

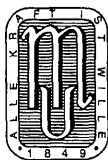
# Kindschaftsrecht

Entscheidungen – Anmerkungen – Lösungsansätze

von

**Mag. Susanne Beck**

Richterin des BG Döbling



Wien 2009

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XXI
Hinweise für den Benützer .....	XXIII

## 1. Kapitel: Abstammungsrecht

I. Allgemeine Grundsätze .....	1
A. Reform des Abstammungsrechts .....	2
1. Rechtslage seit 1. 1. 2005 .....	2
2. Biologische Abstammung – rechtliche Vaterschaft .....	2
B. Geschäftsfähigkeit in Abstammungssachen .....	3
C. Rechtsnachfolge im Abstammungsrecht .....	4
D. Mutterschaft .....	5
E. Klärung der Abstammung als Vorfrage? .....	6
F. Ehehindernis der Vaterschaft .....	7
II. Eheliche Abstammung des Kindes .....	8
A. Gesetzliche Vaterschaftsfeststellung .....	8
B. Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter .....	9
1. Antragsrecht .....	10
2. Befristung des Antragsrechts .....	10
a) Ausschlussfrist .....	10
b) Beweiskräftige „Umstände“ .....	11
3. Vertrag über das Unterbleiben der Vaterschaftsfeststellung .....	15
4. Unterhaltsforderungen gegen den biologischen Vater .....	16
C. Legitimation des Kindes .....	16
III. Feststellung der Vaterschaft .....	17
A. Allgemeines .....	18
B. Vaterschaftsanerkennntnis .....	18
1. Persönliche Erklärung .....	19
2. Inhalt des Anerkenntnisses .....	19
3. Einlangen beim Standesbeamten .....	20
4. „Vätertauschverfahren“ .....	20
a) Antragsrecht des Kindes .....	21
b) Kein Antragsrecht des biologischen Vaters .....	21
c) Verfahrensparteien .....	23
d) Keine Befristung .....	24
e) Rückwirkender „Vätertausch“ .....	24
5. Widerspruch gegen das Anerkenntnis .....	25
6. „Vaterschaftsdurchbrechendes“ Anerkenntnis .....	26
a) Bestehen einer rechtlichen Vaterschaft .....	26
b) Mitwirkung von Kind und Mutter .....	27
7. Unwirksamerklärung des Anerkenntnisses .....	29
a) Wirksamkeit des Anerkenntnisses .....	29

b) Befristung des Antragsrechts .....	30
c) Anfechtungsgründe .....	31
C. Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung .....	32
1. Biologische Abstammung .....	33
2. Beweiserleichterung bei Antrag des Kindes .....	33
3. Abstammungsfeststellung nach dem Tod des Vaters .....	35
D. Verfahrensrechtliche Grundsätze .....	36
1. Parteistellung .....	36
2. Untersuchungsgrundsatz .....	38
a) Amtswegige Beweisaufnahme .....	38
b) Vorrang objektiver Beweismittel .....	38
c) Kostenersatzpflicht .....	40
d) Heimliche Vaterschaftstests .....	43
IV. Abstammungssachen mit Auslandsbezug .....	44
A. Zuständigkeit/Verfahrensform .....	44
B. Einzelfragen .....	45

