungen werden. Die nähere Ausgestaltung des Anspruchs wird den Mitgliedstaaten überlassen.

So wie andere Verbraucherschutz-Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft gibt auch die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie nur einen Mindeststandard vor: Die Mitgliedstaaten können strengere Bestimmungen erlassen oder beibehalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen.

3. Wesentliche Ziele des Entwurfs:

3.1. Der Entwurf strebt ein möglichst klares, einfaches und einheitliches Gewährleistungsrecht an. Aus diesem Grund soll die Richtlinie nicht isoliert im Konsumentenschutzgesetz umgesetzt werden. Es erscheint nämlich nicht sinnvoll, den bestehenden Gewährleistungsbestimmungen eine weitere „Rechtsschicht“ hinzuzufügen. Stattdessen soll die Richtlinie zum Anlass genommen werden, einige allgemeine Bestimmungen im ABGB zu ändern; dort sollen auch die gewährleistungsrechtlichen Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag beseitigt werden. Im Verbraucherrecht sollen nur diejenigen Bestimmungen der Richtlinie umgesetzt werden, für die im allgemeinen Privatrecht kein Bedarf besteht.

Trotz der vorgeschlagenen Umsetzung der Richtlinie im allgemeinen Gewährleistungsrecht wird keine Gesamtreform dieses Bereichs vorgeschlagen. Das geltende Recht soll im Gegenteil dort beibehalten werden, wo es der Richtlinie und ihren Bestimmungen nicht widerspricht. Die eingelebten Begriffe des ABGB sollen so weit wie möglich erhalten bleiben. Diese Methode einer bloß punktuellen Änderung verfolgt nicht zuletzt das Ziel, die bisherige Rechtsprechung und Lehre zu vielen (von der Richtlinie nicht tangierten) Fragen weiterhin zu nutzen. Die mit der Reform eines solchen zentralen Rechtsbereichs zwangsläufig verbundenen Rechtsunsicherheiten können damit auf ein Minimum reduziert werden. Im Interesse der Kontinuität der Rechtslage sollen selbst Bestimmungen verbleiben, die nur noch selten angewendet werden oder den heutigen legislatischen Anforderungen kaum noch genügen (etwa die §§ 923 und 930 ABGB).

Aus legislatischen Gründen werden - anders als noch im Begutachtungsentwurf - Änderungen nur in denjenigen Bestimmungen vorgesehen, die in ihrer geltenden Fassung mit der Richtlinie nicht vereinbar sind. Die §§ 923, 925 bis 931 und 932a ABGB, die - zum Teil auch auf Grund der zum Konsumentenschutzgesetz vorgeschlagenen Bestimmungen - der Richtlinie nicht widersprechen, sollen unverändert beibehalten werden.

3.2. Die Reform greift in einen wichtigen Teil des Schuldrechts ein. Gewährleistungsfragen beschäftigen die Wirtschaftsakteure, die Vertreter der Rechtsberufe und die Gerichte tagtäglich in den unterschiedlichsten Ausgestaltungen. Die ökonomische Bedeutung des Vorhabens ist daher groß. Die Umsetzung der Richtlinie wird gewisse Aufwendungen und Kosten verursachen, die zwar nicht überschätzt werden sollten, aber auch nicht unter den Tisch fallen dürfen. Der Entwurf ist bemüht, die Kosten des Vorhabens auf ein Minimum zu reduzieren. Diesem Ziel dient nicht zuletzt der Ansatz, die Reform des Gewährleistungsrechts auf die wichtigen Fragen zu beschränken. Auch sollen die vorgesehenen Änderungen Rechtsklarheit schaffen und insoweit zur Vermeidung von Streitigkeiten beitragen.

3.3. Der Entwurf will die bisherigen Funktionen des Gewährleistungsrechts nicht aus den Augen verlieren: Dem ABGB scheint es - vor allem mit den verhältnismäßig kurzen Fristen beim Kauf und der Herstellung beweglicher Sachen - darum zu gehen, Auseinandersetzungen im Gefolge einer mangelhaften Leistung möglichst rasch abzuwickeln. Für den Übergeber bieten diese kurzen Fristen eine gewisse Sicherheit im Rechtsverkehr, weil er nicht damit rechnen muss, dass er unverhältnismäßig lange Zeit nach Abschluss und Erfüllung des Rechtsgeschäfts in Anspruch genommen wird. Zwar können die derzeit maßgeblichen kurzen Fristen im Gewährleistungsrecht nicht mehr beibehalten werden, sie sind auch nicht mehr zeitgemäß. Dennoch soll das bisherige Ziel des Gewährleistungsrechts, Streitigkeiten aus einer mangelhaften Leistung möglichst zu begrenzen, nicht außer Acht gelassen werden.

3.4. Bei der Umsetzung einer Richtlinie des Gemeinschaftsrechts ist allgemein auf die Eigenheiten und Besonderheiten des nationalen Rechts Bedacht zu nehmen. Dieses Anliegen steht auch hinter dem vorliegenden Entwurf, der versucht, die Richtlinie in das bestehende österreichische Gewährleistungsrecht einzufügen. Daneben darf aber nicht vernachlässigt werden, dass die Richtlinie im Binnenmarkt bestimmte Funktionen erfüllt und einen wichtigen Faktor der wirtschaftlichen Integration darstellt. Diese Umstände sprechen dafür, die Reform

am Stand der Richtlinie zu orientieren und von ihr in den wichtigen wirtschafts- und rechtspolitischen Fragen nur dann abzuweichen, wenn dies im Einzelfall sinnvoll oder unerlässlich ist. Bisweilen wird es sich nicht vermeiden lassen, im nationalen Recht - teilweise unter Berufung auf den Mindeststandard der Richtlinie - eigenständige Lösungen zu wählen. Im Kern sollen aber die Richtlinie und ihre Regelungen den Vorzug genießen.

3.5. Nicht zuletzt ist der Entwurf bestrebt, die im geltenden Recht vielfach nicht genügend gesicherte Position des Verbrauchers zu verbessern. Die Bereiche Gewährleistung und Garantie bereiten den Konsumenten in der wirtschaftlichen Praxis häufig Probleme. Diesen Schwierigkeiten will der vorliegende Entwurf entgegenwirken. Das Ziel einer Verbesserung des Verbraucherschutzes kann aber nicht die alleinige Richtschnur der Reform sein. Vielmehr sind die Interessen der verschiedenen Wirtschaftsakteure gegeneinander abzuwägen. Auch hat die Gesamtheit der Verbraucher nichts davon, wenn zugunsten des Einzelnen allzu „strenge“ Regeln eingeführt werden, weil die Kosten dieser „strengen“ Regeln von den Unternehmern auf die Preise und damit auf alle Verbraucher überwältzt werden. Das Ziel einer Verbesserung des Verbraucherschutzes soll also mit dem entsprechenden Augenmaß verfolgt werden.

4. Wesentliche Inhalte des Entwurfs:

4.1. Der Mangelbegriff des österreichischen Gewährleistungsrechts stimmt jedenfalls im Ergebnis mit dem Konzept der „Vertragswidrigkeit“ nach Art. 2 Abs. 1 und 2 der Richtlinie überein (wobei nach österreichischem Recht auch die in der Richtlinie nicht geregelten Rechtsmängel relevant sind). Der Begriff der „Vertragswidrigkeit“ soll aber nicht in das österreichische Recht übernommen werden. Statt dessen soll § 922 ABGB um einige Elemente der Richtlinie angereichert werden. Im Prinzip soll sich am bisherigen Mangelbegriff nichts ändern. Auch nach dem neuen Recht wird es primär darauf ankommen, ob die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist.

In § 924 ABGB soll die Vermutung der ursprünglichen Mangelhaftigkeit nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie in das allgemeine Privatrecht aufgenommen werden. Die Richtlinie verlagert die Beweislast bei Fehlern, die innerhalb von sechs Monaten auftreten, vom Verbraucher auf den Verkäufer. Diese Sonderregel soll im österreichischen Recht allgemeine Geltung haben.

4.2. Die Gewährleistungsrechte des Käufers (und Werkbestellers) sollen in § 932 ABGB in Anlehnung an Art. 3 der Richtlinie neu gestaltet werden. In einer ersten Phase soll der Käufer oder Besteller nur Anspruch auf Verbesserung oder Austausch der Sache haben. Das Recht auf Preisminderung oder Wandlung soll dem Käufer oder Werkbesteller erst dann zustehen, wenn die Verbesserung und der Austausch für den Übergeber unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sind, wenn dieser seinen Verpflichtungen nicht nachkommt oder wenn die Verbesserung oder der Austausch für den Käufer (Besteller) mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre. In Abweichung vom Begutachtungsentwurf soll der Übernehmer auch dann sofort Preisminderung oder Wandlung begehren können, wenn ihm die Verbesserung oder der Austausch aus in der Person des Übergebers liegenden triftigen Gründen unzumutbar wäre.

4.3. Die Gewährleistungsfristen des § 933 ABGB sollen teilweise adaptiert werden. Die Frist für bewegliche Sachen soll von sechs Monaten auf zwei Jahre ausgedehnt werden; die bisher für unbewegliche Sachen und für Viehmängel maßgeblichen Fristen (drei Jahre bzw. sechs Wochen) sollen dagegen nicht geändert werden. Allerdings soll der rechtliche Charakter der Fristen geklärt werden. Von einer Vereinheitlichung der Fristen (wie noch im Ministerialentwurf 1995 und im „Entwurf Welser“ vorgeschlagen) wird abgesehen.

4.4. Die Lösung für das Problem der Konkurrenz von Gewährleistung und Schadenersatz sieht der Entwurf in einer weitgehenden Harmonisierung der Rechtsfolgen einer mangelhaften Leistung (§ 933a ABGB). Der Vorrang der Verbesserung soll auch im Bereich des Schadenersatzes für Mangelschäden zur Anwendung kommen. Den im Ministerialentwurf 1995 und im „Entwurf Welser“ zur Diskussion gestellten Vorschlag zur Verkürzung der absoluten Verjährungsfrist auf zehn Jahre greift der vorliegende Entwurf jedoch nicht auf. Stattdessen soll die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB im Bereich des Mangelschadens nach zehn Jahren ab der Übergabe der Sache verfristen.

4.5. Der vorgeschlagene § 933b ABGB enthält einen besonderen Rückgriff des Letztverkäufers und seiner Vormänner. Der Rückgriff kann bis zum Hersteller gehen. Dieser Anspruch soll mit dem dem Regressberechtigten erwachsenen Aufwand begrenzt werden. Auch werden zeitliche Beschränkungen vorgeschlagen.

4.6. In das Konsumentenschutzgesetz sollen verschiedene ergänzende Regelungen aufgenommen werden. So wird klargestellt, dass die §§ 922 bis 933 ABGB zu Lasten des Verbrauchers nicht abbedungen werden können (§ 9 Abs. 1 KSchG). In § 9a KSchG sollen die Sonderfälle der Richtlinie für montierte oder zur Montage bestimmte Güter umgesetzt werden. § 9b KSchG übernimmt die Vorgaben der Richtlinie über die vom Hersteller oder Verkäufer gewährten Garantien. Die Bestimmungen über die international-privatrechtlichen Belange und über die Zulässigkeit einer Verbandsklage in- und ausländischer Verbraucherverbände sollen ebenfalls im Konsumentenschutzgesetz umgesetzt werden (vgl. § 13a Abs. 1 Z 4 und § 28a Abs. 1 KSchG).

5. Eingrenzung des Gesetzesvorhabens:

5.1. Der Entwurf sieht, wie bereits erwähnt, keine umfassende Gesamtreform des Gewährleistungsrechts vor. Die vorgeschlagenen Änderungen beschränken sich auf die zur Umsetzung der Richtlinie notwendigen oder zweckmäßigen Fragen und befassen sich ansonsten nur mit der Lösung besonders drängender Probleme. Die vertrauten und eingelebten Bestimmungen des Gewährleistungsrechts sollen weiterhin anwendbar sein. Am bisherigen Rechtsbestand und seiner Auslegung durch die Gerichte und die Rechtswissenschaft kann in diesem Umfang festgehalten werden.

Die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen der §§ 377 ff HGB sollen ebenfalls nicht geändert werden. Im Besonderen soll das verhältnismäßig strenge österreichische Gewährleistungsrecht für Kaufleute nicht an die für den internationalen Handelskauf geltenden und zum Teil „milderer“ Bestimmungen der Art. 38 ff UN-Kaufrecht angepasst werden. Hiefür sehen die Wirtschaft, die Rechtswissenschaft und die Praxis keinen Bedarf.

5.2. Der Entwurf geht auch nicht so weit, aus Anlass der Richtlinie eine Gesamtreform des österreichischen Leistungsstörungenrechts, etwa im Sinn eines einheitlichen Rechts für alle Arten von Vertragsverletzungen, vorzuschlagen. Zwar zeichnet sich im internationalen und europäischen Vergleich eine Entwicklung in Richtung eines einheitlichen Vertragsverletzungs- und „Non-performance“-Begriffs ab. Und auch in Österreich gibt es Stimmen, die in diesem Sinn einer Orientierung am UN-Kaufrecht das Wort reden (vgl. Kandut, Das Gewährleistungsrecht beim Kauf 241 ff). Ein einheitlicher Begriff der Vertragsverletzung könnte zu der im internationalen Wettbewerb wichtigen Modernisierung der Rechtsordnung und zur Vereinfachung des Schuldrechts beitragen. Zumindest im Prinzip würde es sich dann nämlich erübrigen, zwischen den Tatbeständen der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung, des Verzugs, der nachträglichen Unmöglichkeit, der Gewährleistung und der positiven Forderungsverletzung zu unterscheiden. Allerdings besteht die Gefahr, dass die erzielte Vereinfachung nur eine vordergründige und scheinbare ist, da bei den Rechtsfolgen der einzelnen Arten der Vertragsverletzung doch wieder differenziert werden muss (vgl. Welser/B. Jud, Gutachten 40). Zudem ist in Österreich - anders als etwa in Deutschland - bislang eine Reform des Leistungsstörungenrechts noch nicht eingehender diskutiert worden. Die Auswirkungen einer solchen umfassenden Reform lassen sich daher nicht verlässlich abschätzen. Einer breiteren Debatte über die Verwirklichung dieses Vorhabens zu einem späteren Zeitpunkt will sich das Bundesministerium für Justiz aber keineswegs verschließen.

5.3. Im Rat und im Europäischen Parlament war die Frage, ob die Richtlinie auch eine unmittelbare gesetzliche Haftung des Herstellers für vertragswidrige und mangelhafte Leistungen vorsehen soll, überaus umstritten. Letztlich wurde dazu eine Kompromisslösung gefunden: Die Mitgliedstaaten können auf Grund der Mindeststandard-Klausel des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie eine solche Haftung des Herstellers einführen oder beibehalten, sie sind dazu aber nicht verpflichtet. Die Kommission hat aber bis zum Jahr 2006 einen Bericht vorzulegen, in dem sie auch die Frage der Herstellerhaftung behandeln muss (Art. 12 der Richtlinie).

Einen solchen Durchgriff auf den Hersteller lassen etwa das französische und skandinavische Rechte zu. Angesichts der Realitäten des heutigen Wirtschaftslebens, in dem der Kauf

massenhaft hergestellter (Gattungs-)Sachen der Regelfall, der Kauf einer Speziessache aber die Ausnahme ist, haben die Argumente für die Einführung einer unmittelbaren Herstellerhaftung einiges für sich. Allerdings würde eine solche Haftung im österreichischen Recht eine weitreichenden Systemwandel bedeuten, der nicht ohne ausführliche Diskussion und - schon aus Wettbewerbsgründen - möglichst im europäischen Gleichklang verwirklicht werden sollte. Weiters könnte eine gesetzliche Herstellerhaftung wirtschaftlich im Ergebnis zu nicht gewollten Umwälzungen führen. Daher empfiehlt es sich, dem Bericht der Kommission in dieser Frage nicht vorzugreifen.

5.4. Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten eine Rügepflicht vorsehen. Demnach muss der Verbraucher dem Verkäufer den Mangel zur Wahrung seiner Rechte binnen zwei Monaten ab Feststellung der Vertragswidrigkeit melden. Dem österreichischen Privatrecht ist - wenn man von § 377 HGB und § 31e Abs. 2 KSchG absieht - eine solche Rügepflicht fremd. Bei der Vorbereitung des Entwurfs und im Begutachtungsverfahren wurde von manchen Seiten gefordert, im allgemeinen Zivilrecht eine derartige Verpflichtung des Käufers einzuführen. Der Verbraucher soll auf solche Art und Weise dazu verhalten werden, seine Ansprüche möglichst rasch geltend zu machen.

Nach Ansicht des Bundesministeriums für Justiz sprechen allerdings die besseren Argumente gegen eine Rügepflicht: Zum Ersten bringt nämlich eine solche Obliegenheit des Übernehmers in den Gewährleistungsprozess ein zusätzliches Beweisthema ein, das von den eigentlichen Fragen ablenkt und den Rechtsstreit für Parteien und Gericht ebenso aufwändig wie im Ausgang ungewiss macht. Zum Zweiten würde die Rügepflicht vor allem dem rechtlich unerfahrenen Übernehmer zur Last fallen, während es der Kundige verstehen dürfte, die Sache so darzustellen, dass ihm keine Obliegenheitsverletzung vorgeworfen werden kann. Zum Dritten wird auch die zeitlich befristete Vermutung des neuen § 924 ABGB einen Anreiz zur raschen Geltendmachung von Mängeln auslösen. Und schließlich dürfte die in der Richtlinie vorgesehene Rügepflicht nicht die von ihren Proponenten erwarteten Auswirkungen haben, weil sie an die Feststellung der Vertragswidrigkeit durch den Verbraucher, also an einen subjektiven Umstand, anknüpft. Insgesamt gesehen scheint eine allgemeine Rügepflicht also mehr Probleme zu schaffen, als sie zu lösen verspricht. Der Entwurf sieht daher davon ab, dieses Rechtsinstitut in das allgemeine Gewährleistungsrecht einzuführen.

5.5. Die Richtlinie sieht verschiedene Ausnahmen von ihrem Anwendungsbereich vor: Nach Art. 1 Abs. 2 lit. b der Richtlinie sind Wasser und Gas, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge abgefüllt sind, ebenso wie Strom nicht als „Verbrauchsgut“ anzusehen. Die Lieferung solcher Sachen fällt daher nicht unter die Richtlinie. Im österreichischen Recht finden sich derzeit keine spezifischen Gewährleistungsregeln für die Lieferung von Wasser, Gas und Elektrizität. In der Reformdiskussion und auch im Begutachtungsverfahren sind aber keine Argumente vorgebracht worden, die für eine Sonderbehandlung dieses Bereichs sprechen. Ein Bedarf für die Übernahme dieser Ausnahmen erscheint nicht gegeben. Nach der Richtlinie steht es den Mitgliedstaaten weiters frei, gewerbliche oder private Versteigerungen von „gebrauchten Gütern“ auszunehmen (Art. 1 Abs. 3). Das geltende österreichische Recht enthält keine gesetzlichen Regelungen, die die Versteigerung von beweglichen Sachen gewährleistungsrechtlich privilegieren. Daran soll sich ebenfalls nichts ändern. Im Interesse der Kontinuität des geltenden Rechts und im Interesse eines einheitlichen Gewährleistungsrechts wird daher vorgeschlagen, diese Ausnahmen der Richtlinie nicht zu übernehmen.

Für gerichtliche Versteigerungen (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b erster Anstrich der Richtlinie) sollen die Ausnahmen des § 189 Abs. 2 und des § 278 Abs. 3 EO hingegen aufrecht bleiben. Diese Gewährleistungsausschlüsse entsprechen den Käufererwartungen.

5.6. Im Begutachtungsverfahren ist vorgeschlagen worden, kleine und mittlere Handelsbetriebe auch durch eine Ergänzung der Tatbestände des § 35 KartG vor missbräuchlicher Ausübung von Marktmacht zu schützen. Konkret soll der Ausschluss oder die Einschränkung des Rückgriffsrechts nach § 933b ABGB durch marktmächtige Hersteller oder Zwischenhändler einen besonderen Missbrauchsfall bilden. Diese Forderungen sollen aber nicht schon mit

dem vorliegenden Entwurf verwirklicht, sondern im Rahmen der anstehenden Neuordnung des Kartellrechts geprüft und allenfalls umgesetzt werden.

6. Kosten: [...]

7. Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung:

7.1. Vorweg sei festgehalten, dass das Vorhaben im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowie im Verhältnis zu den Beitrittskandidaten nicht zu Benachteiligungen der österreichischen Wirtschaft führen wird. Es ist ein wichtiges Ziel der Richtlinie, durch unterschiedliche Rechtsvorschriften hervorgerufene Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt hintanzuhalten. Alle Mitgliedstaaten müssen ab dem 1. Jänner 2002 die Vorgaben der Richtlinie einhalten. Darüber hinaus verhindert das erwähnte Ziel des Entwurfs, bei der Umsetzung der Richtlinie möglichst nahe an deren Standard zu bleiben, Beeinträchtigungen der Wettbewerbsposition der österreichischen Unternehmen. Bei der Prüfung der Auswirkungen des Reformvorhabens auf den Wirtschaftsstandort und die Beschäftigung dürfen weiters die gesamtwirtschaftlichen Aspekte nicht vernachlässigt werden: Es wäre nicht sachgerecht, hier nur die Mehrbelastungen für die Verkäufer und Werkunternehmer zu berücksichtigen. Diesen Kosten stehen die aus der Reform den Käufern und Werkbestellern erwachsenden Vorteile gegenüber, die nicht nur den Verbrauchern, sondern auch den Unternehmen als Nachfragern zugute kommen. Gesamt- und volkswirtschaftlich gesehen werden sich daher die Folgen der Richtlinie und ihrer Umsetzung nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz in etwa die Waage halten.

7.2. Ungeachtet dieser „Kostenneutralität“ der Reform können die vorgeschlagenen Regelungen für Teile des Handels und der Industrie zu Erschwernissen führen. Zwar werden sich die Richtlinie und der vorliegende Entwurf bei vielen Produkten kaum auswirken (so wird etwa die Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Lebensmittel- und Textilhandel wenn überhaupt nur geringfügige Folgen haben). Der Vertrieb bestimmter anderer beweglicher Sachen, etwa von Elektro- und Elektronikprodukten und von Kraftfahrzeugen, wird dagegen von den vorgesehenen Neuerungen sehr wohl betroffen sein. Auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens lassen sich diese Auswirkungen aber nicht verlässlich abschätzen.

8. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Es bestehen keine besonderen Beschlussfordernisse im Nationalrat und im Bundesrat. Das Vorhaben unterliegt nicht dem Konsultationsmechanismus, zumal die Länder und Gemeinden als Träger von Privatrechten nicht gesondert belastet werden und mit dem Entwurf einer gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsverpflichtung nachgekommen wird. Der Entwurf ist auch nicht nach dem Notifikationsgesetz 1999 der Europäischen Kommission zu notifizieren.

9. EU-Konformität: Der Entwurf entspricht in allen Belangen dem Gemeinschaftsrecht.

RV zu BGBl. I 118/2002: 1. Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr: Die am 29. Juni 2000 verabschiedete Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (im Folgenden Richtlinie oder Zahlungsverzugs-Richtlinie) geht davon aus, dass übermäßig lange Zahlungsfristen und -verzögerungen den Unternehmen, insbesondere den Klein- und Mittelbetrieben, schwere Verwaltungs- und Finanzlasten verursachen und dass die Unterschiede zwischen den Zahlungsbestimmungen und -praktiken in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts beeinträchtigen (siehe die Erwägungsgründe 7 und 9). Im Zahlungsverzug sieht die Richtlinie vor allem einen Vertragsbruch, von dem die Schuldner in den meisten Mitgliedstaaten durch niedrige Verzugszinsen und langsame „Beitreibungsverfahren“ profitieren. Die Richtlinie will in diesem Bereich einen durchgreifenden Wandel bewirken, die Entwicklung umkehren und sicherstellen, dass die gesetzlichen Folgen des Zahlungsverzugs von der Überschreitung der Zahlungsfristen abschrecken (Erwägungsgrund 16). Einen Schwerpunkt legt die Richtlinie dabei auf Geschäfte zwischen Unternehmern, bei denen die Zahlungsbedingungen nicht vertraglich vereinbart worden sind. Es ist ihr aber auch ein Anliegen, unfaire und grob missbräuchliche Vertragsbedingungen, die kleine und mittlere Unternehmen auf Grund ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit im Verhältnis zu Großunternehmen oder auch im Verhältnis zur öffentlichen Hand in Kauf nehmen müssen, zu bekämpfen.

Die Richtlinie hat nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich, sie gilt nur für Geldforderungen im Geschäftsverkehr. Darunter versteht sie nach ihrem Art. 2 Z 1 Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder zur Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen; der Unternehmensbegriff der Richtlinie deckt sich weitgehend mit dem Unternehmerbegriff des § 1 KSchG, er umfasst auch juristische Personen öffentlichen Rechts. Die Rechtsbeziehungen zwischen Nichtunternehmern oder zwischen Unternehmern und Verbrauchern fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie (siehe auch den Erwägungsgrund 13). Auch außervertragliche Verbindlichkeiten, etwa aus dem Titel der Schadenersatzes, werden von ihr nicht erfasst.

Den Kern der Richtlinie bilden die Bestimmungen des Art. 3 über die „Zinsen bei Zahlungsverzug“. Der gesetzliche Zinssatz nach der Richtlinie setzt sich aus dem Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank zuzüglich einer Spanne von mindestens sieben Prozentpunkten zusammen. Geldforderungen eines Gläubigers sind, sofern die Parteien nicht etwas Abweichendes vereinbart haben, mit diesem beweglichen Zinsfuß spätestens 30 Tage nach dem Eingang der Rechnung, nach dem Empfang der Sache oder Leistung oder nach einer Abnahme oder Überprüfung der Leistung zu verzinsen (siehe näher Art. 3 Abs. 1 lit. b der Richtlinie). Vereinbarungen, die mit diesem Regime nicht im Einklang stehen, können nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie „grob nachteilig“ (und damit unwirksam) sein.

Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten ferner dazu, einen vor der Lieferung der Güter vereinbarten Eigentumsvorbehalt anzuerkennen (Art. 4). Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass bei nicht bestrittenen Geldforderungen in der Regel binnen 90 Kalendertagen ein vollstreckbarer Titel erwirkt werden kann (Art. 5 Abs. 1).

2. Ziele und Inhalt des Entwurfs: Die Höhe der gesetzlichen Zinsen soll im allgemeinen Zivilrecht teilweise neu geregelt werden. Am gesetzlichen Zinssatz von vier Prozent für Geldforderungen außerhalb des Geschäftsverkehrs soll sich nichts ändern. Für Verzugszinsen aus einem unternehmerischen Geschäft wird dagegen ein leicht über dem Zinsfuß der Richtlinie liegender gesetzlicher Zinssatz vorgeschlagen. Das hängt damit zusammen, dass als „Bezugsgröße“ dieses Verzugszinssatzes nicht der Hauptrefinanzierungszinssatz der Europäischen Zentralbank vorgeschlagen wird, sondern der mittlerweile eingelebte und auch gängige Basiszinssatz nach Art. 1 § 1 des 1. Euro-Justiz-Begleitgesetzes. Diese Abweichung von der Richtlinie ist unproblematisch, weil diese nur einen Mindeststandard vorgibt und die Mitgliedstaaten nicht davon abhält, zugunsten der Gläubiger strengere Vorschriften beizubehalten oder vorzusehen (Art. 6 Abs. 2).

Ferner soll die überaus umstrittene Frage der Ersatzfähigkeit von Inkassokosten allgemein gelöst werden. Wie die Verzugszinsenregelung soll auch die Regelung über die Behandlung von Betreibungs- und Einbringungskosten im ABGB angesiedelt werden. Die so genannten Inkassokosten sollen künftig als Schadenersatzanspruch behandelt werden. Sie sollen auf dem ordentlichen Rechtsweg (wenn auch als Nebenforderungen im Sinne des § 54 Abs. 2 JN) und nicht als (vorprozessuale) Prozesskosten geltend gemacht werden. [...]

