

Titel

Die Mindestrechte des nicht Obsorgeberechtigten (§ 178 ABGB)

Autor

VAss. Mag. Claudia Leeb, Graz.

VAss. Mag. Karin Prietl, Graz.

Fundstelle

ÖJZ 1995, 613

Kurztext

Zum Inhalt: Das ABGB sieht verschiedene Fälle vor, in denen einem Elternteil oder beiden die Obsorge entzogen werden kann. Dem nicht Obsorgeberechtigten verbleiben - abgesehen vom Besuchsrecht - gewisse andere Rechte, die hier näher beleuchtet werden sollen.

Langtext

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Grundlagen
- III. Inhalt der Mindestrechte
 - A. Informationsrecht
 - B. Äußerungsrecht
 - C. Kein "Mitbestimmungsrecht"
- IV. Schutz des Informationsrechts
- V. Schutz des Äußerungsrechts
- VI. Die Mindestrechte des außerehelichen Vaters
- VII. Kasuistik
- VIII. Die deutsche Rechtslage
- IX. Vorbildwirkung für Österreich?
- X. Der Entzug der Mindestrechte
- XI. Schlußbemerkung

I. Einleitung

Im Zuge einer Scheidung stellt sich für den Elternteil, dem die Obsorge (FN 1) nicht übertragen wird, die Frage, wie oft er sein Kind "sehen darf" und inwieweit er in Angelegenheiten, die das Kind betreffen, noch "mitreden darf". So führen zB Fragen der Schulausbildung oft zu Unstimmigkeiten (FN 2). Wenn auch das Hauptaugenmerk in der Literatur oft auf das Besuchsrecht (FN 3) gerichtet ist, stehen dem nicht Obsorgeberechtigten doch noch weitere Rechte zu, die für ihn durchaus von Bedeutung sind, wenn es darum geht, die Entwicklung seines Kindes zu verfolgen und den Kontakt nicht zu verlieren.

II. Gesetzliche Grundlagen

§ 178 ABGB sichert gewisse elterliche Mindestrechte für den Fall, daß einem Elternteil oder beiden (FN 4) die Obsorge iSd § 144 ABGB entzogen worden ist. Als Grund für eine Obsorgeentziehung kommen mehrere Fälle in Betracht. Gemäß § 177 Abs 1 ABGB ist bei einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung einer Ehe oder einer nicht bloß vorübergehenden Trennung die gesamte Obsorge auf einen Elternteil allein zu übertragen. Dies gilt auch bei Aufhebung einer Lebensgemeinschaft, sofern den Eltern die beantragte gemeinsame Obsorge für das Kind bewilligt wurde (§ 167 ABGB) (FN 5). Die Eltern können dem Gericht eine Vereinbarung vorlegen, wem die Obsorge künftig zukommen soll (§ 177 Abs 1 ABGB), andernfalls entscheidet das Gericht (§ 177 Abs 2 ABGB).

Ein Entzug der Obsorge ist auch bei Kindeswohlgefährdung vorgesehen (§ 176 ABGB). Dies wird von der Rechtsprechung zB im Falle von Alkoholsucht der Eltern (FN 6) oder Mißhandlung durch den Sorgeberechtigten (FN 7) angenommen. § 145 ABGB regelt die Obsorge

für jene Fälle, in denen einer oder beide Elternteile an der Ausübung der Obsorge tatsächlich verhindert sind (Tod, unbekannter Aufenthalt seit mindestens 6 Monaten, schwierige oder unmögliche Kontaktherstellung) oder die Obsorge ganz oder teilweise entzogen worden ist. Ist einer der obsorgeberechtigten Elternteile verhindert, so kommt die Obsorge dem anderen Elternteil allein zu (§ 145 Abs 1 S 1 ABGB). Trifft die Verhinderung auf beide Elternteile zu, so ist einem Großelternpaar bzw einem Großelternanteil die Obsorge zu übertragen (§ 145 Abs 1 S 2 ABGB).

Der nicht mehr obsorgeberechtigte Elternteil verliert jedoch nicht sämtliche elterlichen Rechte, weil die enge familienrechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kindern durch das Bestehen gewisser Mindestrechte aufrecht bleiben soll (FN 8). Meist werden sich die Mindestrechte gegen die obsorgeberechtigte Mutter richten, sie können aber auch gegen die Großeltern, den Jugendwohlfahrtsträger oder die Pflegeeltern geltend gemacht werden, wenn diesen die Obsorge übertragen wurde (FN 9).