## 2. Kapitel: Annahme an Kindes statt

I. Allgemeine Grundsätze .....	47
A. Rechtsbeziehung aufgrund eines Vertrags .....	47
B. Schutzprinzip – Interessenprinzip .....	49
C. Kindschaftsähnliche Beziehung .....	50
D. Wirkungen der Adoption .....	51
1. Unterhaltspflicht .....	52
2. Erbrecht .....	53
E. Prinzip der Einzeladoption .....	53
F. Gemeinschaftliche Adoption .....	54
1. Gemeinsame Adoption durch Ehegatten .....	54
2. Ausnahmen .....	54
a) Generalklausel .....	54
b) Scheidungsverfahren und Trennung .....	55
c) Rechtliche Unmöglichkeit der Adoption .....	56
G. Adoption unter Verwandten? .....	56
H. Adoption durch gleichgeschlechtliche Lebenspartner? .....	59
II. Bewilligungsvoraussetzungen .....	60
A. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung einer Adoption .....	61
B. Eigenberechtigung .....	62
1. Begriff .....	62
2. Sachwalterbestellung .....	62
C. Altersgrenzen .....	63
1. Mindestalter .....	63
a) Geschlechtsspezifische Altersgrenze .....	63
b) Geringfügige Unterschreitung des Mindestalters .....	63
2. Altersunterschied .....	64
a) Geringfügige Unterschreitung der gesetzlichen Altersdifferenz .....	64
b) Verminderter Altersunterschied .....	65
D. Adoptionsinteresse .....	66
1. Minderjährigen-Adoption .....	67
a) Kindschaftsähnliche Beziehung .....	67
b) Kindeswohl .....	68

2. Erwachsenenadoption	68
a) Eingeschränkte Zulässigkeit	68
b) Gerechtfertigtes Anliegen?	69
c) Eltern-Kind-Beziehung/Haushaltsgemeinschaft	70
aa) Enges kindschaftsähnliches Verhältnis	70
bb) Hausgemeinschaft	71
cc) Beistandsleistungen	72
dd) Urlaubskontakte	73
ee) Umgehung der fremdenrechtlichen Regelungen	74
d) Beweispflicht	76
E. Adoptionsstatut	76
1. Gesetzeszweck	76
2. Kumulative Rechtsanwendung	78
a) Zulässigkeitsprüfung	78
b) Ermittlung des ausländischen Rechts	80
F. Zustimmung- und Anhörungsrechte	81
1. Zustimmungsrecht	82
a) Zustimmungsrecht nach österreichischem Recht	82
b) Zustimmungsrecht nach ausländischem Recht	83
c) Abgabe der Zustimmungserklärung	83
d) Widerruf der Zustimmung	84
2. Entfall des Zustimmungsrechts der Eltern	84
a) Gesetzliche Vertretung beim Vertragsabschluss	84
b) Unbekannter Aufenthalt	85
c) „Schweigerecht“ der Mutter	85
3. Ersetzung der Zustimmung	86
a) Ersetzung nur in Ausnahmefällen	86
b) Interessenvergleich	87
c) Ungerechtfertigte Weigerung	88
d) Verfahrensrechtliche Aspekte	90
4. Anhörungsrecht	91
a) Allgemeines	91
b) Leibliche Kinder des Annehmenden	91
aa) Eingeschränkte Parteistellung	91
bb) Interessenvergleich	93
cc) Unterhaltsgefährdung	94
dd) Erbrechtliche Konsequenzen	94
ee) Kollisionskurator	95
5. Inkognitoadoption	96
a) Begriff	97
b) Entfall des Zustimmungsrechts	97
c) Keine Akteneinsicht für leibliche Verwandte	99
d) Recht auf Kenntnis der Abstammung	99
III. Zustandekommen der Adoption	100
A. Allgemeines	100
B. Abschluss des Adoptionsvertrags	100
1. Vertragsabschluss	101
2. Schriftform	102
C. Bewilligung der Adoption	102
1. Gesamtentscheidung	102
2. Vertragsdatum und Wirksamwerden der Adoptionsbewilligung	104

3. Verfahrensrechtliche Einzelfragen . . . . .	105
IV. Widerruf und Aufhebung . . . . .	106
A. Beseitigung der Adoption . . . . .	108
B. Widerruf . . . . .	109
C. Aufhebung . . . . .	110
1. Kindeswohlgefährdung . . . . .	110
2. List . . . . .	111
3. Ehescheidung . . . . .	111
4. Enttäuschte Erwartungen . . . . .	112
5. Gemeinsamer Antrag . . . . .	112
6. Tod eines Wahlelternteils . . . . .	113
VI. Internationale Adoptionen . . . . .	113
A. Allgemeines . . . . .	113
B. Europäisches Adoptionsübereinkommen . . . . .	113
C. Haager Adoptionsübereinkommen . . . . .	114
1. Zusammenarbeit auf dem Gebiet internationaler Adoptionen . . . . .	114
2. Anwendungsbereich . . . . .	115
D. Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen . . . . .	117