3. Eingrenzung des Gesetzesvorhabens:

a. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b der Richtlinie tritt die Verpflichtung zur Zahlung der erhöhten gesetzlichen Zinsen nach Ablauf eines Zeitraums von 30 Tagen ab Zugang der Rechnung beim Schuldner, ab Lieferung oder Erbringung der Leistung oder ab Beendigung eines vertraglich vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Abnahmeverfahrens ein. Dabei bedarf es keiner Mahnung. Dem österreichischen Zivilrecht ist eine derartige „Zahlungsfrist“ fremd. Die Fälligkeit tritt in den von der Richtlinie geregelten Fällen nach österreichischem Recht in der Regel auch ohne Einmahnung mit der Erbringung der Leistung durch den Gläubiger ein. Sofern die Höhe des Anspruchs noch nicht feststeht, bedarf es für die Herbeiführung der Fälligkeit einer Geldforderung der Zusendung einer detaillierten Rechnung durch den Gläubiger. Mit dem Eintritt der Fälligkeit beginnen die Verzugszinsen zu laufen. Die Übernahme der 30-tägigen „Zahlungsfrist“ der Richtlinie würde damit jedenfalls teilweise zu einer Verschlechterung der Rechtsposition des Gläubigers führen. Es wäre auch nicht sinnvoll, den Eintritt der Fälligkeit und den Beginn des Laufs der gesetzlichen Zinsen in den vor der Richtlinie erfassten

Fällen zu trennen. Dies würde speziell im Fall der Verzugszinsen bei Geldforderungen einen Systembruch herbeiführen. Daher soll die 30-Tages-Frist der Richtlinie nicht übernommen werden. Das widerspricht der Richtlinie nicht, weil sie es den Mitgliedstaaten freistellt, für den Gläubiger günstigere Vorschriften beizubehalten oder einzuführen (Art. 6 Abs. 2). Statt der Einführung der 30-Tages-Regel soll der Schuldner verpflichtet werden, die ihm obliegende Leistung ohne unnötigen Aufschub zu erbringen. Damit werden ihm einige wenige Tage zur Verfügung gestellt, in denen er die Forderung des Gläubigers prüfen und die notwendigen Anweisungen in seinem Unternehmen geben kann. Diese flexible Lösung entspricht den Grundwertungen des österreichischen Fälligkeitsrechts und der wirtschaftlichen Praxis.

b. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie über die Unwirksamkeit grob nachteiliger Vereinbarungen, mit denen von der Zahlungsfrist oder den Zinsen nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie abgewichen wird, soll nicht eigens umgesetzt werden. Die Bestimmung entspricht nämlich weitgehend der Regelung des § 879 Abs. 3 ABGB. Die in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie angeführten Elemente (Handelspraxis, Art der Ware, Grund der vertraglichen Abweichung) sind bei der Prüfung der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel zu berücksichtigen, ohne dass dies besonders bestimmt werden muss. Grob nachteilige vertragliche Vereinbarungen, die nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern (auf die § 879 Abs. 3 ABGB abstellt) enthalten sind, können nach § 879 Abs. 1 ABGB nichtig sein. Zur Nichtigkeit kann es insbesondere dann kommen, wenn sich der Schuldner durch die Vereinbarung unfairer Zahlungsbedingungen „in erster Linie“ zusätzliche Liquidität auf Kosten des Gläubigers verschafft oder wenn er als Generalunternehmer seinen Lieferanten Bedingungen aufzwingt, die auf der Grundlage der ihm selbst gewährten Bedingungen nicht gerechtfertigt sind (siehe zu diesen Beispielen den Erwägungsgrund 19). Gemeint sind dabei vor allem Vereinbarungen, mit denen der Schuldner dem Gläubiger Zahlungsfristen aufoktroiert, die erheblich von dem in der Richtlinie verkörperten Leitbild von 30 Tagen abweichen (etwa Fristen von drei oder vier Monaten, die sachlich nicht gerechtfertigt sind). Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang an die Vereinbarung niedriger Verzugszinsen zu denken, die den dem Gläubiger erwachsenden Nachteil nicht ausreichend widerspiegeln. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Zahlungsbedingungen wird auch darauf Bedacht zu nehmen sein, dass der Schuldner im Einzelfall auf Grund seiner wirtschaftlichen Überlegenheit in der Lage ist, den Gläubiger durch solche Bedingungen zu bedrängen. Dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung wird zudem durch die auf Grund der Zahlungsverzugs-Richtlinie bereits geänderte Bestimmung des § 35 Abs. 1 Z 1 Kartellgesetz vorgebeugt.

c. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie über den Eigentumsvorbehalt bedarf im Hinblick auf die völlig eindeutige österreichische Rechtslage keiner eigenen Regelung. Der vertraglich vereinbarte Eigentumsvorbehalt ist in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt, er berechtigt den Vorbehaltseigentümer in der Exekution zur Exszindierung und im Konkurs zur Aussonderung. Daher ist es nicht erforderlich, im allgemeinen Zivilrecht oder im Handelsrecht eine dem Art. 4 der Richtlinie entsprechende Regelung einzuführen.

d. [...]

e. Von der Möglichkeit, Zinsenzahlungen von weniger als fünf Euro vom neuen Verzugszinsenregime auszunehmen (Art. 6 Abs. 3 lit. c der Richtlinie), soll schon aus Gründen der Einfachheit und Übersichtlichkeit der Rechtslage nicht Gebrauch gemacht werden.

f. Das Bundesministerium für Justiz hat bei der Vorbereitung des Entwurf erwogen, die gesetzlichen Zinsen nicht nur für Geldforderungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, sondern - ähnlich wie in § 288 dBGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, dBGBI. I S 3138 - allgemein anzuheben und an die Entwicklung des Basiszinssatzes zu knüpfen. Dabei hat das Bundesministerium für Justiz zuletzt an einen Aufschlag auf den Basiszinssatz von vier Prozentpunkten auf das Jahr gedacht (was derzeit einem gesetzlichen Zinssatz von 6,75% entspräche). Gegen solche Überlegungen sprechen allerdings - auch im Lichte der Ergebnisse der Begutachtung des Entwurfs - verbraucher- und sozialpolitische Erwägungen. Vor allem könnte eine solche allgemeine Anhebung des gesetzlichen Zinsfußes zu einer weiteren Verschärfung der Verschuldung führen. Auch lässt sich die deutsche Rechtslage auf dem Gebiet des Verzugs nicht ohne weiteres mit der österreichischen

vergleichen. Daher haben die erwähnten Überlegungen in den vorliegenden Vorschlag keinen Eingang gefunden, mögen auch unterschiedliche gesetzliche Verzugszinsen zu einem unterschiedlichen Zahlungsverhalten führen. Der Vorschlag, dem dadurch zu entgehen, dass die höheren gesetzlichen Verzugszinsen allgemein für Geldschulden von Unternehmern (auch gegenüber von Verbrauchern) gelten, erscheint unausgewogen.

g. Im Begutachtungsverfahren haben verschiedenen Stellen weitere Vorschläge erstatet. Die Vertreter der Wirtschaft haben ua. gefordert, das „Zurückbehaltungsrecht“ des Werkbestellers (§ 1170 ABGB) einzuschränken, um unvertretbare Zahlungsverzögerungen vor allem im Baubereich hintanzuhalten (siehe dazu zuletzt auch Karollus/Lukas, Das so genannte Zurückbehaltungsrecht des Werkbestellers, JBl 2001, 677, 766). Interessenvertreter der Verbraucher haben wiederum verlangt, weitere gesetzliche Regelungen zur Bekämpfung der Überschuldung der Konsumenten vorzusehen. Im Besonderen ist hier die Regelung des § 1416 ABGB genannt worden, die laut diesen Forderungen dazu führe, dass sich Kredit-schulden und andere Verbindlichkeiten trotz Zahlungen des Schuldners nicht verringerten.

Das Bundesministerium für Justiz steht diesen Vorschlägen aufgeschlossen gegenüber. Sie sollten aber nicht ohne Durchführung eines Begutachtungsverfahrens verwirklicht werden, zumal damit doch wesentliche Eingriffe in das geltende Recht verbunden sind. Daher sollen diese Vorschläge bei der nächsten Gelegenheit in einen Begutachtungsentwurf aufgenommen werden.

4. Kompetenz: Die Kompetenz des Bundes zur Erlassung des vorgeschlagenen Bundesgesetzes gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen).

5. Finanzielle Auswirkungen: [...]

6. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort: Die Zurückdrängung von Zahlungsverzögerungen wird dem Wirtschaftsstandort und der Beschäftigung zugute kommen, weil die Liquidität der Unternehmen verbessert wird.

7. Aspekte der Deregulierung: Der vorgeschlagene Entwurf geht zum Teil über die Zahlungsverzugs-Richtlinie hinaus. Auf Grund des Abstellens auf den Basiszinssatz des Art. I § 1 Abs. 1 des 1. Euro-Justiz-Begleitgesetzes muss für Geldforderungen in dem der Richtlinie unterliegenden geschäftlichen Verkehr eine höhere „Spanne“ gewählt werden, sodass sich insoweit ein - im Vergleich zur Richtlinie - leicht höherer Zinssatz ergibt. Zudem wird die Zahlungsfrist von 30 Tagen nicht übernommen. Diese Abweichungen von der Richtlinie erfolgen aber nicht „ohne Grund“ (siehe Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetz 2001, BGBl. I Nr. 151/2001), weil sie der Einheitlichkeit des Privatrechts und der Rechtstransparenz dienen.

8. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Der vorliegende Entwurf unterliegt nicht dem Konsultationsmechanismus, weil er zivilrechtliche Regelungen vorsieht, durch die die anderen Gebietskörperschaften nicht gesondert belastet werden. Auch bestehen keine besonderen Beschlusserfordernisse im Nationalrat und im Bundesrat.

9. EU-Konformität: Mit dem Vorhaben soll die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr umgesetzt werden.

RV zu BGBl. I 91/2003: 1. Ausgangslage:

1.1. Nachbarrecht: Bäume und andere Pflanzen an oder in der Nähe von Grundstücksgrenzen führen immer wieder zu Streitigkeiten zwischen Nachbarn. Im Zentrum dieser Auseinandersetzungen stehen die Beeinträchtigungen von benachbarten Grundstücken durch so genannte „Immissionen“. Gemeint sind damit die von fremden Bäumen und Pflanzen ausgehenden Einwirkungen auf den Nachbargrund, angefangen mit den Belastungen durch Laub, Nadeln und andere natürliche Folgen von Gewächsen („positive Immissionen“) bis hin zum Schattenwurf und den damit verbundenen Beeinträchtigungen des Nachbargrundstücks („negative Immissionen“). Mit solchen Fragen werden die unterschiedlichsten Stellen, vor allem die Gemeinden und die Bezirksgerichte auf dem Amtstag, befasst. Auch die Volksanwaltschaft ist häufig damit konfrontiert worden. Sie hat sich daher an das Bundesministerium für Justiz mit der Anregung gewandt, eine Reform des Nachbarrechts zu überdenken.

Die Einwirkungen von fremden Bäumen oder Pflanzen auf dem Nachbargrund berechtigen den dadurch beeinträchtigten Grundeigentümer oder sonst Nutzungsberechtigten nach geltendem Recht nicht zu einer Unterlassungsklage. Der Nachbar kann sich gegen fremde

Bäume und Pflanzen nur insoweit zur Wehr setzen, als er herüberhängende Äste abschneiden und herüberwachsende Wurzeln ausreißen kann. Andere Beeinträchtigungen durch fremde Pflanzen muss er dagegen dulden. Die geltenden nachbarrechtlichen Regelungen des ABGB sind seit der 3. Teilnovelle im Jahr 1916 nicht mehr geändert worden. Sie stammen aus einer Zeit, in der die Besiedlungsdichte noch geringer war und solche Immissionen den Nachbarn offenbar nicht so gravierende Probleme bereiteten. Seither haben sich die tatsächlichen Verhältnisse jedoch wesentlich geändert. In erster Linie ist dabei auf die Verkleinerung der zur Verfügung stehenden Grundflächen zu verweisen. Aber auch gesellschaftliche Entwicklungen, beispielsweise das Aufkommen des Umweltschutzgedankens, die geänderte Einstellung zur Natur und der Zuzug in das Umfeld größerer Städte, spielen hier eine Rolle.

Eine Reform dieses Rechtsbereichs wird bereits seit längerem von verschiedenen Stellen gefordert. Das Regierungsprogramm für die 22. GP greift diese Forderungen auf und sieht Änderungen im Nachbarrecht (Verankerung des Grundsatzes der gegenseitigen Rücksichtnahme; Bereitstellung außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren) vor. Die Arbeiten an diesem Vorhaben haben mittlerweile schon eine längere Vorgeschichte: Im Herbst 1997 hielt das Bundesministerium für Justiz zu diesem Thema eine Orientierungsdebatte mit Vertretern der Wissenschaft, der Sozialpartner und der Rechtsberufe ab. Die Diskussion brachte damals aber keine eindeutigen Ergebnisse. Daraufhin beauftragte das Bundesministerium für Justiz das Institut für Zivilrecht, ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Graz, die Rechtslage im Privatrecht und im öffentlichen Recht sowie die Rechtslage in vergleichbaren europäischen Staaten zu sichten und zu vergleichen. Unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. Schilcher nahm eine Projektgruppe „Negativ-Immissionen“ ihre Tätigkeit auf. Diese Arbeiten wurden im Dezember 1999 abgeschlossen, die Studie ist im Sommer 2000 in der Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz erschienen (Gründer/Hammerschall/Kissich/Neubauer/Stefula, Der Schutz vor negativen Immissionen durch das Zivilrecht - im Folgenden kurz: Studie). Die Projektgruppe unterbreitete auch Vorschläge zur Änderung des geltenden Rechts. Im Herbst 2001 wurden die Probleme in einer Enquete der Volksanwaltschaft auch auf der Basis eines Vorentwurfs des Bundesministeriums für Justiz diskutiert. Die Teilnehmer an dieser Veranstaltung sprachen sich überwiegend für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung des „Rechts auf Licht“ aus. Im Sommer 2002 versandte das Bundesministerium für Justiz schließlich den Entwurf für ein Nachbarrechts-Änderungsgesetz zur allgemeinen Begutachtung.

Der vorliegende Entwurf baut auf dem Ministerialentwurf und den im Begutachtungsverfahren eingelangten Stellungnahmen auf. In die Arbeiten sind zudem die Ergebnisse weiterer Beratungen mit Vertretern der Länder, der Städte, der Gemeinden, der Sozialpartner, der Rechtsberufe sowie der Rechtswissenschaften eingeflossen.

Einen wesentlichen Aspekt der Studie der Universität Graz bildet die Untersuchung der tatsächlichen Dimensionen der Beeinträchtigungen durch negative Immissionen. Die Projektgruppe versandte an alle Bezirksgerichte und Gemeinden der Steiermark einen kurzen Fragebogen. Zusätzlich stand ihr eine Umfrage des Amtes der Vorarlberger Landesregierung unter allen Vorarlberger Gemeinden, Bezirkshauptmannschaften und Gerichten aus dem Jahr 1994 zur Verfügung. Nach den Ergebnissen dieser Erhebungen treten sowohl in der Steiermark als auch in Vorarlberg immer wieder Streitfragen im Zusammenhang mit dicht gepflanzten und hoch wachsenden Pflanzen an der Grundstücksgrenze oder in Grenznähe auf. Die tatsächlichen Verhältnisse dürften in anderen Ländern nicht anders gelagert sein, die im Rahmen der Studie ermittelten Verhältnisse sind vielmehr für das gesamte Bundesgebiet repräsentativ. Das untermauern nicht zuletzt zahlreiche Berichte in regionalen wie überregionalen Medien und Beschwerden beeinträchtigter Grundeigentümer aus allen Teilen Österreichs.

Im europäischen Rechtsvergleich (die Studie hat die Rechtslage in Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, den Niederlanden, Norwegen, Polen, Rumänien, Schweden, der Schweiz, Spanien und Tschechien untersucht) scheinen ausländische Rechtsordnungen einen besseren Schutz gegen negative Immissionen von fremden Pflanzen zu bieten als das österreichische Zivilrecht. Im Wesentlichen lassen sich die Ergebnisse dieses Rechtsvergleichs in drei Kategorien einteilen: Zum Teil besteht in den untersuchten Staa-

ten ein spezifisch zivilrechtlicher Schutz gegen negative Immissionen. Zum Teil sieht das jeweilige nationale Recht einen indirekten Schutz gegen negative Immissionen (vor allem durch entsprechende Abstandsvorschriften) vor. In einigen wenigen Ländern ist die Rechtslage schließlich ähnlich wie in Österreich. In die erste Gruppe fallen die Regelungen der Niederlande und Tschechiens, aber auch Frankreichs, Spaniens, Norwegens und Polens. In die zweite Kategorie kann die Rechtslage in der Schweiz sowie in Deutschland, Italien, Finnland und Rumänien eingereiht werden. In Griechenland, Kroatien und Schweden gelten dagegen keine Bestimmungen über den Rechtsschutz gegen negative Immissionen.

Die jeweiligen Vorschriften sind durchaus unterschiedlich ausgestaltet. Gelten in dem einen Staat - wie beispielsweise in manchen deutschen Bundesländern und in einigen Kantonen der Schweiz - zum Teil überaus detaillierte und ins Einzelne gehende Abstandsvorschriften, so beschränken sich andere Rechtsordnungen auf mehr oder weniger allgemein gehaltene Vorgaben. Der Rechtsvergleich zeigt jedenfalls, dass privatrechtliche Regelungen der Problematik von Bäumen und Pflanzen an der Grenze nicht zu einem Überborden von nachbarrechtlichen Streitigkeiten führen müssen. Gerichtliche Entscheidungen zu diesen Fragen sind nämlich europaweit verhältnismäßig selten (siehe näher Studie S. 173 ff, 330).

Im öffentlichen Recht gelten dagegen auch in Österreich einige Vorschriften, die die Bepflanzung von Grundstücksgrenzen aus land- und forstwirtschaftlichen Gründen oder die Ausübung des Selbsthilferechts des Nachbarn nach § 422 ABGB einschränken. Für das Bundesrecht ist hier vor allem auf § 14 Forstgesetz 1975 zu verweisen, der im Interesse des Deckungsschutzes des Waldes das Selbsthilferecht einschränkt. In den Ländern gelten darüber hinaus landesrechtliche Vorschriften zum Schutz landwirtschaftlicher Kulturlflächen oder bestimmter Baum- oder Pflanzenarten.

1. 2. Schutz der Privatsphäre: Der Schutz der Persönlichkeitsrechte ist dem österreichischen Zivilrecht seit jeher ein wichtiges Anliegen. Nach § 16 ABGB hat „jeder Mensch angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten“. Diese Bestimmung darf nicht nur als „Programmsatz“ oder „programmatische Erklärung“ verstanden werden. Vielmehr ist sie eine zentrale Norm der österreichischen Zivilrechtsordnung, die den Bürgern im privatrechtlichen Verkehr unmittelbar durchsetzbare Ansprüche verleiht und in ihrem Kernbereich die Würde des Einzelnen schützt. Dem § 16 ABGB kommt darüber hinaus im Rechtsleben besondere Bedeutung zu, weil die verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte ua. auch auf diesem Weg in das Privatrecht einfließen und im zivilrechtlichen Verkehr Relevanz erlangen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob aus dieser Bestimmung ein allgemeines Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden kann, das die Person als Gesamtheit schützt, oder ob sie erst in Verbindung mit anderen gesetzlichen Regelungen die Grundlage einzelner Rechte bildet, die zusammengenommen den Schutz der Person gewährleisten.

Die ua. aus § 16 ABGB abgeleiteten Rechte der Person nehmen im österreichischen Zivilrecht einen hohen Rang ein. Es handelt sich um absolute Rechte, die als solche Schutz gegen unberechtigte Eingriffe Dritter genießen. Der hohe Stellenwert dieser Rechte kommt nicht zuletzt dadurch zum Ausdruck, dass sich der Einzelne schon gegen eine bloße Gefährdung seiner Rechtsposition zur Wehr setzen kann. Gegen eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte oder gegen deren Gefährdung kann er mit Unterlassungsklage vorgehen. Darüber hinaus kann der in seinen Persönlichkeitsrechten Beeinträchtigte die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und Schadenersatz verlangen. In bestimmten Fällen gewährt ihm das Zivilrecht dabei auch Anspruch auf den Ersatz ideeller Nachteile, etwa bei Eingriffen in die körperliche Integrität, in die geschlechtliche Selbstbestimmung oder in die persönliche Freiheit.

Die absolut geschützten Persönlichkeitsrechte werden in § 16 ABGB selbst nicht näher definiert. Vielmehr werden aus dieser Bestimmung im Zusammenhalt mit anderen gesetzlichen Regelungen einzelne Rechte und Ansprüche abgeleitet. Zu den Persönlichkeitsrechten gehören etwa das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Freiheit, das Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung, das Recht auf den eigenen Namen, das Recht auf das eigene Bild, das Recht auf Ehre und auch das Recht auf Wahrung und Achtung

der Privatsphäre. Aus dem schon erwähnten Schutzzweck der Regelung, nämlich der Wahrung der Würde des Einzelnen, können sich weitere Ansprüche ergeben, etwa der Schutz des Einzelnen vor einer Diskriminierung aus Gründen der Herkunft oder der „Rasse“. Mit diesen Rechten soll die freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützt werden. Zum Teil gehören die die Grundlage von Persönlichkeitsrechten bildenden Regelungen dem bürgerlichen Recht und hier vor allem dem Schadenersatzrecht an. Zum Teil werden zur Beurteilung von Persönlichkeitsrechten Bestimmungen des Strafgesetzbuchs sowie andere gesetzliche Regelungen herangezogen. Auch liefern manche Grund- und Menschenrechte wichtige Anhaltspunkte für den Umfang der privatrechtlichen Persönlichkeitsrechte.

Einen wesentlichen und allgemein anerkannten Bestandteil der Persönlichkeitsrechte bildet das Recht auf Wahrung der Privat- und Geheimsphäre. Dieses Recht schützt den Einzelnen vor dem Eindringen dazu nicht befugter Personen in seinen privaten Lebensbereich, vor der Verbreitung von rechtmäßig erlangten Informationen aus seinem privaten Lebensumfeld (vgl. Aicher in Rummel, ABGB³ Rz 24 zu § 16 ABGB), aber auch vor der Offenbarung und Verwertung von privaten Umständen oder Informationen, die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen. Das Recht auf Wahrung der Privatsphäre lässt sich aus zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen, die einzelne Aspekte des Schutzes des Privatlebens regeln, ableiten. Dazu gehören die Grundrechte der Art. 8 und 12 MRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und Recht auf Eheschließung), das (Verfassungs-)Gesetz zum Schutz des Hausrechts, die Art. 10 und 10a Staatsgrundgesetz 1867 (Schutz des Brief- und des Fernmeldegeheimnisses) und das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 Datenschutzgesetz 2000), ferner strafrechtliche Regelungen (wie etwa die §§ 109, 120 ff sowie 310 StGB) und verschiedene andere einfach-gesetzliche Verpflichtungen (wie etwa berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten). Zivilrechtlich stehen den von Verletzungen der Privatsphäre betroffenen Bürgern außer dem Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes auch Schadenersatzansprüche zu. Solche Schadenersatzansprüche sind aber auf den Ersatz von materiellen Schäden beschränkt. Immaterielle Schadenersatzansprüche kann der Betroffene auf Grund der geltenden Rechtslage und ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung bei Eingriffen in sein Privatleben nur in Ausnahmefällen erfolgreich geltend machen. Vor allem sind hier die §§ 7 ff Mediengesetz, § 33 Datenschutzgesetz 2000 und die §§ 77 und 78 Urheberrechtsgesetz zu nennen.

Diese Rechtslage ist unbefriedigend: Der von einer rechtswidrigen Verletzung der Privatsphäre betroffene Bürger kann im Allgemeinen wegen der damit verbundenen Beeinträchtigung und Kränkungen nicht einmal dann Ersatz verlangen, wenn der Eingriff intime und privateste Belange betrifft, die niemanden zu interessieren brauchen. Die nach geltendem Recht aus der Verletzung des Privatlebens resultierenden Ersatzansprüche reichen also nicht aus, um einen angemessenen Schutz der Persönlichkeit des Einzelnen sicherzustellen. Zudem haben einige Vorkommnisse gezeigt, dass das geltende Recht und die auf seiner Grundlage zur Verfügung stehenden Schutzinstrumente gravierende Eingriffe in das Interesse des Einzelnen auf Geheimhaltung persönlicher Daten und Informationen nicht verhindern. Das Regierungsprogramm für die 22. GP sieht daher vor, dass entsprechende Regelungen zu schaffen sind.

1. 3. Änderungen im Konsumentenschutzgesetz [...]

2. Ziele der Reform:

2. 1. Nachbarrecht: Das Nachbarrecht soll ganz allgemein für einen billigen und angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen und Rechten der unmittelbar oder mittelbar nebeneinander lebenden Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten sorgen. Einerseits ist hier das Recht des Grundeigentümers zu beachten, mit der Substanz und den Nutzungen seiner Sache „nach Willkür zu schalten“ (§ 354 ABGB) und seine Sache „nach Willkür (zu) benützen“ (§ 362 ABGB). Kraft des Eigentumsrechts oder eines daraus abgeleiteten Benützensrechts kann der Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigte das Grundstück nach eigenem Gutdünken so bepflanzen, wie er es für richtig und zweckmäßig hält. Im Verhältnis zum Nachbarn wird dabei seinem Anliegen, sich durch die Bepflanzung der Grundstücksgrenze vor störenden oder lästigen Einblicken zu schützen, besondere Bedeutung

zukommen. Andererseits darf ein Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigter ganz allgemein seine Rechte nicht unter Missachtung der Rechte und Interessen anderer ausüben. Das Ziel, ein möglichst friedliches und gedeihliches Zusammenleben der Nachbarn zu sichern, setzt damit gewisse Beschränkungen der Eigentumsrechte und der daraus abgeleiteten Berechtigungen voraus. Es bedarf eines Ausgleichs, wie ihn die §§ 364 ff ABGB für Immissionen, also Einwirkungen auf einen fremden Grund, schaffen. Für Bäume und andere Pflanzen an oder in der Nähe der Grundgrenze bietet das österreichische Recht für den erforderlichen Interessenausgleich allerdings nur rudimentäre Grundlagen: Nach geltendem Recht kann nämlich ein Nachbar dem anderen die von fremden Bäumen und Pflanzen ausgehenden Immissionen selbst dann nicht untersagen, wenn diese die Benützung des Nachbargrunds unzumutbar beeinträchtigen. Die Volksanwaltschaft hat in der Reformdiskussion über Fälle berichtet, in denen die Einwirkungen auf den fremden Grund jedes vernünftige Maß überschreiten und dem Nachbar das Leben auf seinem Grund gänzlich verleiden. Das in § 422 ABGB geregelte Selbsthilferecht eines Nachbarn, die in seinen Grund ragenden Äste und Wurzeln eines fremden Gewächses abzuschneiden bzw. zu entfernen, reicht nicht aus, um den in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten zu begegnen. Die Bestimmung erscheint überdies in ihrer geltenden Fassung nicht mehr ganz zeitgemäß.

Den Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts will der vorliegende, auf den Vorschlägen von Univ.-Prof. Dr. Schilcher und den Autoren der Studie basierende Entwurf abhelfen. Ein Nachbar soll sich gegen ortsunübliche und unzumutbare Beeinträchtigungen durch fremde Pflanzen mit einer Unterlassungsklage zur Wehr setzen können. Ihm soll damit ein Anspruch eingeräumt werden, den er unabhängig vom Selbsthilferecht ausüben kann. Der Entwurf knüpft an die jüngste Rechtsprechung an, die sich einem solchen Anspruch des Nachbarn nicht mehr gänzlich zu verschließen scheint. Das Selbsthilferecht des § 422 ABGB soll darüber hinaus modifiziert und modernisiert werden.

Streitigkeiten zwischen Nachbarn wegen der Einwirkungen von Bäumen und anderen Pflanzen kommen in der Praxis verhältnismäßig häufig vor. Dies zeigen nicht nur die rechtst tatsächlichen Forschungen der Universität Graz im Rahmen der Studie und die vom Amt der Vorarlberger Landesregierung angestellte Umfrage, sondern auch die Vielzahl von Beschwerden, die im Vorfeld dieses Gesetzesvorhabens an die Volksanwaltschaft und an das Bundesministerium für Justiz herangetragen worden sind. Einer der Gründe für die Zurückhaltung der österreichischen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Immissionen durch Bäume und andere Pflanzen könnte die Befürchtung sein, dass die Gerichte mit nachbarrechtlichen Streitigkeiten überhäuft werden. Auch wenn diese Erwartung durch den Rechtsvergleich nicht bestätigt wird (weil europaweit Urteile und Erkenntnisse der Gerichte nicht allzu häufig sind), kann sie doch nicht einfach unter Verweis auf die Erfahrungen in anderen Ländern vernachlässigt werden. Dazu dürfte das Konfliktpotenzial zu hoch sein. Daher sollten die vorgesehenen materiell-rechtlichen Regelungen mit entsprechenden Begleitmaßnahmen versehen werden, die einer Überlastung der Gerichte entgegenwirken. Die dabei ins Auge gefassten „alternativen“ Konfliktregelungsverfahren haben den Vorteil, dass sie sich nicht nur auf die im Prozess allein maßgeblichen Rechts- und Tatfragen beschränken müssen, sondern dass außerhalb eines Prozesses versucht werden kann, den eigentlichen Ursachen der Auseinandersetzung zwischen den Nachbarn näher nachzugehen. Dazu erscheint der Zivilprozess nicht immer geeignet. Zwar kann der Richter im Rahmen seiner Bemühungen zur gütlichen Bereinigung der Streitigkeit auch die vielfach nicht rechtlichen Gründe für die Auseinandersetzung erörtern. Das Prozessrecht setzt solchen, oft sinnvollen und zielführenden Bemühungen aber Grenzen. Seine Defizite sollen durch außergerichtliche und -prozessuale Streitbeilegungsverfahren behoben werden. Der Entwurf enthält daher - in Art. III - die notwendigen gesetzlichen Grundlagen für eine dem Zivilprozess vorgeschaltete außergerichtliche Streitbeilegung.

2.2. Schutz der Privatsphäre: Den oben erwähnten Defiziten soll durch die Einführung eines Schadenersatzanspruchs für rechtswidrige und schuldhaft Verletzungen der Privatsphäre des Einzelnen begegnet werden. Der Anspruch soll auch den Ersatz von immateriellen Schäden umfassen. Insoweit bildet das Vorhaben einen weiteren Baustein in der Fortentwick-

lung dieses Rechtsbereichs, in dem zuletzt mit der Neufassung des § 1328 ABGB durch Art. 1 Z 2 des Gewaltschutzgesetzes BGBl. Nr. 759/1996 dem besonderen Stellenwert des Persönlichkeitsrechts auf die geschlechtliche Selbstbestimmung Rechnung getragen wurde.

Der Entwurf schlägt vor, in das Schadenersatzrecht einen eigenen Tatbestand über Ersatzansprüche wegen der Verletzung der Privatsphäre einer Person einzuführen. Der Anspruch soll ihr dann zustehen, wenn ein solcher Eingriff rechtswidrig und schuldhaft erfolgt. Zum Schadenersatz soll jede rechtswidrige Verletzung der Privatsphäre des Einzelnen führen, sei es, dass der Schädiger unbefugt und rechtswidrig in die Privatsphäre eindringt, sei es, dass er geheime, die privaten Verhältnisse einer Person betreffende Umstände offenbart oder verwertet. Bei Beurteilung des Umfangs auch dieses Persönlichkeitsrechts wird eine Abwägung zwischen den Interessen des Verletzten und des Störers bzw. den Interessen der Allgemeinheit vorzunehmen sein. Besondere Bestimmungen, die dem Einzelnen schon nach geltendem Recht Anspruch auf Schadenersatz einräumen, sollen vorgehen.

