

Zeitschrift für

# FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**  
**Constanze Fischer-Czermak**  
**Johann Höllwerth**

**März 2012**

# 02

49 – 96

## Beiträge

### **Die Säumnis nach § 17 AußStrG im Licht der Rechtsprechung** *Johann Höllwerth* ➔ 52

**Zur Pflichtteilsminderung nach § 773 a ABGB**

*Klaus Stephan Hawel* ➔ 55

**Das internationale Erbrecht Österreichs – kurz und mit Beispielen**

*Marco Nademleinsky* ➔ 61

## EF Kurz gesagt

**Das in der eigenen Wohnung wohnversorgte Kind**

*Edwin Gitschthaler* ➔ 65

**Einsichtsrecht des Gerichtskommissärs in Pflegschaftsakten**

*Alice Perscha* ➔ 66

## Rechtsprechung

**Die amerikanische Leihmutter** ➔ 67

**Gemeinsame Obsorge nur für gemeinsame Kinder?**

*Helmut Graupner* ➔ 70

**Notar sucht Testierfähigkeit** ➔ 80

## Checkliste

### **Der europäische Unterhaltsstreit**

*Martin Weber* ➔ 88

## Serviceteil

**Unterhaltsbemessung** *Edwin Gitschthaler* ➔ 94

EF-Z 2012/39

§§ 167, 177  
ABGB;  
§ 8 EPGOGH 30. 11. 2011,  
7 Ob 124/11 b  
(LGZ Wien  
42 R 179/11 a;  
BG Donaustadt  
41 Ps 47/11 s)Ehegatten;  
eingetragene  
Partner;  
gleich-  
geschlechtliche  
Lebensgefährten;  
gemeinsame  
Obsorge

## → Gemeinsame Obsorge nur für gemeinsame Kinder?

## §§ 167, 177 ABGB; § 8 EPG

→ Eine gemeinsame Obsorge eines Elternteils mit einem Pflegeeltern (zB des Lebensgefährten der außerehelichen Mutter) nach dem Modell der leiblichen Eltern ist nicht zulässig, wenn das Kind nicht auch vom Lebensgefährten abstammt.

→ Dies gilt auch bei Ehegatten für ein bloß von einem der beiden stammendes Kind.

→ Mit § 8 Abs 4 EPG zeigt der Gesetzgeber unmissverständlich auf, dass er in der gleichge-

**Sachverhalt:**

Die Vorinstanzen wiesen den Antrag der lesbischen ASt, die österr Staatsbürgerinnen sind und seit 2004 in einer Lebensgemeinschaft (LG) leben, ihre Vereinbarung v 30. 1. 2011 über die gemeinsame Ausübung der Obsorge für das von der ErstASt nach einer in Dänemark vorgenommenen Insemination mit dem Samen eines anonymen Spenders am 20. 1. 2010 geborene Kind pflegschaftsgerichtlich zu genehmigen, ab.

Der OGH gab dem RevRek nicht Folge.

**Aus der Begründung:****[Ehegatten und heterosexuelle Lebensgefährten]**

Nach hA ist nach der bestehenden Gesetzeslage eine gemeinsame Obsorge eines Elternteils mit einem Pflegeeltern (zB des Lebensgefährten oder – wie hier – der Lebensgefährtin der außerehel Mutter) nach dem Modell der leibl Eltern nicht zulässig (*Hopf* in KBB<sup>3</sup> § 186a Rz 1; *Weitzenböck* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 186a Rz 3; *Linder* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR LebG-Rechtsfolgen Rz 31; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 186a Rz 3; *Stabentheiner* in *Rummel*<sup>3</sup> ErgBd § 186a Rz 21; 7 Ob 144/02f SZ 2002/123 = EvBl 2003/16; RIS-Justiz RS0116924). Daran hat auch das FamRÄG 2009 nichts geändert.

Nicht beizupflichten ist der Auffassung, aus den mit dieser Nov geschaffenen Bestimmungen der § 90 Abs 3 und § 137 Abs 4 ABGB sei abzuleiten, dass die vorrangige Obsorge der leibl Eltern und die alleinige Obsorge der außerehel Mutter nicht aufrechterhalten werden solle. Zu teilen ist vielmehr die Ansicht des RekG: Die genannten Bestimmungen sehen keine gemeinsame Obsorge der Ehegatten für ein bloß von einem der beiden stammendes Kind vor, sondern statuieren zur Wahrung des Kindeswohls nur eine Unterstützungspflicht und eine Vertretungsbefugnis. Dies spricht nicht für, sondern gegen die Auffassung der ASt.