### 3. Kapitel: Obsorge

I. Allgemeine Grundsätze . . . . .	120
A. Beistandspflicht . . . . .	120
1. Obsorge-Begriff . . . . .	120
2. Inhalt der Beistandspflicht . . . . .	121
B. Absoluter Schutz . . . . .	122
C. Kein Verzicht auf die Obsorge . . . . .	124
D. Wohlverhaltensgebot . . . . .	124
E. Kinder in Patchworkfamilien . . . . .	125
II. Umfang der Obsorge . . . . .	126
A. Pflege und Erziehung . . . . .	126
1. Begriff . . . . .	127
2. Aufenthaltsbestimmung . . . . .	128
a) Pflege- und Erziehungsbefugnis . . . . .	128
b) Notwendigkeit von Erziehungsmaßnahmen . . . . .	129
c) Kindeswohlgefährdung . . . . .	130
d) Gerichtsbeschluss . . . . .	130
e) Reisedokumente . . . . .	133
f) Betreuung durch dritte Personen . . . . .	135
g) Übersiedlung ins Ausland . . . . .	135
3. Namensgebung . . . . .	137
a) Familienname des Kindes . . . . .	137
b) Vorname des Kindes . . . . .	142
4. Ausbildung des Kindes . . . . .	143
5. Medizinische Maßnahmen . . . . .	144
a) Medizinische Behandlung . . . . .	145
b) Einsichts- und Urteilsfähigkeit . . . . .	146
c) Behandlung des einsichts- und urteilsunfähigen Kindes . . . . .	147
d) Behandlung des einsichts- und urteilsfähigen Kindes . . . . .	148
e) Schwere Beeinträchtigung . . . . .	149
B. Vermögensverwaltung . . . . .	151

1. Mündelsichere Veranlagung . . . . .	151
2. Rechnungslegungspflicht . . . . .	152
3. Verwendung des Kindesvermögens . . . . .	154
4. Vermögensvermehrung und Kindeswohl . . . . .	154
5. Gerichtliche Kontrolle der Vermögensverwaltung . . . . .	155
6. Genehmigungspflichtige Zahlungen an das Kind . . . . .	156
7. Herausgabeanspruch des Kindes . . . . .	158
C. Gesetzliche Vertretung . . . . .	158
III. Anspruchsberechtigung . . . . .	159
A. Allgemeines . . . . .	159
B. Eltern und Großeltern . . . . .	160
C. Pflegeeltern . . . . .	162
D. Obsorge einer anderen Person . . . . .	164
1. Allgemeines . . . . .	164
2. Obsorgebetrauung des JWT gem § 211 ABGB . . . . .	164
3. Obsorgeübertragung an den JWT gem § 213 ABGB . . . . .	166
4. Interimskompetenz des JWT gem § 215 ABGB . . . . .	167
IV. Obsorge bei Verhinderung der Eltern . . . . .	173
A. Tatsächliche Verhinderung an der Obsorgeausübung . . . . .	173
1. Verhinderungsgründe . . . . .	173
2. Verhinderung bei beiderseitiger Obsorge . . . . .	174
3. Verhinderung bei Alleinobsorge . . . . .	175
4. Vorrang des leiblichen Elternteils? . . . . .	175
B. Sachwalterbestellung für einen Elternteil . . . . .	178
C. Vermögenszuwendung bei Obsorgeausschluss . . . . .	179
V. Uneheliches Kind . . . . .	179
A. Alleinobsorge der Mutter . . . . .	179
B. Obsorge beider Eltern . . . . .	180
C. Obsorge nach Trennung der Eltern . . . . .	181
D. Ansprüche der Mutter gegen den Vater . . . . .	182
VI. Eheliches Kind . . . . .	182
A. Obsorge im Zusammenleben der Eltern . . . . .	182
B. Obsorge nach Trennung der Eltern . . . . .	182
1. Vollständige Trennung . . . . .	182
2. Zuständigkeit nach Trennung . . . . .	185
C. Obsorge nach Eheauflösung . . . . .	185
1. Fortführung der beiderseitigen Obsorge . . . . .	186
a) Allgemeines . . . . .	186
b) Kooperationsfähigkeit und -willigkeit . . . . .	188
c) Eingliederungsmodell . . . . .	188
d) Einvernehmen über die Obsorge beider Eltern . . . . .	190
e) Gerichtliche Genehmigung . . . . .	190
2. Wegfall des Konsenses . . . . .	191
3. Obsorgeregelung . . . . .	194
a) Gütliche Einigung . . . . .	194
b) Kindeswohl . . . . .	195
c) Gegenüberstellung der Lebensumstände beider Eltern . . . . .	197
d) Gleichberechtigung von Mutter und Vater . . . . .	199
e) Betreuungskontinuität . . . . .	200
f) Wille des Kindes . . . . .	204
g) Sonstige Kriterien für die Obsorgeregelung . . . . .	204