2.3. Änderungen des Konsumentenschutzgesetzes: [...]

3. Kompetenzfragen: Der Entwurf regelt Angelegenheiten des Zivilrechts, das in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG). Das gilt insbesondere auch für die vorgeschlagenen Änderungen des Nachbarrechts: Nach der Rechtsprechung des VfGH fällt die Regelung der Mindestabstände, die bei Neupflanzungen an der Grenze von zur landwirtschaftlichen Nutzung gewidmeten Grundstücken einzuhalten sind, gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG in die Zuständigkeit der Länder (vgl. VfGH 9. Oktober 1972 VfSlg 6.862). Dagegen gehören Bestimmungen über Pflanzabstände immer dann zum Zivilrechtswesen, wenn sie das Verhältnis der Nachbarn unter sich regeln. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein behördlicher Eingriff nur auf Antrag eines betroffenen Anrainers möglich ist oder nur durch ein entsprechendes Übereinkommen der Nachbarn ausgeschlossen werden kann. An dieser kompetenzrechtlichen Beurteilung vermag das (zusätzliche) Vorliegen einer Strafsanktion nichts zu ändern (vgl. VfGH 15. Dezember 1970 VfSlg 6.344; VfGH 7. März 1985 VfSlg 10.392; VfGH 9. Dezember 1986 VfSlg 11.178). Die Festlegung von Mindestabständen fällt aber dann in die Zuständigkeit der Länder, wenn die Norm das öffentliche Interesse ohne Bezugnahme auf das nachbarschaftliche Verhältnis zur Geltung bringt (vgl. VfGH 9. Oktober 1972 VfSlg 6.862).

Der Gesetzentwurf soll mit den Änderungen im Nachbarrecht die rechtlichen Grundlagen für ein gedeihliches und friedliches Zusammenleben der Nachbarn schaffen und den Streitigkeiten wegen der Auswirkungen fremder Pflanzen auf den Grund des Nachbarn begegnen. Weiter gehende öffentliche Interessen, wie etwa der Wald-, Flur-, Feld-, Natur- oder Baumschutz, sollen nicht beeinträchtigt werden (vgl. § 364 Abs. 3 zweiter Satz und § 422 Abs. 1 letzter Satz ABGB). Die vorgesehenen Bestimmungen regeln das Verhältnis der Nachbarn, also der „Einwohner des Staates unter sich“ (vgl. § 1 ABGB), sie sind damit Bestandteil des Zivilrechtswesens im Sinn des Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG.

Die in Art. III vorgesehene „Vorschaltung“ einer außergerichtlichen Streitbeilegung ist als Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rechtswegs für Klagen im Zusammenhang mit dem „Recht auf Licht“ ausgestaltet. In die Angelegenheiten über „öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten“ (Art. 12 Abs. 1 Z 2 B-VG) wird damit nicht eingegriffen.

4. Eingrenzung des Gesetzesvorhabens:

4.1. Nachbarrecht: Das Nachbarrecht steht seit längerem in der rechtspolitischen Diskussion. Dazu tragen nicht zuletzt die Überlegungen zur Rolle privatrechtlicher Regelungen bei der Durchsetzung von Zielen des Umweltschutzes bei. In diesem Sinn hat Jabornegg, Bürgerliches Recht und Umweltschutz, Gutachten zum 9. Österreichischen Juristentag I/4 (1985), einen Gesetzentwurf für eine umfassende Neuordnung dieses Rechtsbereichs vorlegt. Die Bestimmungen der §§ 364 ff ABGB haben auch mit den Bestrebungen zur Reform des Betriebsanlagenrechts einen geänderten Stellenwert erhalten (siehe insbesondere die so genannte „Sandstrahl-Entscheidung“ OGH 11. Oktober 1995 RdU 1996, 39 [Kerschner/Raschauer] = ecolex 1996, 162 [Wilhelm] = JBl 1996, 446 [Jabornegg]). Ferner sind im Nachbarrecht einige Rechtsfragen offen, etwa zum Verhältnis des § 364a ABGB zu anderen Entschädigungsregelungen oder zur Reichweite des Schadensanspruchs nach dieser Bestim-

mung (siehe die Judikaturnachweise bei Dittrich/Tades, ABGB³⁵ E. 61 ff zu § 364 ABGB). Der vorliegende Entwurf beschränkt sich dennoch auf diejenigen Fragen, die Bäume und Pflanzen an oder in der Nähe von Grundstücksgrenzen aufwerfen. Hier besteht ein dringender Handlungsbedarf.

Auf Vorgaben des Gemeinschaftsrechts braucht der Entwurf nicht Rücksicht zu nehmen, zumal der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über Umwelthaftung zur Vermeidung von Umweltschäden und zur Sanierung der Umwelt auf verwaltungsrechtliche und nicht auf zivilrechtliche Maßnahmen zum Schutz der Umwelt setzt. Ob ein Bedarf für weitere Änderungen im privatrechtlichen Nachbarrecht besteht, muss nach Abschluss der Beratungen auf europäischer Ebene diskutiert werden.

Der Begutachtungsentwurf hat auch eine Regelung der negativen Immissionen durch Bauwerke enthalten. Zwar sollte nach diesem Vorschlag gegen den durch behördlich bewilligte Bauwerke verursachten Entzug von Licht oder Luft keine Unterlassungsklage statthaft sein; dem beeinträchtigten Nachbarn sollte aber im Fall ortsunüblicher und wesentlicher Beeinträchtigungen ein Anspruch auf Entschädigung nach § 364a ABGB zustehen. Dieser Vorschlag soll auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens und der dort eingebrachten Bedenken nicht übernommen werden. Im Brennpunkt der an die Volksanwaltschaft und das Bundesministerium für Justiz herangetragenen Beschwerden stehen nämlich nicht negative Immissionen durch Bauwerke, sondern die Auswirkungen von Bäumen und anderen Pflanzen an oder in der Nähe der Grundgrenzen. Das dürfte seinen Grund in den öffentlich-rechtlichen Bauordnungen und -vorschriften der Länder haben, die durchwegs Abstandsvorschriften für Bauwerke vorsehen. Die Einhaltung dieser Abstandsvorschriften ist in allen Bauordnungen als subjektiv-öffentliches Nachbarrecht gewährleistet (vgl. die Nachweise bei E. Wagner, Deregulierung im Baurecht und ziviler Rechtsschutz, bbl 1999, 131 ff [insb FN 74]). Daher ist es nicht geboten, dem Nachbarn neben diesen öffentlich-rechtlichen Rechten auch noch privatrechtliche Ansprüche einzuräumen. Die Beeinträchtigung durch negative, von Bauwerken verursachte Immissionen soll also nicht zu zivilrechtlichen Ansprüchen führen können, und zwar auch nicht zu verschuldensunabhängigen Entschädigungsansprüchen nach § 364a ABGB. Der Vorwurf, dass es sachlich nicht gerechtfertigt sei, negative Immissionen durch Bauwerke und durch Pflanzen unterschiedlich zu behandeln, ist vor dem Hintergrund der gänzlich unterschiedlich gelagerten Sach- und Rechtslage nicht stichhaltig.

Letztlich enthält der Entwurf auch keine Abstandsvorschriften und Höhenbegrenzungen für fremde Bäume und Pflanzen. Die vorgesehene allgemeine Regelung bedarf zwar im Einzelfall der Konkretisierung durch den Richter. Sie vermeidet es aber, dass durch generelle und typisierende Abstandsregeln im Einzelfall Ergebnisse erzielt werden, die den jeweiligen Gegebenheiten nicht gerecht werden.

4.2. Schutz der Privatsphäre: Im Begutachtungsverfahren und auch danach ist mehrfach auf den dringenden Bedarf nach einer Gesamtänderung des Schadenersatzrechts im Bereich des immateriellen Schadenersatzes hingewiesen worden. Das Bundesministerium für Justiz will sich diesen Forderungen keineswegs verschließen und hat bereits eine Arbeitsgruppe zur Untersuchung der Notwendigkeit und der näheren Ausgestaltung einer Reform des Schadenersatzrechts eingerichtet. Eine umfassendere Regelung auch nur des Themenbereichs „immaterieller Schaden“ bedarf aber länger dauernder Vorbereitungen. Daher empfiehlt es sich, das Vorhaben zur Verbesserung des Schutzes der Privatsphäre vorzuziehen. Dies bietet überdies den Vorteil, dass bei einer künftigen umfassenden Regelung auf den Erfahrungen auch mit der nun vorgeschlagenen Detailregelung aufgebaut werden kann, ein Vorteil, der gerade bei einem in seinen praktischen Auswirkungen so weit reichenden Projekt wie der Einführung einer generellen Regelung des Ersatzes von immateriellen Schäden, wichtig ist.

4.3. Änderung des Konsumentenschutzgesetzes: [...]

5. Kosten: [...]

6. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich: Der vorgesehene Entwurf wird nicht zu Beeinträchtigungen des Wirtschaftsstandorts und der Beschäftigung in Österreich führen. Im Besonderen wird die Möglichkeit zur Bekämpfung von Immissionen fremder Pflanzen nicht die Bautätigkeit und damit die Bauwirtschaft beeinträch-

gen, wie im Begutachtungsverfahren befürchtet worden ist. Ferner wird der vorgesehene immaterielle Ersatzanspruch für Beeinträchtigungen der Privatsphäre keine negativen Auswirkungen auf die Unternehmen oder Beschäftigten in Österreich haben. Mit den Änderungen im Konsumentenschutzgesetz werden schließlich ebenfalls keine negativen Auswirkungen auf den Standort verbunden sein, weil das österreichische Verbraucherrechte den europäischen Vorgaben angepasst wird.

7. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Es bestehen keine besonderen Beschlussfordernisse im Nationalrat und im Bundesrat. Das Vorhaben unterliegt nicht dem Konsultationsmechanismus, weil die Länder und Gemeinden als Träger von Privatrechten nicht gesondert belastet werden. Letztlich muss der Entwurf auch nicht nach dem Notifikationsgesetz 1999 der Europäischen Kommission notifiziert werden.

8. Aspekte der Deregulierung: Das Vorhaben widerspricht nicht den Anliegen des Deregulierungsgesetzes. Es dient der Stärkung der Rechtsposition des Nachbarn in Fällen, in denen er durch fremde Pflanzen unzumutbar beeinträchtigt wird. Negative Auswirkungen auf allgemeine Güter sind damit nicht verbunden. Erfordernissen des Umweltschutzes soll ua. durch Änderungen des § 422 ABGB Rechnung getragen werden. Auch die Einführung eines immateriellen Ersatzanspruchs in Fällen, in denen rechtswidrig und schuldhaft in den persönlichen Lebensbereich des Einzelnen eingegriffen wird, ist unter dem Aspekt der Deregulierung unproblematisch. Das gilt schließlich auch für die Verbesserungen der Rechtslage der Verbraucher.

9. EU-Konformität: Der Entwurf entspricht in allen Belangen dem Gemeinschaftsrecht.

RV zu BGBl. I 58/2004: I. Abstammungsrecht:

1. Vorgeschichte: Das österreichische Abstammungsrecht entstammt verschiedenen historischen Rechtsschichten: Das Abstammungsrecht der Stammfassung des ABGB aus dem Jahre 1811 wurde erstmals im Rahmen der III. Teilnovelle zum ABGB, RGBl. 69/1916, überarbeitet. Eine weitere - viel tiefgreifendere - Reform erfuhr das Abstammungsrecht durch die - auf Gesetzesstufe stehende - reichsdeutsche Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6. Februar 1943, dRGBl. 1943 I S 80; sie enthält das noch heute - bis zum Inkrafttreten des neuen Außerstreitgesetzes am 1. Jänner 2005 - geltende Verfahrensrecht in Abstammungssachen, insbesondere die rechtlichen Grundlagen für die - auch zwangsweise - Gewinnung von Blutproben (s. in diesem Zusammenhang das Erkenntnis der Europäischen Kommission für Menschenrechte 13. Dezember 1978, 8278/78, EvBl 1980/161). Das mit der III. Teilnovelle eingeführte - wenn auch eingeschränkte - eigene Recht des Kindes auf Bestreitung seiner Ehelichkeit wurde in der erwähnten Verordnung durch ein im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes wahrzunehmendes Bestreitungsrecht des Staatsanwalts - und zwar völlig - ersetzt. Das Fehlen eines eigenen Bestreitungsrechts des Kindes führte letztlich zur Aufhebung der maßgeblichen §§ 156 ff ABGB durch den VfGH (Erkenntnis des VfGH vom 28. Juni 2003, G 78/00-13, Kundmachung BGBl. I Nr. 85/2003).

Durch das Bundesgesetz über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes (UeKindG), BGBl. Nr. 342/1970, wurden unter anderem die Regelungen über die allgemein verbindliche Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind durch Urteil oder Anerkenntnis in den Rechtsbestand eingefügt und mit der Einräumung eines Klagerechts des Staatsanwalts im öffentlichen oder im Interesse des Kindes gegen den mutmaßlichen Vater eine Möglichkeit geschaffen, unrichtige Vaterschaftsanerkenntnisse zu korrigieren.

In weiterer Folge wurde das Abstammungsrecht durch das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 403/1977 idF Kdm. 168/1979, und durch das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989 (KindRÄG 1989), BGBl. Nr. 162, insbesondere durch formale Erleichterungen auf dem Gebiet der Vaterschaftsanerkennung, geändert.

Bereits vor dem KindRÄG 1989 war deutlich geworden, dass die Bestimmungen des Abstammungsrechts, die das Vorgehen des Staatsanwalts „im öffentlichen Interesse“ regeln, in einem demokratischen Rechtsstaat auf Vollzugsschwierigkeiten stoßen, vor allem wenn das - meist von Seiten des als rechtlicher Vater geltenden Mannes, dessen Anfechtungsrecht verfristet war, geforderte - Einschreiten im öffentlichen Interesse den deutlich zu Tage tretenden Interessen des Kindes zuwiderlief, deren Wahrnehmung ja auch dem Staatsanwalt über-

tragen war. Insbesondere bestehen auch höchste Bedenken dagegen, dass die Worte „im öffentlichen Interesse“ vor dem Hintergrund ihrer tradierten Auslegung (Deutsche Justiz 1938, 619ff) die Prüfungsschwelle des § 1 Abs. 1 Rechts-Überleitungsgesetz 1945, StGBI 1945/6, passiert haben. Zwar enthält auch die im Rahmen des UeKindG 1971 geschaffene Regelung des § 164c Z 3 ABGB die Bezugnahme auf das „öffentliche Interesse“, doch kann man davon ausgehen, dass dieser Begriff in bloßer Angleichungsabsicht und ohne nähere Prüfung des Rechtsbestandes des § 159 ABGB übernommen wurde. In der Folge gingen daher die Staatsanwaltschaften in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Justiz dazu über, sich bei ihren Klagsführungen in Abstammungssachen ausschließlich vom Interesse des Kindes leiten zu lassen. Ob diese Vorgangsweise richtig oder falsch war, lässt sich in Ermangelung diesbezüglicher höchstgerichtlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund der nunmehrigen Aufhebung dieser Gesetzesstelle nicht mehr sagen. Aus dem vom Bundesministerium für Justiz behandelten Beschwerden und Interventionen zeigte sich bloß, dass es in den letzten zwei Jahrzehnten keinen einzigen Vorgang gab, in dem seitens eines Kindes oder aus dessen Umgebung eine Klage des Staatsanwalts gefordert wurde, was dafür spricht, dass die Staatsanwaltschaften die an sie von Seiten des Kindes herangetragenen Anregungen nach Möglichkeit aufgegriffen haben. Vorwürfe gegen das Vorgehen der Staatsanwaltschaften wurden nur von jenen Männern, die rechtlich als Vater galten und die ihnen offen stehenden Möglichkeiten einer Anfechtung ihrer Vaterschaft ungenützt verstreichen ließen, - vor diesem Hintergrund ungerechtfertigt - erhoben.

Eine weitere Fortentwicklung des Abstammungsrechts brachte das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001), BGBl. I Nr. 135/2000: Es zeigte sich immer mehr, dass nach Ehescheidungen geborene Kinder in Widerspruch zur biologischen Tatsachenlage rechtlich als Kinder des früheren Ehemanns der Mutter galten. Hierauf reagierte der Gesetzgeber in zweierlei Richtung: Einerseits wurde die so genannte „Vermutung der Ehelichkeit“ dahin geändert, dass in einer Frist von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kinder nur noch dann dem früheren Ehemann als dessen Kinder zugeordnet wurden, wenn die Ehe durch dessen Tod geendet hatte. Für die Vielzahl von nach einer Scheidung geborenen Kinder zog der Gesetzgeber aufgrund der Erfahrungen insbesondere der Personenstandsbehörden den Schluss, dass für diese grundsätzlich nicht mehr der frühere Ehemann der Mutter als Vater gelten sollte. Für Kinder, die dennoch den früheren Ehemann der Mutter zum Vater haben, sieht das geltende Recht eine Klage des Kindes auf Feststellung der Ehelichkeit gegen den früheren Ehemann vor (§ 155 zweiter Satz ABGB). Des weiteren hat das KindRÄG 2001 die Möglichkeit eines eine bestehende Vaterschaft „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses geschaffen, das freilich zum Schutz des Kindes an die Voraussetzungen dessen Zustimmung sowie der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter geknüpft ist. Beide Änderungen des Abstammungsrechts sind in der Praxis offenbar auf keine Probleme gestoßen und haben sich bewährt. Als Mangel hat sich freilich herausgestellt, dass für die vom Ehemann abstammenden und nach der Scheidung geborenen Kinder in unstreitigen Fällen zur Feststellung der ehelichen Abstammung ein einfacherer Weg als das gerichtliche Verfahren fehlt.

2. Die Aufhebung des Ehelichkeitsbestreitungsrechts durch den VfGH: Der VfGH hat mit seinem Erkenntnis vom 28. Juni 2003, G 78/00, FamRZ 2003, 1915, die §§ 156, 157, 158 und 159 Abs. 1 zweiter Satz ABGB wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die genannten Bestimmungen gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK verstoßen, da sie dem Kind als Hauptbetroffenen aus dem Statusverhältnis nicht die rechtliche Möglichkeit einräumen, seine Abstammung vom Ehemann der Mutter zu bestreiten. Zur Frage, ob auch der Mutter ein Anfechtungsrecht zustehen solle, hat sich der VfGH, obwohl gerade dies den Gegenstand des Anlaffalles bildete, nicht geäußert. Zur Schaffung eines Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters hat der VfGH ausgeführt, dass die Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, wonach die „Achtung des Familienlebens“ verlange, dass die biologische und gesellschaftliche Realität Vorrang vor der Rechtsvermutung hätte, nicht so zu verstehen sei, dass ein faktisch bestehendes Familienband zwischen

dem Kind, seiner Mutter und deren Ehemann (der rechtlich als Vater des Kindes gilt) insofern einen geringeren Schutz nach Art. 8 EMRK genieße, dass es der Staat generell zulassen dürfte oder gar müsste, dass sich ein Mann, der sich für den leiblichen Vater des Kindes hält, in bestimmter rechtlicher Form (z.B. durch Führung eines Abstammungsprozesses) in diese Familie (gegen den Willen aller übrigen Beteiligten und daher zum Nachteil dieser bestehenden Familiengemeinschaft) hineindränge. Gerade das Wohl des Kindes könne nämlich einen Eingriff in das Grundrecht im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK rechtfertigen und es auch erfordern, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Zugang zu einem solchen Verfahren nicht allen in Betracht kommenden Personen offen stehe. [...]

3. Zeit zur Reform: Bereits während der Arbeiten am KindRÄG 2001 wurde klar, dass das österreichische Kindschaftsrecht noch Änderungen in verschiedener Richtung erfordert. So wurde ein Reformbedarf auf dem Gebiet des Abstammungsrechts ausgemacht, der insbesondere eine praxisnähere Regelung hinsichtlich der Abstammung von nach Ende der Ehe durch Scheidung geborenen Kindern sowie die Frage betraf, ob die Mitwirkung des Staatsanwalts im Verfahren über die höchst privaten Fragen der Abstammung noch zeitgemäß ist. Als weiterer wichtiger Bestandteil einer kommenden Reform wurde auch die allgemeine Regelung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und sonst in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkter Personen in Abstammungsangelegenheiten empfunden. Das geltende Recht regelt nämlich diese Frage für die verschiedenen Fallkonstellationen in unterschiedlicher Weise, ohne dass sich dies ohne weiteres sachlich rechtfertigen lässt. Auch die Rolle der Mutter im Rahmen der Feststellung oder Bestreitung der Vaterschaft schien reformbedürftig. Denn sieht man von ihren Widerspruchsmöglichkeiten gegen ein Vaterschaftsanerkennnis ab, so kann sich die Mutter nach geltendem Recht nur beschränkt an der Feststellung oder Bestreitung der Abstammung ihres Kindes beteiligen. Ihr kommt nur die Möglichkeit zu, einem Ehelichkeitsbestreitungsprozess auf Seite des beklagten Kindes (OLG Wien 13. September 1988, EFSlg 57.722) und in einem Vaterschaftsfeststellungsprozess auf Seite des klagenden Kindes (LGZ Wien 15. Februar 1977, EFSlg 29.956) als Nebenintervenientin beizutreten. Darüber hinaus ist die Rolle der Mutter im geltenden Recht mitunter auch nicht sachlich konsequent geregelt: So ist ihr Recht auf Widerspruch zu einem Anerkennnis der Vaterschaft als ihr subjektives Recht ausgebildet, was sich daraus ergibt, dass die beschränkt geschäftsfähige Mutter den Widerspruch selbst erklären muss und er nur zusätzlich der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Ist sie jedoch nicht einmal beschränkt geschäftsfähig, so kann ihr gesetzlicher Vertreter Widerspruch erheben. Die Beiträge, die eine Mutter zur Frage der Richtigkeit eines Vaterschaftsanerkennnisses liefern kann, sind freilich höchstpersönlicher Art und der gesetzlichen Vertretung unzugänglich: In der Regel wird der gesetzliche Vertreter einer Mutter keine sachdienlichen Informationen über die intimen Verhältnisse der Vertretenen beitragen können. In dieser Beziehung hat bereits der § 82 Abs. 2 AußStrG, BGBl. I Nr. 111/2003, eine Verbesserung gebracht; diese Bestimmung schränkt die Parteistellung der Mutter bei der Feststellung, Änderung oder Aufhebung der Vaterschaft dahin ein, dass sie „einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben“ zu sein hat.

Zur Feststellung des Reformbedarfs und zur Erörterung der Lösungsmöglichkeiten hat das Bundesministerium für Justiz eine kleine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern der Wissenschaft sowie der am Abstammungsrecht besonders interessierten Berufsgruppen der Richter, Amtsvormünder und Standesbeamten, zu Gesprächen eingeladen. Die Ergebnisse dieser Gespräche wurden in dem nun vorliegenden Entwurf weitgehend berücksichtigt.

Die Reform soll in zwei Schritten durchgeführt werden. Zum 1. Juli 2004 soll der dringendste Reformbedarf durch Ersetzung der vom VfGH aufgehobenen Regelungen über die Ehelichkeitsbestreitung durch Schaffung einer Klagebefugnis des Kindes und des Ehemanns der Mutter befriedigt werden. Auch die Möglichkeit, ein bis zu 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung geborenes - uneheliches - Kind im Weg einer Vaterschaftsanerkennung zum ehelichen Kind zu machen, soll bereits ab 1. Juli 2004 zur Verfügung stehen, um in unstrittigen Fällen Prozesse im Familienkreis zu vermeiden. Die übrigen Regelungen des Gesetzesvorschlags sollen zeitgleich mit dem neuen Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003, am 1. Jänner 2005 in Kraft treten, zumal mit diesem Reformschritt die völlige Über-

stellung des Abstammungsverfahrens aus dem Zivilprozess in das außerstreitige Verfahren vorgenommen wird und damit Verfahrensrecht und materielle Bestimmungen aufeinander abgestimmt werden müssen.

4. Wesentlicher Inhalt:

a) Ab 1. Juli 2004 eigenes Klagerecht auch des Kindes und Beseitigung der Klagebefugnisse des Staatsanwalts auf Ehelichkeitsbestreitung: Im Hinblick auf die mit Ablauf des 30. Juni 2004 wirksam werdende Beseitigung der Ehelichkeitsbestreitung durch Klage nur des Ehemanns oder des Staatsanwalts ist es unbedingt nötig, eine Ersatzregelung zu schaffen, wobei auf das In-Kraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes, BGBl. I Nr. 111/2003, mit 1. Jänner 2005 und die damit Gesetz werdenden verfahrensrechtlichen Neuerungen für das Abstammungsrecht Bedacht zu nehmen ist. Das legislative Problem ließe sich damit lösen, dass neu zu schaffende materielle Regelungen über die Ehelichkeitsbestreitung bereits ab 1. Juli 2004 im außerstreitigen Verfahren angewandt werden, wobei die Wahl zwischen dem alten Außerstreitgesetz, das bereits jetzt für Anträge des Staatsanwalts auf Bestreitung der Ehelichkeit nach dem Tod des Kindes gilt, oder einem vorverlegten In-Kraft-Treten des neuen Abstammungsverfahrensrechts samt den entsprechenden Regelungen des allgemeinen Teiles des neuen Außerstreitgesetzes bestünde. Diese Varianten haben allerdings den Nachteil, dass Regelungen des Verfahrensrechts zur Vorbereitung eines sicheren Vollzuges eine längere Legislavakanz erfordern würden, als für das vorliegende Legislativprojekt zur Verfügung steht. Die zweckmäßigere Lösung besteht darin, in das alte - aufgehobene - Ehelichkeitsbestreitungsrecht ab 1. Juli 2004 das vom VfGH vermisste Klagerecht des Kindes einzufügen und diese möglichst an das geltende Recht angenäherten Regelungen - als Übergangsrecht - bis zum In-Kraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes in Geltung zu setzen (Art. IV § 11 des Entwurfes). Gleichzeitig sollen aber auch die Klage- und Antragsrechte des Staatsanwalts in Ehelichkeitsbestreitungs-sachen beseitigt werden.

b) *Vaterschaftsanerkennung mit Wirkung der Ehelichkeit des Kindes*: Bis zum In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 am 1. Juli 2001 galten alle Kinder, die innerhalb von 302 Tagen nach Auflösung einer Ehe geboren wurden, als ehelich. Diese - sich auch auf die Eheauflösung durch Scheidung beziehende - Regelung erwies sich auf Grund der gesellschaftlichen Veränderungen als überschießend und führte dazu, dass annähernd doppelt so viele Ehelichkeitsbestreitungsprozesse bei den Gerichten geführt wurden als Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind. Nunmehr sind Kinder, die - auch innerhalb von 300 Tagen - nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe ihrer Eltern geboren wurden, unehelich - und damit vaterlos. Die Vaterschaft eines anderen Mannes als des früheren Ehemanns wird entweder durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind begründet. Für den Fall, dass das Kind doch während der Ehe vom Ehemann gezeugt worden ist, sieht das geltende Recht eine gerichtliche Feststellungsentscheidung - aufgrund einer Klage des Kindes gegen den früheren Ehemann der Mutter - vor. Die Erfahrungen mit dieser Regelung haben gezeigt, dass es sich dabei um einen aufwändigen und unbequemen Weg handelt. Vereinzelt behilft man sich in der Praxis damit, dass der frühere Ehemann der Mutter die Vaterschaft zu seinem nach Scheidung der Ehe geborenen Kind anerkennt, was freilich nicht dazu führt, dass ein Verhältnis wie zwischen einem ehelichen Kind und dessen Eltern hergestellt wird. Dies wirkt sich vor allem im Namensrecht (insbesondere wenn die Mutter nach der Ehescheidung ihren Namen gewechselt hat) und im Bereich der Obsorge beider Eltern aus. Abgesehen von der Schaffung einer gerichtlichen Feststellungsentscheidung - die ja ab 1. Jänner 2005 im außerstreitigen Verfahren ergehen kann -, soll daher künftig für Kinder, die innerhalb von 300 Tage nach der Scheidung geboren werden, bereits ab 1. Juli 2004 die vereinfachte Möglichkeit eines Vaterschaftsanerkennnisses bestehen, das - zusätzlich zur Begründung der Vaterschaft - gemäß § 138d Abs. 1 ABGB des Entwurfes bewirkt, dass dem anerkannten Kind der Status der Ehelichkeit zukommt.

c) *Verfassungskonforme Neuregelung der Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter durch Schaffung eigener Antragsrechte des Kindes*: Durch die familienrechtliche Angleichungsverordnung vom 6. Februar 1943, dRGBL. I S 80/1943 idF BGBl. I Nr.

111/2003, wurde das in Österreich bis dahin bestehende, wenngleich eingeschränkte Recht des Kindes, seine Ehelichkeit zu bestreiten, gänzlich beseitigt und durch ein Bestreitungsrecht des Staatsanwalts „im öffentlichen oder im Interesse des Kindes“ ersetzt. Diese Regelung wurde - wie bereits dargestellt - vom VfGH mit der Begründung aufgehoben, dass dem Kind ein eigenes Bestreitungsrecht zustehen müsse. Zur Frage, ob auch der Mutter oder dem natürlichen Vater ein eigenes Anfechtungsrecht zustehen müsse, hat sich der VfGH nicht geäußert.