**[Eingetragene Partner und homosexuelle Lebensgefährten]**

Das EPG (BGBl I 2009/135), auf das sich die ASt idZ ebenfalls berufen wollen, unterstützt ihre Rechtsmeinung ebenso wenig. Im Gegenteil: Während eine Einzeladoption durch eine in LG mit einem gleichgeschlechtlichen Partner lebende Person möglich erscheint (3 Ob 147/10d iFamZ 2011/91, 130 = RdM

schlechtlichen Partnerschaft nicht das Modell leiblicher Eltern erblickt. Das gilt umso mehr für gleichgeschlechtliche Partner, die nicht institutionell verbunden sind. Auch eingetragene Partner und homosexuelle Lebensgefährten können daher nicht die gemeinsame Obsorge für ein von einem der Partner abstammendes Kind erreichen. Eine Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Orientierung liegt insoweit nicht vor.

2011/81, 96 [*Bernat*]), bestimmt § 8 Abs 4 EPG, dass die eingetragenen Partner nicht gemeinsam ein Kind an Kindes statt oder die Kinder des jew anderen an Kindes statt annehmen dürfen. Damit zeigt der Gesetzgeber unmissverständlich auf, dass er in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nicht das Modell leibl Eltern erblickt. Da das umso mehr für gleichgeschlechtliche Partner, die nicht institutionell verbunden sind, gelten muss, gehen die Ausführungen des RevRek, wonach die ZweitASt als zweiter Elternteil anzusehen und zu behandeln sei, ins Leere.

Entgegen der Ansicht der ASt sind die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 167 ABGB daher nicht gegeben. Eine Analogie setzt eine Lücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung voraus (RIS-Justiz RS0098756; RS0008757). Eine Gesetzeslücke ist nur dann anzunehmen, wenn Wertungen und Zweck der konkreten gesetzlichen Regelung die Annahme rechtfertigen, der Gesetzgeber habe einen nach denselben Maßstäben regelungsbedürftigen Sachverhalt übersehen (RIS-Justiz RS0008866 [T 27]). Wollte der Gesetzgeber, wie offenbar hier, hingegen den unregelmäßig Fall bewusst anders als den geregelten entschieden wissen, ist ein Umkehrschluss zu ziehen (RIS-Justiz RS0008870; *P. Bydliński* in KBB<sup>3</sup> § 7 Rz 2 mwN). Da das von einem Normunterworfenen rechtspolitisch Erwünschte für sich allein selbstverständlich niemals Grund für einen Analogieschluss sein kann (RIS-Justiz RS0103694; *P. Bydliński* aaO mwN), lässt sich aus § 167 ABGB nichts für den Standpunkt der ASt gewinnen.

Nichts zu gewinnen ist auch daraus, dass der OGH zu 3 Ob 147/10d gem Art 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den VfGH den Antrag gestellt hat, die Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ in § 2 Abs 1 FMedG idF BGBl I 2009/135 als verfassungswidrig aufzuheben. Die ErstASt hat die Insemination in Dänemark vornehmen lassen. Dass sie sich, wie behauptet, in Übereinstimmung mit der ZweitASt zu diesem Schritt entschlossen haben mag, kann die Rechtslage zur Frage der gemeinsamen Obsorge nicht verändern.

Von einer von den ASt weiters behaupteten Diskriminierung wegen ihrer sexuellen Orientierung kann keine Rede sein. Ist doch verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten die gemeinsame Obsorge für ein Kind, das nicht von beiden abstammt, in gleicher Weise versagt: Die Bestimmung des § 166 ABGB, dass mit der Obsorge für das unehel Kind die Mutter allein betraut ist, gilt auch, wenn die Mutter einen Lebensgefährten

Das von Normunterworfenen (hier: lesbischen Lebensgefährten) rechtspolitisch Erwünschte (hier: gemeinsame Obsorge für ein Kind) ist für sich allein kein Grund für einen Analogieschluss.

hat, der nicht der leibl Vater des Kindes ist. Wollte man gleichgeschlechtlich orientierten Lebenspartnern die gemeinsame Obsorge für das leibl Kind eines der beiden einräumen, weil es ihnen aus biologischen Gründen jedenfalls unmöglich ist, leibl Eltern eines gemeinsamen Kindes zu sein, würde dies heterosexuelle Paare benachteiligen, denen diese Möglichkeit zwar theoretisch offen steht, ein gemeinsamer Kinderwunsch aber versagt bleibt.