aa)	Gemeinsames Aufwachsen von Geschwistern	204
bb)	Emotionale Bindung	205
cc)	Materielle Interessen	205
dd)	Sicherstellung der Kontakte zum anderen Elternteil	206
ee)	Einzelfälle	207
VII.	Obsorgeentziehung	209
A.	Kindeswohlgefährdung	209
B.	Notmaßnahme	210
C.	Einzelfälle	211
VIII.	Obsorgeeinschränkung	214
A.	Formen der Obsorgebeschränkung	214
B.	Kindeswohlgefährdung	215
IX.	Vertretungshandlungen	217
A.	Geschäftsfähigkeit des Kindes	217
B.	Grundsatz der Alleinvertretung	219
C.	Zustimmungspflichtige Vertretungshandlungen	219
D.	Genehmigungsbedürftige Vertretungshandlungen	220
1.	Generalklausel	220
2.	Rechtsgeschäfte	222
a)	Aufschiebende Bedingung	222
b)	Schenkungsvertrag	223
c)	Verwertung von Liegenschaften	226
d)	Schadenersatzansprüche des Kindes	227
e)	Mietrechtsübernahme	227
f)	Kaufvertrag	227
g)	Darlehensvertrag	228
3.	Unterhaltsregelungen	228
4.	Prozessführung	231
a)	Prozesseinleitung	231
b)	Passivprozess	234
c)	Prozesshindernis	235
d)	Vollmachtserteilung an den Rechtsanwalt	235
5.	Stiftung	235
6.	Sonstiges	236
7.	Bestellung eines Kollisionskurators	238
8.	Genehmigungsbeschluss	241

#### 4. Kapitel: Besuchsrecht

I.	Besuchsrecht der Eltern	245
A.	Allgemeine Grundsätze	245
1.	Allgemeines	245
a)	Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung	245
b)	Recht des Kindes	246
2.	Zweck des Besuchsrechts	248
3.	Kindeswohl	249
B.	Unterstützungspflichten des betreuenden Elternteils	250
1.	Umfang der Unterstützungspflichten	251
2.	Verletzung der Unterstützungspflichten	253
a)	Beugestrafen und Obsorgebeschränkung	253
b)	Unterhaltsverwirkung	254