Der Entwurf geht nunmehr den Weg, dass er dem als Vater geltenden Ehemann (oder dem früheren Ehemann) und dem Kind das Recht zugesteht, die Feststellung zu beantragen, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt (§§ 156 ff ABGB [...]). Sieht man von der vorgesehenen Möglichkeit ab, dass die Mutter eines minderjährigen Kindes als dessen gesetzliche Vertreterin die Feststellung der Nichtabstammung ihres Kindes vom Ehemann begehrt, so gewährt ihr der vorliegende Entwurf kein eigenes Recht, eine solche Feststellung zu verlangen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass das Statusverhältnis zwischen zwei Personen eine Angelegenheit ist, die grundsätzlich und primär nur diese zwei Personen rechtlich betrifft. Dies wird deutlich, wenn man sich das Verhältnis eines Vaters zu seinem erwachsenen Kind vor Augen hält. Es würde wenig akzeptiert werden, wenn man der Mutter ohne Rücksicht auf die Haltung des erwachsenen Kindes das Recht einräumte, sich in dieses Verhältnis durch einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung gleichsam einzumengen. Selbstverständlich kann aber der Mutter ein Interesse daran, wer Vater ihres Kindes ist, nicht abgesprochen werden. Dem trägt das am 1. Jänner 2005 in Kraft tretende neue Außenstreitgesetz im § 82 Abs. 2 dadurch Rechnung, dass es der Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist, die Möglichkeit einräumt, sich am Abstammungsverfahren ihres Kindes als Partei zu beteiligen. Dabei ist nochmals zu betonen, dass die Mutter eines minderjährigen Kindes, so sie nicht von der Möglichkeit Gebrauch macht, den Jugendwohlfahrtsträger mit der Vertretung des Kindes zu betrauen, in der Regel ohnehin als dessen gesetzliche Vertreterin das Verfahren selbst führen wird. Dem in jüngerer Zeit immer häufiger diskutierten Problem, ob auch der wahre Vater die Möglichkeit erhalten solle, die Feststellung zu erwirken, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter, sondern von ihm abstamme (s. etwa Wellenhofer-Klein, FamRZ 2003, 1889ff), trägt bereits das geltende Recht im Rahmen des „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses Rechnung (§ 163e Abs. 2 ABGB). Die durch den vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Änderungen dieses Rechtsinstituts zielen darauf ab, dem derzeitigen Diskussionsstand zu dieser Frage gerecht zu werden (s. die Erläuterungen zu den Änderungen des § 163e ABGB). Einen Anspruch, auch gegen den Willen des Kindes und - sofern dieses noch minderjährig ist - ohne Mitwirkung der Mutter trotz feststehender Vaterschaft deren Ehemanns die Feststellung seiner Vaterschaft zu erwirken, sieht der Entwurf nicht vor. Damit soll in diesem Fall gewissermaßen dem Schutz der sozialen Familie größeres Gewicht als dem Interesse an der Feststellung der biologischen Abstammung zukommen.

Neu geregelt werden im Zusammenhang mit der Bestreitung der Ehelichkeit auch das „Ruhe“ des Rechtes auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter sowie der Lauf der diesbezüglichen Fristen. Anders als im geltenden Recht soll kein Anspruch auf Feststellung bestehen, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt, solange - etwa durch ein wirksames „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkennnis - der Anerkennende Vater des Kindes ist. Einer gleichsam vorsorglichen Ehelichkeitsbestreitung - samt diesbezüglichem Verfahrensaufwand - wird es daher im neuen Recht nicht bedürfen.

Die Frist für den Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt, soll verlängert werden. Nach dem geltenden Ehelichkeitsbestreitungsrecht beträgt diese Frist ein Jahr. Die Erfahrungen zeigen, dass die Frist vielfach zu kurz ist und dazu führt, dass eine Bestreitung der Ehelichkeit unterbleibt. Der Entwurf schlägt daher eine Verlängerung auf zwei Jahre vor, wobei die Frist insbesondere solange nicht läuft, als die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt, also minderjährig ist oder - mit welchem Wirkungskreis auch immer - einen Sachwalter hat. Das Recht des Mannes, die Feststellung der Nichtabstammung des Kindes von ihm zu beantragen, soll allerdings nach 30 Jahren absolut verfristet sein. Für das Kind besteht eine derartige Einschränkung nicht. Der Vollständigkeit halber sei auch erwähnt,

dass dem Kind - nach dem vorgeschlagenen § 163b ABGB - die Möglichkeit offen steht, ungeachtet einer aus welchem Grund immer festgestellten Vaterschaft die Feststellung zu betreiben, dass ein anderer Mann sein Vater ist. Ein solcher in einem gerichtlichen Verfahren vorzunehmender „Vätertausch“ soll dem Kind zeitlich unbeschränkt offen stehen.

d) Systemkonforme Fortentwicklung bewährter Rechtsinstitute des Abstammungsrechts:

aa) Regelung der allgemein verbindlichen Wirkung abstammungsrechtlicher Vorgänge: So wie schon im geltenden Unehelichenrecht (§ 163b zweiter Satz ABGB) wird nunmehr klargestellt, dass die Feststellung der Abstammung, die Änderung der Abstammung und die Feststellung der Nichtabstammung allgemein verbindliche Wirkung haben (§ 138a Abs. 1 ABGB). Dies bedeutet natürlich nicht, dass die Anwendung der im Gesetz vorgesehenen abstammungsrechtlichen Rechtsinstitute, die auf eine Änderung der Abstammung oder auf eine Feststellung der Nichtabstammung hinauslaufen, durch die allgemein verbindliche Wirkung vorher eingetretener abstammungsrechtlicher Feststellungen gehindert wird.

bb) „Positive“ Regelung der Abstammung eines Kindes: Das geltende Recht drückt nicht positiv aus, wer Vater eines Kindes ist. § 138 ABGB, der für die Beantwortung der Frage, wer Vater eines in der Ehe geborenen Kindes ist, maßgeblich ist, regelt nach seinem Wortlaut nur, dass von Kindern, die während der Ehe oder spätestens 300 Tage nach der Beendigung der Ehe durch Tod des Ehemanns geboren werden, „vermutet“ wird, dass sie ehelich sind. Eine klare Zuordnung, dass Vater dieser Kinder der Ehemann „ist“, trifft der Gesetzeswortlaut nicht. Nach § 163 ABGB wird vom Mann, der der Mutter innerhalb von 180 und 300 Tagen vor Geburt des Kindes beigewohnt hat, „vermutet“, dass er das Kind gezeugt hat, wobei dem Mann zwei Beweismöglichkeiten zur Entkräftung der Vermutung eingeräumt werden. Während die Vermutung der Ehelichkeit des § 138 ABGB keine tatsächliche Vermutung im Rechtssinn, sondern eine klare Statusaussage dahin ist, dass Vater eines Kindes, das die Kriterien der Gesetzesstelle erfüllt, der Ehemann der Mutter ist, enthält § 163 ABGB mit seiner Zeugungsvermutung bloß eine Beweislastregelung für das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind. Beide Gesetzesstellen verwenden auch nicht das Wort Vater.

In einer Zeit, in der die Abstammungsfeststellung mit molekularbiologischen Methoden mit bisher nie da gewesener Genauigkeit möglich ist, muss auch im Gesetz zur Frage, wer Vater eines Kindes ist, eine klare Aussage getroffen werden. Im vorliegenden Entwurf wird daher im § 138 ABGB, der in die wenigen, für ein allgemeines Kindschaftsrecht vorgesehenen Paragraphen eingegliedert ist, die zentrale Frage beantwortet, wer Vater eines Kindes ist.

cc) Erleichterung der Feststellung der Ehelichkeit nach Scheidung geborener Kinder: Die - mit genetischen Methoden leichter als durch Beweis des Beiwohnungszeitpunktes zu erwirkende - gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des früheren Ehemanns der Mutter führt nach dem Entwurf dann dazu, dass das Kind den Status eines ehelichen Kindes erhält, wenn dieses innerhalb von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren wurde (§ 138d Abs. 1 ABGB) oder - wenn es später geboren wurde - das Gericht nach der Bestimmung des § 138d Abs. 2 ABGB zusätzlich zur Abstammung vom früheren Ehemann der Mutter die Ehelichkeit des Kindes festgestellt hat. Da das Kind ja bis dahin als unehelich gegolten hat, werden grundsätzlich die Rechtsfolgen ausgelöst, die für den Fall der Legitimation der vor der Ehe geborenen Kinder vorgesehen sind. Für die Obsorge werden praxisnahe Regelungen geschaffen. Grundsätzlich entsteht Alleinobsorge der Mutter, doch können die Eltern auch die für die Obsorge beider Eltern nach Scheidung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nutzen.

dd) Abstammung und Rechtsnachfolge: Nach dem Entwurf sollen die Instrumente des Abstammungsrechts - so wie jetzt schon im geltenden Recht hinsichtlich der Feststellung der Abstammung eines unehelichen Kindes - allgemein auch für und gegen Rechtsnachfolger verstorbener Personen offen stehen. Dies wird in § 138a Abs. 2 ABGB ausdrücklich gesagt.

ee) Verbesserte Wahrnehmung der Rechte des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und erhöhte Rechtssicherheit für den an der Feststellung seiner Vaterschaft Interessierten: Das österreichische System des Abstammungsrechts geht vom Prinzip der sozialen Abstammung aus: Wird ein Kind in der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater; anerkennt ein

Mann seine Vaterschaft zu einem unehelichen Kind, so wird er hiedurch Vater. In beiden Fällen gibt es keine „amtswegige“ Kontrolle der Richtigkeit, sondern bleibt es vielmehr der Privatinitiative der betroffenen Personen überlassen, eine Änderung unrichtiger Abstammungsverhältnisse herbeizuführen. Dieser Grundsatz soll durch den Entwurf nicht aufgegeben werden. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass durch wiederholtes Eingehen von Lebensgemeinschaften oder Ehen („Lebensabschnittspartnerschaften“) die rechtlichen Regelungen der Abstammung, die naturgemäß darauf abstellen, in einer möglichst hohen Anzahl von Fällen ex lege ein befriedigendes Ergebnis herbeizuführen, bei bestimmten Fallkonstellationen zu unrichtigen Ergebnissen hinsichtlich der Abstammungsverhältnisse führen. Für solche Fälle hat die Rechtsordnung möglichst friktionsfrei arbeitende Rechtsinstrumente zur Verfügung zu stellen, die eine Richtigstellung der rechtlichen Vaterschaft ermöglichen (s. insbesondere den „Vätertausch“ [Stabentheiner in Rummel³, ErgBd § 163e Rz 1 und 2]).

Mit dem durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 eingeführten „durchbrechenden Vaterschaftsanerkennnis“ nach § 163e Abs. 2 ABGB wurde ein Schritt zu einer solchen Erleichterung gemacht, der nach den Wahrnehmungen des Bundesministeriums für Justiz von der Praxis mit Zufriedenheit aufgenommen wurde. Der nunmehr zu setzende Reformschritt soll - wie noch später auszuführen sein wird - auch der Fortentwicklung dieses Rechtsinstituts dienen. Allerdings kann nicht übersehen werden, dass die Rechtseinrichtung der Vaterschaftsanerkennung nicht zu einer Feststellung der genetischen, sondern wieder nur zur Feststellung einer sozialen Vaterschaft führt. Steht nach dem geltenden Recht weder durch das Zutreffen der Ehelichkeitsvermutung noch durch eine Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind in einem Abstammungsprozess die Vaterschaft fest, so gibt es für einen Mann, der die Feststellung seiner Vaterschaft anstrebt, nur die Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung. Erst wenn seitens der Mutter oder des Kindes gegen das Vaterschaftsanerkennnis fristgerecht Widerspruch erhoben und das Vaterschaftsanerkennnis aufgrund dieses Widerspruchs - ohne weiteres Ermittlungsverfahren - für rechtsunwirksam erklärt wird, kann der betroffene Mann seine Vaterschaft gemäß § 164c Z 2 ABGB mit Klage gegen das uneheliche, vaterlose Kind gerichtlich durchsetzen. Diese Rechtslage ist für einen um die Feststellung seiner Vaterschaft bemühten Mann mit dem Risiko belastet, in Ermangelung eines Widerspruchs, der in der Tat überaus selten stattfindet, rechtlich Vater eines Kindes zu werden, das genetisch nicht das seine ist. Für das Kind führt dieser Zustand zwar dazu, dass ein „Zahlvater“ gefunden wird, eine durch ein gerichtliches Verfahren gewährleistete Sicherheit der Feststellung des richtigen Vaters besteht dabei freilich nicht. Dieses den um die Feststellung seiner Vaterschaft bemühten Mann und das betroffene Kind gleichermaßen berührende Problem kann nur durch die Eröffnung eines - fakultativen - zweiten Weges zur Feststellung der Vaterschaft, der über ein gerichtliches Verfahren führt, gelöst werden.

Zu diesem Zweck bedarf es zunächst einer Regelung, die sicherstellt, dass ein gegen ein Vaterschaftsanerkennnis erhobener Widerspruch nicht zur Zerstörung eines Vaterschaftsanerkennnisses führt, welches zutreffend war. Der Entwurf übernimmt daher, die schon bisher bestehende Möglichkeit, im Verfahren über einen vom Kind oder von der Mutter sowie - und das ist neu - im Fall eines „durchbrechenden Anerkenntnisses“ auch vom bisherigen rechtlichen Vater erhobenen Widerspruch den Beweis anzutreten, dass das Kind vom Anerkennenden abstammt oder durch eine auf seiner förmlichen Zustimmung beruhende heterologe Insemination gezeugt wurde. Diese Beweisführung steht - im Falle eines Widerspruchs - allerdings allen Verfahrensparteien und nicht wie bisher bloß dem Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat, also auch der Mutter und dem Kind offen. In solchen Fällen führt der Widerspruch - bei erfolgreicher Beweisführung - nicht zur Rechtsunwirksamklärung des Vaterschaftsanerkennnisses.

Für diejenigen, dem die Anerkennung der Vaterschaft zu einem Kind im Hinblick auf die wahre Abstammung zu riskant scheint, soll nun aber auch die Möglichkeit eröffnet werden, in einem geordneten gerichtlichen Verfahren den Beweis seiner genetischen Vaterschaft zu erhalten. Anders als im geltenden Recht wird daher ein Weg dahingehend eröffnet, dass hinsichtlich eines Kindes, zu dem die Vaterschaft noch nicht feststeht, auf Antrag eines Mannes ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft des Antragstellers geführt

werden kann (§ 163 ABGB [...]). Diese Regelung ist zwar tendenziell geeignet, eine Erhöhung gerichtlicher Vaterschaftsverfahren sowie eine Senkung der in Österreich traditionell überaus hohen Anerkennungsquote zu bewirken, doch wird - wenn die Beteiligten hierfür einen Bedarf empfinden - eine in zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes liegende eindeutige Klärung der Abstammung geeignet sein, das künftige Verhältnis zwischen Mutter und Vater auf eine gesicherte Grundlage zu stellen und damit vielleicht auch reibungsfreier zu gestalten und so wieder zu einer Verringerung des Aufwandes für gerichtliche Verfahren im Zusammenhang mit Obsorge, Besuchsrecht und Unterhalt beizutragen. Darüber hinaus dient ein derartiges Rechtsinstitut auch den Interessen des Kindes, weil dadurch sichergestellt ist, dass tatsächlich der genetische Vater als Vater im Rechtssinne festgestellt wird.

In ähnlicher Richtung wirkt auch die Neugestaltung des Antragsrechts des Kindes auf Feststellung seiner Abstammung von einem Mann. Hier soll die im geltenden Recht bereits vorhandene Regel, dass der Mann, der der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat, als Vater festgestellt wird, sofern ihm nicht der Beweis seiner Nichtvaterschaft gelingt, grundsätzlich beibehalten werden, aber bloß als hilfswesiger Weg, etwa dann, wenn sich der mutmaßliche Vater, etwa durch „Untertauchen“, der Feststellung seiner Vaterschaft zu entziehen sucht (§ 163 Abs. 2 ABGB [...]). Primär soll der Anspruch des Kindes bestehen, dass der Mann als Vater festgestellt wird, von dem es abstammt. Die modernen molekularbiologischen Methoden lassen zwar noch immer nicht zu, den Beweis der Abstammung mit absoluter Sicherheit zu erbringen, liefern aber inzwischen eine derart hohe Wahrscheinlichkeit des Ausschlusses von „Nichtvätern“, dass ein Mann, von dem die Mutter in ihrer Aussage behauptet hat, mit ihm in der kritischen Zeit Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, oder der durch andere Aussagen als dem sozialen Umfeld der Mutter zugehörig bezeichnet wird, und der mit den genetischen Methoden als Vater nicht ausgeschlossen werden kann, mit einer geradezu an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der Vater sein muss.

Ein neugeborenes Kind ist naturgemäß nicht in der Lage, sein Recht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung selbständig wahrzunehmen. In der Regel wird wohl die Mutter die entsprechenden Schritte setzen. Geschieht dies nicht, so liegt es entweder am Ehemann der Mutter, die Feststellung der Nichtabstammung zu beantragen, wenn hierfür entsprechende Hinweise gegeben sind, oder an dem Mann, der meint, Vater zu sein, die Feststellung seiner Vaterschaft zu beantragen. Das nunmehr geschaffene Antragsrecht des vermeintlichen Vaters eines unehelichen Kindes bietet einen diesbezüglich tauglichen Weg.

Schwieriger ist allerdings die Frage zu beantworten, was geschehen soll, wenn das Kind einen rechtlichen Vater hat und ein anderer Mann die Feststellung der Vaterschaft anstrebt. Das geltende Recht sieht hierfür das so genannte „durchbrechende Vaterschaftsanerkennnis“ vor, das allerdings zu seiner Wirksamkeit die Zustimmung des Kindes (ist es minderjährig, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger) und die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter voraussetzt. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, erlangt ein derartiges Vaterschaftsanerkennnis Rechtswirksamkeit: Es liegt dann am bisher als Vater im rechtlichen Sinne Geltenden, dieses durch Widerspruch außer Kraft zu setzen. Nach dem Entwurf soll nun, wie bereits dargestellt, der Widerspruch - wohl anders als nach herrschender Auffassung zum geltenden Recht - die Möglichkeit geben, im gerichtlichen Verfahren den Beweis der Vaterschaft des Anerkennenden anzutreten und dadurch die Rechtsunwirksamklärung des Vaterschaftsanerkennnisses zu verhindern. Neu ist auch, dass in denjenigen Fällen, in denen das eigenberechtigte Kind seine Zustimmung zum „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnis erklärt hat, es nicht mehr der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter bedarf, sondern diese nur noch Widerspruch erheben kann, der den Verfahrensparteien die Möglichkeit des Beweises der Vaterschaft des Anerkennenden offen lässt. Auf einige dieser Fragen hat vor kurzem der Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland durch den Gesetzesbeschluss des deutschen Bundestages vom 1. April 2004 über ein Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern eine Antwort gegeben. Zu den Einzelheiten sei auf die Erläuterungen zu § 163b ABGB verwiesen.

Weiter soll dem Kind die Möglichkeit eingeräumt werden, ein Verfahren zur Feststellung der Abstammung auch dann in Gang zu bringen, wenn bereits die Abstammung eines anderen Mannes feststeht (§ 163b ABGB des Entwurfes). Dies soll gewährleisten, dass das Kind in einem geordneten gerichtlichen Verfahren Aufschluss darüber erhält, wer sein Vater ist. Gleichzeitig dient ein solches Verfahren auch dem Rechtsschutz des zu Unrecht als Vater Feststehenden.

e) Neuregelung der Geschäftsfähigkeit nicht Eigenberechtigter in Fragen ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen: Das geltende Recht enthält keine einheitliche Normierung der Geschäftsfähigkeit nicht eigenberechtigter Personen in Abstammungsangelegenheiten. Die Geschäftsfähigkeit in Ehelichkeitsbestreitungs-sachen ist im vom VfGH aufgehobenen § 157 ABGB geregelt, die Geschäftsfähigkeit junger Männer bei der Vaterschaftsanerkennung ist - abweichend - im § 163c Abs. 3, die Geschäftsfähigkeit der Mütter hinsichtlich des Widerspruchs im § 163d Abs. 2 festgelegt; weitere Regelungen finden sich im § 163e Abs. 4 und im § 164a ABGB. Im Interesse der Klarheit, Übersichtlichkeit und Widerspruchsfreiheit des Gesetzes ist es daher erforderlich, eine einheitliche Regelung der Geschäftsfähigkeit minderjähriger oder unter Sachwalterschaft stehender Personen in Abstammungsangelegenheiten zu schaffen. Dabei wird folgendes System gewählt: Minderjährige oder Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, bedürfen der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, und zwar unabhängig vom Wirkungsbereich des Sachwalters. Insofern wird dem Vorbild des § 3 Abs. 1 EheG gefolgt. Sind diese Personen jedoch einsichts- und urteilsfähig, so können sie - die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt - auch selbst handeln. Sind sie nicht einsichts- und urteilsfähig, so handelt der gesetzliche Vertreter für sie. Dies gilt für alle Fragen, in denen die Abstammung der betreffenden Person oder eine Abstammung von ihr eine Rolle spielt (§ 138b ABGB). Klar gesagt wird auch, dass Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters keiner gerichtlichen Genehmigung bedürfen - dies auch vor dem Hintergrund, dass Abstammungsverfahren nach dem am 1. Jänner 2005 in Kraft tretenden neuen AußStrG im außerstreitigen Verfahren zu erledigen sind und in Abstammungsverfahren minderjähriger Kinder kein Anspruch auf Kostenersatz besteht.

f) Klarstellung der Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers als Kollisionskurator: In der neueren Rechtsprechung herrscht Unklarheit darüber, ob der Jugendwohlfahrtsträger vom Gericht zum Kollisionskurator bestellt werden kann. Mit dem Entwurf soll klargestellt werden, dass das möglich ist; nicht zuletzt deshalb, um dem Kind im Fall einer in Abstammungsangelegenheiten nötigen Kollisionskuratel die besondere Fachkenntnis und Erfahrung der hiefür den Jugendwohlfahrtsträgern herangezogenen „Amtsvormünder“ zu sichern (§ 213 ABGB).

II. Adoptionsrecht: In letzter Zeit wurde das Rechtsinstitut der Adoption in einer Vielzahl von Fällen in auffälliger Weise missbräuchlich in Anspruch genommen: Österreichische Staatsbürger haben volljährige fremde Staatsangehörige adoptiert, um fremden- und staatsbürgerschaftsrechtliche Regelungen zu umgehen. Fremden- und staatsbürgerschaftsrechtlich hat nämlich das Adoptivkind eines österreichischen Staatsbürgers eine wesentlich günstigere Position als ein fremder Staatsangehöriger. Das in seinen Bewilligungsvoraussetzungen verhältnismäßig großzügige österreichische Adoptionsrecht hat derartige Umgehungen ermöglicht. Der erste Versuch einer Eindämmung der Missbräuche durch die Fremdengesetz-Novelle 2002 hat nicht den angestrebten Erfolg gebracht und soll durch eine legislative Maßnahme auf dem Gebiet des Adoptionsrechts selbst ergänzt werden.

1. Geltendes Recht: Die Voraussetzungen der Adoption sind nach § 26 Abs. 1 IPR-Gesetz nach dem Personalstatut der Wahltern (des Wahlvaters, der Wahlmutter) zu beurteilen. Will ein österreichischer Staatsbürger einen fremden Staatsangehörigen an Kindesstatt annehmen, so sind die Voraussetzungen der Adoption nach österreichischem Recht zu beurteilen. Nur für die im Familienrecht begründeten Zustimmungsrechte - das kommt in der Regel nur bei der Adoption minderjähriger fremder Staatsangehöriger zum Tragen - ist auch das Personalstatut des Wahlkinds zu beachten (so genannte kumulative Rechtsanwendung). Bei der Adoption eines volljährigen fremden Staatsangehörigen durch einen österreichischen Staatsbürger kommt hingegen das Heimatrecht des Wahlkinds in der Regel nie zum Tragen, weil

es solche, im Familienrecht begründete Zustimmungsrechte kaum gibt; eine Adoption ist sogar dann möglich, wenn das Heimatrecht des volljährigen Wahlkindes eine Erwachsenenadoption gar nicht zulässt.

Nach materiellem österreichischen Recht (§ 180a ABGB) hat das Gericht die Adoption eines Volljährigen auf Grund des von den Parteien geschlossenen Adoptionsvertrags zu bewilligen, wenn eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll und ein gerechtfertigtes Anliegen des Wahlkindes oder der Wahl Eltern (des Wahlvaters, der Wahlmutter) vorliegt. Die Rechtsprechung ist bei der Auslegung des Begriffs „gerechtfertigtes Anliegen“ großzügig; es gibt Entscheidungen, die besagen, selbst wenn das eigentliche Motiv für die Adoption lediglich die Erleichterung des Erhalts einer Arbeits- und/oder Aufenthaltsbewilligung für das Wahlkind war, könnte damit das gerechtfertigte Anliegen auf Grund der bestehenden persönlichen Bindungen zwischen den Parteien doch nicht verneint werden (LGZ Wien 10. Juli 1996 EFSlg 81.243; LG Linz 29. August 2001 EFSlg 96.715; LGZ Wien 25. Juni 2002 EFSlg 100.403). Hinsichtlich dieser persönlichen Bindung wird das Gericht in Missbrauchsfällen durch unrichtige Angaben aber sehr oft in Irrtum geführt.

Der am 1. Jänner 2003 in Kraft getretene § 8 Abs. 4a des Fremden-Gesetzes (in der Fassung der Fremden-Gesetz-Novelle 2002) kann das Problem nicht im erforderlichen Ausmaß lösen. Solange das Kriterium „gerechtfertigtes Anliegen“ und die diesbezügliche Judikatur weiter bestehen, wird die missbräuchliche Begründung von - obgleich zivilrechtlich voll wirksamen - so genannten „Scheinadoptionen“ kaum zu verhindern sein. Ob die Rechtsprechung das Kriterium „gerechtfertigtes Anliegen“ im Hinblick auf die eben erwähnte Fremden-Gesetz-Novelle 2002 restriktiver auslegt, konnte nicht festgestellt werden, gefestigte einschlägige Rechtsprechung gibt es jedenfalls noch nicht. Es gibt allerdings nach wie vor Rechtsmittelentscheidungen, die die Erlangung einer Aufenthalts- und/oder Beschäftigungsbewilligung als ein gerechtfertigtes Anliegen des Wahlkindes qualifizieren (LGZ Wien 1. Oktober 2003, 44R641/03w). Nach den Wahrnehmungen des Bundesministeriums für Justiz kommt es insbesondere in der erstinstanzlichen Praxis in nicht wenigen Fällen weiterhin zur missbräuchlichen Inanspruchnahme des Rechtsinstituts der Erwachsenenadoption.

2. Grundsätze der Neuregelung: Um das aufgezeigte Problem eines Missbrauchs der Erwachsenenadoption in den Griff zu bekommen, wird im vorliegenden Gesetzesentwurf sowohl eine - im Regierungsprogramm der Bundesregierung bereits in Aussicht genommene - Änderung des IPR-Gesetzes wie auch eine Neufassung der Voraussetzungen der Bewilligung der Adoption im § 180a Abs. 1 ABGB vorgeschlagen.

Nach der vorgeschlagenen Regelung des § 26 Abs.1 IPR-Gesetz soll künftig die Entscheidung des Heimatstaates des Wahlkindes, eine Adoption Erwachsener gar nicht oder nur unter besonderen restriktiven Umständen zuzulassen, respektiert werden. Die Adoption eines eigenberechtigten fremden Staatsangehörigen soll daher nicht mehr zulässig sein, wenn nach dessen Heimatrecht (Personalstatut) die Adoption überhaupt nicht (z.B. wenn das Rechtsinstitut der Adoption unbekannt ist) oder wegen des Eintritts der Volljährigkeit nicht zulässig ist. Volljährige fremde Staatsangehörige, deren Personalstatut die Adoption nicht zulässt, können in Österreich nicht mehr wirksam adoptiert werden, weil neben dem österreichischen Recht (als Personalstatut der Wahl Eltern/ des Wahlvaters/ der Wahlmutter) auch - kumulativ - das Personalstatut des Wahlkindes anzuwenden ist.

Die Anwendung des Heimatrechts des eigenberechtigten Wahlkindes im vollen Umfang - und nicht bloß hinsichtlich der Zustimmungsrechte wie beim minderjährigen Wahlkind - ist dadurch gerechtfertigt, dass die Verbindung zum Herkunftsland beim Erwachsenen tendenziell stärker ist als bei einem minderjährigen Kind, sodass im Fall einer Erwachsenenadoption eine gleich starke Beziehung zum Personalstatut des Wahlkindes und zu dem des/der Annehmenden besteht.

Die Neuregelung des § 26 Abs. 1 IPR-Gesetz kann aber die Adoption einer volljährigen Person mit fremder Staatsangehörigkeit dann nicht verhindern, wenn nach deren Personalstatut eine Adoption generell und ohne Einschränkung zulässig ist. Es scheint daher geboten, auch eine Neuregelung im materiellen österreichischen Recht vorzusehen, einerseits um die

Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Adoption eines volljährigen fremden Staatsangehörigen nicht allein dem fremden Recht zu überlassen, andererseits um auch im österreichischen materiellen Recht ein zeitgemäßes Zeichen gegen eine allzu großzügige Bewilligungspraxis bei der Erwachsenenadoption zu setzen. In erster Linie soll das Rechtsinstitut der Adoption dazu dienen, minderjährige Kinder in eine neue Familie auch rechtlich zu integrieren. Eine Erwachsenenadoption soll nur ausnahmsweise und bei entsprechenden und auch bewiesenen realen engen Beziehungen zwischen Wahlkind und Annehmendem möglich sein.

III. Erbrecht:

1. Form letztwilliger Verfügungen: Nach Wahrnehmungen der Rechtspraxis kommt es im Zuge von Verlassenschaftsabhandlungen immer wieder vor, dass die Form des mündlichen Zeugentestaments dazu missbraucht wird, eine letztwillige Verfügung vorzutauschen, um so gesetzliche Erben zu benachteiligen. Die Folge sind oft aufwändige und langwierige Erbrechtsprozesse. Es wurde daher, insbesondere im Zuge der Arbeiten an der Reform des Außerstreitverfahrens, wiederholt gefordert, diese Form nur noch für den Notfall vorzusehen. Der Entwurf sieht daher vor, dass die Form des mündlichen Testaments - vor zwei Zeugen - nur noch bei der Gefahr des Todes oder des Verlustes der Testierfähigkeit zur Verfügung steht. Ein solches Testament verliert drei Monate nach Wegfall der Gefahr seine Gültigkeit. Diese Form soll auch mündigen Minderjährigen und Personen unter Sachwalterschaft im Notfall zur Verfügung stehen. In ähnlicher Weise schränken auch ausländische Rechtsordnungen die Zulässigkeit eines mündlichen Testaments ein (s. §§ 2250, 2252 BGB, Art. 506 bis 508 ZGB).