III. Inhalt der Mindestrechte

A. Informationsrecht

Zunächst enthält § 178 ABGB ein Recht des nicht Obsorgeberechtigten, über das Kind betreffende "außergewöhnliche Umstände" informiert zu werden. Nach der Aufzählung im AB (FN 10) sind unter diesem Begriff sowohl negative als auch positive Lebensumstände zu verstehen. Als Beispiele werden Drogensucht, Straffälligkeit, schweres Schulversagen, erfolgreiche Beendigung einer Berufsausbildung, Erringung sportlicher Ehren und Wechsel des ständigen Aufenthalts genannt. Dieses Informationsrecht erstreckt sich auch auf beabsichtigte Maßnahmen, welche die in § 154 Abs 2 (FN 11) und 3 (FN 12) ABGB genannten Angelegenheiten betreffen. Der Obsorgeberechtigte muß in diesen Fällen den nichtobsorgeberechtigten Elternteil rechtzeitig verständigen, um ihm auf diese Weise Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu bieten.

B. Äußerungsrecht

§ 178 ABGB räumt dem nichtobsorgeberechtigten Elternteil auch ein Äußerungsrecht zu den genannten Punkten sowie zu "anderen wichtigen Maßnahmen" innerhalb einer angemessenen Frist ein. Zu diesen Maßnahmen zählen so wesentliche Bereiche wie Fragen der Schulausbildung (FN 13), Studien- und Berufswahl sowie die Durchführung riskanter Operationen (FN 14). Die Äußerung ist zu berücksichtigen, soweit sie dem Wohl des Kindes besser entspricht als die vom Obsorgeberechtigten angestrebte Maßnahme; bei gleichwertigen Gründen genießt die Ansicht des Obsorgeberechtigten Vorrang (FN 15).

Um ein sinnvolles Handeln zu ermöglichen, sieht der österreichische Gesetzgeber vor, daß der nicht Obsorgeberechtigte "rechtzeitig" verständigt werden muß und er sich innerhalb einer "angemessenen Frist" äußern kann. Von der Schaffung starrer Fristen wurde abgesehen, um den Gegebenheiten des Einzelfalles gerecht werden zu können und eine "schmiegsame" Regelung zu schaffen (FN 16). Daher kann der betroffene Elternteil erwarten, in besonders wichtigen Angelegenheiten so früh verständigt zu werden, daß ihm genügend Zeit zur Meinungsbildung und gegebenenfalls auch zur Einholung von Informationen bleibt, damit eine sinnvolle Ausübung des Äußerungsrechts möglich ist (FN 17). Dies liegt auch im Interesse des Kindeswohls. Betrifft die Informationspflicht "außergewöhnliche Umstände", wie zB Drogensucht oder schweres Schulversagen, so kann

uE eine umgehende und ehest mögliche Information durch den Obsorgeberechtigten erwartet werden.

C. Kein "Mitbestimmungsrecht"

Die schwache rechtliche Stellung des nicht Obsorgeberechtigten zeigt sich darin, daß das Gesetz diese Mindestrechte bloß als Informations- und Äußerungsrechte konzipiert, welche darüber hinaus nur unzureichenden Schutz genießen (FN 18). So wird in der Judikatur (FN 19), welche sich auf den Wortlaut der Materialien (FN 20) stützen kann, betont, daß dieses Äußerungsrecht kein Zustimmungs- oder Mitbestimmungsrecht darstelle. Ein Vetorecht gegen beabsichtigte Maßnahmen des Obsorgeberechtigten läßt sich jedenfalls nicht aus § 178 ABGB ableiten (FN 21). Nur Klement (FN 22) betrachtet das Äußerungsrecht als beschränktes elterliches Vertretungsrecht. Diese vorhin aufgezeigte Ausgestaltung der Mindestrechte erklärt sich aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber stets die Gefahr einer "schikanösen" (FN 23) Rechtsausübung im Auge hatte.

IV. Schutz des Informationsrechts

Zu untersuchen ist, ob mit dem Informationsrecht auch eine Verständigungsverpflichtung des Obsorgeberechtigten korrespondiert; andernfalls wäre das Informationsrecht des nicht Obsorgeberechtigten nicht ausreichend abgesichert. Die RV (FN 24) ging offenbar von einer Verpflichtung zur Verständigung aus, weil nicht übersehen werden dürfe, daß die Mindestrechte für den nicht Obsorgeberechtigten von wesentlicher Bedeutung sind und eine gerichtliche Entscheidung für ihre Entziehung vorgesehen ist (§ 178 Abs 2 ABGB). Auch der VfGH verweist in seinem grundlegenden Erk 22. 6. 1989 (FN 25) ausdrücklich auf die Bedeutung der Mindestrechte des § 178 ABGB für den nichtobsorgeberechtigten Elternteil, weil dadurch die Eingriffsintensität des § 177 ABGB, nach welchem eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Obsorgerechte nach der Trennung grundsätzlich (FN 26) nicht möglich ist, abgeschwächt werde (FN 27).