Richtig weisen die ASt darauf hin, dass der EGMR mit U v 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf* gegen Österreich, 30141/04, ausgesprochen hat, dass auch die Beziehung eines gleichgeschlechtlichen Paares unter den Begriff „Familienleben“ fallen könne und daher Art 14 iVm Art 8 EMRK zur Anwendung gelange. Gleiches wurde auch in der E v 22. 7. 2010, *P.B. und J.S.* gegen Österreich, 18984/02, gesagt und in der Zulässigkeitsentscheidung v 31. 8. 2010, *Gas und Dubois* gegen Frankreich, 25951/07, 8 wiederholt. Dass gleichgeschlechtliche Partner unter den Familienbegriff des Art 8 EMRK fallen können, bedeutet jedoch nicht, dass gleichgeschlechtlichen Paaren die gemeinsame Obsorge für ein leibl Kind eines der beiden übertragen werden müsse. Jemandem das Recht auf Erlangung der Obsorge für ein Kind abzuschneiden, das nicht von ihm ab-

stammt, stellt keinen Verstoß gegen die genannten Bestimmungen der EMRK dar. Rsp des EGMR, die diese Ansicht in Frage stellte oder bezweifeln ließe, liegt nicht vor. Wiederholt hat der EGMR, der sich bisher vor allem mit einschlägigen Adoptionsfällen zu befassen hatte, ausgesprochen, dass kein Recht auf Adoption, also auf die Einräumung der vollen Elternschaft, bestehe (26. 2. 2002, *Frette* gegen Frankreich, 36515/97 Rn 32; 22. 1. 2008, *E. B.* gegen Frankreich, 43546/02 Rn 41; vgl auch *Gas und Dubois* gegen Frankreich, 25951/07). Eine Verpflichtung der Staaten, Personen die Obsorge für Kinder zu ermöglichen, ohne dass diesen Personen die volle Elternschaft zukäme, ist keinem U des EGMR zu entnehmen.

Der schließlich noch erhobene Einwand einer Diskriminierung gegenüber Pflegeeltern übergeht, dass die Übertragung der Obsorge an Pflegeeltern voraussetzt, dass leibl Eltern(-teilen) die Obsorge ganz oder tw entzogen wurde. Richtig haben die Vorinstanzen erkannt, dass eine Übertragung der Obsorge ganz oder zT an die ZweitASt (nur) dann möglich wäre, wenn der ErstASt aus Gründen des Kindeswohls die Obsorge im selben Umfang entzogen würde. Die von den ASt hingegen angestrebte gemeinsame Obsorge ist aus den dargelegten Gründen nicht möglich.

### Anmerkung:

Bereits in 7 Ob 144/02f hatte der OGH entschieden, dass die gemeinsame Obsorge eines leibl Elternteils mit einem Pflegeelternanteil (iSd § 186 ABGB) (zB des Ehepartners oder des Lebensgefährten) nicht zulässig ist, gleichgültig ob es sich dabei um einen verschieden- oder einen gleichgeschlechtlichen Pflegeelternanteil handelt. Darin lag tatsächlich keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung. Der OGH hatte damals nämlich nicht zw gleichgeschlechtlichen Stiefelternanteilen einerseits und verschiedengeschlechtlichen Stiefelternanteilen andererseits differenziert. So wie die Lebensgefährtin im damaligen Fall nicht die gemeinsame Obsorge mit der leibl Mutter erlangen konnte, so konnte das ebenso wenig ein Lebensgefährte der leibl Mutter, der nicht leibl Elternteil des (nicht mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzung gezeugten) Kindes ist. Daran haben weder das FamRÄG 2009 noch das EPG etwas geändert.

Demgegenüber bewirkte schon die E 7 Ob 144/02f aber eine *Diskriminierung von (Kindern in) Stiefkindfamilien*, differenzierte sie doch unmittelbar zw (a) Paaren aus zwei genetischen Elternteilen bzw aus zwei (ausschließlich) sozialen Elternteilen einerseits, und (b) Paaren aus einem genetischen und einem (ausschließlich) sozialen Elternteil andererseits. Alle diese drei Konstellationen von Paaren befinden sich hinsichtlich der Frage der gemeinsamen Obsorge für ein mj Kind, mit dem sie im gemeinsamen Haushalt leben, zweifellos in einer vergleichbaren Situation. Die Paare aus einem biologischen und einem (ausschließlich) sozialen Elternteil (und die mit ihnen lebenden Kinder) werden aber gegenüber den beiden anderen Paaren (s vorhin Fall a) dadurch benachteiligt, dass sie nie und nimmer, unter keinen Umständen gemeinsame Obsorge für das mit ihnen