Für Personen unter Sachwalterschaft wird im übrigen das Testieren dadurch erleichtert, dass nur mehr die Errichtung eines qualifizierten öffentlichen Testamentes in solchen Fällen nötig ist, in denen dies das Sachwalterschaftsgericht im Sachwalterbestellungsbeschluss ausdrücklich angeordnet hat.

2. Neuregelung des Zusammenhangs zwischen Feststellung der Abstammung und Erbrecht: Nach dem - im Zuge der völligen Gleichstellung unehelicher Kinder im Erbrecht eingefügten - § 730 Abs. 2 ABGB muss zur Erlangung des Erbrechts die Vaterschaft des die Verwandtschaft vermittelnden Mannes zu dessen Lebzeiten festgestellt worden sein. Diese Regelung ist geeignet, uneheliche Kinder, deren Abstammung noch nicht festgestellt, aber auch eheliche Kinder, deren Ehelichkeit bestritten wurde, vom Erbrecht nach ihrem wahren Vater auszuschließen. Allerdings ist auch ein gewisses Bedürfnis der Erben eines verstorbenen Mannes nach Sicherheit davor anzuerkennen, dass sie nicht als dessen Rechtsnachfolger in ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren verwickelt werden, in dem die Vermutung der Vaterschaft wegen der durch die Aussage der Mutter erwiesenen Beibehaltung in der kritischen Zeit gegen sie spricht, ihnen jedoch der Gegenbeweis verwehrt bleibt, weil für eine moderne Abstammungsuntersuchung verwertbare Substanzen nicht mehr vorhanden sind. Der Entwurf versucht dadurch einen Ausgleich zu schaffen, dass einerseits die erbrechtliche Sonderregelung ersatzlos beseitigt wird, jedoch andererseits der Antrag auf Abstammungsfeststellung, gestützt auf die Beibehaltungsvermutung, nur innerhalb einer Frist von zwei Jahren nach dem Tod des betreffenden Mannes gestellt werden kann.

3. Beseitigung des gesetzlichen Erbrechts von Neffen und Nichten des Erblassers zu Gunsten des überlebenden Ehegatten: Das Regierungsprogramm sieht im Kapitel 5 (Justiz) folgendes vor: „Besserstellung des Ehepartners, insbesondere wenn keine direkten Nachkommen vorhanden sind“. Der Entwurf trägt diesem Ziel in der Weise Rechnung, dass in Zukunft Neffen und Nichten eines Erblassers das gesetzliche Erbrecht der Witwe nicht schmälern sollen (§ 757 ABGB).

IV. Anpassung zivilrechtlicher Bestimmungen an das neue Außerstreitgesetz: Das neue Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003, berührt mit seinen Neuerungen in verschiedenen Bereichen, so etwa im Bereich des Verlassenschaftsverfahrens, auch das materielle Recht. Die dadurch notwendigen Änderungen des ABGB, etwa über die Erbserklärung und den Erbschaftserwerb oder im Bereich des Miteigentums, werden mit dem vorliegenden Entwurf - gleichsam als weiteres Außerstreitanpassungsgesetz (s. die Bundesgesetze BGBl. Nr. 112 und 113/2003) - vorgenommen.

V. *Gebührenanspruchsrecht: Mit Erkenntnis vom 11. Dezember 2003, G 320/01, BGBl. I Nr.1/2004, hat der VfGH auch § 51 Abs. 2 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975 mit Ablauf des 30. Juni 2004 als verfassungswidrig aufgehoben. Eine Nachfolgebestimmung, die wie bisher grundsätzlich an den Wert der zu schätzenden Liegenschaft anknüpft, um die Gebühren für alle Gerichtssachverständigen dieses Fachgebietes - unabhängig von den für ihre Zugangsberufe maßgeblichen Gebührenordnungen, Honorarrichtlinien und Honorarempfehlungen oder ortsüblichen Sätzen - gleich zu gestalten, ist daher dringend erforderlich. Im Einklang mit dem vom VfGH nicht beanstandeten Werttarif für die Schätzung der gesamten Liegenschaft in § 51 Abs. 1 GebAG 1975 und für Wohnungseigentumsobjekte in § 51 Abs. 3 GebAG 1975 soll nunmehr auch für bloß ideelle Haus- und Grundanteile der für Wohnungseigentumsobjekte maßgebliche Werttarif zur Anwendung kommen (Ausgangsbasis des Werttarifs wird sohin der Wert der zu schätzenden Anteile zuzüglich von 50 %, jedoch nie mehr als der Wert gesamten Liegenschaft). Um Rechtsklarheit zu schaffen und einen der Rechtssicherheit abträglichen tariflosen Zustand für die Schätzung von ideellen Anteilen zu vermeiden, soll die Regelung mit 1. Juli 2004 in Kraft treten. Gleichzeitig soll auch der Werttarif in § 51 Abs. 1 Z 1 und 2 GebAG 1975 an die aktuellen Wertverhältnisse für Häuser und Baugründe angepasst werden. Entsprechend der Entwicklung der Immobilienpreise in den letzten 25 Jahren wird der Wert eines Hauses - von ganz ungewöhnlichen Ausnahmefällen abgesehen - jedenfalls 36.340 Euro, der Wert eines Baugrundes jedenfalls aber 5.090 Euro erreichen und im Regelfall auch überschreiten. Die darunter liegenden Wertstufen sollen daher als obsolet und nicht mehr zeitgemäß entfallen.*

VI. *Kompetenz: Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 10 Abs.1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).*

VII. *Offene Fragen: Im Zuge der der Ausarbeitung des Entwurfes vorangegangenen Gespräche mit Vertretern der Rechtswissenschaft und der Personenstandspraxis ist auch die Forderung erhoben worden, die Regelungen des Abstammungsrechts derart zu fassen, dass - ausländischen Vorbildern folgend - nicht mehr darauf abgestellt wird, ob es sich um eheliche oder uneheliche Kinder handelt. Genauere Untersuchungen dieser Vorbilder zeigen allerdings, dass die Regelungen in dieser Beziehung zwar sprachlich neutral gefasst sind, es aber vom normativen Gehalt her keinen Unterschied macht, ob von ehelichen oder unehelichen Kindern gesprochen wird oder von Kindern, deren Eltern verheiratet bzw. nicht verheiratet sind. Zu überlegen wäre allerdings, nicht bloß das Abstammungsrecht, sondern das gesamte Kindschaftsrecht hinsichtlich dieser Unterscheidung neutral, also ohne Verwendung des Begriffes „unehelich“, zu gestalten. Dies bedarf freilich, etwa im Hinblick auf die Regelungen der Obsorge beider Eltern, einer gründlichen Diskussion, die in der für das Wirksamwerden der Aufhebung der Gesetzesbestimmungen über die Bestreitung der Ehelichkeit vom VfGH gesetzten Frist nicht möglich ist.*

Im Rahmen der erwähnten Vorgespräche wurde auch erörtert, die Paragraphenfolge des dritten Hauptstücks des Ersten Teiles des ABGB, insbesondere die §§ 137 bis 178a ABGB, mit dem Ziel einer Verbesserung der Systematik des Kindschaftsrechts umzustellen. In der Tat enthält das geltende Kindschaftsrecht nur einen sehr kleinen allgemeinen Teil, der für eheliche und uneheliche Kinder gleichermaßen gilt. Es folgen große Blöcke an Sonderregelungen für eheliche Kinder, für uneheliche Kinder und erst danach wieder gemeinsame Bestimmungen über die Entziehung der Obsorge, die Annahme an Kindes Statt und die Pflegeelternschaft. Im Hinblick auf die geringfügigen Unterschiede, die in der Rechtsstellung von ehelichen und unehelichen Kindern noch bestehen, könnte dem Anliegen Rechnung getragen werden. Aber auch ein solches Vorhaben geht über den für das vorliegende Gesetzesvorhaben zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen weit hinaus.

Gleiches gilt schließlich für die im Regierungsprogramm vorgesehene weitere Änderung des Erbrechts im Bereich des Pflichtteilsrechts, besonders der Anrechnung. Hier gibt es zwar Vorarbeiten der Rechtswissenschaft, doch bedarf ein solches Reformvorhaben noch einer vertiefenden, insbesondere auch gesellschaftspolitischen Diskussion zu Fragen des Pflichtteilsrechts.

VIII. *Kosten: [...]*

RV zu BGBl. I 51/2005: 1. Ausgangslage in Österreich: Zession (Forderungsabtretung) ist die Übertragung einer Forderung von bisherigen Gläubiger (Überträger, Zedent) auf einen neuen Gläubiger (Übernehmer, Zessionar) unter Aufrechterhaltung ihres Inhalts (§ 1392 ABGB; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² II (2001) 114). Sie erfolgt zumeist entgeltlich und dient häufig dazu, dem bisherigen Gläubiger frühzeitig liquide Mittel zu verschaffen, wenn die Forderung noch nicht fällig oder der Schuldner mit der Bezahlung säumig ist. Der Schuldner wird dadurch im Allgemeinen nicht beschwert, zumal ihm die bis zur Zession entstandenen Einwendungen weiterhin zustehen. Manche Schuldner sind bisweilen dennoch daran interessiert, nicht einen anderen Forderungsberechtigten zu erhalten, weil sich dadurch für sie - vor allem im Fall einer Mehrfachabtretung oder der Abtretung einer Teilforderung - die Buchführung und der Leistungsvollzug verkomplizieren können (vgl. eingehend Lukas, Zession und Synallagma [2000] 43 ff und 113 ff). Daher streben sie die Vereinbarung von Zessionsverboten an, also die Abrede mit dem Gläubiger, dass dieser die Forderung nicht abtreten darf. Gerade große, marktmächtige Unternehmen sind meist in der Lage, eine solche Vereinbarung bei den Vertragsverhandlungen mit ihren (wirtschaftlich schwächeren) Geschäftspartnern zu erreichen. Häufig verwenden sie auch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die ein Abtretungsverbot enthalten. Insgesamt dürfte ein beträchtlicher Teil des gesamten Forderungsvolumens mit vertraglichen Abtretungsverboten „belastet“ sein.

Das bisherige österreichische Recht regelt nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen eine solche Vereinbarung zulässig und wirksam ist sowie ob und wie sie Dritten gegenüber wirkt (insbesondere gegenüber einem Zessionar, dem die Forderung - vereinbarungswidrig - abgetreten wurde).

§ 364c ABGB sieht zwar vor, dass ein vertragliches Veräußerungs- oder Belastungsverbot grundsätzlich nur den ersten Eigentümer bindet und im Allgemeinen - mit den im Gesetz angeführten Ausnahmen - nicht gegen Dritte wirkt, doch gilt diese Bestimmung nur für körperliche Sachen und dingliche Rechte, nicht aber für die Abtretung von Forderungen.

Nach der Judikatur des OGH ist die Vereinbarung eines Zessionsverbots im Allgemeinen nicht sittenwidrig, also zulässig und wirksam (ZVR 1985/133). Darüber hinaus wirkt ein Zessionsverbot nach der Entscheidung eines verstärkten Senats des OGH „absolut“, also auch gegen Dritte (SZ 57/8). Eine entgegen einem vertraglichen Zessionsverbot vorgenommene Abtretung ist demnach unwirksam, sodass der Übernehmer die Forderung nicht erwirbt.

2. Probleme des geltenden Rechts: Wenngleich das österreichische Recht damit durchaus anzuerkennende rechtliche Interessen des Schuldners umfassend schützt, bereitet die Vielzahl der Zessionsverbote Probleme. Vor allem wird dadurch ein beträchtliches Volumen an Forderungen dem Wirtschaftsverkehr entzogen.

Viele kleinere und mittelgroße österreichische Unternehmen sind als Zulieferbetriebe von marktmächtigen Abnehmern wirtschaftlich abhängig. Häufig werden ihnen von den - zu Geldleistungen verpflichteten - Abnehmern Vertragsbedingungen aufoktroiert, die lange Zahlungsziele mit der Vereinbarung eines Zessionsverbots kombinieren. Dadurch können sie in Zahlungsschwierigkeiten geraten, weil ihnen das Entgelt erst längere Zeit nach Erbringung ihrer Leistung zugeht und sie die Forderungen in der Zwischenzeit nicht zur Besicherung von Krediten abtreten oder durch Verkauf (etwa im Wege des Factorings oder der Asset Backed Securitisation) verwerten können.

Ferner sind derzeit allgemein sicherungsweise abgetretene Forderungen für Kreditgeber mit der Unsicherheit behaftet, dass sie vielleicht einem Zessionsverbot unterliegen könnten, von dem der Kreditgeber keine Kenntnis hat. Diesfalls wäre die Abtretung unwirksam, die (vermeintliche) Sicherheit also wertlos. Dieser Unsicherheitsfaktor verteuert „Zessionskredite“ (also Kredite, die durch die Abtretung von Forderungen besichert werden), weil der Sicherungseffekt von Forderungen ganz generell niedriger veranschlagt werden muss. In gleicher Weise wirkt sich das geltende Recht negativ auf die Konditionen beim echten Factoring und ähnlichen Geschäften aus.

Letztlich ist auch noch zu beachten, dass in die geplante Kapitaladäquanzrichtlinie der EU, die voraussichtlich im Jahr 2005 erlassen werden wird, die aktuellen Empfehlungen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht („Basel II“) einfließen werden. Diese sehen strengere

und detailliertere Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung von Banken vor. Bei der Berechnung des dann erforderlichen Mindesteigenkapitals wird auch das Risiko der Uneinbringlichkeit der von der Bank vergebenen Kredite eine wesentliche Rolle spielen. Dieses Risiko ist umso geringer, je besser der Sicherungseffekt zu bewerten ist. Das geltende Zessionsrecht könnte sich damit zusätzlich negativ auf die Kreditkonditionen auswirken; soweit die Anforderungen von „Basel II“ in der Praxis des internationalen Wirtschaftsverkehrs schon jetzt Beachtung finden, ist eine solche negative Auswirkung auch bereits gegeben.

Im „Dreiecksverhältnis“ Schuldner, Überträger und Übernehmer haben sowohl der Überträger als auch der Übernehmer ein beträchtliches rechtliches Interesse daran, dass die Forderung nicht durch ein absolut wirkendes Zessionsverbot dem Verkehr entzogen wird. Das Interesse des Schuldners daran, ein Zessionsverbot wirksam zu vereinbaren und dem Übernehmer gegenüber einzuwenden, ist zwar auch anzuerkennen, es sollte aber im Vergleich zu den Interessen des Überträgers und des Übernehmers im wirtschaftlichen Geschäftsverkehr neu bewertet werden. Dabei ist im Besonderen zu berücksichtigen, dass der Schuldner auch dem Übernehmer gegenüber jene Einwendungen gegen die Forderung erheben kann, die ihm gegen den Überträger zustanden (§ 1396 ABGB), und dass es ihm unbenommen bleibt, vom Überträger Schadenersatz zu begehren, wenn er durch eine vereinbarungswidrige Zession einen Schaden erleiden sollte.

Darüber hinaus besteht aus volkswirtschaftlicher Sicht im Interesse der Beschäftigung und des Wirtschaftswachstums ein Bedarf an kostengünstigen Finanzierungsmöglichkeiten für Unternehmen. Die Befriedigung dieses Bedarfs wird dadurch beeinträchtigt, dass Forderungen erheblichen Umfangs wegen eines (mit absoluter Wirkung ausgestatteten) Zessionsverbots nicht als Mittel zur Besicherung von Krediten zur Verfügung stehen.

3. Internationale Entwicklung: Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei vergleichbarer Rechts- und Wirtschaftslage schon im Jahr 1994 dafür entschieden, durch die Einfügung der Bestimmung des § 354a in das deutsche Handelsgesetzbuch für vertragliche Verbote der Abtretung von Geldforderungen aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft ausdrücklich eine nur relative Wirkung zu normieren, sodass eine vereinbarungswidrig vorgenommene Abtretung nunmehr gleichwohl wirksam ist.

Die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat am 12. Dezember 2001 mit der Resolution 56/81 die von der UNCITRAL erarbeitete „Convention on the Assignment of Receivables in International Trade“ (im Folgenden: Zessionskonvention) angenommen, der Österreich bis dato nicht beigetreten ist. Das Übereinkommen sieht in Art. 9 Abs. 1 vor, dass die Abtretung einer Forderung auch dann wirksam sein soll, wenn eine Vereinbarung besteht, die das Recht des Zedenten, die Forderung abzutreten, beschränkt (oder ausschließt). Auch der Zessionskonvention liegt dabei der Gedanke der Gewährleistung von mehr Rechtssicherheit für den Wirtschaftsverkehr und eines besseren Zugangs zu kostengünstigen Finanzierungsmöglichkeiten zugrunde (vgl. die Präambel der Zessionskonvention).

Aus eben diesen Gründen bevorzugen internationale Investoren Wirtschaftsstandorte, die eine möglichst hohe Verkehrsfähigkeit von Forderungen gewährleisten.

4. Entstehung des Entwurfs: Das Bundesministerium für Justiz veranstaltete bereits im Jahr 1997 ein Orientierungsgespräch über eine mögliche Änderung des Zessionsrechts. Damals konnte in der Debatte aber kein Konsens über die Notwendigkeit einer Änderung der dargestellten geltenden Rechtslage erzielt werden. Im Jahr 2002 hat der Regierungsbeauftragte für den Kapitalmarkt eine Initiative zur Schaffung geeigneter rechtlicher Rahmenbedingungen für die Finanzierungstechnik der „Securitisations“ (Verbriefung von Forderungen, auch „Asset Backed Securitisation“ oder abgekürzt ABS) lanciert. Bei dieser Finanzierungstechnik werden Forderungen an eine „Verbriefungsgesellschaft“ übertragen. Diese gibt Schuldverschreibungen aus, für welche die Forderungen die Haftungsgrundlage bilden. Auf diese Weise kann sich der ursprüngliche Gläubiger über die Verbriefungsgesellschaft am Kapitalmarkt refinanzieren (vgl. dazu etwa Trettnak, Forderungsverbriefungen nach US-amerikanischem und österreichischem Recht, ÖBA 2003, 397). Eine Arbeitsgruppe im Bundesministerium für Finanzen hat daraufhin eine „Punktation“ über mögliche und wünschenswerte Maßnahmen zur Schaffung geeigneter rechtlicher Rahmenbedingungen für die „Securitisations“ in Öster-

reich vorbereitet. In dieser Punktation wird auch vorgeschlagen, Regelungen zur Aufhebung der absoluten Wirkung von Zessionsverboten in Erwägung zu ziehen.

Aufgrund einer Initiative der Wirtschaftskammer Österreich hat das Bundesministerium für Justiz in der Folge die Frage in mehreren Gesprächen mit Vertretern der Sozialpartner, der Rechtsberufe und der Lehre diskutiert. In diesen Sitzungen hat sich eine breite Unterstützung für eine Gesetzesänderung herauskristallisiert. Auf der Grundlage von Vorschlägen der Wirtschaftskammer und von Univ.-Prof. Dr. Lukas hat das Bundesministerium für Justiz in der Folge einen Begutachtungsentwurf ausgearbeitet. Dieser Entwurf ist nach der Auswertung der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens noch einmal diskutiert und überarbeitet worden.

5. Ziele und wesentliche Inhalte des Entwurfs: Aufgrund der erwähnten Diskussionen im Bundesministerium für Justiz und der Stellungnahme von Univ.-Prof. Dr. Lukas geht der Entwurf davon aus, dass eine - etwa dem deutschen Vorbild folgende - Aufhebung der absoluten Wirkung von Zessionsverboten gegenüber Dritten für sich allein zu kurz greift und das Ziel verbesserter Finanzierungsmöglichkeiten nur unzureichend verwirklichen kann. Solange ein zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger vereinbartes Zessionsverbot in deren Beziehung zueinander (also inter partes) wirksam ist, kann der Gläubiger zwar aufgrund einer solchen Bestimmung die Forderung wirksam an einen Dritten abtreten; im Verhältnis zum Schuldner darf er das aber nicht. Mit einer vereinbarungswidrigen Abtretung würde er sich daher möglicherweise Schadenersatzansprüchen des Schuldners, dem Verfall einer Vertragsstrafe oder einer Auflösung des Schuldverhältnisses durch den Schuldner aus wichtigem Grund aussetzen. Damit könnte es für den Gläubiger erst recht wieder faktisch unmöglich sein, seine Forderungen zu Finanzierungszwecken zu verwenden.

Daher wird vorgeschlagen, die Wirksamkeit von Zessionsverboten inter partes von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen. Nach § 1396a ABGB sollen Zessionsverbote nur dann verbindlich sein, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt wurden und den Gläubiger nicht gröblich benachteiligen. Zessionsverbote, die in vorgefertigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthalten sind und über die nicht verhandelt worden ist, sollen damit künftig überhaupt unwirksam sein. Außerdem soll die Vereinbarung eines Abtretungsverbots einer Inhaltskontrolle unterliegen: Benachteiligt die Vereinbarung den Gläubiger nach den Umständen des Falles gröblich, etwa weil dieser vom Schuldner wirtschaftlich abhängig ist, sich der Schuldner gleichzeitig ungewöhnlich lange Zahlungsfristen ausbedungen hat und der Gläubiger durch das Zessionsverbot nahezu jeglicher Finanzierungsmöglichkeiten beraubt wird, so soll selbst ein im Einzelnen ausgehandeltes Zessionsverbot nichtig sein.

Auf diese Weise soll erreicht werden, dass künftig eine wesentlich geringere Anzahl von Forderungen mit einem Zessionsverbot belastet und damit dem Verkehr (zumindest faktisch) weitgehend entzogen wird. Mit anderen Worten: die Verkehrsfähigkeit der Forderungen soll erhöht werden, sie sollen keine brachliegenden Vermögenswerte darstellen, sondern im Wirtschaftsverkehr zirkulieren können. Gleichzeitig soll aber auch der allgemeine Verkehrsschutz verbessert werden. Auch ein demnach wirksames Zessionsverbot soll nur relative Wirkung haben. Damit soll der Geschäftsverkehr ganz allgemein vom Unsicherheitsfaktor befreit werden, den die absolute Wirkung von Zessionsverboten für den Erwerber einer Forderung darstellt.

Zur Beseitigung des Privilegs der Pfandleiher nach § 4 Abs. 4 des Gesetzes vom 23. März 1885 (RGBl. Nr. 48/1885) sei auf den Besonderen Teil der Erläuterungen (zu Art. 3 Z 2) verwiesen.

6. Eingrenzung des Vorhabens: In den Gesprächen im Bundesministerium für Justiz haben die Sozialpartner die Auffassung vertreten, dass sich die vorgesehenen Regelungen auf Vereinbarungen zwischen Unternehmern beschränken sollen. Lohn- und Gehaltsforderungen, die Arbeitnehmern gegen ihre Arbeitgeber zustehen, sollen aufgrund der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses vom Anwendungsbereich der neuen Regelung ausgenommen sein. Damit soll nicht zuletzt verhindert werden, dass Arbeitnehmer von unseriösen Vertragspartnern zur leichtfertigen Abtretung ihrer Entgeltansprüche verleitet werden könnten und dass die Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigen, wenn sie vom Übernehmer in Anspruch genom-

men werden. Diesen Bedenken trägt der Entwurf Rechnung. In anderen privatrechtlichen Bereichen scheint kein Bedarf für eine Regelung zur Einschränkung von Zessionsverboten zu bestehen, weil dort derartige Vereinbarungen nicht üblich sind.

Wie § 354a dHGB und die Zessionskonvention (Art. 2 lit. a) soll die neue Bestimmung nur für Geldforderungen gelten. Andere Ansprüche werden kaum zu Finanzierungszwecken verwendet und sind in der Praxis äußerst selten Gegenstand eines vertraglichen Zessionsverbots. Insofern erscheint kein Regelungsbedarf gegeben. Von einer Regelung, nach der auch Vereinbarungen über die Abtretung von Forderungen auf Leistung anderer vertretbarer Sachen erfasst sein sollen, sieht der Entwurf auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens ab.

Der vorgeschlagene § 1396a ABGB soll auch nur die Wirksamkeit von vertraglichen Zessionsverboten *inter partes* und deren Wirkung gegenüber Dritten regeln. Davon unberührt bleibt die Frage, ob es rechtlich überhaupt möglich ist, eine Forderung abzutreten (vgl. § 1393 ABGB). Auch sollen gesetzliche Zessionsverbote nicht angetastet werden.

Unberührt bleiben soll schließlich auch das Kontokorrent nach den §§ 355 ff HGB. Die Kontokorrentvereinbarung bewirkt, dass die von ihr erfassten einzelnen Forderungen nicht mehr selbstständig geltend gemacht und auch nicht abgetreten werden können. Auch das soll sich nicht ändern.

7. Kompetenz: Die Zuständigkeit des Bundes, die vorgeschlagenen Bestimmungen zu erlassen, ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG, da es sich um eine Angelegenheit des Zivilrechts handelt.

8. Kosten: [...]

9. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort: Es ist zu erwarten, dass sich die Verbesserung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und der Finanzierungsmöglichkeiten für Unternehmen positiv auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort auswirken.

10. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Es bestehen keine besonderen Beschlusserfordernisse im Nationalrat und im Bundesrat.

Das Vorhaben unterliegt nicht dem Konsultationsmechanismus, weil die Gebietskörperschaften in ihrer Eigenschaft als Träger von Privatrechten nicht anders als alle anderen Rechtsträger betroffen sind (Art. 6 Abs. 1 Z 2 der Bund-Länder Vereinbarung über Konsultationsmechanismus und Stabilitätspakt).

Letztlich ist der Entwurf auch nicht nach der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft der Europäischen Kommission zu notifizieren.

11. Aspekte der Deregulierung: Das angestrebte Ziel einer Verbesserung der Verkehrsfähigkeit von Forderungen und der Finanzierungsmöglichkeiten für Unternehmen kann nur durch eine Gesetzesänderung erreicht werden. Die vorgeschlagene Novelle geht auch nicht über den dafür erforderlichen Regelungsumfang hinaus. Dem Vorhaben stehen daher Aspekte der Deregulierung nicht entgegen.

12. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union: Es bestehen keine Rechtsvorschriften der Europäischen Union, die die Wirksamkeitsvoraussetzungen und die Wirkung von vertraglichen Zessionsverboten regeln. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung ist daher weder gemeinschaftsrechtlich geboten, noch verstößt sie gegen Gemeinschaftsrecht. Allerdings ist zu erwarten, dass durch sie zumindest die praktische Umsetzung der künftigen Kapitaladäquanrichtlinie erleichtert wird. Sie entspricht auch der internationalen Entwicklung.

RV zu BGBl. I 92/2006: 1. Einleitung: Die steigende Lebenserwartung der Menschen sowie die damit zusammenhängende Steigerung der Anzahl älterer Menschen in unserer Gesellschaft auf der einen Seite und die Zunahme formalrechtlicher Anforderungen im Geschäftsleben, der öffentlichen Verwaltung und der sozialen Wohlfahrt auf der anderen Seite haben in den letzten Jahren zu einem drastischen Anstieg der Sachwalterschaften geführt [...]. Es wird zunehmend schwieriger - auch dort, wo es Angehörige und funktionierende soziale Netzwerke gibt - auf der Grundlage „informeller Übereinkünfte“ für einen anderen Menschen, der vielleicht hiezu nicht (mehr) in der Lage ist, tätig zu werden. Zudem tendieren

immer größer werdende, arbeitsteilig und anonym operierende Institutionen zunehmend dazu, den Zugang zu ihrem Leistungsangebot zu formalisieren. Dies verunsichert und überfordert oftmals jene, die solche Leistungen, etwa in Form eines Antrags auf eine Sozialleistung, in Anspruch nehmen wollen. Vor allem aber wurden und werden Zustimmungserfordernisse geschaffen, die nicht einfach missachtet werden können und es Angehörigen oder Bekannten erschweren oder verhindern, für die Betroffenen tätig zu werden. Der Ruf nach einer Sachwalterbestellung ist so oftmals zu einem Ruf nach formalrechtlicher Absicherung bestehender Handlungs- und Vertretungsverhältnisse geworden.

Damit einher gehen nicht nur eine Überlastung der Gerichte und steigende öffentliche Kosten für Sachwalter. Vielmehr ist mit dieser Entwicklung vor allem auch ein Verlust an Glaubwürdigkeit und Effizienz der Schutzfunktion der Sachwalterschaft und ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Autonomie älterer Menschen verbunden. Es gilt nunmehr, dieser Entwicklung entgegenzuwirken und das für die Sachwalterschaft grundsätzlich geltende Subsidiaritätsprinzip zu stärken, indem Alternativen zur Sachwalterschaft entwickelt werden. Das Regierungsprogramm für die 22. GP sieht in diesem Sinn im Kapitel Justiz u.a. die Einführung von Vorsorgevollmachten vor.

Aufbauend auf einer im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz vom Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie erstellten Studie über die Anlässe für die Einleitung eines Sachwalterbestellungsverfahrens sowie ersten Vorarbeiten eines Arbeitskreises im Justizministerium hat im ersten Halbjahr 2005 eine Expertengruppe, bestehend aus Vertretern der Sachwaltervereine, der Seniorenverbände, einer Pflegeombudsstelle und einer Patientenanzwaltschaft, von Behindertenorganisationen, der Ärzteschaft, der Volksanwaltschaft, der Richterschaft, der Rechtsanwälte und Notare, der Rechts- und Sozialwissenschaften sowie des Sozial-, des Gesundheits- und des Justizressorts, an einem Konzept zur verbesserten Wahrnehmung der Interessen alter und geistig beeinträchtigter Menschen und zur Förderung von deren Selbstbestimmung im Rahmen einer Novelle zum Sachwalterrecht gearbeitet. Die Ergebnisse dieser Überlegungen wurden in einen Gesetzentwurf gegossen, auf breiter Basis - unter anderem im Rahmen der Richterwoche 2005 - erörtert und in einem allgemeinen Begutachtungsverfahren zur Diskussion gestellt. In den Stellungnahmen wurde der Entwurf sowohl in seiner Zielsetzung wie auch in den Details weitgehend begrüßt. Eine Reihe von Vorschlägen und Hinweisen wurden im Zuge einer weiteren Überarbeitung des Entwurfs berücksichtigt. Die Regierungsvorlage ist somit das Ergebnis eines sehr breiten, positiven und fruchtbaren Diskussionsprozesses.