Die Rechtsprechung hat hingegen die Mindestrechte sehr restriktiv ausgelegt und hält daran fest, daß die Verletzung der Informationspflicht des nichtobsorgeberechtigten Elternteils sanktionslos sein soll (FN 28). Die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahme werde nicht berührt (FN 29). Das Informationsrecht soll nur im Innenverhältnis, nicht aber im Außen- oder Vertretungsverhältnis Wirkung entfalten (FN 30).

Das Fehlen einer entsprechenden Verpflichtung läuft uE aber auf die Möglichkeit einer willkürlichen "Entrechtung" des nicht Obsorgeberechtigten durch den Obsorgeberechtigten hinaus. Eine gesetzliche Vorschrift, wonach einer Behörde gegenüber der Nachweis einer rechtzeitigen Verständigung des äußerungsberechtigten Elternteils zu erbringen ist, existiert nicht. Damit ist die Gefahr für diesen, einfach übergangen zu werden, evident (FN 31). Verständigt der obsorgeberechtigte Elternteil den anderen zB nicht von einem Wohnortwechsel, welcher an sich eine Informationspflicht auslöst, zieht das nach hA keinerlei Konsequenzen nach sich. Dem nicht Obsorgeberechtigten bleibt es natürlich unbenommen, unter den Voraussetzungen des § 176 ABGB (Kindeswohlgefährdung) das PflEG anzurufen (FN 32). Doch auch wenn im Einzelfall das Kindeswohl nicht beeinträchtigt ist, soll nach der RV 1987 (FN 33) der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet werden, entsprechende Verfügungen zu treffen, um die Gefahr einer Informationspflichtverletzung hintanzuhalten. Daher hat das Gericht uE bei beabsichtigten Maßnahmen iSd § 154 Abs 3 ABGB, bei denen es

jedenfalls involviert ist, zu überprüfen, ob der Obsorgeberechtigte seiner Informationspflicht nachgekommen ist. Das gilt auch für Maßnahmen nach § 154 Abs 2 ABGB, mit welchen das Gericht beschäftigt wird (FN 34). Bei einer beharrlichen Verletzung der Informationspflicht hat das Pflęgschaftsgericht einzuschreiten, wenn es vom nicht Obsorgeberechtigten angerufen wird (FN 35).

V. Schutz des Äußerungsrechts

Auch die Nichtberücksichtigung einer Äußerung zieht nach Ansicht der Rechtsprechung keine Sanktionen nach sich (FN 36). Die Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahme werde nicht berührt, weil das Recht bloß im Innenverhältnis Wirkung entfalte. Ent (FN 37) begründet dies damit, daß die historischen Wurzeln des Äußerungsrechts im Äußerungsrecht des unehelichen Vater iSd § 170 Abs 2 ABGB aF begründet seien.

Betrachtet man das Äußerungsrecht hingegen, wie Klement (FN 38) vorschlägt, als beschränktes elterliches Vertretungsrecht, so wäre es von Amts wegen wahrzunehmen und müßte bei Nichtbeachtung die Nichtigkeit der betroffenen Maßnahme nach sich ziehen. Dies würde allerdings zu weit führen, weil dies auf ein Zustimmungsrecht hinausliefe, welches der Gesetzgeber gerade nicht einführen wollte.

Besondere Probleme ergeben sich aus dem Umstand, daß der Umfang des Äußerungsrechts über jenen des Informationsrechts hinausreicht (vgl § 178 Abs 1 Fall 3 ABGB). Daher stellt sich die Frage, inwieweit das Äußerungsrecht hinsichtlich der "anderen wichtigen Maßnahmen" praktisch ausgeübt werden kann. Trifft den Obsorgeberechtigten keine Informationspflicht, ist eine Informationsmöglichkeit hauptsächlich im Rahmen des Besuchsrechts denkbar, jedoch oftmals auf Grund des geringen Alters des Kindes sehr eingeschränkt.

Dies läßt sich an folgendem Beispiel illustrieren: Die Entscheidung über die Wahl des Kindergartens stellt eine "wichtige Maßnahme" dar. Diese unterliegt aber nicht - wie ausgeführt - der Informationspflicht durch den Obsorgeberechtigten. Er ist folglich vorab nicht verpflichtet, dem anderen Elternteil seine Entscheidung mitzuteilen, ob und gegebenenfalls in welchem Kindergarten er das Kind einschreiben will. Im Zeitpunkt, in dem der bloß Äußerungsberechtigte von der Auswahl erfährt, ist eine Berücksichtigung seines Vorschlags in der Praxis nicht mehr möglich, weil die tatsächliche Anmeldung in der Regel sogar Jahre vorher erfolgen muß, um die Zuteilung eines Kindergartenplatzes zu gewährleisten. Im Ergebnis läuft dies auf die Wirkungslosigkeit des Äußerungsrechts in diesem oder in einem ähnlich gelagerten Fall hinaus.