lebende Kind (das sogar das leibl Kind eines der Partner ist) erlangen können, selbst dann nicht, wenn es iS des Kindeswohls ist oder durch dieses gar geboten wäre. Die Ungleichbehandlung nicht nur gegenüber zwei biologischen Eltern, sondern sogar gegenüber Paaren aus zwei völlig fremden sozialen Elternteilen, erfüllt weder ein legitimes Ziel noch ist sie sachlich und verhältnismäßig (Art 2 StGG, Art 8 iVm Art 14 EMRK). Es ist nicht erkennbar, welchen Zweck sie überhaupt erfüllen soll. Es erscheint nicht nur unverständlich, sondern grob unsachlich und diskriminierend, diese Möglichkeit für Kinder auszuschließen, deren Elternpaar aus einem biologischen und einem (ausschließlich) sozialen Elternteil besteht. Dies heißt nichts anderes, als solchen Kindern, wie dem (Pflege-)Kind der ASt, nur deshalb die Wohltat der gemeinsamen Obsorge seiner sozialen Eltern zu verweigern, weil einer dieser Elternteile auch biologisch sein Elternteil ist. Hiebe ist zu beachten, dass der Gesetzgeber des KindRÄG 2001 von der Grundüberzeugung getragen war, dass die gemeinsame Obsorge der Eltern wegen seiner positiven Wirkungen iS des Kindeswohls zu fördern ist.<sup>1)</sup> Der großen Zahl von Kindern, die von einem biologischen Elternteil und einem (ausschließlich) sozialen Elternteil betreut werden, die Förderung ihres Wohls durch die gemeinsame Obsorge ihrer sozialen Eltern (nicht zuletzt aufgrund der Verfestigung der faktischen Obsorge zu einer entsprechenden rechtlichen Verpflichtung und Verantwortung gegenüber dem Kind) zu verweigern, erscheint nicht begründbar. Es wirkt geradezu absurd, dass die



1) RV 296 BlgNR 21. GP 30 (etwa: „bedarf keiner weiteren Begründung, daß richtig verstandene gemeinsame Verantwortung der Eltern ... eine ideale Lösung wäre ... ‚Vollmachtskonstruktion‘ nicht unerheblich(e) Bedenken“).

ErstASt und die ZweitASt (als Pflegeelternpaar) gemeinsame Obsorge für ein fremdes Kind durchaus erlangen könnten, nie und nimmer aber für das leibl Kind der ErstASt, das seit langem mit ihnen lebt. Die grundsätzliche und ausnahmslose Verweigerung der gemeinsamen Obsorge für Paare aus einem biologischen und einem (ausschließlich) sozialen Elternteil erscheint willkürlich.

Die vorliegende E schreibt nun nicht nur diese Diskriminierung von Stiefkindfamilien fort, sondern bewirkt jetzt, obwohl sie im Gegensatz zu 7 Ob 144/02 f ausdrücklich die Pflegeelterneigenschaft auch von gleichgeschlechtlichen Stiefeltern anerkennt, zusätzlich auch eine *Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung* (Art 2 StGG; Art 8 iVm Art 14 EMRK).<sup>2)</sup> Anders als in der E 7 Ob 144/02 f wurde das Kind der nunmehrigen ASt nämlich durch künstliche Insemination mit einem Spendersamen gezeugt. In einem solchen Fall heterologer Insemination (in Dänemark) hat nun aber das analoge zeugungsunfähige verschiedengeschlechtliche (unverheiratete) Paar sehr wohl die Möglichkeit, die gemeinsame Obsorge über das mit dem Samen eines Dritten gezeugte Kind zu erlangen. Der (wie die ZweitASt) zeugungsunfähige Lebensgefährte der leibl Mutter kann der heterologen Insemination mit Notariatsakt zustimmen,<sup>3)</sup> nach der Geburt des Kindes die Vaterschaft anerkennen (oder als Vater festgestellt werden) (§ 163 Abs 3, §§ 163 c, 164 Abs 1 Z 2 ABGB), so rechtlicher (Co-)Elternteil werden (§ 138 Abs 1 Z 2, 3 ABGB) und damit die gemeinsame Obsorge mit der leibl Mutter erwirken (§ 167 ABGB). Während also ein Lebensgefährte (in der Situation der ZweitASt) die gemeinsame Obsorge mit der leibl Mutter herbeiführen kann, ja sogar die völlige Gleichstellung mit einem genetischen Elternteil, bleibt einer Lebensgefährtin der leibl Mutter nicht nur diese Gleichstellung versagt,<sup>4)</sup> sondern überhaupt jegliche Möglichkeit, in irgendeiner Art und Weise (wenigstens) die Obsorge für das (gemeinsam betreute) Kind gemeinsam mit der leibl Mutter innezuhaben. Darin liegt eine direkte Diskriminierung, weil jedem Lebensgefährten einer heterolog inseminierten Mutter die gemeinsame Obsorge offensteht, jedoch keiner einzigen Lebensgefährtin, und dafür die sachliche Rechtfertigung fehlt.<sup>5)</sup>