2. Inhalt:

a. Mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 soll der Anwendungsbereich des Instituts der Sachwalterschaft auf jene Fälle eingeschränkt werden, in denen die Bestellung eines Sachwalters unumgänglich ist, es also keine Alternative hierfür gibt. In diesem Sinn werden in § 268 Abs. 2 ABGB des Entwurfs - deutlicher und ausführlicher als bisher in § 273 ABGB - die Subsidiarität der Sachwalterschaft betont und die primär anzuwendenden Hilfen konkreter umschrieben. Im Gegenzug soll die Selbstbestimmung psychisch kranker und geistig behinderter Menschen gestärkt werden.

Dies soll in erster Linie durch eine gesetzliche Regelung der Vorsorgevollmacht geschehen. Dem Betroffenen wird die Möglichkeit eröffnet, zu einem Zeitpunkt, in dem er noch über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit bzw. Äußerungsfähigkeit verfügt, eine Person seines Vertrauens als zukünftigen Vertreter (in näher zu bezeichnenden Angelegenheiten) zu betrauen. Ziel der Regelung (§§ 284f bis 284h ABGB) ist es, die administrativen (und finanziellen) Hürden für die Erstellung einer Vorsorgevollmacht möglichst gering zu halten und dennoch ein höchstmögliches Maß an Rechtsschutz zu gewährleisten. Der Erfolg dieses neuen Rechtsinstituts wird dennoch weitgehend von begleitenden (Werbe-) Maßnahmen und der Akzeptanz durch öffentliche Einrichtungen und die Wirtschaft, wie etwa die Sozialversicherungsanstalten und die Banken, abhängen. In diesem Zusammenhang ist seitens des Bundesministeriums für Justiz geplant, ausgehend von den gesetzlichen Vorgaben und unter Beteiligung von Vertretern der eben genannten Institutionen Muster für eine Vorsorgevollmacht zu erstellen.

Ein weiteres Element zur Stärkung der Autonomie ist die in § 279 Abs. 1 ABGB des Entwurfs ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, vor Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Form einer „Sachwalterverfügung“ Wünsche in Bezug auf die Person eines in Zukunft vielleicht zu bestellenden Sachwalters zu äußern und so auf die Auswahl dieses Sachwalters Einfluss zu nehmen.

Der Förderung der Selbstbestimmung von Menschen unter Sachwalterschaft dient auch die vorgeschlagene Regelung des § 268 Abs. 4 ABGB, wonach das Gericht die Verfügung oder Verpflichtung hinsichtlich bestimmter Sachen oder des Einkommens oder eines Teiles hievon vom Wirkungskreis des Sachwalters ausnehmen und so in Teilbereichen - in denen dem Betroffenen eine selbständige Besorgung noch zuzutrauen ist - dessen Autonomie fördern kann.

Zur Eindämmung des Anstiegs der Sachwalterbestellungen schlägt der Entwurf auch eine gesetzliche Regelung vor, die darauf abzielt, einer in der Lebenswirklichkeit oft anzutreffenden Praxis der Unterstützung und Fürsorge im familiären Bereich eine gesetzliche Grundlage zu geben. Vielfach werden Alltagsangelegenheiten, die kein besonderes Risiko in sich bergen, von nächsten Angehörigen für jemanden besorgt, der selbst hiezu nicht mehr im Stande ist. Das reicht von der Besorgung von Nahrungsmitteln, Kleidung und anderen Gegenständen des täglichen Bedarfs bis zur Stellung von Anträgen auf Sozialleistungen. Der Gesetzesvorschlag enthält in diesem Sinn in den §§ 284b bis 284e ABGB des Entwurfs eine Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger in bestimmten, eingeschränkten Bereichen, nämlich für Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, die Organisation erforderlicher Pflegeleistungen, die Zustimmung zu gewöhnlichen medizinischen Behandlungen sowie die Geltendmachung sozialversicherungsrechtlicher und ähnlicher Ansprüche. Hierin liegt nach Erkenntnissen des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie das größte Potenzial der Reform. Erfordernisse der (zumeist einfachen) Vermögensverwaltung wären nämlich für 30% aller Verfahrensanregungen ursächlich, die Klärung von sozialrechtlichen Versorgungsansprüchen für weitere 13% der Verfahren; in knapp 7 % der Sachwalterschaftsverfahren gehe es um medizinische Entscheidungen (zum Teil mäßiger Tragweite). In diesen Bereichen will der Entwurf nun Rechtssicherheit für die Interaktionspartner der Betroffenen bzw. für ihre „fürsorgeaktiven“ nächsten Angehörigen schaffen, indem klargestellt wird, was diese im Fall der psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung des Betroffenen stellvertretend zu regeln befugt sind. Dadurch soll gleichsam die rechtskonforme Rückkehr zu sozialen Stellvertretungsgepflogenheiten in überschaubaren sozialen Einheiten und Institutionen erreicht werden. Die auch nach allen sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen nach wie vor existierende Solidarität und Fürsorge im Familienkreis (samt nahe institutionellen Umfeld) wird auf diese Weise als Gegebenheit realisiert, anerkannt und rechtlich gestützt. Den rechtsdogmatischen Ansatz für die Regelung bildet die umfassende Beistandspflicht unter nächsten Angehörigen, wie sie in § 137 Abs. 2 ABGB für Eltern und Kinder und in § 90 ABGB für Ehegatten normiert ist.

Der Schutz vor Missbrauch der Vorsorgevollmacht und der erwähnten Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger zum Nachteil des vertretenen psychisch Kranken oder geistig Behinderten soll durch verschiedene Maßnahmen sichergestellt werden:

- Wichtigstes Rechtsschutzinstrument ist in diesem Zusammenhang die jedermann zustehende Möglichkeit, jederzeit das Pflegschaftsgericht anzurufen, das dann im Rahmen eines Sachwalterschaftsverfahrens die Lebenssituation des Betroffenen zu prüfen und festzustellen hat, ob dessen Angelegenheiten auf Grund einer Vorsorgevollmacht oder der gesetzlichen Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger ausreichend besorgt werden - und daher die Bestellung eines Sachwalters entbehrlich ist - oder ob ein Sachwalterbestellungsverfahren einzuleiten ist.
- Dem Betroffenen selbst steht jederzeit das Recht zu, die einmal erteilte Vorsorgevollmacht zu widerrufen.
- Ein nächster Angehöriger, der seine Vertretungsbefugnis wahrnehmen will, hat vorab den Betroffenen zu informieren. Der Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen kann von vornherein oder zu jedem späteren Zeitpunkt (auch nach Verlust der Ge-

schäftsfähigkeit und Einsichts- und Urteilsfähigkeit) widersprochen und damit ihre Entstehung bzw. ihre Fortgeltung verhindert werden.

- *Die wirksame Errichtung einer Vorsorgevollmacht ist, sofern der Vollmachtgeber diese nicht eigenhändig schreibt und unterschreibt, an die Mitwirkung dreier unbeteiligter Zeugen geknüpft, zum Vorsorgebevollmächtigten kann nur eine unabhängige Person bestellt werden.*
- *Der nächste Angehörige muss, wenn der Betroffene die zur Besorgung seiner Angelegenheiten erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- und Urteilsfähigkeit verliert und der Angehörige für ihn tätig werden will, seine Vertretungsmacht an das Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis melden. Er gibt damit zu erkennen, für den Betroffenen rechtlich handeln zu wollen. Die Ausstellung einer Bescheinigung des zentralen Vertretungsverzeichnisses über das Wirksamwerden der Vertretungsmacht ist daran geknüpft, dass der Vertreter sein Angehörigenverhältnis bescheinigt und ein ärztliches Zeugnis darüber vorlegt, dass dem Vertretenen auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung die zur Besorgung der wahrzunehmenden Angelegenheiten erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt.*
- *Schreitet ein nächster Angehöriger als gesetzlicher Vertreter ein, so kann überdies jeder andere nächste Angehörige durch sein Einschreiten (im Sinn eines „Widerspruchsrechts“) verhindern, dass es zu einem Vertretungsakt kommt.*

Insgesamt steht also ein Bündel von Schutzmaßnahmen zur Verfügung. Freilich scheint ein grundsätzliches Misstrauen gegen nächste Angehörige, also insbesondere gegenüber Kindern, Eltern oder dem Ehegatten des Betroffenen, nicht angebracht, wird doch auch in unserer Zeit in der Lebensrealität ein Großteil an Betreuungs- und Sozialleistungen für Menschen durch die Familie erbracht; ohne diese Beiträge wäre der soziale Zusammenhalt in der Gesellschaft kaum gegeben.

b. Ein weiterer Schwerpunkt der Gesetzesreform ist dem Bereich der Personensorge gewidmet. Es geht vor allem darum, die Bedeutung dieses Wirkungskreises von Sachwaltern hervorzuheben und möglichst klar zu regeln. Indem erstmals konkrete Bestimmungen über die medizinische Behandlung von psychisch kranken und geistig behinderten Menschen geschaffen werden, soll auch einem diesbezüglichen Anliegen des Regierungsprogramms für die 22. GP entsprochen werden. Auch die wichtige Frage der Bestimmung des Wohnortes einer behinderten Person soll geregelt werden. In beiden Bereichen, also bei der medizinischen Behandlung wie auch bei der Bestimmung des Wohnortes, enthält der Entwurf Lösungen, die sich zum einen an der herrschenden Rechtspraxis orientieren, zum anderen aber auch lebensnah sind, indem sie die Einschaltung des Gerichts auf Zweifelsfälle einschränken.

Im Hinblick auf das Anliegen der Reform, dass Sachwalter der Personensorge erhöhte Aufmerksamkeit zuwenden sollten, und auch auf Grund verschiedentlich geäußerter Kritik an einer insbesondere im städtischen Bereich anzutreffenden Praxis, ist eine Höchstzahl von Sachwalterschaften, die ein Sachwalter übernehmen darf, vorgesehen. In § 282 ABGB des Entwurfs ist ausdrücklich ein Mindestmaß an Kontakt und Bemühung um soziale und medizinische Versorgung des Pflegebefohlenen gefordert. Diesem Anspruch kann zweifellos nicht entsprochen werden, wenn man - sofern man nicht hauptberuflich und überwiegend eine solche Funktion ausübt - Sachwalter von mehr als fünf Personen ist. Rechtsanwälte und Notare wird es aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Infrastruktur möglich sein, eine größere Anzahl von Personen zu betreuen. Mehr als 25 Sachwalterschaften werden in der Regel aber auch sie nicht übernehmen können. Von der Höchstzahl sollen lediglich Sachwalterschaften zur Besorgung einzelner Angelegenheiten ausgenommen sein, da hier - etwa bei Übernahme eines bestimmten Verfahrens durch einen Rechtsanwalt - das Erfordernis der Personensorge in den Hintergrund tritt. Die im Entwurf vorgesehenen Höchstzahlen gewährleisten es auch, dass die Sachwalterschaft - abgesehen von den Angehörigen der freien Rechtsberufe und den Mitarbeitern der Sachwaltervereine - nicht gewerbsmäßig ausgeübt wird; damit trägt der Entwurf einem besonders von Seiten der Sachwaltervereine geäußertem Anliegen Rechnung.

Auf der anderen Seite verdeutlicht der Entwurf, dass der Katalog der als Sachwalter in Betracht kommenden Personen, wie er im geltenden § 281 ABGB umschrieben ist, kein geschlossener Kreis ist. Grundsätzlich soll jede geeignete Person zum Sachwalter bestellt werden können. Die Betonung dieses Grundsatzes soll auch dazu beitragen, dem wachsenden Mangel an verfügbaren Sachwaltern entgegenzuwirken.

Bei der Prüfung der Eignung einer Person zum Sachwalter wird besonders auf die mit der Personensorge verbundenen Aufgaben Bedacht zu nehmen sein. Als Sachwalter bieten sich in diesem Zusammenhang insbesondere auch Sozialarbeiter an. Denn diese verfügen über eine Ausbildung, welche sie zur Betreuung psychisch Kranker oder geistig Behinderter prädestiniert erscheinen lassen. Sozialarbeiter werden deshalb schon derzeit vielfach als Vereinssachwalter angestellt und betreuen auch für Rechtsanwälte oder Notare Personen unter Sachwalterschaft. Außerhalb dieser Beschäftigungsverhältnisse soll freilich auch für Sozialarbeiter die Beschränkung auf fünf Sachwalterschaften gelten.

c. Die im KindRÄG 2001 bereits angekündigte (RV 296 BlgNR 21. GP 127) und in der Lehre oftmals angeregte (s. u.a. Stabentheiner in Rummel³ §§ 281, 282 Rz 1; Schauer, NZ 2001, 275 [276]) Abkoppelung des Sachwalterrechts vom Kindschaftsrecht soll nunmehr im Rahmen des Sachwalterrechts-Änderungsgesetzes 2006 verwirklicht werden. Alle zentralen Fragen des Sachwalterrechts sollen in einem neuen Fünften Hauptstück geregelt werden:

- Die §§ 268 bis 272 ABGB des Entwurfs regeln unter der neuen Überschrift „Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters oder Kurators“ die Voraussetzungen für die Bestellung eines Sachwalters (§ 268), eines Kurators für Ungeborene (§ 269), weiter eines Abwesenheitskurators (§ 270) und eines Kollisionskurators (wie bisher §§ 271 f).
- Die Bestimmungen der §§ 273 und 274 ABGB des Entwurfs enthalten Vorschriften über die Bestellung eines Sachwalters oder Kurators. § 273 Abs. 1 ABGB legt in diesem Zusammenhang die allgemeinen Leitlinien der richterlichen Entscheidung fest (Art der Angelegenheiten). § 273 Abs. 2 ABGB enthält allgemeine Ausschlussgründe für die Bestellung zum Sachwalter oder Kurator. § 274 ABGB sieht daneben als weitere Voraussetzungen die Eignung und Zumutbarkeit vor, bei deren Vorliegen für Rechtsanwälte und Notare eine Pflicht zur Übernahme der Sachwalterschaft besteht.
- § 275 ABGB des Entwurfs umschreibt die Rechte und Pflichten eines Sachwalters und Kurators. § 275 Abs. 1 erklärt ausdrücklich das Wohl der anvertrauten Person zur obersten Handlungsmaxime eines Sachwalters und Kurators und legt fest, dass der Sachwalter und der Kurator berechtigt sind, alle Tätigkeiten - also auch Vertretungshandlungen - vorzunehmen, um die ihnen übertragenen Angelegenheiten zu besorgen. § 275 Abs. 2 und 3 sieht in wichtigen, die Person des Pflegebefohlenen betreffenden Angelegenheiten und im Bereich der außerordentlichen Vermögensverwaltung eine gerichtliche Genehmigungspflicht vor.
- § 276 ABGB des Entwurfs übernimmt im Wesentlichen die Regelungen der §§ 266 und 267 für die Entschädigung, das Entgelt und den Aufwandsatz des Sachwalters oder Kurators. § 277 sieht eine Haftungsbestimmung vor.
- In § 278 ABGB des Entwurfs werden die Beendigung und Änderung (= Erweiterung, Einschränkung oder Übertragung) der Sachwalterschaft und Kuratel geregelt.
- Die §§ 279 bis 284a ABGB des Entwurfs enthalten - sozusagen in einem „Besonderen Teil“ - ergänzende Bestimmungen für die Sachwalterschaft. § 279 legt jene Personengruppen fest, aus deren Kreis ein Sachwalter bestellt werden darf. § 280 regelt die Geschäftsfähigkeit einer Person unter Sachwalterschaft, § 281 normiert u.a. das bislang in § 273a Abs. 2 ABGB geregelte Verständigungs- und Äußerungsrecht des Betroffenen. § 282 verpflichtet zum Kontakt mit der behinderten Person und zur Bemühung um deren ärztliche und soziale Betreuung. § 283 ist der medizinischen Behandlung, § 284 der Sterilisation (und anderen Maßnahmen zur Unterbindung der Fortpflanzungsfähigkeit) sowie der Forschung an Personen unter Sachwalterschaft und § 284a der Bestimmung über den Wohnort gewidmet.

- Die §§ 284b bis 284e ABGB des Entwurfs regeln das Institut der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger, die §§ 284f bis 284h jenes der Vorsorgevollmacht.

d. Ist eine nahe stehende Person nicht verfügbar, so ist - mit dessen Zustimmung - ein Sachwalterverein und nicht, wie bisher, eine vom Verein namhaft gemachte physische Person zum Sachwalter zu bestellen. Damit wird im Bereich des Sachwalterrechts ein neuer Weg beschritten. Ein System der gesetzlich vorgesehenen Bestellung eines Vereins zum Vertreter einer Person enthält freilich schon § 8 HeimAufG. Die Vereinsbestellung hat für die Sachwaltervereine unbestreitbare organisatorische Vorteile (Synergieeffekte u. dgl.). Zusätzlich ist aber davon auszugehen, dass hiedurch auch den Interessen des Betroffenen gedient ist, da es vielfach um die (immer gleichen) administrativen Handlungen für ihn geht, die innerhalb der Sachwaltervereine effizient und zu seinem Vorteil - unter Umständen auch arbeitsteilig - vorbereitet werden können (so etwa wenn es um die Vertretung von Heimbewohnern dem Heimträger gegenüber geht und spezifische Kenntnisse der Gegebenheiten im Heim, etwa bei Abschluss des Heimvertrages, von Vorteil sind oder für alle Betroffenen Pflegegeldanträge zu stellen sind). Indem eine bestimmte Person bekannt zu geben ist, die die Aufgaben der Sachwalterschaft für den Betroffenen wahrzunehmen hat, ist nicht zu befürchten, dass sich diese „weniger verantwortlich fühlt“ und sich der Betroffene nunmehr einer anonymen Organisation gegenüber sieht. Mit der Vereinsbestellung soll die Grundlage für ein möglichst effizientes, immer auf die Interessen der behinderten Menschen abstellendes Betreuungssystem geschaffen werden.

3. Kompetenz: Die Kompetenz des Bundes zur Erlassung des vorgeschlagenen Bundesgesetzes gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen).

4. Kosten des Vorhabens: [...]

5. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort: Das Vorhaben wird sich auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort nicht negativ auswirken. Für die Träger von Einrichtungen, die psychisch Kranke und geistig Behinderte betreuen, bedeuten die neuen, klaren Regelungen eine Entlastung.

6. Aspekte der Deregulierung: Das Vorhaben ist sozial-, gesundheits- und rechtspolitisch wichtig, weil es die rechtliche Situation von psychisch kranken und geistig behinderten Menschen verbessert. Aspekte der Deregulierung, wie sie Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001 anspricht, stehen ihm nicht entgegen.

7. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Der Entwurf unterliegt keinen besonderen Beschlusserfordernissen im Nationalrat und im Bundesrat. Er muss auch nicht nach dem Notifikationsgesetz 1999 notifiziert werden.

8. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union: Das Sachwalterrecht betrifft Bereiche, die im Gemeinschaftsrecht nicht geregelt sind.

AB zu BGBl. I 75/2009: Das österreichische Recht nimmt auf Erscheinungen modernen Familienlebens, wie Kinder aus getrennten Beziehungen, besonders in so genannten „Patchwork-Familien“ sowie auf das Eingehen von Folgeehen und auf Lebensgemeinschaften, zu wenig Bedacht. Die Regelungen des ABGB über Ehepakete sind veraltet. Die Gestaltungsfreiheit bei der Verfügung über eheliches Gebrauchsvermögen, insbesondere über die Ehwohnung, ist beschränkt. Eheleute lassen sich scheiden, ohne vorher ausreichend im Hinblick auf die Scheidungsfolgen beraten worden zu sein. Der Rechtsrahmen bei Adoptionen aus Ländern, die nicht Vertragsstaaten des Haager Adoptionsübereinkommens sind, ist unsicher. Allein erziehende Eltern und ihre Kinder gehören zu den am meisten armutsgefährdeten Personen in Österreich. Bei wirtschaftlichen Krisen sind sie besonders gefährdet, auch weil die Leistungen aus der Unterhaltsbevorschussung unerwartet schwanken können.

Im Familienrecht sollen moderne Familienformen besser berücksichtigt werden, wobei vor allem auf die Lebensbedingungen von Stiefkindern sowie die außereheliche Lebensgemeinschaft Bedacht genommen werden soll. Die familiäre Solidarität soll gestärkt werden. Das Ehegüterrecht soll modernisiert werden. Die Eheschließung soll dadurch erleichtert werden, dass vermögenswerte Vorausverfügungen, insbesondere über die Ehwohnung, zugelassen werden. Bei der Scheidung soll die Information der Ehegatten verbessert werden. Für Auslandsadoptionen soll die Rechtssicherheit durch ein - fakultatives - gerichtliches Anerken-

nungsverfahren gestärkt werden. Schließlich sollen die kontinuierlichere Leistung von Kindesunterhalt durch Ausbau der Unterhaltsbevorschussung verbessert und Klarstellungen zum Verfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen vorgenommen werden.

Der vorliegende Gesetzentwurf enthält insbesondere folgende Punkte:

- Ausdehnung der ehelichen Beistandspflicht auf die Obsorge für Stiefkinder
- Vertretung des Ehegatten in den Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens, wenn es die Umstände erfordern
- Recht minderjähriger Kinder auf Beistand in Familienverbänden
- Beseitigung von Diskriminierungen von Lebensgefährten
- Modernisierung des Ehegüterrechts
- Erleichterung der Vorausverfügung über eheliches Gebrauchsvermögen
- Verstärkte Hinwendung auf eine Beratung der Ehegatten bei einer Scheidung
- gerichtliche Anerkennung von ausländischen Adoptionsentscheidungen
- Klarstellungen über das Verfahren nach dem Haager Kindesentführungsübereinkommen
- obligatorische Einholung von Strafregistereinkünften vor Adoptionsentscheidungen
- Verbesserung der Unterhaltsbevorschussung

RV zu BGBl. I 28/2010: [...] E. Neuordnung des Darlehensvertrags im ABGB (21. Hauptstück): Die gemeinschaftsrechtlich indizierte Hinwendung des Gesetzgebers zum Verbraucherkredit gibt aber auch Anlass für die Erneuerung des korrespondierenden Normenbestandes im ABGB. Der Kreditvertrag als solcher ist dem österreichischen Zivilgesetzbuch bislang unbekannt. Der Darlehensvertrag wiederum, der ja gleichsam das rechtsdogmatische „Hinterland“ des Kreditvertrags bildet, ist im ABGB noch nach dem römisch-rechtlichen Konzept des Realkontrakts konzipiert. Diese Konzeption mag für eine Realwirtschaft früheren Zuschnitts und - in rechtlicher Betrachtung - für das Sachdarlehen ihre Berechtigung gehabt haben, für die Gegebenheiten des heutigen Geschäfts- und Rechtslebens hat sie jedoch schon längst ausgedient (vgl. dazu sowie zu den dafür relevanten dogmatischen Aspekten im Einzelnen die sehr instruktive Untersuchung von Harrer-Hörzinger, Die Rechtsnatur des Darlehens, ÖJZ 1990, 614). Demgemäß wird der Realkontrakt zwar noch im akademischen Kontext als Relikt aus längst verlossenen Zeiten apostrophiert, doch kommt ihm faktisch kein Regelungs- und Gestaltungspotential mehr zu. Das Darlehen ist vom wirtschaftlich ungleich bedeutenderen Kreditvertrag bereits seit langem gänzlich in den Hintergrund gedrängt.

Dieser Befund trifft auf ein aktuelles Erneuerungsbestreben, das seinen Impuls von dem heranstehenden 200-jährigen Jubiläum des ABGB erhält. Es soll nämlich ein Projekt zur allmählichen Erneuerung und Modernisierung des österreichischen Zivilgesetzbuchs vorangetrieben werden, dessen Früchte freilich nur sukzessive im Laufe der kommenden Jahre eingefahren werden können. Als ein erster Schritt bietet sich im Zusammenhang mit der Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie die Erneuerung des Hauptstücks über den Darlehensvertrag an. Entsprechend dem zuvor Gesagten muss dies mit einem Wechsel vom Realkontrakt hin zu dem heute durchwegs gängigen Regelungsdesign des Konsensualvertrags einhergehen. Dabei wird freilich für eine „Entsorgung“ des Darlehensvertrags (nämlich für dessen ersatzloses Aufgehen im Kreditvertrag) kein Grund gesehen. In der Praxis ist Gegenstand des Darlehens zwar meistens - ebenso wie beim Kreditvertrag - die entgeltliche Zurverfügungstellung von Geldmitteln. Neben dieser wirtschaftlich sicher wichtigsten Ausprägung gibt es aber auch heute noch andere Erscheinungsformen des Vertragstyps Darlehen, die nicht bloß deshalb gänzlich negiert werden sollen, weil sie in der Regel konfliktfrei abgewickelt werden und daher aus forensischem Blickwinkel keine wahrnehmbare Rolle spielen. Gemeint ist einerseits das Sachdarlehen, das es im alltäglichen Geschehen nach wie vor gibt, und andererseits das unentgeltliche - weil zinsen- und gebührenfreie - Gelddarlehen, das vor allem im Familienkreis durchaus noch massenhaft vorkommt. Für ein die dogmatischen Grundfesten des rechtlichen Zusammenlebens festschreibendes Zivilgesetzbuch wäre es eine Fehlentwicklung, den Blick nur auf die konfliktiven Phänomene des Rechtslebens zu richten und die unproblematischen auszublenden. Deshalb haben auch in einem modernisierten ABGB das Sachdarlehen sowie das zinsenlose Gelddarlehen nach wie vor ihren Platz.

Der Kreditvertrag wird als eine Unterart des Darlehensvertrags definiert, nämlich als entgeltliches (also in der Regel verzinsliches) Gelddarlehen. Einige Sonderregelungen, die gerade für den Kreditvertrag angezeigt scheinen, werden unabhängig von einem Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis bereits allgemein im ABGB statuiert.

RV zu BGBl. I 15/2013: Einleitung: Geschichtlicher Überblick:

1. Gleichbehandlung unehelicher Kinder: Bei der Gleichbehandlung unehelicher Kinder mit ehelichen ist das ABGB schon weit fortgeschritten. Seit den ersten Schritten mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, BGBl. Nr. 342/1970, die erbrechtlichen Bundesgesetze BGBl. Nr. 656 bis 659/1989 und das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989, BGBl. Nr. 162/1989, führte der Weg über das Namenrechtsänderungsgesetz 1995, BGBl. Nr. 25/1995, das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl. I Nr. 135/2000, und schließlich das Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004, BGBl. I Nr. 58/2004, zu einer sehr weitgehenden Gleichstellung unehelicher Kinder. Ausnahmen bestehen weiterhin bei der Namensfolge und der Obsorge. In den kindschaftsrechtlichen Regelungen des ABGB besteht ein deutliches Übergewicht zugunsten der Regelungen, die für eheliche Kinder gelten.

2. Namensrecht: Nach dem alten Recht des ABGB erhielt die „Gattin“ den „Namen des Mannes“, eheliche Kinder den ihres Vaters und uneheliche den Geschlechtsnamen der Mutter. Das Bundesgesetz über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes ermöglichte es, dem unehelichen Kind - als Erklärung dieser Personen - den Familiennamen des Vaters oder des Ehemanns der Mutter zu geben. Erst durch das Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl. Nr. 412/1975, erhielt zunächst die Frau, dann - als Folge einer Aufhebung durch den VfGH - durch das Ehenamensrechtsänderungsgesetz, BGBl. Nr. 97/1986, auch der Mann, das Recht auf Anfügung des bisherigen Familiennamens, wengleich als in den Personenstandsurkunden nicht ersichtliches „höchstpersönliches Recht“, falls der Familienname des anderen Ehegatten zum gemeinsamen Familiennamen bestimmt wurde oder subsidiär der Mannesname Familienname wurde. Das Namenrechtsänderungsgesetz 1995, BGBl. Nr. 25/1995, ermöglichte Ehegatten die Beibehaltung des bisherigen Familiennamens und - allerdings nicht mehr nach der Eheschließung - die Namenswahl beim ehelichen Kind. Das uneheliche Kind erhielt den aktuellen Familiennamen seiner Mutter. Die Namensgebung durch den Vater oder den Ehemann der Mutter wurde durch eine kostengünstige, wengleich doch verwaltungsaufwändige verwaltungsbehördliche Namensänderung - auf Antrag des Kindes - ersetzt. Zu einer schon damals geforderten Einführung eines echten Doppelnamens, sowohl für einzelne Personen als auch ganze Familien, ist es nicht gekommen.

2. Obsorge: Nach dem alten Recht des ABGB wurde im Fall der Scheidung (früher Trennung der Ehe dem Bande nach) und der „Scheidung von Tisch und Bett“ die Pflege und Erziehung einem Elternteil - meist der Mutter - durch das Gericht zugeteilt, während die „väterliche Gewalt“ weiterhin beim Vater blieb. Mit dem Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 403/1977, wurde die väterliche Gewalt beseitigt und der Mutter ebenfalls eine Teilhabe an der gesetzlichen Vertretung, an der Pflege und Erziehung und an der Vermögensverwaltung der ehelichen minderjährigen Kinder eingeräumt. Das Gesetz sprach von „rein persönlichen elterlichen Rechten und Pflichten“.

Bei unehelichen Kindern kam der Mutter bloß die Pflege und Erziehung im Innenverhältnis zu, während die Aufsicht über diese Pflege und Erziehung und die „Amtsvormundschaft“ von der Bezirksverwaltungsbehörde besorgt wurde. Eine umfängliche elterliche Verantwortung konnte die Mutter nur dadurch erlangen, dass sie vom Gericht zum Vormund ihres Kindes bestellt wurde.