Um sein Äußerungsrecht tatsächlich ausüben zu können, kann dem nicht Obsorgeberechtigten nur empfohlen werden, sich in den betreffenden Angelegenheiten rechtzeitig an den Obsorgeberechtigten zu wenden. Diesen trifft zwar a priori in diesen Fällen keine Informationspflicht, doch muß hier wohl von einem Auskunftsrecht des nicht Obsorgeberechtigten auf Anfrage in potentiell wichtigen Angelegenheiten ausgegangen werden. Andernfalls würde das Äußerungsrecht in Bereichen, welche nicht zusätzlich durch die Informationspflicht gedeckt sind, vollständig zahnlos. Da unter den Begriff der "anderen wichtigen Maßnahmen" aber wesentliche Entscheidungen, wie zB die Schulwahl, fallen, muß ein Ins-Leere-Laufen des Äußerungsrechts auf diese Weise verhindert werden. Der interessierte nichtobsorgeberechtigte Elternteil, der am Leben seines Kindes nicht unbeteiligt bleiben möchte, muß folglich aktiv werden, um seine Meinung zumindest deponieren zu können. Wenn

der von ihm geäußerte Wunsch das Wohl des Kindes besser fördert, so soll die Rechtsprechung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Möglichkeit haben, entsprechende Verfügungen zu setzen (FN 39).

Für eine Auskunftspflicht auf Anfrage kann auch die Intention des Gesetzgebers ins Treffen geführt werden, wonach das Äußerungsrecht eine wünschenswerte "Überwachung der Tätigkeit" des Obsorgeberechtigten gewährleisten sollte (FN 40). Dafür sprechen nach der RV (FN 41) die enge familienrechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kindern, die blutmäßige Abstammung und das Wohl des Kindes.

VI. Die Mindestrechte des außerehelichen Vaters

War der außereheliche Vater bereits einmal obsorgeberechtigt, weil die in dauernder häuslicher Gemeinschaft lebenden Eltern die gemeinsame Obsorge beantragt und bewilligt erhalten hatten und heben diese die Lebensgemeinschaft in der Folge auf, so treten dieselben rechtlichen Folgen wie bei der Ehescheidung der Eltern ein (FN 42): Die Obsorge ist auf einen Elternteil zu übertragen. Dem nicht mehr obsorgeberechtigten unehelichen Vater stehen in diesem Fall die Mindestrechte in demselben Ausmaß wie dem ehelichen Vater, dem die Obsorge entzogen wird, zu.

Im Gegensatz dazu hat der Vater eines unehelichen Kindes, dem die Obsorge nach § 167 ABGB nie zustand, nur eingeschränkte Mindestrechte. Gemäß § 178 Abs 1 S 1 2. HS ABGB soll ihm "dieses Recht nur bezüglich wichtiger Maßnahmen der Pflege und Erziehung" zukommen.

Diese Formulierung ist interpretationsbedürftig. Während das Gesetz von "Recht" und nicht von "Rechten" spricht und diese Bestimmung den Ausführungen zum Äußerungsrecht anschließt, geht aus den Materialien hervor (FN 43), daß dem außerehelichen Vater bezüglich Maßnahmen betreffend Pflege und Erziehung beide Mindestrechte - also sowohl das Informations- als auch das Äußerungsrecht - zukommen sollen. Beschnitten sind seine Mindestrechte insoweit, als er von Vertretungshandlungen oder Maßnahmen der Vermögensverwaltung und allen anderen - auch wichtigen und außergewöhnlichen - Maßnahmen, die nicht die Pflege und Erziehung des Kindes betreffen, nicht in Kenntnis gesetzt werden muß. In diesen Fällen steht ihm auch kein Äußerungsrecht zu. Nach dem Wortlaut der RV hat er aber ein Informationsrecht hinsichtlich "wichtiger Maßnahmen", sobald die Pflege und Erziehung betroffen sind. Versteht man "wichtige Maßnahmen" iSd "anderen wichtigen Maßnahmen", so würde dem unehelichen Vater ein weiterreichenderes Informationsrecht zustehen als dem ehelichen bzw unehelichen Vater, dem die Obsorge bereits einmal nach § 167 ABGB zustand. Dieser hat bloß das Recht, von "außergewöhnlichen Umständen" sowie von besonders "wichtigen Maßnahmen iSd § 154 Abs 2 und 3 ABGB" verständigt zu werden. Wir stünden daher vor dem absurden Ergebnis, daß die außereheliche Mutter, der die Obsorge immer allein zugekommen ist (§ 166 ABGB), auch eine Verständigungspflicht zB hinsichtlich der Schulwahl träfe, weil es sich dabei um eine "andere wichtige Maßnahme" handelt und Fragen der Erziehung berührt werden. In diesen Fällen stünden dem außerehelichen Vater somit ein Informations- und ein Äußerungsrecht zu, während der ehemals obsorgeberechtigte Vater hier ein bloßes Äußerungsrecht besäße und insoweit schlechter gestellt wäre.