C. Verhaltenspflichten des besuchsberechtigten Elternteils .....	254
1. Konfliktfreie Besuchsausübung .....	254
2. Einhaltung der Besuchszeiten .....	255
3. Erledigung von Schulaufgaben .....	256
4. Hinterlegung des Reisepasses .....	257
D. Einvernehmliche Regelung .....	258
1. Vorrang der einvernehmlichen Besuchsregelung .....	258
2. Genehmigungsbedürftigkeit der Vereinbarung .....	259
II. Anspruchsberechtigung .....	260
A. Allgemeines .....	260
B. Kind .....	261
C. Besuchsberechtigter Elternteil .....	261
D. Betreuender Elternteil .....	262
E. Pflegeeltern .....	262
F. Adoption .....	262
III. Besuchsrechtsgestaltung .....	262
A. Ermessensentscheidung .....	262
B. Mitnahme des Kindes .....	264
C. Übernahme/Übergabe des Kindes .....	265
D. Telefonkontakte und Briefe .....	268
E. Besuchsrechtsausmaß .....	269
1. Echtes Naheverhältnis .....	270
2. Besuchsrechtsausmessung .....	272
a) Häufigere Kontakte bei Kleinkindern .....	272
b) Frequenz und Umfang der Besuchstermine .....	273
c) Interessen des betreuenden Elternteils .....	275
3. Wochenendbesuchsrecht .....	276
4. Wochentagsbesuchsrecht .....	279
5. Besuchsrechtsbeginn und -ende .....	280
6. Feiertage .....	280
7. Ersatzbesuchstage .....	281
8. Ferienbesuchsrecht .....	283
a) Zweck des Ferienbesuchsrechts .....	283
b) Voraussetzungen des Ferienbesuchsrechts .....	284
c) Sommer- und Winterregelung .....	284
F. Kind bei Pflegeeltern .....	286
G. Kosten der Besuchsrechtsausübung .....	286
IV. Besuchsrechtsbeschränkungen .....	289
A. Allgemeines .....	289
1. Kindeswohlgefährdung .....	289
2. Vorübergehende Besuchsrechtsbeschränkung .....	290
B. Besuchsrechtsentziehung .....	291
1. Nachteilige Besuchsrechtsausübung .....	291
2. Lebensumstände des Besuchsberechtigten .....	292
3. Widerstand des Kindes .....	294
4. Verhalten gegenüber dem betreuenden Elternteil .....	299
5. Keine Besuchsrechtsentziehung .....	299
a) Ablehnende Haltung des betreuenden Elternteils .....	299
b) Frühere Interesselosigkeit .....	300
c) Unterhaltsverletzung .....	300
d) Verschiedene Erziehungsvorstellungen .....	301



e) Spannungen zwischen den Eltern .....	301
f) Ängstlichkeit des Kindes .....	302
g) Abstrakte Befürchtungen .....	303
C. Besuchsrechtseinschränkung .....	304
D. Besuchsanhörung .....	306
E. Besuchsbegleitung .....	307
V. Besuchsrecht Dritter .....	312
A. Besuchsrecht der Großeltern .....	312
1. Allgemeines .....	312
2. Zweck des Besuchsrechts der Großeltern .....	313
3. Besuchsrechtsentziehung .....	313
B. Besuchsrecht nicht verwandter Personen .....	316

## 5. Kapitel: Informations- und Äußerungsrechte

I. Anspruchsberechtigung .....	318
II. Umfang der Informations- und Äußerungsrechte .....	319
A. Innenverhältnis .....	319
B. Wichtige Angelegenheiten .....	320
1. Einzelfälle .....	320
2. Kein allgemeiner Informationsanspruch .....	322
C. Schule .....	323
1. Schulische Angelegenheiten .....	323
2. Weitergabe von Schulzeugnissen .....	324
D. Ausdehnung der Rechte bei fehlendem Kontakt .....	324
1. Zusammenhang zw Besuchsrecht und Informationsanspruch .....	324
2. Unterbleiben des Kontakts .....	325
3. Minderwichtige Angelegenheiten .....	326
4. Informationsbedarf .....	327
E. Äußerungsrecht .....	327
III. Durchsetzung der Rechte .....	328
A. Gerichtliche Verfügungen .....	328
1. Eigenes Verfahren .....	328
2. Stufensystem .....	329
B. Parteistellung .....	330
IV. Entfall der Rechte .....	332
V. Einschränkung und Entziehung der Rechte .....	332