Mit dem Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989 wurde der Begriff „rein persönliche elterliche Rechte und Pflichten“ durch den Begriff „Obsorge“ ersetzt. Die Amtsvormundschaft wurde auf Ausnahmefälle, nämlich im Fall noch minderjähriger Mütter oder auf Findelkinder, eingeschränkt und der Mutter eines unehelichen Kindes die unbeschränkte Obsorge über das Kind eingeräumt. Der Jugendwohlfahrtsträger sollte den Eltern aller Kinder seine Hilfe anbieten und diese mit Information versorgen, damit Kinder durch die Abschaffung der Amtsvor-

mundschaft nicht zu Schaden kommen. Für zusammenlebende Eltern unehelicher Kinder wurde die Möglichkeit einer gemeinsamen Obsorge eingeräumt.

Mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 wurde für geschiedene Eltern und für nicht oder nicht mehr zusammenlebende Eltern unehelicher Kinder die Möglichkeit einer Obsorge beider Eltern eingeräumt, jedoch verknüpft mit der Voraussetzung, dass sich die Eltern darüber einigen, bei wem von ihnen sich das Kind hauptsächlich aufhält. Diese Einigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Pflegschaftsgerichts. Die Obsorge beider Eltern nach Scheidung der Eltern oder bei unehelichen Kindern hängt somit in erster Linie davon ab, dass sie vom Willen beider Eltern getragen ist.

Mit dem Kinderbeistand-Gesetz, BGBl. I Nr. 137/2009, wurde das erfolgreiche Modellprojekt „Kinderbeistand“, bei dem minderjährigen Kindern, die in ein heftiges Obsorge- oder Besuchsrechtsverfahren verwickelt sind, eine fachkundige Begleitperson zur Seite gestellt wird, auf eine gesetzliche Basis gestellt und das bundesweite Angebot von Kinderbeiständen vorgesehen.

Gesellschaftliche Entwicklung: Seit dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 haben sich für das Kindschaftsrecht, besonders für den Namen und die Obsorge, wesentliche Änderungen in der gesellschaftlichen Lage ergeben. Zwar blieb die Anzahl der Ehescheidungen insgesamt und die Anzahl von aus einer Ehescheidung stammenden minderjährigen Kindern annähernd gleich (2001: 20.582 Scheidungen, davon 11.799 mit minderjährigen, damals unter 19-Jährigen Kindern; 2010: 17.442 Scheidungen, davon 13.657 mit minderjährigen Kindern), doch hat die Anzahl der unehelichen Kinder und deren Anteil seit 2001 stark zugenommen. 2001 wurden 24.944 Kinder unehelich geboren, das waren 33,1 % aller Geburten, während 2011 31.522, somit 40,4 % aller Geburten (Kärnten 52,9%, Steiermark 48,6%) ohne miteinander verheiratete Eltern erfolgten (Quelle: Statistik Austria).

Die Möglichkeit der Obsorge beider Eltern für Geschiedene hat sich in der Rechtsrealität bewährt: Nach einer vom Bundesministerium für Justiz in Befolgung einer parlamentarischen EntschlieÙung eingeholten Studie wurden bei 54,5 % der erfassten Scheidungen von den Eltern die Voraussetzungen der Obsorge beider Eltern geschaffen (Evaluationsstudie über die Auswirkungen der Neuregelungen des KindRÄG 2001, insbesondere der Obsorge beider Eltern zu BMJ-B4.440.6/0001-I 1/2004, Tabelle 87). Da das Institut der Obsorge beider Eltern als wesentliche Voraussetzung den diesbezüglichen Willen beider Eltern hat, zeigt dies die hohe Akzeptanz des Rechtsinstituts in der Bevölkerung, das bei seiner Anwendung auch eine hohe Befriedigung von 71,6 % (Evaluationsstudie, 190) erzeugt hat.

Entwicklung auf dem Gebiet der Menschenrechte: Mit den Urteilen von 3.12.2009, Zaunegger gegen Deutschland, BeschwNr. 22028/04, und vom 3.2.2011, Sporer gegen Österreich, BeschwNr. 35637/03, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Situation beanstandet, dass die Obsorge beider Eltern bei unehelichen Kindern von der Einwilligung beider Eltern abhängig sei. Die Situationen, in die uneheliche Kinder geboren werden, mögen in der Lebensrealität zwar unterschiedlich sein, doch müsse es für beide Eltern die Möglichkeit geben, im Zug eines gerichtlichen Verfahrens an der gemeinsamen Obsorge teilzuhaben, wenn dies für das Kind günstig sei, oder die Alleinsorge zu erlangen, je nachdem, bei welchem Elternteil dies aus der Kindessicht am günstigsten sei. Die anfängliche Alleinobsorge der Mutter sei nicht zu beanstanden.

Mit der Entscheidung vom 21.12.2010, Anayo gegen Deutschland, BeschwNr. 20578/07, hat es der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgestellt, wenn dem biologischen Vater eines in einem intakten Familienverband, bestehend aus Mutter und deren Mann als rechtllichem Vater, lebenden Kindes verwehrt ist, bei Gericht die Einräumung eines Besuchsrechtes für ihn zu beantragen, wenn das Besuchsrecht der Anbahnung familiärer Beziehungen und dem Kindeswohl dient. Einer derartigen Fallkonstellation trägt das österreichische Kindschaftsrecht zwar mit der Möglichkeit des Einräumens eines Besuches gegenüber einem Dritten Rechnung, doch erscheint eine Präzisierung vorteilhaft.

Sämtliche genannten Entscheidungen lassen sich insbesondere auch dahin zusammenfassen, dass es letztlich nicht ausschließlich auf die Interessen eines Elternteils ankommt,

sondern in erster Linie darauf, ob das vom Elternteil Begehrte dem Kind zum Wohl gereicht. Den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wohnt somit der Gedanke inne, dass es sich bei den Rechten der Eltern um so genannte „überbundene Rechte“ handelt, die diesen gegeben werden, damit sie im Interesse des Kindes Aufgaben erfüllen können und an der Sicherstellung des Kindeswohls mitwirken.

Diese Sichtweise wird durch die Entscheidung des VfGH, G114/11, der § 166 erster Satz ABGB mit Wirksamkeit vom 1. Februar 2013 als verfassungswidrig aufgehoben hat, geteilt. [...]

Ziele des Gesetzentwurfs:

1. Gleichbehandlung unehelicher Kinder: Die Gleichbehandlung unehelicher Kinder soll weiter vorangetrieben werden, ohne den Schutz dieser Kinder zu reduzieren.

2. Namensrecht: Seit Jahren wird in der Bevölkerung der Wunsch nach einem flexibleren Namensrecht, das Doppelnamen in einem größeren Umfang - nämlich für Kinder und auch für ganze Familien - zulässt, immer lauter. Die dem Bundesministerium für Justiz in den Vorgesprächen berichteten Erfahrungen der Standesämter gehen sogar soweit, dass einige Ehen wegen der begrenzten Möglichkeiten der Gestaltung des Familiennamens nicht geschlossen werden. Dabei werden die Standesämter am Häufigsten mit dem Wunsch konfrontiert, bei einer Eheschließung den eigenen Namen weiter behalten zu können, den gemeinsamen Kindern aber - um deren Abstammung gleichberechtigt zu dokumentieren - einen aus beiden Namen der Eltern gebildeten verbundenen Familiennamen zu geben. Auch der Wunsch nach einem für die ganze Familie gleichlautenden Doppelnamen wird häufig geäußert. Diese Wünsche können derzeit aber nicht erfüllt werden.

Das österreichische Recht steht derzeit Doppelnamen äußerst reserviert gegenüber. Sind in früheren Zeiten Doppelnamen durch Adoption oder Wegfall von Adelsbezeichnungen entstanden, so gibt es heute nur die Möglichkeit für einen Ehegatten, bei Führung des Familiennamens des anderen Ehegatten als gemeinsamen Familiennamen den eigenen früheren Namen voran- oder nachzustellen. Von diesem Doppelnamen können andere Personen - Ehegatten oder Kinder - nur den Teil ableiten, der gemeinsamer Familienname wurde. Dass „echte“ Doppelnamen für Kinder oder Familien nicht möglich sind, stößt vor dem Hintergrund der Auswirkungen des EU-Rechts in der Bevölkerung auf Unverständnis: Österreich ist nämlich nach der auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechtsprechung verpflichtet, Doppelnamen für Kinder und Familien, die ja in weiten Teilen der europäischen Union rechtmäßig sind, für EU-Doppelstaatsbürger anzuerkennen (zuletzt EuGH, 14.10.2008, Grunkin-Paul, Rs C-353/06).

3. Obsorge: Die Möglichkeit, nach der Scheidung beide Elternteile mit der Obsorge zu betrauen, soll im Hinblick auf die eingangs geschilderte gesellschaftliche Entwicklung, aber auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des VfGH zur Obsorge für uneheliche Kinder ausgebaut werden.

Auch nicht miteinander verheirateten Eltern soll das Zustandekommen ihrer gemeinsamen Obsorge erleichtert werden.

Trotz gemeinsamer Obsorge soll „legal kidnapping“ verhindert werden.

4. Umschreibung des Kindeswohls: Um einen weiteren Schritt zu Verbesserung des Kindeswohls zu setzen, soll das Kindeswohl im Gesetzeswortlaut präziser umschrieben werden.

7. Umsetzung menschenrechtlicher Vorgaben: Weiter verfolgt der Gesetzentwurf auch das Ziel, menschenrechtliche Vorgaben, die nicht zuletzt auch die Interessenlage des Kindes widerspiegeln, umzusetzen.

8. [...]

Schwerpunkte des Gesetzentwurfs:

1. Gleichbehandlung unehelicher Kinder: Die Gleichbehandlung unehelicher Kinder soll durch Beseitigung des Begriffs, durch Beseitigung der Rechtsinstitute der Legitimation durch nachfolgende Ehe und der Ehelicherklärung durch das Staatsoberhaupt sowie durch gleichlautende Regelungen im Namensrecht weiter forciert werden. Der notwendige Schutz von Kindern nicht verheirateter Eltern auf dem Gebiet der Obsorge soll aber im Einklang mit der eingangs dargestellten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

und des VfGH mit der anfänglichen Zuteilung der alleinigen Obsorge an die Mutter aufrecht bleiben. Ebenso soll - ungeachtet der neutralen Formulierung - daran festgehalten werden, dass das uneheliche Kind nicht verheirateter Eltern mit der Geburt den Familiennamen der Mutter erhält.

Mit der Beseitigung der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern verbunden ist auch die Aufhebung des Begriffes der Ehelichkeit sowie die Beseitigung der Legitimation, auch derjenigen durch Reskript des Staatsoberhauptes.

Dies führt aber zur Notwendigkeit, die Regelungen des Kindschaftsrechtes - weitgehend unverändert - neu einzuordnen, was der vorliegende Entwurf vorschlägt.

2. Namensrecht: Das Gesetzesvorhaben sieht vor, dass Kinder und auch ganze Familien einen unter Verwendung der Namen von zwei Personen gebildeten Doppelnamen erhalten können. Dabei kann aber nur ein aus höchstens zwei Teilen bestehender Name ausgewählt werden. Dadurch sollen unübersichtliche Namensketten vermieden werden. Die Namensidentität der Familie soll dadurch gewahrt bleiben, dass Personen, die eine Eheschließung beabsichtigen, nunmehr verschiedene Wahlmöglichkeiten für einen gemeinsamen Familiennamen eröffnet werden.

Wenn die Ehegatten nach geltendem Recht keinen gemeinsamen Familiennamen bestimmen, erhält die Frau den Familiennamen des Mannes. Nur durch ein aktives Tätigwerden, nämlich die Erklärung der Beibehaltung des eigenen Familiennamens, kann die Frau verhindern, dass der Familienname des Mannes zum gemeinsamen Familiennamen wurde. Diese Ungleichbehandlung soll dadurch beseitigt werden, dass mangels Bestimmung eines gemeinsamen Familiennamens - wofür, wie oben bereits erwähnt, zahlreiche Wahlmöglichkeiten bestehen - subsidiär die Beibehaltung des eigenen Familiennamens vorgesehen ist.

Bei Kindern soll zunächst darauf abgestellt werden, ob die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen führen. Ist dies der Fall, so soll dieser Name mit der Geburt des Kindes diesen Familienname werden; der Entwurf sieht aber auch vor, dass der im Zuge der Eheschließung von nur einem Elternteil bestimmte Doppelname zum Familiennamen des Kindes bestimmt werden kann. Führen die Eltern keinen gemeinsamen Familiennamen, so soll der Familienname eines Elternteils zum Familiennamen des Kindes bestimmt werden können; zudem soll das Kind durch entsprechende Bestimmung einen aus den Familiennamen beider Elternteile gebildeten Doppelnamen erhalten können. Die Regelung ist nicht mit dem Nachteil verbunden, dass sich Kinder in jungen Jahren für einen einzigen Teil ihres Doppelnamens - und damit womöglich gegen einen Elternteil - entscheiden müssen, da bei Eheschließung die Möglichkeit der Beibehaltung des eigenen (auch Doppel-)Namens besteht.

Bei der Namensführung unehelicher Kinder besteht ein spezieller Reformbedarf. Das Namensrecht ist zuletzt 1995 geändert worden. Seither hat der Anteil unehelicher Geburten von 27,4 auf 40,4 % (im Jahr 2011; Quelle Statistik Austria) zugenommen. Die Eltern unehelicher Kinder führen in der Regel keinen gemeinsamen Familiennamen. Es liegt aber die Vermutung nahe, dass die Mehrzahl dieser Kinder in einer intakten eheähnlichen Lebensgemeinschaft zur Welt kommt und aufwächst. Hier besteht derzeit häufig der Wunsch, dem Kind den Familiennamen des Vaters zu geben. Diesem Anliegen soll ebenso wie dem Anliegen, dass das Kind einen aus den Familiennamen der Eltern gebildeten Doppelnamen führen kann, entsprochen werden.

Schließlich werden nach geltendem Recht Personen, die einen ihrer Tradition oder Herkunft entsprechenden geschlechtsspezifischen Namen führen, insoweit beeinträchtigt, als sie die Richtigstellung oder Beseitigung des Geschlechtsbezugs ebenfalls nur durch eine kostenpflichtige Namensänderung im Verwaltungsweg erreichen können. Der vorliegende Gesetzesentwurf soll für einen solchen Fall die Möglichkeit eröffnen, die Deklination von geschlechtsspezifischen Namen durch eine simple Erklärung beim Standesamt herbeizuführen. Diese Änderung des Namensrechts spricht das aktuelle Regierungsprogramm für die 24. Gesetzgebungsperiode an (Kapitel Justiz, B 6).

Nach dem geltenden Namensrecht müssen zahlreiche einfache Sachverhalte, wie der Erwerb des Vaternamens durch uneheliche Kinder, die Anpassung des Familiennamens an das Geschlecht und die Nachholung einer versäumten befristeten Erklärung, verwaltungs- und

kostenaufwändig im Weg der verwaltungsbehördlichen Namensänderung gelöst werden. Dies belastet Bürger und Verwaltung unnötig. Der vorliegende Entwurf verfolgt daher auch das Ziel, verwaltungsbehördliche Namensänderungen einzudämmen und durch namensrechtliche Erklärungen - der Gesetzestext spricht von „Bestimmung“ - gegenüber dem Standesamt zu ersetzen. Dadurch werden nicht nur langwierige und für Bürger und Verwaltungsbehörde aufwändige Verfahren verhindert, sondern auch die Möglichkeit geschaffen, dass die Ehegatten und Kinder sogleich mit den entsprechenden richtigen und aktuellen Personenstandsunterlagen ausgestattet werden können. Gleichzeitig wird auch die Autonomie der Betroffenen gegenüber der Verwaltung gestärkt: Es ist nicht mehr die Verwaltungsbehörde, die einen Antrag auf Namensänderung „bewilligt“. Vielmehr wird der Familienname oder der Name des Kindes von den Ehegatten bzw. Eltern bestimmt.

Die den Ehegatten und Eltern nach dem Entwurf eingeräumten namensrechtlichen Befugnisse sollen ihnen unbefristet offenstehen. Sie sollen von der Möglichkeit der Namensbestimmung aber nur einmal Gebrauch machen können. Dieses System ermöglicht es, dass eine Namensbestimmung auch längere Zeit nach dem für die Namensgebung relevanten Ereignis (z. B. Eheschließung, Geburt eines Kindes etc.) vorgenommen werden kann. Auch dadurch erlangt das Namensrecht eine besondere Flexibilität. Das führt wiederum dazu, dass die verwaltungsbehördliche Namensänderung zurückgedrängt wird. Damit es bis zu einer Namensbestimmung nicht dazu kommt, dass Personen, besonders neu geborene Kinder, keinen Familiennamen haben, sollen subsidiäre gesetzliche Auffangregelungen geschaffen werden, die sicherstellen, dass das Namensrecht seinem öffentlich-rechtlichen Auftrag, jeder Person zu einem Namen zu verhelfen, gerecht werden kann.

3. Umschreibung des Kindeswohls: Das Gesetz macht immer wieder das Wohl des Kindes zum wichtigen Kriterium einer kindschaftsrechtlichen Entscheidung. Aus Anlass dieses Legislativprojektes soll daher der Versuch unternommen werden, das Kindeswohl im Gesetz näher zu umschreiben.

4. Gemeinsame Obsorge: Bei ehelichen Kindern sieht der Gesetzentwurf - so wie übrigens auch schon der Wortlaut des geltenden Rechtes - das Fortbestehen der Obsorge beider Elternteile vor. Allerdings soll - mangels eines diesbezüglichen Zusammenwirkens beider Elternteile - die gemeinsame Obsorge auch dann möglich werden, wenn die Eltern ihrer Verantwortung gerecht werden und die Obsorge beider Teile aus Kindessicht geboten ist.

Bei Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern soll der Weg für die jungen Eltern in die gemeinsame Obsorge dadurch erleichtert werden, dass sie entsprechende Erklärungen gemeinsam und persönlich beim Standesamt abgeben können. Den jungen Eltern soll damit der Weg zum Gericht erspart und die Möglichkeit eröffnet werden, im Rahmen eines „One-Stop-Shop“ beim Standesamt Geburtsbeurkundung, Vaterschaftsanerkennung und Obsorgeregelung zu erledigen. Weiter soll - den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgend - ein Antragsrecht auf Begründung der gemeinsamen Obsorge oder der Alleinobsorge - und zwar abhängig von der Interessenlage des Kindes - vorgesehen werden.

5. Kontaktrecht: Im materiellen Recht des persönlichen Verkehrs soll der Besuch durch Dritte - wenn er im Kindesinteresse liegt - verstärkt ermöglicht werden. Weiter erweitert der Gesetzentwurf die Möglichkeiten des Familiengerichtes, gerichtliche Besuchsregelungen mit sanften Mitteln - nämlich dem „Besuchsmittler“ - durchzusetzen. Auch soll eine gerichtliche Durchsetzung gegen den zum Besuch berechtigten Elternteil, der zum Nachteil des Kindes den persönlichen Verkehr unterlässt, möglich sein. Der vom Gericht bestellte „Besuchsmittler“ soll durch Anwesenheit und Überwachung die ordnungsgemäße Über- und Rückgabe des Kindes erleichtern.

6. [...] 7. [...]

8. Verbesserung der Anlegung von „Mündelgeld“: Das ABGB enthält in den §§ 230 bis 230e Regelungen über die Anlegung von „Mündelgeld“: Darunter wird das Vermögen minderjähriger Kinder, von Personen unter Sachwalterschaft und von sonstigen, durch gerichtlich bestellte Kuratoren vertretenen Personen verstanden. Die §§ 230a bis 230d ABGB bezeichnen bestimmte Formen der Anlegung als ex lege „mündelsicher“. Sie sind über ihren eigenen Wirkungsbereich hinaus für die „mündelsichere“ Anlegung von Sicherheiten bedeutsam.

§ 230e ABGB regelt andere Formen der Anlagen und enthält auch verfahrensrechtliche Bestandteile, so die „Anhörung eines Sachverständigen für das Börsen- und Bankwesen“. Die Beziehung eines Sachverständigen bereitet in der gerichtlichen Praxis wegen des Zeit- und Kostenaufwandes Schwierigkeiten. So wurde in der Praxis ein die Unbedenklichkeit eines bestimmten Kapitalmarktproduktes ausdrückendes Gutachten in zahlreichen Verfahren verwendet, was letztlich zu Vermögensverlusten geführt hat. Auch erlitten in manchen Fällen minderjährige Kinder dadurch Vermögensnachteile, dass die in § 230 Abs. 2 ABGB enthaltene Verpflichtung, Mündelgeld auf mehrere Arten anzulegen, wenn dies wirtschaftlich zweckmäßig ist, nicht beachtet wurde. Das Gericht soll daher die Anlegung in Wertpapieren und Forderungen nur noch dann genehmigen dürfen, wenn eine entsprechende Risikosteuerung und eine laufende Überwachung der Wertentwicklung gegeben ist.

9. Sicherung der Wirksamkeit von Vaterschaftsanerkennnissen: Im Hinblick auf neuere Entwicklungen in der wissenschaftlichen Lehre soll ausdrücklich klargestellt werden, dass auch die von Rechtsnachfolgern abgegebenen Vaterschaftsanerkennnisse wirksam sind.

10. Einheitliche Altersgrenzen für Adoptionen: Nach geltendem Recht bestehen unterschiedliche Mindestaltersgrenzen für Männer und Frauen sowie ein Altersunterschieds-Privileg für die Stiefkindadoption. Da der gesellschaftliche Bedarf an Stiefkindadoption geschrumpft ist, ist die Privilegierung kaum noch einzusehen: Gleiches gilt für die unterschiedlichen Altersgrenzen für Männer und Frauen. Diese sollen daher vereinheitlicht werden. Damit haben die in der jugendwohlfahrtsrechtlichen Praxis der Vermittlung von Adoptionen üblichen Höchstaltersgrenzen, die nicht zum Justizrecht gehören, freilich nichts zu tun.

Nicht erledigte Anliegen: In den der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs vorangegangenen Gesprächen wurden immer wieder zwei verschiedene Forderungen erhoben: Einerseits nach einer dem gerichtlichen Verfahren, besonders der Regelung des persönlichen Kontaktes, obligatorisch vorgelagerten Schlichtung und andererseits nach rigiden Mitteln zur Durchsetzung von Regelungen des persönlichen Kontaktes.

Schlichtung: Besonders für die - gelegentlich sehr ins Detail gehenden - Fragen der Kontaktregelung wurde in den Vorgesprächen geradezu einhellig die Einrichtung einer dem gerichtlichen Verfahren obligatorisch vorgelagerten Schlichtung gefordert. So wurde darauf hingewiesen, dass der Nichtgebrauch von Sonnenschutzmitteln im Zug eines Besuches keine Frage sei, mit der das Familiengericht befassen werden müsse. Eine geeignete sozialarbeiterisch oder psychologisch besetzte Schlichtungsstelle könne sich besser um den Streit bemühen und eine Lösung herbeiführen, bevor die Sache vor die Richterin oder den Richter getragen werde. Eine solche Einrichtung würde zu ihrer Wirksamkeit voraussetzen, dass die Anrufung des Gerichtes in bestimmten Fragen des Kindschaftsrechtes erst dann möglich wird, wenn der Schlichtungsversuch gescheitert ist. Ein solches Rechtsinstitut steht zwar nicht im Widerspruch, aber doch in einem Spannungsverhältnis zu Art. 6 MRK, der die Möglichkeit zur Anrufung des Gerichtes in angemessener Zeit vorschreibt. Die legislative Umsetzung des Anliegens erfordert daher vertiefte Überlegungen und Erörterungen mit den fachlich interessierten Kreisen, die noch einige Zeit in Anspruch nehmen werden. Die entsprechenden Arbeiten sollen daher fortgeführt werden und gegebenenfalls in ein eigenes Legislativprojekt münden.

Verschärfte Kontaktrechtsdurchsetzung: In den Vorgesprächen wurde auch die Forderung nach einer effektiven und verschärften Durchsetzung von Kontaktrechtsregelungen gefordert. Eine solche Durchsetzung muss als Eingriff in das Grundrecht aus Privat- und Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 MRK den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Angemessenheit im Sinn des Art. 8 Abs. 2 MRK entsprechen. Es bestand rasch Einigkeit, dass der Strafrichter nicht für das Enforcement von Besuchsentscheidungen herangezogen werden sollte. Auch die Bestellung eigener gesetzlicher Vertreter („Umgangspfleger“) zur Durchführung der Besuche wurde nur eingeschränkt für sinnvoll gehalten, nicht zuletzt, weil die Missachtung der Befugnisse solcher Vertreter im Endeffekt wieder vor den Strafrichter führen könnte. Am ehesten erfolgversprechend erscheint derzeit die Beziehung von Besuchsmittlern, welche auch vorgeesehen wird (s P 4).

Kosten: [...]

Kompetenzgrundlage: Das Gesetzesvorhaben gründet sich auf Art. 10 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

RV zu BGBl. I 83/2014: 1. Einleitung: Die Bestimmungen des 27. Hauptstücks des zweiten Teils des ABGB mit dem Titel „Von dem Vertrage über die Gemeinschaft der Güter“, womit die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) gemeint ist, beruhen noch immer zum größten Teil auf der Stammfassung des ABGB aus dem Jahr 1811. Das Gleiche gilt für die Vorschriften über die Miteigentumsgemeinschaft, auf die das Organisationsrecht der GesbR verweist. Die GesbR ist also historisch betrachtet die älteste heute noch in Geltung stehende Gesellschaftsform in Österreich, hat aber die zahlreichen Modernisierungen, die das Gesellschaftsrecht erfahren hat, nur ansatzweise mitgemacht. Zuletzt hat die GesbR dadurch an Bedeutung verloren, dass Personengesellschaften (zunächst seit 1990 aufgrund des EEG als OEG oder KEG, seit der Handelsrechtsreform 2005 als OG oder KG) auch für jene (minderkaufmännischen, freiberuflichen, land- und forstwirtschaftlichen oder sonst nicht gewerblich ausgeübten) Aktivitäten begründet werden können, für die das früher nicht möglich war und die daher (als Personengesellschaft) der GesbR vorbehalten waren.

Die GesbR kann - wie seit der Handelsrechtsreform 2005 auch die OG - zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden. Während eine OG oder KG als Rechtsperson erst mit der Eintragung im Firmenbuch entsteht (§ 123 Abs. 1 UGB), ist die GesbR, der keine Rechtspersönlichkeit zukommt, allein schon deshalb nicht ins Firmenbuch einzutragen. Zu ihrer Errichtung genügt der Abschluss des Gesellschaftsvertrags, der keinerlei Form bedarf; er kann auch schlüssig (konkudent) abgeschlossen werden. Wenn die GesbR ein Unternehmen betreibt, dessen Jahresumsatz einen bestimmten Schwellenwert überschreitet, ist sie nach § 8 Abs. 3 UGB in eine OG oder KG umzuwandeln und in das Firmenbuch einzutragen.

Die GesbR erfüllt damit eine Art „Auffangfunktion“ für gesellschaftliche Zusammenschlüsse, die nicht jenes Maß an Formalität, Publizität, Intensität oder Dauerhaftigkeit erfüllen, wie es für eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesellschaft erforderlich wäre. Sie spielt nach wie vor in den unterschiedlichsten Bereichen eine wichtige Rolle, etwa für Gelegenheitsgesellschaften („ARGE“) in der Bauwirtschaft, Kreditkonsortien, Emissionskonsortien, Vorgründungsgesellschaften, Syndikatsverträge, Unter- und Innenbeteiligungen, Kartelle, Interessengemeinschaften, Joint Ventures, Gruppenarbeitsverträge, Realgemeinschaften, Jagd- und Fischereigemeinschaften, Familienbetriebe und dergleichen. Vorrangige Aufgabe der Gesetzgebung ist es dabei, ein dispositives Regelwerk zu schaffen, das die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und Vertretung, der Beteiligung an Gewinn und Verlust, der Haftung und des Ausscheidens aus oder der Beendigung der Gesellschaft in jenen Fällen klärt, in denen die Vertragspartner keine abweichenden Vereinbarungen getroffen haben.

Das 27. Hauptstück kann nicht alle Besonderheiten regeln, die sich im Zusammenhang mit den vielen, angesichts ihrer unterschiedlichen Aufgaben jeweils speziell zu gestaltenden GesbR ergeben. Die gesetzlichen Regelungen über die GesbR haben sich auf die wesentlichen, allgemeinen Ordnungsfragen zu beschränken. Sie sollen diese aber doch so umfassend klären, dass den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprochen wird und für im Innenverhältnis häufig auftretende Fragen interessengerechte gesetzliche Lösungen angeboten werden.

2. Problemstellungen: Die derzeitigen Bestimmungen des ABGB für die GesbR sind weitgehend veraltet. In mancher Hinsicht haben sich Rechtsprechung und Lehre im Lauf der Zeit so weit vom Gesetzestext entfernt, dass dessen Lektüre kein korrektes Bild der Rechtslage mehr vermittelt. Teilweise sind die - dispositiven - Gesetzesbestimmungen unpraktisch. In einigen Fragen herrscht mangels klarer gesetzlicher Regelung erhebliche Rechtsunsicherheit. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum besteht seit langem Konsens darüber, dass das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts reformbedürftig ist (Kastner, Zur Erneuerung des österreichischen Gesellschaftsrechts, FS Broda (1976), 96 f.; derselbe, Legistische Aufgaben im Gesellschaftsrecht, JBI 1990, 545 (550); K. Schmidt, Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine überfällige Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JBI 1988, 745; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 75 f.; Jabornegg/Resch in Schwimann, ABGB³ § 1175 Rz 1; Krejci, UGB: Zur OG, KG und GesbR, ÖJZ 2006, 53 (63); derselbe, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, FS Hopf (2007), 115; derselbe, Miteigentum und Ver-

mögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB (2011); Harrer, Die Personengesellschaft (2007), 4 ff. und passim; Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), 101; Told, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2011); dieselbe, Zur Rechtsfähigkeit und Vermögensordnung der GesbR, GES 2011, 147; U. Torggler, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigem Recht, JBl 2011, 353).