Da der Gesetzgeber dem nicht obsorgeberechtigten außerehelichen Vater zwar gewisse Rechte zugestehen wollte, ihm aber wohl keine stärkere Stellung als dem ehelichen bzw dem unehelichen, dem die Obsorge bereits einmal zugekommen ist, einzuräumen gedachte, muß die

Formulierung in der RV so verstanden werden, daß auch dem außerehelichen Vater ein Informationsrecht nur bezüglich außergewöhnlicher Umstände oder Angelegenheiten des § 154 Abs 2 ABGB zusteht, wenn eine Frage der Pflege und Erziehung berührt wird. Bei "anderen wichtigen Maßnahmen" die Pflege und Erziehung betreffend steht ihm bloß ein Äußerungsrecht zu (FN 44).

VII. Kasuistik

Während die Intention des Gesetzgebers in Richtung Erweiterung der elterlichen Mindestrechte geht (FN 45), hat die Rechtsprechung die Mindestrechte bislang, wie die nachfolgende Übersicht zeigt, sehr restriktiv ausgelegt.

Zu den wichtigen Maßnahmen, zu denen der nicht Obsorgeberechtigte sich bloß äußern darf, zählen auch Fragen der Schul- und Berufsausbildung (FN 46). Auf die unbefriedigende Situation, die sich daraus ergibt, wurde bereits eingegangen (FN 47). Nach Auffassung der Gerichte hat der nicht Obsorgeberechtigte kein Recht auf einen Bericht über den Schulfortgang (FN 48) oder auf jährliche Erhebung des Bildungsfortgangs seines Kindes durch das PflEGschaftsgericht (FN 49). § 178 ABGB bietet auch keine rechtliche Grundlage zugunsten des nicht Obsorgeberechtigten, an Elternsprechtagen direkt Auskunft über die schulische Entwicklung eines Minderjährigen zu erhalten (FN 50). Der Abschluß der Studien- oder Berufsausbildung zählt hingegen zu den außergewöhnlichen persönlichen Umständen, über welche der nicht Obsorgeberechtigte verständigt werden muß (FN 51), auch ein Berufswechsel löst eine Informationspflicht des Obsorgeberechtigten aus (FN 52).

Es besteht nach der hRspr auch keine generelle Pflicht zur Information in bestimmten zeitlichen Abständen (FN 53). Insb ist der Obsorgeberechtigte ohne besonderen Grund nicht verpflichtet, über einzelne Erziehungsmaßnahmen und deren Erfolg zu informieren. Er braucht "keine Rechenschaft" abzulegen. Das gilt sogar für jene Fälle, in welchen der persönliche Verkehr aus irgendwelchen Gründen nicht ausgeübt werden kann (FN 54).

Selbst die Übermittlung von Zeugnissen (FN 55) und Fotografien (FN 56) kann nicht begehrt werden. Außerhalb eines Unterhaltsverfahrens (FN 57) trifft den Obsorgeberechtigten keine Verpflichtung, jeweils zu Semesterbeginn eine Inskriptionsbestätigung des Kindes vorzulegen (FN 58).

VIII. Die deutsche Rechtslage

Gemäß § 1634 Abs 3 BGB steht dem nicht Obsorgeberechtigten (FN 59) bei Vorliegen eines berechtigten Interesses ein Auskunftsrecht über die persönlichen Verhältnisse des Kindes zu, soweit die Erteilung mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Der deutsche Gesetzgeber wählt somit einen anderen Zugang. Den Obsorgeberechtigten trifft zwar keine Informationspflicht, wird der nicht obsorgeberechtigte Elternteil aber von sich aus tätig und wendet sich mit Fragen an ihn, so muß bei berechtigtem Interesse Auskunft erteilt werden. Die Bestimmung des § 1634 Abs 3 BGB ist im Vergleich zu § 178 ABGB insofern weiter gefaßt, als der Auskunftsanspruch den gesamten Bereich der "persönlichen Verhältnisse" abdeckt. Dadurch soll gewährleistet werden, daß das Band zwischen Eltern und Kind nicht mehr als unbedingt erforderlich gelockert wird (FN 60). Ein berechtigtes Interesse ist vor allem anzunehmen, wenn das Besuchsrecht (FN 61) eingeschränkt oder ausgeschlossen ist und die Entwicklung des Kindes nur durch die Ausübung des Auskunftsrechtes ausreichend verfolgt werden kann (FN 62).

So nimmt die deutsche Rechtsprechung einen Anspruch auf Übermittlung von Schulzeugnissen (FN 63), Übersendung von Fotografien (FN 64), auf Auskunft über die allgemeine Entwicklung (FN 65) und den Gesundheitszustand (FN 66) an.