Richtigerweise hätten daher das einfache Gesetz<sup>6)</sup> grundrechtskonform ausgelegt und dem Antrag stattgegeben oder aber, wenn sich der OGH dazu außer Stande sieht, Gesetzesaufhebungsanträge<sup>7)</sup> an den VfGH gestellt werden müssen.<sup>8)</sup>

Helmut Graupner<sup>9)</sup>



- 2) Es kann dahingestellt bleiben, ob Art 8 EMRK alleine die Vertragsstaaten verpflichtet, die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge für mj Kinder vorzusehen. Auch wenn dies nicht der Fall ist, so tut ein Vertragsstaat, der diese Möglichkeit freiwillig vorsieht, dies wohl unzweifelhaft im Schutzbereich des Art 8 EMRK, und ist damit in der Ausgestaltung dieser gemeinsamen Obsorge an das Diskriminierungsverbot des Art 14 gebunden. Die ggT Ansicht hätte zur Konsequenz, dass etwa ein Gesetz, welches die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge lediglich für Paare weißer Hautfarbe vorsieht, nicht nur nach der EMRK nicht zu beanstanden wäre, sondern von vorneherein *ratione materiae* der Überprüfungsbefugnis des Gerichtshofs entzogen wäre. Dies wäre mit einem effektiven Grundrechtsschutz, wie ihn die EMRK gewährleisten soll (vgl deren Präambel), unvereinbar. Die von den ASt beantragte gemeinsame Obsorge fällt daher in den Anwendungsbereich des Art 14 iVm Art 8 EMRK (vgl EMRK 36515/97 *Frette gegen Frankreich*; 43546/02, *E.B. gegen Frankreich*).
- 3) Für dieses Erfordernis auch bei Insemination im Ausland s 7 Ob 527/96.
- 4) Ebenso wie einer eingetragenen Partnerin der Mutter die automatische Co-Elternschaft analog § 157 ABGB.
- 5) Eingehend zur fehlenden Rechtfertigung der Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Eltern *Graupner*, Sexuelle Orientierung im europäischen Recht, RZ 2009, 178 (184).
- 6) § 186 a ABGB: „Das Gericht hat einem ... Pflegeelternteil ... auf seinen Antrag die Obsorge für das Kind ... teilweise ... zu übertragen, wenn ...“.
- 7) § 163 Abs 3 und/oder § 167 ABGB sowie das Wort „Pflegeelternpaar“ in § 186 a Abs 1 ABGB.
- 8) Mittlerweile hat der VfGH, anders als der OGH noch in 7 Ob 527/96, entschieden, dass nicht nur das FMedG, sondern auch seine Begleitvorschriften im ABGB (die an die medizinisch unterstützte Fortpflanzung Rechtsfolgen familienrechtlicher Art knüpfen) nur für Sachverhalte gelten, die sich auf dem Territorium der Republik Österreich ereignen (VfGH 14. 12. 2011, B 13/11 Rz 19 EF-Z 2012/38). Österreich käme auch – in Ermangelung zwischenstaatlicher Abkommen auf diesem Gebiet – keine Kompetenz zu, die Rechtsfolgen von im Ausland stattgefundenener medizinisch unterstützter Fortpflanzung zu regeln, sofern das Sachrecht der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung darüber vergleichbare Normen zwingenden Rechts enthält, die ihre Geltung für Sachverhalte, die sich auf dem Territorium des jeweiligen Staates ereignen, unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen vorrangig beanspruchen (Rz 20). Dementsprechend wäre heute (vorab) zu prüfen, ob wegen der Durchführung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Dänemark (und trotz der österr Staatsbürgerschaft von Mutter, Stiefmutter und Kind) nicht dänisches Recht anzuwenden und die gemeinsame Obsorge aus diesem Grund zu gewähren ist.
- 9) Rechtsanwalt in Wien.