## 6. Kapitel: Pflegschaftsverfahren

I. Hauptverfahren .....	335
A. Inländische Gerichtsbarkeit .....	335
1. Anknüpfungspunkte für die internationale Zuständigkeit .....	335
2. Verweigerung der Verfahrenseinleitung oder -fortsetzung .....	336
B. Gerichtszuständigkeit .....	337
1. Gewöhnlicher Aufenthaltsort .....	337
2. Zuständigkeitsübertragung .....	338
a) Zustellung des Übertragungsbeschlusses .....	338
b) Zweckmäßigkeit .....	339
c) Offene Anträge .....	341
C. Parteistellung .....	342
D. Antragsprinzip .....	345

E. Rechtliches Gehör	346
F. Beweisverfahren	347
1. Untersuchungsgrundsatz	348
2. Kein Unmittelbarkeitsgrundsatz	349
3. Beweismittel	349
a) Allgemeines	349
b) Berichte des JWT	350
c) Sachverständigengutachten	350
aa) Sachverständigenbestellung	351
bb) Gutachtensauftrag	353
cc) Beweiskraft	355
dd) Privatgutachten	356
ee) Sachverständigengebühren	357
ff) Kostenersatzpflicht	359
G. Stellung des Kindes im Verfahren	360
1. Allgemeines	361
2. Befragung des Kindes	361
a) Inhalt und Zweck	362
b) Absehen von einer Befragung	364
c) Verfahrensmangel	365
3. Wille des Kindes	366
a) Bedeutung der Willensäußerung	366
b) Unmündiges Kind	367
c) Mündiges Kind	368
d) Ablehnung des Besuchsrechts durch das mündige Kind	369
4. Besondere Verfahrensfähigkeit	370
5. Akteneinsicht für Minderjährige	372
6. Kinderbeistand	374
H. Stellung des Jugendamts	374
I. Beschluss	375
1. Kindeswohl	375
2. Einzelfallentscheidung	376
3. Umstandsänderung	377
4. Aktuelle Entscheidungsgrundlage	378
5. Besonderheiten der Besuchsrechtsregelung	378
6. Vorläufige Verbindlichkeit bzw Vollstreckbarkeit	379
J. Einzelfragen des erstinstanzlichen Verfahrens	380
K. Rechtsmittelverfahren	382
1. Beschwerde	382
2. Verspäteter Rekurs	384
3. Revisionsrekursverfahren	385
L. Durchsetzung der Regelungen	388
1. Vollzugsvoraussetzungen	388
a) Außerstreitverfahren	388
b) Gerichtliche oder gerichtlich genehmigte Regelung	389
2. Zweck der Zwangsmittel	391
3. Anordnung von Zwangsmitteln	392
4. Höhe der Geldstrafe	394
5. Absehen von Zwangsmitteln	395
II. Provisorialverfahren	397
A. Kindeswohlgefährdung	397

---

1. Dringender Regelungsbedarf .....	397
2. Bescheinigungsmittel .....	399
B. Obsorge .....	400
C. Besuchsrecht .....	401
III. Verfahren mit Auslandsbezug .....	403
A. Allgemeines .....	403
B. Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA) .....	404
1. Anwendungsbereich .....	405
2. Heimatstaat – Aufenthaltsstaat .....	406
3. Gesetzliches Gewaltverhältnis .....	408
4. Anzuwendendes Sachrecht .....	410
C. Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) .....	410
1. Anwendungsbereich .....	410
2. Zielsetzung .....	411
3. Schnellverfahren .....	412
4. Widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten .....	413
5. Zustimmung zum vorläufigen Auslandsaufenthalt .....	415
6. Anzuwendendes Sachrecht .....	416
7. Kindeswohlgefährdung .....	417
8. Wunsch des Kindes .....	419
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>421</b>