IX. Vorbildwirkung für Österreich?

Auf Grund der unterschiedlichen Gesetzeslage steht dem nicht Obsorgeberechtigten in Deutschland die Möglichkeit offen, an der Entwicklung des Kindes stärker teilzuhaben - wenn er aktiv wird und somit Interesse bekundet. Dieses Regelungsmodell wird dem Kindeswohl in großem Maße gerecht, soll doch die Verbindung zu einem Elternteil, welcher durch sein Auskunftsverlangen Interesse am Kind zeigt, unterstützt werden, um so einer Entfremdung entgegenzuwirken.

Der Gefahr einer schikanösen Ausübung des Auskunftsverlangens wird dadurch begegnet, daß der Obsorgeberechtigte nicht in jedem Fall zur Auskunft verpflichtet ist, sondern nur bei "berechtigtem Interesse". Bei Streitigkeiten entscheidet das Vormundschaftsgericht (§ 1634 Abs 3 aE BGB). Eine ungebührliche Belastung des Obsorgeberechtigten wird somit hintangehalten.

Die österreichische Lösung führt hingegen zu der unbefriedigenden Situation, daß dem Obsorgeberechtigten eine Verständigungsverpflichtung auferlegt wird, die manchmal vielleicht ins Leere geht, weil der nichtobsorgeberechtigte Elternteil gar kein Interesse an der Information hat. Andererseits wird der tatsächlich Interessierte in seinen Kontaktmöglichkeiten zum Kind so weit beschnitten, daß er nicht einmal einen Anspruch auf Übersendung einer Fotografie hat (FN 67).

Die gesetzliche Verankerung eines Auskunftsanspruchs dient somit sowohl dem Wohl des Kindes als auch dem Interesse des nicht Obsorgeberechtigten, ohne den Obsorgeberechtigten einer unzumutbaren Belastung auszusetzen.

X. Entzug der Mindestrechte

Zunächst soll nochmals darauf hingewiesen werden, daß der Gesetzgeber in § 178 Abs 2 ABGB einen gerichtlichen Entscheidungsvorgang für die Entziehung der Mindestrechte vorgesehen hat und ein de-facto-Entzug durch den Obsorgeberechtigten rechtswidrig ist.

Das Gericht ist verpflichtet, die Mindestrechte auf bestimmte oder unbestimmte Zeit (FN 68) zu entziehen oder einzuschränken, wenn deren Wahrnehmung das Wohl des Kindes "ernstlich" gefährden würde. Dies wird dann angenommen (FN 69), wenn wiederholt Äußerungen vorgebracht werden, die dem Wohl des Kindes abträglich sind, aber auch, wenn der nicht Obsorgeberechtigte durch sein Verhalten mangelndes Interesse am Kind bekundet und das Kind dadurch seine ablehnende Haltung zu spüren bekommt (FN 70).

Daneben finden auch die Interessen des Obsorgeberechtigten Berücksichtigung. Ist dieser bei Erfüllung der ihn treffenden Pflichten iSd § 178 ABGB Tätlichkeiten oder schweren Beschimpfungen durch den nicht Obsorgeberechtigten ausgesetzt, so kann das Gericht auch in diesen Fällen eine Einschränkung oder gänzliche Entziehung vornehmen (FN 71). Dies dient mittelbar wieder dem Wohl des Kindes.

Den Bedürfnissen des Kindes wird auch durch die Anhörungspflicht im Rahmen des § 178b ABGB entsprochen. Demnach ist das Kind zu hören,

sofern durch die Befragung nicht sein Wohl gefährdet wird oder auf Grund seiner Entwicklung eine entsprechende Meinungsäußerung nicht zu erwarten ist. Erforderlichenfalls ist auch der Jugendwohlfahrtsträger in den Entscheidungsprozeß miteinzubinden (§§ 178b, 215 Abs 2 ABGB).

XI. Schlußbemerkung

Durch die Mindestrechte wird dem nicht Obsorgeberechtigten vom Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, den Kontakt zu seinem Kind weiterhin aufrechtzuerhalten, ohne jedoch die Entscheidungsbefugnis des Obsorgeberechtigten einzuschränken, soweit dessen Verfügungen dem Wohl des Kindes entsprechen.

Um eine wirksame Beteiligung sicherzustellen, wäre es zukünftig wünschenswert, daß der nicht Obsorgeberechtigte sein Äußerungsrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, indem der Obsorgeberechtigte auf dessen Anfrage hin Auskunft über "andere wichtige Maßnahmen" erteilen muß, um so die Möglichkeit einer Stellungnahme zu schaffen. Für diese Überlegungen spricht auch die im Verfassungsrang stehende Bestimmung des Art 5 des 7. ZPMRK, die für Ehegatten untereinander und in ihren Beziehungen zu ihren Kindern gleiche Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art auch "bei Auflösung der Ehe" vorsieht. Es sollte dabei immer im Auge behalten werden, daß die Mindestrechte nicht als "Geschenk" für den nicht Obsorgeberechtigten gesehen werden dürfen, sondern letztlich auch immer dem übergeordneten Gedanken des Kindschaftsrechts - dem Kindeswohl - verbunden sind.