3. Reform des ABGB aus Anlass seines 200-Jahr-Jubiläums: Schon das Regierungsprogramm für die 24. Gesetzgebungsperiode sah vor, dass der Erneuerungsbedarf des ABGB anlässlich des 200-jährigen Bestehens dieses Gesetzbuchs zu erheben und eine abschnittsweise Überarbeitung unter grundlegender Beibehaltung seines Aufbaus und seiner Wertungen anzustreben wäre. Dieser Vorgabe entsprechend wurden in einem Ministerratsvortrag der Bundesministerin für Justiz aus dem September 2010 die rechtspolitischen Ziele des - ursprünglich als „ABGB 2011“, dann als „ABGB 200+“ bezeichneten - Projekts näher konkretisiert: Das österreichische Zivilrecht soll - mit der gebotenen Umsicht, Augenmaß und Zurückhaltung - modernisiert und an die geänderten wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtlichen Bedingungen angepasst werden.

In Bezug auf die GesbR zeigt sich folgendes Bild: Das 27. Hauptstück des zweiten Teils steht seit der Stammfassung des ABGB im Wesentlichen unverändert in Kraft (vgl. näher dazu etwa Kalss, Die Entwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über 200 Jahre, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, FS 200 Jahre ABGB [2011], 441). Dies ist einerseits ein Beleg für die immense Bestandskraft der Regelungen, kann aber andererseits nicht darüber hinwegtäuschen, dass manche Bestimmungen (etwa jene zur Geschäftsführung oder zur Haftung der Gesellschafter) den aktuellen Bedürfnissen nicht mehr gerecht werden. Eine Reform dieses Hauptstücks erscheint also zum einen in der Sache angezeigt und stellt zum anderen einen wichtigen Beitrag zum erwähnten umfassenden Modernisierungsvorhaben in Bezug auf das ABGB dar.

4. Entstehung des Entwurfs: [...]

5. Grundzüge des neuen Rechts der GesbR:

a) Vorrang der Privatautonomie: Die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses soll wie bisher grundsätzlich den Parteien des Gesellschaftsvertrags obliegen; die gesetzlichen Regeln sollen weitestgehend dispositiv sein. Sie sollen aber (schon deshalb, weil eine GesbR formlos zustande kommen kann) so umfassend sein, dass sich alle wichtigen Ordnungsfragen der Gesellschaft aus dem Gesetz beantworten lassen.

Ziel der Reform ist die Schaffung klarer, übersichtlicher Regeln, die (gegenüber dem teilweise inhaltlich umstrittenen geltenden Recht) den Rechts- und Geschäftsverkehr von Unsicherheiten und zusätzlichen Rechtsberatungskosten befreien und den Gesellschaftern ein möglichst umfassendes und ausgewogenes dispositives Regime zur Verfügung stellen.

b) Rechtsnatur der GesbR: In ihren Wesensmerkmalen soll die GesbR unverändert bleiben. Da die OG und die KG als eigene Rechtsträger seit dem HaRÄG 2005 für alle erlaubten Zwecke gegründet werden können, besteht keine Notwendigkeit, auch der GesbR eine eigene Rechtspersönlichkeit zuzubilligen. Vielmehr würde das Normativsystem unterlaufen, wenn es möglich wäre, einen eigenen Rechtsträger ohne Eintragung in ein öffentliches Register zu schaffen. Die GesbR soll daher eine zwischen den Gesellschaftern begründete Rechtsbeziehung ohne eigene Rechtsfähigkeit bleiben. Wenn die Gesellschafter ihrer GesbR Rechtsfähigkeit verleihen wollen, können sie auf einfache Weise ihre Gesellschaft als OG oder, unter Beachtung der damit verbundenen Besonderheiten, als KG ins Firmenbuch eintragen lassen. Dem kommt auch der Umstand entgegen, dass sich das Innenrecht der GesbR weitgehend am Recht der OG orientiert.

c) Auffangfunktion: Die Bestimmungen über die GesbR hatten seit jeher insoweit eine Auffangfunktion, als sie subsidiär zur Auffüllung von Lücken im rechtlichen Regime anderer Gesellschaftsformen heranzuziehen waren. Diese Funktion ist zwar im Lauf der Zeit stark in den Hintergrund getreten, weil wegen der immer stärker ausdifferenzierten Regelungen der anderen Gesellschaftsformen nur noch ein geringer Bedarf bestand. Sie ist aber niemals gänzlich verloren gegangen und hat wegen der Aufhebung des Art. 7 Nr. 1 der 4. EVHGB (der

den Rückgriff auf das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Recht ausschloss) durch die Handelsrechtsreform 2005 sogar wieder an Bedeutung gewonnen.

Aus diesem Grund sollen im Zuge der Reform auch einige Institutionen des allgemeinen Gesellschaftsrechts kodifiziert werden, die bereits bisher anerkannt, aber nicht oder nur zum Teil ausdrücklich geregelt waren. Dies gilt vor allem für die *actio pro socio* (vgl. [...] § 1188 ABGB) sowie die Pflicht zur Interessenwahrung und zur Gleichbehandlung (vgl. den vorgeschlagenen § 1186 ABGB). Freilich darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Rechtsinstitute auf alle Gesellschaftsformen undifferenziert angewendet werden sollen, weil jeweils die spezifischen Strukturmerkmale und Wertungszusammenhänge der einzelnen Rechtsformen beachtet werden müssen. Die Pflicht zur Mitwirkung und zur Förderung des Gesellschaftszwecks wird etwa bei einer personalistisch organisierten Gesellschaft, bei der das persönliche Zusammenwirken der Gesellschafter im Vordergrund steht, einen anderen Inhalt haben als bei einer Kapitalgesellschaft.

d) *Kategorienbildung*: Wie bereits oben (1.) dargelegt wurde, dient die GesbR als Gesellschaftsform für sehr unterschiedliche Tätigkeiten, wie etwa die bloße Vermögensverwaltung, kleine Familienbetriebe, gewerbliche Unternehmen mittlerer Größe, große Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft, Syndikate und Konsortien, aber auch zur Verfolgung ideeller Zwecke.

Verschiedentlich wurde bezweifelt, ob es gelingen kann, weiterhin ein einheitliches Recht für alle diese Erscheinungsformen der GesbR vorzusehen. So wurde vorgeschlagen, bei manchen Regelungen zwischen unternehmenstragenden und sonstigen GesbR zu unterscheiden (z.B. von U. Torggler, *Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigen Recht*, JBl 2011, 353). Diese Anregungen soll für einige Bestimmungen aufgegriffen werden: So soll es für die Zweifelsregel, ob eine Außen- oder lediglich eine Innengesellschaft vorliegt (§ 1176 Abs. 1 ABGB), für die Reichweite des Verbots einer Konkurrenztaetigkeit (§ 1187 ABGB) und für das Vertretungsrecht (§ 1197 ABGB) eine Rolle spielen, ob die Gesellschaft ein Unternehmen betreibt oder nicht.

Im Übrigen verläuft die zentrale Trennlinie zwischen Gesellschaften, die sich auf die Beziehungen der Gesellschafter untereinander beschränken (Innengesellschaften) und solchen, die im Rechtsverkehr auch nach außen gemeinschaftlich auftreten (Außengesellschaften). Beispielsweise gelten die Regelungen des 3. Abschnitts über die Vertretung und Haftung nur für gemeinschaftlich im Rechtsverkehr auftretende Außengesellschaften.

e) *Gliederung*: Um eine bessere Übersichtlichkeit zu erreichen, wird das - zur Gänze neu formulierte - 27. Hauptstück in [...] sieben Abschnitte gegliedert [...].

f) *Vermögensordnung*: Grundsätzlich gibt es kein Vermögen der GesbR im eigentlichen Sinn, weil die GesbR nicht rechtsfähig ist und ihr selbst daher auch kein Vermögen zugeordnet werden kann. Was „zum Gesellschaftsvermögen gehört“, kann also nur den Gesellschaftern persönlich zugerechnet werden.

Sehr wohl aber gibt es Vermögenswerte, die von den Gesellschaftern der gemeinsamen Zweckverfolgung gewidmet werden. Diesbezüglich stellt sich die Grundsatzfrage, wie stark die gesellschaftliche Bindung dieser Vermögenswerte ausgestaltet werden soll. Damit ist vor allem die Frage der gesamthändischen Verbundenheit angesprochen.

Zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderungen (eigentlich: gemeinschaftliche Forderungen der Gesellschafter) werden von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (entgegen dem Wortlaut des bisherigen § 1203 ABGB) als Gesamthandforderungen qualifiziert. Das heißt, sie können nur von allen Gesellschaftern gemeinsam geltend gemacht werden und der Schuldner kann mit schuldbefreiender Wirkung nur an alle gemeinsam leisten (Vertretung ist natürlich jeweils möglich).

Ein Gesamthandeigentum an körperlichen Sachen wird hingegen bisher als dem ABGB unbekannt angesehen. Körperliche Sachen können nur im Miteigentum aller Gesellschafter zu ideellen Anteilen stehen (quoad dominium eingebrachte oder gemeinsam erworbene Sachen) oder im Alleineigentum eines Gesellschafters, der sie der Gesellschaft zum Gebrauch zur Verfügung stellt (quoad usum eingebracht). Es ist auch möglich, im Innenverhältnis zu vereinbaren, dass eine Sache wie „Eigentum der Gesellschaft“, also wie Miteigentum aller Gesell-

schafter, behandelt wird, aber nach außen hin im Alleineigentum eines Gesellschafters bleibt, der fortan eine Stellung ähnlich einem Treuhänder einnimmt (quoad sortem eingebracht). Dieses Grundkonzept soll beibehalten und im Gesetz lediglich klarer als bisher zum Ausdruck gebracht werden. Hauptgründe dafür, dass weiterhin kein Gesamthand Eigentum an körperlichen Sachen zugelassen werden soll, sind Publizitätsfragen (bei beweglichen körperlichen Sachen ebenso wie im Grundbuch) sowie Schwierigkeiten beim Wechsel vom ideellen Miteigentum zum Gesamthand Eigentum und umgekehrt.

Gläubiger eines Gesellschafters sollen auch weiterhin exekutiv auf gesellschaftsgebundene Miteigentumsanteile zugreifen können und nach § 333 EO durch Kündigung der Gesellschaft das Auseinandersetzungsguthaben verwerten können; zusätzlich soll es eine § 135 UGB vergleichbare Regelung auch für die GesbR geben (vgl. § 1212 ABGB [...]).

g) Innenrecht: Die GesbR ist eine Personengesellschaft, die systematisch zwischen den eingetragenen Personengesellschaften des UGB und der schlichten Miteigentumsgemeinschaft steht.

Derzeit ist das Recht der GesbR stark von den Prinzipien der Miteigentumsgemeinschaft geprägt. Es unterscheidet sich auch daher erheblich vom Recht der OG. Die Divergenzen zum jüngeren OG-Recht erscheinen jedoch sachlich weitgehend nicht gerechtfertigt. Für die Interessenlage der Gesellschafter im Verhältnis zueinander macht es keinen großen Unterschied, ob die Gesellschaft im Firmenbuch eingetragen ist und Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht. Hier liegt es näher danach zu differenzieren, ob die beteiligten Personen einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, sich also zum organisierten Zusammenwirken verbunden haben, oder nicht. Die gesetzliche Differenzierung im Innenrecht sollte also - anders als bisher - vorwiegend an der Grenze zwischen schlichter Miteigentumsgemeinschaft und GesbR und nicht zwischen GesbR und eingetragenen Personengesellschaften (OG und KG) gezogen werden. Zudem besteht für die Gesellschafter der GesbR nach § 8 Abs. 3 UGB bei Überschreiten des Umsatzschwellenwertes eine Verpflichtung zur Eintragung als OG oder KG; die Umwandlung der GesbR in eine OG oder KG sollte daher möglichst einfach durchgeführt werden können. Auch dieser Aspekt spricht für eine Annäherung des Rechts der GesbR an das Recht der OG.

Die GesbR-Reform soll sich daher in wesentlichen Teilen am OG-Recht orientieren. Sie soll sich aber nicht darauf beschränken, im ABGB die Besonderheiten der GesbR festzulegen und im Übrigen auf das UGB zu verweisen. Dies widerspräche der Vorstellung, dass dem ABGB auch in Zukunft die Funktion einer Kodifikation allgemeiner, grundlegender Regelungen zukommt.

Für die Geschäftsführung bedeutet die Übernahme der Prinzipien des Rechts der OG, dass an die Stelle der bisherigen, recht unpraktischen (und daher ohnehin meist abbedungenen) Gesamtgeschäftsführung nach dem Mehrheitsprinzip eine Einzelgeschäftsführungsbezugnis für gewöhnliche Geschäfte treten soll.

Als Gegengewicht soll jedoch jedem anderen Gesellschafter das Recht auf Widerspruch zustehen. Für außergewöhnliche Geschäfte soll hingegen fortan das Einstimmigkeitsprinzip maßgebend sein. Dies liegt allein schon wegen der (nunmehr auch gesetzlich klargestellten) persönlichen und unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten nahe. Willkürliche Blockaden einzelner Gesellschafter können durch Klagen auf Zustimmung überwunden werden.

Auch im Hinblick auf die Gewinn- und Verlustberechnung, die Ausschüttung und sonstige Entnahmen werden weitgehend die Regeln des OG-Rechts übernommen.

Ferner soll klargestellt werden, dass die Erfüllung gesellschaftsbezogener Verpflichtungen eines Gesellschafters von jedem Gesellschafter zugunsten des Gesellschaftsvermögens oder zugunsten aller Gesellschafter gemeinsam eingefordert werden kann. Insofern soll eine spezifisch auf die GesbR zugeschnittene actio pro socio geschaffen werden.

h) Außenrecht: Die Befugnis zur Vertretung der Gesellschafter soll - im Einklang mit der herrschenden Ansicht zum geltenden Recht - grundsätzlich so weit reichen wie die Geschäftsführungsbefugnis. Für unternehmenstragende GesbR soll aus Verkehrsschutzgründen weiterhin eine Vertretungsregelung nach Vorbild des bisherigen § 178 UGB gelten. Außerdem wird

klargestellt, dass die Gesellschafter einer nach außen auftretenden GesbR grundsätzlich unbeschränkt solidarisch für die gesellschaftsbezogenen Verbindlichkeiten haften.

i) *Gesellschafternachsfolge und Umwandlung in eine OG oder KG:* Beim Eintritt, Ausscheiden oder Wechsel eines Gesellschafters ist auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Interesse der Gesellschafter an einem möglichst einfachen Übergang der gesellschaftsbezogenen Rechtsverhältnisse einerseits und dem Schutz der Vertragspartner der Gesellschafter und anderer Personen vor für sie nachteiligen Veränderungen andererseits zu achten.

Eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschaft ist grundsätzlich nur im Einvernehmen der Gesellschafter möglich. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes soll ein Gesellschafter auch gegen seinen Willen ausgeschlossen werden können. Der Ausschluss soll nur gerichtlich möglich sein.

Den dargelegten Grundsätzen entspricht es, dass im Fall der Übertragung eines Gesellschaftersanteils gesellschaftsinterne Rechtspositionen automatisch auf den Erwerber übergehen. Auch Miteigentumsanteile an beweglichen Sachen sollen übergehen, ohne dass die Anteile im Einzelnen übertragen werden müssen. Diese Durchbrechung des Traditionsprinzips soll den Gesellschafterwechsel erleichtern. Bei bürgerlichen Rechten soll jedoch aus Publizitäts- und Praktikabilitätsgründen an der Einzelübertragung festgehalten werden. Ein gesellschaftsbezogenes Rechtsverhältnis mit einem Dritten soll auf den nachfolgenden Gesellschafter nur dann wirksam übergehen, wenn der Dritte zugestimmt hat; die Zustimmung soll jedoch als erteilt gelten, wenn der Dritte von der Gesellschafternachsfolge verständigt wird und nicht innerhalb angemessener Frist widerspricht.

Die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter und seine Beteiligung an schwebenden Geschäften sollen sich ebenso wie die Regelung über die Fortsetzung der GesbR mit den Erben eines Gesellschafters am OG-Recht orientieren.

Die Umwandlung einer GesbR in eine OG/KG soll möglichst einfach erfolgen können; hier liegt es nahe, eine Gesamtrechtsnachsfolge zu normieren. Doch soll auch hier die Übertragung bürgerlicher Rechte gesondert erfolgen.

j) *Auflösung und Liquidation der GesbR:* Auch das Recht der Auflösung und Liquidation der GesbR wird, soweit die Rechtsnatur der GesbR nicht Besonderes erfordert, dem OG-Recht angepasst.

k) *Änderungen im UGB:* Insoweit, als Regelungen (insbesondere des Innenrechts) für die GesbR einerseits und die OG (und KG) andererseits inhaltlich übereinstimmen sollen, sollten die gesetzlichen Bestimmungen im ABGB und im UGB nach Möglichkeit auch gleich formuliert sein. Deshalb werden auch einige Änderungen im UGB vorgeschlagen.

6. *Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen:* Der Vorschlag hat keine Auswirkungen auf die Verwaltungslasten für Unternehmen.

7. *Kompetenzgrundlage:* Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG).

RV zu BGBl. I 87/2015: Anlass und Ziel der Reform: Die erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB stammen größtenteils aus dem Jahr 1811. Nicht nur sprachlich, sondern auch in seinen Regelungsinhalten muss das Erbrecht an die geänderten Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts herangeführt werden. Hier ist insbesondere die im Vergleich zur Zeit der Entstehung des ABGB deutlich gestiegene Lebenserwartung der Menschen zu erwähnen, die dazu führt, dass potenzielle Erben oder Pflichtteilsberechtigten um einiges älter sind als damals und allenfalls weniger der materiellen Versorgung durch das Erbrecht bedürfen.

Die Modernisierung soll aber mit Augenmaß erfolgen. Änderungen sollen nur dort erfolgen, wo sie wirklich nötig sind, sei dies weil das Gesetz verständlicher werden kann, sei dies weil die gesellschaftliche Entwicklung andere Lösungen für erbrechtliche Fragen nahe legt. Auf die Wahrung einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung wird besonders geachtet, was sich auch daran zeigt, dass ganz überwiegend die herrschende Rechtsprechung kodifiziert wird.

Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeug-

nisses (im Folgenden: EuErbVO), ABl. Nr. L 201 vom 27.07.2012 S. 107, zuletzt berichtigt durch ABl. Nr. L 363 vom 18.12.2014 S. 186, wird mit 17. August 2015 in Kraft treten. Sie erfordert Änderungen im IPRG und in den einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorschriften.

Hauptgesichtspunkte des Entwurfs:

1. *Moderate sprachliche Anpassung und inhaltliche Erneuerung:* Die erbrechtlichen Bestimmungen sollen möglichst behutsam - das heißt grundsätzlich unter Wahrung ihres bisherigen Regelungsgehalts - an die moderne Sprache angepasst werden. Damit soll auch die nicht mit dem Erbrecht vertraute Bevölkerung das Gesetz (wieder) besser verstehen können. Aus den Noterben werden die Pflichtteilsberechtigten, aus der (gemeinen) fideikommissarischen Substitution die Ersatz- bzw. Nacherbschaft und aus dem Legatar der Vermächtnisnehmer. Auch der Begriff „Erblasser“ soll durch den Ausdruck „Verstorbener“ oder „letztwillig Verfügender“ ersetzt werden. Um einen Gleichklang mit dem Verfahrensrecht zu erzielen, wird außerdem durchgehend von der Verlassenschaft gesprochen und auf den Begriff „Nachlass“ verzichtet.

Das Erbrecht ist zum Teil - entsprechend seiner früheren Bedeutung - sehr detailliert geregelt. Heute muss aber zB nicht mehr gesagt werden, was im Zweifel unter einer „Equipage“ zu verstehen ist. Einige Bestimmungen können daher aufgehoben werden, ohne dass dies zur Rechtsunsicherheit führt.

Das Gesetz soll auch insofern aktualisiert werden, als die (von der Lehre gebilligte) Fortentwicklung der 200-jährigen Rechtsprechung im Gesetz in wichtigen Punkten nachzuvollziehen ist. Dies betrifft zB § 812 zur Absonderung der Verlassenschaft und der zu erbringenden Sicherheitsleistung.

2. *Letztwillige Verfügungen:* Das fremdhändige Testament soll wie bisher vor drei Zeugen errichtet werden können, allerdings soll diese Testamentsform durch verschiedene Maßnahmen fälschungssicherer gestaltet werden. Alternative Formen (assistive Technologien) werden nicht vorgesehen, weil sie nicht ausreichend fälschungssicher sind. Im Hinblick auf die UN-Konvention über den Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen soll die mit der Bestellung eines Sachwalters verbundene Einschränkung auf bestimmte Testierformen entfallen. Nach dem Wegfall des Nottestaments sollen frühere letztwillige Verfügungen im Zweifel aufrecht bleiben. Bei den Testamentszeugen soll das Mindestalter bei Errichtung eines Nottestaments nur noch 14 Jahre (bisher 18 Jahre) betragen. Neu geregelt wird auch die Befangenheit von Testamentszeugen, insbesondere wenn nicht natürliche Personen bedacht werden.

Testamente zu Gunsten des früheren Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sollen nach dem Entwurf als aufgehoben gelten, wenn die Ehe, eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft aufgelöst wurde; das Gleiche gilt sinngemäß bei Aufhebung der Abstammung oder Adoption.

Die Schenkung auf den Todesfall soll auch nach dem Tod des Verstorbenen wie ein Vertrag behandelt werden, wenn sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht vertraglich vorbehalten hat. Entfallen soll auch die Voraussetzung der Aushändigung einer Urkunde.

3. *Gesetzliches Erbrecht:* Als Erbunwürdigkeitsgründe sollen allgemein besonders schwere Verfehlungen gegen den Verstorbenen und Angriffe gegen den letzten Willen gelten; auch strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige und die Verlassenschaft sollen erfasst sein. Es soll auch berücksichtigt werden, ob der Verstorbene bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes noch enterben konnte. Ist das nicht der Fall, etwa weil er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr testierfähig war, so soll unter bestimmten Voraussetzungen die Erbunwürdigkeit doch noch eine Rolle spielen.

Das Verlassenschaftsverfahren soll als Gelegenheit benützt werden, Pflege, die durch nahe Angehörige am Verstorbenen innerhalb der letzten drei Jahre erbracht wurde, erbrechtlich zu berücksichtigen. Den Angehörigen soll ein Pflegevermachtnis zustehen, dessen Erfüllung der Gerichtskommissär fördert, indem er einen Einigungsversuch unternimmt. Als Grundlage für eine Einigung sollen auch Unterlagen zum Pflegegeld dienen.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten und eingetragenen Partners wird insofern gestärkt, als der Ehegatte oder eingetragene Partner neben den Großeltern alles erben soll und der Pflichtteilsanspruch der Eltern entfällt.

Der Ehegatte oder eingetragene Partner verliert seine erbrechtlichen Ansprüche nur dann, wenn in einem anhängigen Verfahren über die Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft bereits eine Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse vorliegt.

Lebensgefährten soll unter bestimmten Voraussetzungen ein außerordentliches Erbrecht zukommen, nämlich vor dem außerordentlichen Erbrecht der Vermächtnisnehmer und der Aneignung durch den Bund (bisher Heimfall an den Staat).

4. Pflichtteilsrecht: Nach neuem Recht sollen nur noch die Nachkommen und der Ehegatte oder eingetragene Partner pflichtteilsberechtigt sein, die Pflichtteilsberechtigung der Eltern und weiterer Vorfahren des Verstorbenen soll beseitigt werden.

In der Frage, wie der Pflichtteil hinterlassen werden kann, sieht der Entwurf vor, dass die Verwertbarkeit einer Zuwendung keine Voraussetzung für die Deckung des Pflichtteils ist; wenn das als Pflichtteil hinterlassene Vermögen nicht ohne weiteres versilbert werden kann, soll dies bei der Bewertung des Pflichtteils berücksichtigt werden. Das führt etwa dazu, dass auch vinkulierte Unternehmensanteile zur Pflichtteilsdeckung geeignet sein können.

Ist der Pflichtteil nicht durch Zuwendungen auf den Todesfall oder durch Schenkungen zu Lebzeiten des Verstorbenen ausreichend gedeckt, so steht dem Pflichtteilsberechtigten ein Geldpflichtteilsanspruch oder Pflichtteilsergänzungsanspruch zu. Dessen Erfüllung kann er nicht sofort mit dem Tod des Verstorbenen, sondern erst ein Jahr danach fordern. Zusätzlich kann auf Anordnung des Verstorbenen oder auf Verlangen des belasteten Erben der Pflichtteil für die Dauer von fünf Jahren gestundet werden. In besonderen Fällen ist auch eine gerichtliche Verlängerung auf maximal zehn Jahre möglich. Auch die Deckung des Pflichtteils innerhalb von fünf Jahren nach dem Tod des Verstorbenen kann letztwillig angeordnet werden. Das Gericht hat jeweils eine Interessensabwägung durchzuführen. Auch der Unternehmensschutz soll in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden.

Die Enterbungsgründe sollen - im Zusammenspiel, aber ohne allgemeinen Verweis auf die Erbnwürdigkeitsgründe - maßvoll erweitert werden. Auch damit wird die Privatautonomie des letztwillig Verfügenden gestärkt. So sollen auch (mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte) Straftaten gegen nahe Angehörige erfasst sein. Grobe Verletzungen der Pflichten aus dem Eltern-Kind-Verhältnis sollen ebenso einen Enterbungsgrund bilden. Entfallen soll dagegen der Enterbungsgrund „der beharrlichen Führung einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart“.

Die Möglichkeiten, den Pflichtteil auf die Hälfte zu mindern, sollen erweitert werden. Ein über einen längeren Zeitraum (zumindest zwanzig Jahre) fehlender Kontakt, wie er in der Familie zwischen Angehörigen gewöhnlich besteht, soll nunmehr genügen.

Die bisherige Unterscheidung zwischen Schenkungen, Vorempfängen und Vorschüssen bei der Berechnung des Pflichtteils wird aufgegeben; alle Formen unentgeltlicher Zuwendungen unter Lebenden sollen gleich behandelt werden. Die Anrechnung wird begrifflich unterschieden von der Hinzurechnung.

Der Verlassenschaft sind zur Berechnung der Pflichtteile alle Zuwendungen hinzuzurechnen, durch die Anrechnung verringert sich der jeweilige Pflichtteil des Zuwendungsempfängers. Für die Hinzu- und Anrechnung von Zuwendungen differenziert der Entwurf auf Grund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens wie bisher danach, ob die Zuwendung an eine pflichtteilsberechtigte Person oder an eine andere Person gemacht wurde. Zuwendungen an pflichtteilsberechtigte Personen werden unbefristet hinzu- und angerechnet, Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen nur dann, wenn die Zuwendung innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod des Verstorbenen wirklich gemacht wurde.

Pflichtteilsberechtigte müssen auch wie bisher unbefristet Zuwendungen zur Deckung der Pflichtteile herausgeben, nicht pflichtteilsberechtigte Personen sind wie bisher nach zwei Jahren von dieser Herausgabepflicht befreit. Ausgenommen bleiben weiterhin Zuwendungen ohne Schmälerung des Stammvermögens und Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken.

Bei der Bewertung von Zuwendungen folgt der Entwurf ausnahmsweise nicht der Rechtsprechung, sprechen doch bessere Gründe für eine Bewertung der Zuwendung zum Schenkungszeitpunkt, begleitet von einer Valorisierung auf den Todeszeitpunkt.

5. Verjährung: Entsprechend einer Forderung der Lehre soll die Verjährung im Erbrecht neu geregelt werden. Es sollen einheitlich eine kenntnisabhängige kurze Frist (drei Jahre) und eine allgemeine kenntnisunabhängige Frist (30 Jahre) vorgesehen werden.

6. Eu-Erbrechtsverordnung: Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. Nr. L vom 27.7.2012 S. 107 (im Folgenden EuErbVO), wird mit 17. August 2015 in Kraft treten und damit die einschlägigen Verweisungsnormen des IPRG und die einschlägigen Zuständigkeitsbestimmungen der JN ersetzen. Die Änderungen des IPRG und der JN dienen hauptsächlich der Rechtsbereinigung; Bestimmungen, die durch die Verordnung obsolet werden, werden aufgehoben. Auch die Erwähnung des Europäischen Nachlasszeugnisses (im Folgenden ENZ) unter den öffentlichen Urkunden, auf Grund derer eine Einverleibung stattfinden kann, dient der Klarheit.

Um die Verordnung im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung anwenden zu können, bedarf es einiger ergänzender Regelungen: So muss die örtliche Zuständigkeit für die Anpassung dinglicher Rechte (Art. 31 EuErbVO) und für vorläufige Maßnahmen, wenn die inländische Abhandlungszuständigkeit fehlt, bestimmt werden. Weiters ist zu regeln, wie zu verfahren ist, wenn sich ausnahmsweise auch der Erbschaftserwerb nach fremdem Recht richtet und die Verlassenschaft nicht wie sonst nach österreichischem Recht durch Einantwortung übergeht. Soweit darüber hinaus das WEG 2002 unter bestimmten Umständen die öffentliche Feilbietung durch das Verlassenschaftsgericht vorsieht, muss diese Zuständigkeit auf das Grundbuchsgericht übertragen werden, wenn es im Inland kein Verlassenschaftsgericht gibt. Der Entwurf regelt ferner ergänzend die Ausstellung des ENZ: Seine Ausstellung obliegt dem Gerichtskommissär des zuständigen Verlassenschaftsgerichts; fehlt es an Voraussetzungen zu Ausstellung des beantragten ENZ, so hat er dem Gericht vorzulegen, das eine richterliche Entscheidung im Sinn § 1 Abs. 2 Z 1 GKG zu treffen hat.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union: Der Entwurf sieht ergänzende Regelungen zur Durchführung einer Verordnung der Europäischen Union vor und dient der Einpassung der EuErbVO in das österreichische Rechtssystem.

Finanzielle Auswirkungen: [...]

Kompetenzgrundlage: Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG), im Hinblick auf die Änderungen im Gerichtsgebührengesetz auch auf Art. 10 Abs. 1 Z 4 B-VG („Bundesfinanzen, insbesondere öffentliche Abgaben, die ausschließlich oder teilweise für den Bund einzuheben sind“) und § 7 Abs. 1 F-VG 1948 („Bundesabgaben“).

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens: Keine.