Fußnoten

1) Dieser Begriff wurde durch das KindRÄG 1989 BGBl 162 eingeführt und umfaßt Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung.

2) Siehe VII. Kasuistik.

3) Nähere Ausgestaltung vgl § 148 ABGB; vgl dazu Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Die Rechtsstellung des Kindes bei Regelungen über das Besuchsrecht, in Harrer - Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992) 621, 743; Mottl, Das Kind: Rechtssubjekt oder nur Spielball familiärer Auseinandersetzungen? in Rauch-Kallat - J. W. Pichler (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994) 167 (205); Ebert, "First Call for Children", JBl 1995, 69 (78 f).

4) Vgl §§ 145, 176, 176a, 186a ABGB.

5) Vgl zur Problematik Ferrari-Hofmann-Wellenhof, Zum Obsorgerecht bei Trennung der Eltern und bei Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe, in Wesener-FS (1992) 119.

6) LGZ Wien 18. 9. 1980 EFSlg 35.993; aA LGZ Wien 20. 3. 1985 EFSlg 48.411.

7) LGZ Wien 20. 7. 1983 EFSlg 43.344.

8) Vgl RV 60 BlgNR 14. GP 36.

9) Vgl §§ 145, 176a, 186a ABGB.

19) 887 BlgNR 17. GP 7.

11) Besonders wichtige, die Person des Kindes betreffende

Angelegenheiten.

12) Nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehörende Vermögensangelegenheiten.

13) OGH 3. 7. 1985 EFSlg 48.465; LGZ Wien 11. 12. 1991 EFSlg 66.131.

14) Schwimann in Schwimann, ABGB I (1990) Rz 6 zu § 178.

15) LG Krems 5. 11. 1993 EFSlg 71.917.

16) RV 60 BlgNR 14. GP 36.

17) Ebenso Klement, Die Vertretungsbedürftigen und ihre Vertreter im Verlassenschaftsverfahren, NZ 1979, 108 (109).

18) Vgl dazu Maurer, Wie schützt das neue Kindschaftsrecht die Mindestrechte des geschiedenen Elternteils, dem sein Kind nicht zugewiesen wurde (§ 144 ABGB)? RZ 1980, 97 (98).

19) OGH 11. 5. 1978 EFSlg 31.400 = EvBl 1978/170 = ÖA 1979, 15: 4. 3. 1993 EFSlg 71.916 = RZ 1994/53; LG Linz 8. 1. 1979 EFSlg 35.952 = ÖA 1980, 25; LGZ Wien 4. 8. 1981 EFSlg 38.431.

20) RV 587 BlgNR 14. GP 15.

21) Pichler, Neues im Kindschaftsrecht, JBl 1989, 677 (686).

22) NZ 1979, 108.

23) AB 887 BlgNR 17. GP 6 f; vgl dazu auch Ebert, JBl 1995, 72, 80.

24) 172 BlgNR 17. GP 18.

25) JBl 1990, 305 = ÖA 1989, 115.

26) In Ausnahmefällen ist eine gemeinsame Obsorgezuteilung nach Auflösung der Ehe unter engen Voraussetzungen (gemeinsamer Haushalt, Einvernehmen der Eltern) analog zu in Lebensgemeinschaft lebenden Eltern denkbar. Vgl § 177 Abs 3 ABGB. OGH 27. 8. 1991 JUS-extra 1991/888; 20. 6. 1992 JBl 1992, 699; 20. 4. 1993 JBl 1994, 114; LGZ Wien 16. 7. 1992 JBl 1992, 695.

27) Der VfGH sah in der Verwendung des Begriffes "allein" im Wortlaut des § 177 ABGB keine Verfassungswidrigkeit wegen Widerspruchs zu Art 8 MRK: 22. 6. 1989 JBl 1990, 305. Krit Stolzlechner, Die Übertragung der Obsorge auf einen Elternteil nach Eheauflösung bzw nach einer nicht bloß vorübergehenden Trennung der Eltern (§ 177 ABGB) im Lichte des Art 8 MRK sowie des Art 5 des 7. ZProt, in Harrer - Zitta (Hrsg), Familie 785; vgl dazu weiters Deixler-Hübner, Die Obsorgerechtsregelung nach der Ehescheidung, ÖJZ 1993, 722.

28) OGH 26. 11. 1980 SZ 53/157; LGZ Wien 24. 3. 1992 EFSlg 68.893.

29) LGZ Wien 13. 9. 1990 EFSlg 62.959.

30) Ent, Das neue Kindschaftsrecht, besonders die Regeln über die Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung, NZ 1978, 185; vgl dazu auch OGH 16. 1. 1992 EFSlg 68.849; LGZ Wien 15. 5. 1991 EFSlg 66.128.

31) Vgl Maurer, RZ 1980, 97.

- 32) RV 172 BlgNR 17. GP 18; OGH 26. 11. 1980 EvBl 1981/143; Pichler in Rummel, ABGB I, 2. Auflage, (1990) Rz 5 zu § 178.
- 33) 172 BlgNR 17. GP 18.
- 34) So bedarf gem § 245 ABGB ein Vormund zur Vertretung in den Angelegenheiten des § 154 Abs 2 ABGB der Genehmigung des Gerichts.
- 35) AB 887 BlgNR 17. GP 7.
- 36) LGZ Wien 29. 6. 1993 EFSlg 71.921.
- 37) NZ 1978, 185.
- 38) NZ 1979, 109.
- 39) 172 BlgNR 17. GP 18.
- 40) Die Rechtsprechung hat es allerdings durchwegs abgelehnt, aus der Bestimmung des § 178 ABGB "Kontrollmaßnahmen" abzuleiten; vgl LGZ Wien 30. 4. 1980 EFSlg 36.053; 25. 1. 1989 EFSlg 59.860; 15. 10. 1991 EFSlg 66.130.
- 41) RV 60 BlgNR 14. GP 36.
- 42) § 167 Satz 2 ABGB verweist auf § 177 ABGB; vgl schon I. Einleitung.
- 43) RV 172 BlgNR 17. GP 18.
- 44) AA offenbar Schwimann in Schwimann, ABGB I Rz 2 zu § 178.
- 45) Vgl die durch das KindRÄG 1989 eingeführte Verständigungspflicht hinsichtlich "außergewöhnlicher Maßnahmen".
- 46) Pichler in Rummel, ABGB I, 2. Auflage, Rz 3 zu § 178; OGH 3. 7. 1985 EFSlg 48.465.
- 47) Siehe Kapitel V.
- 48) KG Krems 8. 1. 1987 EFSlg 54.093; LGZ Wien 24. 2. 1993 EFSlg 71.918.
- 49) LGZ Wien 4. 7. 1985 EFSlg 48.466.
- 50) LGZ Wien 15. 5. 1991 EFSlg 66.132.
- 51) Pichler in Rummel, ABGB I, 2. Auflage, Rz 2a zu § 178; LGZ Wien 15. 5. 1991 EFSlg 66.128; zu weit dagegen 28. 3. 1990 EFSlg 62.858.
- 52) LGZ Wien 24. 3. 1992 EFSlg 68.892.
- 53) OGH 26. 11. 1980 EvBl 1981/143; LGZ Wien 29. 6. 1993 EFSlg 71.919; vgl hingegen LG Karlsruhe 28. 7. 1983 FamRZ 1983, 1169.
- 54) LGZ Wien 31. 7. 1980 ÖA 1983, 46 f.
- 55) OGH 26. 11. 1980 EvBl 1981/143; LGZ Wien 31. 7. 1980 ÖA 1983, 46; 25. 1. 1989 EFSlg 59.860; 15. 10. 1991 EFSlg 66.130.
- 56) LGZ Wien 25. 1. 1989 EFSlg 59.860.

- 57) Vgl auch LGZ Wien 4. 7. 1985 EFSlg 48.466; LGZ Wien 30. 10. 1991 EFSlg 66.129.
- 58) LGZ Wien 20. 1. 1993 EFSlg 71.920.
- 59) Der deutsche Gesetzgeber verwendet an Stelle des Begriffes der "Obsorge" jenen der "Personensorge".
- 60) Hinz in MünchKomm, BGB, 2. Auflage, (1987) Rz 57 zu § 1634.
- 61) "Umgangsrecht" - § 1634 Abs 1 BGB.
- 62) BayObLG 28. 7. 1983 FamRZ 1983, 1169; Hinz in MünchKomm, BGB, 2. Auflage, Rz 54 zu § 1634; Diederichsen in Palandt, BGB, 53. Auflage, (1994) Rz 16 zu § 1634.
- 63) BayObLG 28. 7. 1983 FamRZ 1983, 1169; AmtsG Hamburg 2. 5. 1990 FamRZ 1990, 1382 (1383).
- 64) BayObLG 7. 12. 1992 FamRZ 1993, 1487; LG Karlsruhe 12. 7. 1983 FamRZ 1983, 1169.
- 65) LG Karlsruhe 28. 7. 1983 FamRZ 1983, 1169.
- 66) OLG Zweibrücken 23. 11. 1990 FamRZ 1990, 779.
- 67) Siehe VII. Kasuistik.
- 68) Pichler in Rummel, ABGB I, 2. Auflage, Rz 4 zu § 178.
- 69) AB 887 BlgNR 17. GP 7.
- 70) AA Schwimann in Schwimann, ABGB I Rz 8 zu § 178.
- 71) AB 887 BlgNR 17. GP 7.